



Coleção de Teses,
Dissertações
e Monografias

de Servidores do Senado Federal

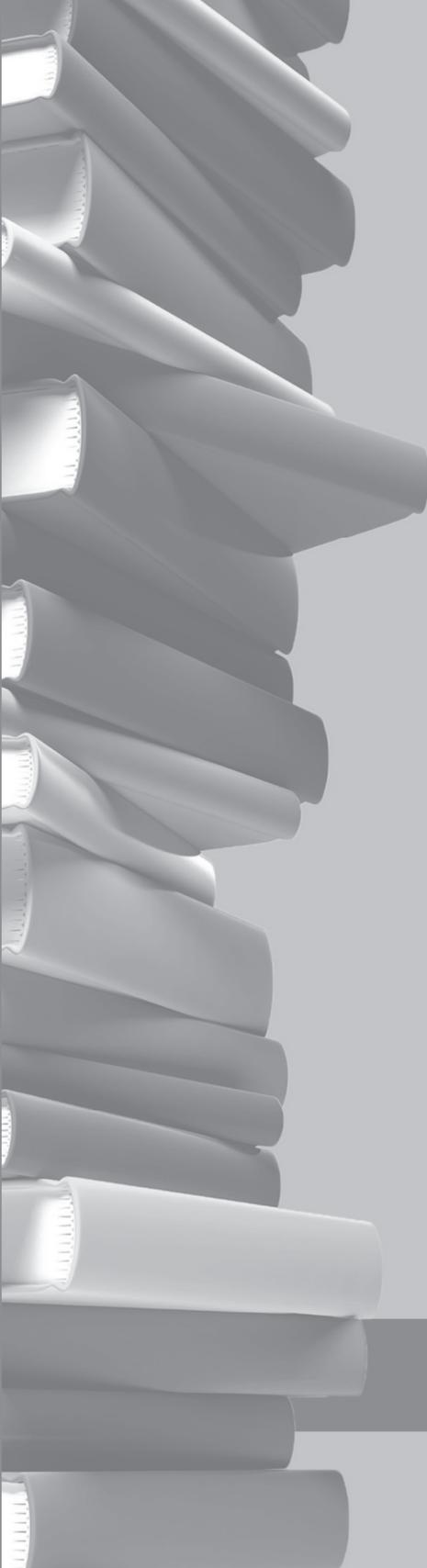
2010

Dissertação

A Subsidiariedade
como Princípio
de Organização
do Estado e sua
Aplicação no
Federalismo

Paulo Fernando Mohn e Souza





Coleção de Teses,
Dissertações
e **Monografias**

de Servidores do Senado Federal

2010

Dissertação

A Subsidiariedade
como Princípio
de Organização
do Estado e sua
Aplicação no
Federalismo

Paulo Fernando Mohn e Souza





SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR

Florian Augusto Coutinho Madruga

DIRETOR DA SUBSECRETARIA INDUSTRIAL

José Farias Maranhão

DIRETOR DA SUBSECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO, SUPRIMENTO
DE MATÉRIAS-PRIMAS E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

Luiz Carlos da Costa

DIRETORA DA SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Anna Maria de Lucena Rodrigues

DIRETOR ADJUNTO

André Luiz Rodrigues Santana

EQUIPE EDITORIAL

PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO

Serviço de Impressão Eletrônica (SEIMEL) da Secretaria Especial de Editoração e Publicações (SEEP)

CAPA

Subsecretaria de Projetos Especiais (SUPRES) da Secretaria Especial de Comunicação Social (SECES)

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Secretaria Especial de Editoração e Publicações (SEEP)

Ficha catalográfica feita por Fabrícia da Silva Costa Feitosa

ISBN: 978-85-7018-337-8

Souza, Paulo Fernando Mohn e.

A subsidiariedade como princípio de organização do Estado e sua aplicação no federalismo / Paulo Fernando Mohn e Souza. – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

319 p. – (Coleção de Teses, Dissertações e Monografias de Servidores do Senado Federal)

1. Princípio da subsidiariedade. 2. Formas de Estado. 3. Federalismo. I. Título. II. Série.

CDD 340



SENADO FEDERAL

MESA DIRETORA
Biênio 2009/2010

Senador **José Sarney**
Presidente

Senador **Marconi Perillo**
1º Vice-Presidente

Senadora **Serys Slhessarenko**
2ª Vice-Presidente

Senador **Heráclito Fortes**
1º Secretário

Senador **João Vicente Claudino**
2º Secretário

Senador **Mão Santa**
3º Secretário

Senadora **Patrícia Saboya**
4ª Secretária

Suplentes de Secretário

Senador **César Borges**
Senador **Adelmir Santana**

Senador **Cícero Lucena**
Senador **Gerson Camata**

Haroldo Feitosa Tajra
Diretor-Geral

Claudia Lyra Nascimento
Secretária-Geral da Mesa

APRESENTAÇÃO

Por meio de pesquisas de campo (questionários e entrevistas) e bibliográfica, este estudo, especialmente pautado na pesquisa de campo e na coleta de dados (por ser um tema inédito) e menos no campo teórico (pelo fato de haver poucas fontes bibliográficas no campo teórico tanto do marketing institucional quanto do marketing turístico) tem como objetivo lançar luzes numa área nova e averiguar o impacto do projeto de visita na construção da imagem positiva do Parlamento a partir das informações passadas ao visitante durante a visita ao Congresso Nacional, chamando especial atenção ao fato de alertar para a responsabilidade de cada cidadão na composição do Parlamento. Assim, averiguou-se a parcela dos visitantes quanto à imagem modificada com as informações recebidas durante a visita; se os visitantes gostariam de ter mais informações sobre o Processo Legislativo; se de fato as pessoas confundem os Poderes que compõem o Estado; se a conduta de alguns parlamentares contamina a imagem que a sociedade tem do Legislativo; e, finalmente, se, apesar de todos os problemas que o projeto enfrenta, é de fato uma ferramenta estratégica importante por se tratar de um contato interpessoal com o público. Diferentemente dos outros meios de comunicação, deve-se atentar para o fato de não se tratar de passar uma imagem falsa ou maquiada do parlamento, mas de utilizá-lo da forma mais transparente possível para que o público faça o seu julgamento só que com mais responsabilidade, ciente da parcela que lhe cabe no processo democrático.

Palavras chave: Imagem Positiva ,Parlamento Brasileiro, Transparência, Visita Institucional.

Senador José Sarney
Presidente

INTRODUÇÃO

É com grande satisfação e com muito orgulho que apresentamos ao leitor os textos que inauguram a Coleção de Teses, Dissertações e Monografias de Servidores do Senado Federal, selecionados como os melhores entre os mais de 50 trabalhos acadêmicos que atenderam ao chamado do concurso lançado este ano pela primeira vez.

É gratificante, efetivamente, uma satisfação e um orgulho poder constatar a qualidade do corpo de servidores desta Casa, que se manifesta de forma insofismável em todos os trabalhos apresentados e, de forma excelente, naqueles que foram enfim premiados com a publicação.

E não se trata aqui apenas de um orgulho superficial e de uma satisfação benevolente. Essa qualidade de nosso corpo técnico-administrativo – não há exagero em dizê-lo – é um ingrediente indispensável da força de nosso Parlamento. E, vale lembrar, um Parlamento sólido é essencial para a nossa saúde democrática.

Entre os muitos papéis que cumpre o Parlamento, o de ser o fórum para onde convergem os grandes debates nacionais é, certamente, um dos mais fundamentais. É aqui, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, que reverberam as diversas vozes em que se exprime nossa sociedade. Deputados e Senadores são os portadores dessas vozes múltiplas, plurais, que manifestam os pontos de vista igualmente múltiplos e plurais de nossa sociedade – e esse é o papel fundamental da representação política.

Mas para que esse debate seja frutífero, é preciso mais do que a política – e é aí que poder contar com um corpo técnico qualificado e atualizado, bem formado e bem informado, torna-se fundamental para o exercício pleno do mandato que recebemos dos cidadãos. Como bem demonstra o resultado deste primeiro concurso de teses, dissertações e monografias, podemos dizer que temos a ventura de satisfazer com brilho essa condição.

Este ano, premiamos dez trabalhos que se destacaram por sua excelência.

Na categoria “teses de doutorado”, Ana Lúcia Coelho Romero Novelli estuda o fenômeno da opinião pública brasileira a partir de seu relacionamento com o Congresso Nacional, tema de alta relevância tanto para entendermos e avaliarmos os processos que caracterizam a formação da opinião pública, quanto para avaliarmos o próprio Parlamento, instituição cujo funcionamento, por natureza, tem uma sensibilidade peculiar à forma como é percebido pela opinião do público. Maria Cláudia Barbosa de Oliveira Drummond, por sua vez, aborda o tema atualíssimo dos parlamentos de integração e a questão, que tende

a crescer na nossa agenda de discussões à medida que a integração política dos países do Mercosul for avançando, do déficit democrático nas relações internacionais.

Na categoria “dissertações de mestrado”, três servidores foram contemplados com a publicação de seus trabalhos. Mellina Motta de Paula Bernardes parte de sua experiência na Casa para refletir sobre a ocorrência de interfaces entre as competências do Senado Federal, estudando uma das recomendações apresentadas no relatório final da CPI dos Títulos Públicos. Paulo Fernando Mohn e Souza e Thales Chagas Machado Coelho, por sua vez, trazem contribuições ao entendimento de duas questões importantes e de amplo alcance, o primeiro sobre o princípio de subsidiariedade como princípio de organização do Estado e sua aplicação no federalismo, o segundo sobre o princípio de moderação e seu papel na legitimação do controle judicial da constitucionalidade das leis.

Na categoria “monografias de pós-graduação”, Arlindo Fernandes de Oliveira e Flávia Cristina Mascarenhas Magalhães abordam, em seus trabalhos, dois lados das cada vez mais complexas relações entre a esfera jurídica e a esfera política, o primeiro tratando do tema do “judiciário legislador”, a segunda estudando a judicialização da política a partir da análise da evolução do Direito Eleitoral brasileiro entre 2002 e 2008. Carlos Eduardo Rodrigues Cruz realiza um estudo comparado dos sistemas de controles internos dos diversos Poderes para discutir a real necessidade de sua integração e a melhor forma de institucionalizá-la. Luiz Carlos Santana de Freitas estuda a delicada questão do controle normativo da mídia do Congresso Nacional, que, por sua natureza e para cumprir sua finalidade republicana, está forçada a caminhar por um caminho mais estreito do que a mídia em geral, o que não deixa de ter reflexos sobre a atividade jornalística. Por fim, Walesca Borges da Cunha e Cruz mostra, em seu trabalho, como o projeto de visita do Parlamento brasileiro tem colaborado para a construção de uma nova imagem, mais positiva, do Congresso Nacional, constituindo-se em peça importante da relação entre as instituições e os cidadãos e contribuindo, assim, para a transparência e para o aperfeiçoamento da cultura político-democrática entre nós.

Como se vê, o leque de temas é amplo e variado – tão amplo e tão variado quanto é a própria atividade parlamentar, que necessita, para além dessa variedade, de permanente atualização. É reconfortante sabermos, como parlamentares, que temos à nossa volta colaboradores constantemente envolvidos em aprimorar seu trabalho – e o nosso trabalho – por meio da reflexão e da produção de novo conhecimento.

Lançamos hoje a primeira mostra da valiosa contribuição de nossos servidores à produção desse conhecimento sem o qual o nosso exercício da atividade parlamentar ficaria, sem sombra de dúvida, prejudicado. Tenho certeza de que, nos próximos anos, com o crescimento desta coleção, teremos ainda mais motivos de nos orgulhar de nosso corpo de servidores e de sua capacidade de contribuir para o aprimoramento desta instituição – o Parlamento –, que é o coração mesmo da democracia.

A todos os premiados, deixo aqui minhas congratulações e meus sinceros agradecimentos pelo excelente trabalho que realizam.

Senador Heráclito Fortes

1º Secretário do Senado Federal

PAULO FERNANDO MOHN E SOUZA

**A SUBSIDIARIEDADE COMO PRINCÍPIO DE ORGANIZAÇÃO
DO ESTADO E SUA APLICAÇÃO NO FEDERALISMO**

*Dissertação apresentada como requisito de conclusão
do Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB).*

Orientador: Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal

Dissertação

BRASÍLIA 2007

Banca Examinadora

ROGER STIEFELMANN LEAL

Doutor – Universidade de São Paulo (USP)

Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Presidente da Banca

FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA

Doutora – Universidade de São Paulo (USP)

Professora da Universidade de São Paulo (USP)

Membro Externo

CARLOS BASTIDE HORBACH

Doutor – Universidade de São Paulo (USP)

Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Membro Interno

Para:

Alnei e Marly;

Adriano;

Cláudia;

Bruna, Gabriela e Marina,

com amor

AGRADECIMENTOS

aos professores do Mestrado, por tudo o que me ensinaram;

aos colegas do Mestrado, pelo companheirismo e prazerosa convivência; em especial, aos amigos Hélio Rodrigues Júnior, Carolina Sarkis e Fábio Conforto;

aos dirigentes, colegas e amigos da Consultoria Legislativa e da Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal, que me apoiaram e supriram meus afastamentos para a realização deste trabalho;

aos Profs. Drs. Carlos Bastide Horbach, Jorge Fontoura, Márcio Pereira Pinto Garcia e Roger Stiefelmann Leal; a Edilenice J. Lima Passos e sua equipe, pelo material bibliográfico;

a Maria Emília Barata e Angelo Antoniani, pelas aulas e auxílio com os textos em francês e italiano, respectivamente;

a Regina Maria Moreira, pela transcrição de fitas;

aos funcionários do Mestrado, Marley, Ivan e Gigliola, pela constante atenção e cortesia; ao Seu Luís, pelas cópias e conversas;

a Mário Lisboa Theodoro e Tatiana Barroso, pelas orientações metodológicas;

ao Dr. Plauto Ribeiro, pela confiança que me deu tranquilidade para seguir adiante;

a minha família, pela compreensão e apoio incondicional;

a minha esposa, Cláudia Regina de Araujo Mohn e Souza, e ao meu irmão, Adriano Mohn e Souza, que me fizeram chegar ao final;

ao Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal, pela orientação segura e paciente, sem a qual não teria sido possível realizar esta dissertação.

RESUMO

O objetivo desta dissertação é investigar a aplicação do princípio da subsidiariedade à organização do Estado e sua possível aplicação na federação brasileira. Para tanto, busca as fontes do princípio na filosofia social e na doutrina social da Igreja Católica. A partir daí, o princípio é acolhido no direito público, em suas duas modalidades de aplicação: sociopolítica e de organização do Estado. Em seguida, analisa-se a positivação do princípio na União Européia e as suas formas de controle. Posteriormente, verifica-se a aplicabilidade do princípio em cada uma das formas de Estado. São examinadas as experiências de constitucionalização do princípio em Portugal, Itália e Alemanha. O estudo analisa a relação entre o princípio da subsidiariedade e a federação, concluindo pela inexistência de uma identificação ou equivalência entre eles, embora esta forma de Estado apresente condições favoráveis à aplicação do princípio. Por fim, é realizada a análise do Estado federal brasileiro, na história constitucional e Constituição vigente, a partir de dois elementos: a autonomia federativa e o sistema de repartição de competências. Conclui-se que o princípio da subsidiariedade ainda não teve aplicação na organização do Estado brasileiro, nem mesmo como condição de exercício das competências legislativas concorrentes. Sugere-se a aplicação do princípio da subsidiariedade nos institutos de cooperação entre os entes federativos e na reforma da disciplina constitucional das competências legislativas concorrentes

Palavras chave: princípio da subsidiariedade, União Européia, formas de Estado, federação brasileira.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is to investigate the principle of subsidiarity applied to the organization of the State and its possible application in the Brazilian federation. For that purpose, it searches the sources of the principle in social philosophy and in the social doctrine of the Catholic Church. Then, the principle is incorporated by public law, in its two modalities of application: socialpolitical and in the organization of the State. Thereafter, the study analyses the application of the principle in the European Union and its forms of control. The applicability of the principle in each existing form of State is later verified. The constitutional experiences with the principle in Portugal, Italy and Germany are examined. The study analyzes the relations between the principle of subsidiarity and the federation, concluding for the inexistence of an identification or equivalence between them, although this form of State presents good conditions for the application of the principle. Finally, the analysis of the Brazilian federal State is carried out, in constitutional history and in the 1988 Constitution, with special regard to two elements: the federative autonomy and the system of distribution of competencies. The conclusion is that the principle of subsidiarity has still not been applied in the organization of the Brazilian State, not even as a condition for the exercise of concurrent legislative competencies. It is suggested the application of the principle of subsidiarity in the cooperation between the federative components and for the change of the constitutional rules about the concurrent legislative competencies.

Key words: principle of subsidiarity, European Union, forms of State, Brazilian federation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADIn MC – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar
- CECA – Comunidade Européia do Carvão e do Aço
- CEE – Comunidade Econômica Européia
- CE – Comunidade Européia
- CF – Constituição Federal de 1988
- CIG – Conferência Intergovernamental
- DJ – Diário da Justiça
- EC – Emenda Constitucional
- EUA – Estados Unidos da América
- EURATOM – Comunidade Européia de Energia Atômica
- JAI – Justiça e Assuntos Internos
- LF – Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã, de 1949).
- MS – Mandado de Segurança
- PEC – Proposta de Emenda à Constituição
- PESC – Política Externa e de Segurança Comum
- STF – Supremo Tribunal Federal.
- TCE – Tratado que institui a Comunidade Européia
- TUE - Tratado da União Européia
- UE - União Européia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	27
1 DA NOÇÃO AO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE	33
1.1 Significado e parâmetros do princípio	33
1.2 Origem filosófica	35
1.2.1 <i>Aristóteles</i>	35
1.2.2 <i>São Tomás de Aquino</i>	37
1.2.3 <i>Johannes Althusius</i>	40
1.3 Dimensões negativa e positiva do princípio.....	46
1.4 Origens na doutrina social da Igreja Católica.....	48
1.4.1 <i>O princípio nos documentos da Igreja</i>	49
1.4.2 <i>O personalismo e a subjetividade</i>	52
1.4.3 <i>O Estado e a sociedade civil</i>	56
1.5 O princípio da subsidiariedade no direito público	60
1.5.1 <i>Controvérsias: juridicidade e ambigüidade</i>	60
1.5.2 <i>Polimorfismo</i>	63
1.5.3 <i>Aplicações do princípio da subsidiariedade: classificações</i>	65
1.5.4 <i>Aplicação sociopolítica</i>	66
1.5.5 <i>Aplicação na organização do Estado: parâmetros</i>	
<i>organizatórios</i>	68
1.5.6 <i>As funções do princípio da subsidiariedade na repartição</i>	
<i>de competências</i>	72
1.6 Considerações finais	73
2 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NA UNIÃO EUROPÉIA.....	75
2.1 O evolução do processo de integração europeu.....	75
2.1.1 <i>Os tratados constitutivos, aprofundamentos e alarga-</i>	
<i>mentos</i>	75

2.1.2	<i>As principais instituições comunitárias e o processo decisório</i>	78
2.2	O princípio da subsidiariedade no Tratado de Maastricht	82
2.2.1	<i>Antecedentes</i>	82
2.2.2	<i>A positivação do princípio no Tratado de Maastricht</i>	86
2.2.3	<i>A dupla natureza do princípio no Tratado</i>	88
2.2.4	<i>Os princípios comunitários contidos no artigo 5º do TCE</i>	89
2.2.4.1	<i>O princípio da atribuição de competências</i>	90
2.2.4.2	<i>O princípio da subsidiariedade</i>	91
2.2.4.3	<i>O princípio da proporcionalidade</i>	96
2.3	O Tratado de Amsterdã e a justiciabilidade do princípio...	99
2.3.1	<i>Antecedentes</i>	99
2.3.2	<i>O Protocolo relativo à aplicação da subsidiariedade e da proporcionalidade</i>	101
2.3.3	<i>O controle e a justiciabilidade do princípio da subsidiariedade</i>	104
2.4	O reforço do controle prévio no futuro Tratado Reformador...	107
2.4.1	<i>Antecedentes: a tentativa de “Constituição” europeia</i> ...	107
2.4.2	<i>O Tratado Reformador e o princípio da subsidiariedade</i> .	109
2.4.3	<i>O controle da subsidiariedade pelos parlamentos nacionais</i>	111
2.5	Considerações finais	113
3	PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E FORMAS DE ESTADO	117
3.1	As formas de Estado	117
3.2	Estado unitário	119
3.2.1	<i>Características do Estado unitário</i>	119
3.2.2	<i>Desconcentração e subsidiariedade</i>	121
3.2.3	<i>Descentralização e subsidiariedade</i>	122
3.2.4	<i>A subsidiariedade no Estado unitário descentralizado</i>	126
3.2.5	<i>A subsidiariedade na experiência constitucional portuguesa</i> .	131
3.3	Estado regional e Estado autônomo	138
3.3.1	<i>Características do Estado regional e do autônomo</i>	138
3.3.2	<i>A subsidiariedade no Estado regional ou autônomo</i>	140
3.3.2.1	<i>O princípio da subsidiariedade no Estado autônomo espanhol</i>	141
3.3.2.2	<i>O princípio da subsidiariedade no Estado regional italiano</i>	145

3.4 Confederação	151
3.4.1 <i>Características da confederação</i>	151
3.4.2 <i>Inaplicabilidade do princípio da subsidiariedade à confederação</i>	152
3.5 O Estado federal.....	153
3.5.1 <i>Origem do Estado federal</i>	153
3.5.2 <i>Características principais do Estado federal</i>	156
3.5.3 <i>Processos de formação</i>	160
3.5.4 <i>Repartição de competências</i>	161
3.5.4.1 A repartição horizontal de competências e o federalismo dual	162
3.5.4.2 A repartição vertical de competências e o federalismo cooperativo.....	165
3.5.5 <i>O princípio da subsidiariedade e o Estado federal</i>	168
3.5.5.1 Qual a relação entre a subsidiariedade e o Estado federal?	168
3.5.5.2 O princípio da subsidiariedade e o federalismo norte-americano	172
3.5.5.3 O princípio da subsidiariedade no federalismo alemão.	177
3.5.5.4 O princípio da subsidiariedade e o federalismo de competição.....	189
3.6 Considerações finais	193
4 FEDERAÇÃO BRASILEIRA E PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE.....	197
4.1 Consideração inicial	197
4.2 Histórico constitucional da federação brasileira	197
4.2.1 <i>Da proclamação da República à Revolução de 1930</i>	198
4.2.2 <i>Da Constituição de 1934 ao Estado Novo</i>	201
4.2.3 <i>Da Constituição de 1946 à Emenda Constitucional 1/1969</i>	205
4.2.4 <i>O histórico da federação e o princípio da subsidiariedade</i>	209
4.3 A autonomia federativa na Constituição de 1988.....	213
4.3.1 <i>A autonomia estadual e o princípio da subsidiariedade</i>	213
4.3.1.1 A autonomia estadual e seus limites na Constituição e doutrina	213
4.3.1.2 As limitações à autonomia estadual na jurisprudência	217

4.3.1.3 A autonomia estadual à luz do princípio da subsidiariedade.....	222
4.3.2 <i>A autonomia municipal e o princípio da subsidiariedade</i>	224
4.4 A repartição de competências na Constituição de 1988	228
4.4.1 <i>Visão geral do sistema</i>	228
4.4.2 <i>As competências privativas da União</i>	230
4.4.2.1 As competências materiais privativas da União	231
4.4.2.2 As competências legislativas privativas da União	237
4.4.2.3 Delegação de competências legislativas privativas da União	243
4.4.2.4 Observações quanto ao princípio da subsidiariedade	244
4.4.3 <i>As competências remanescentes dos Estados</i>	245
4.4.3.1 Descrição e análise	245
4.4.3.2 Observações quanto ao princípio da subsidiariedade...	247
4.4.4 <i>As competências privativas dos Municípios</i>	248
4.4.4.1 Descrição e análise	248
4.4.4.2 Observações quanto ao princípio da subsidiariedade...	252
4.4.5 <i>As competências comuns (materiais concorrentes)</i>	253
4.4.5.1 Enumeração das competências comuns.....	254
4.4.5.2 Formas de cooperação	258
4.4.6 <i>As competências legislativas concorrentes</i>	260
4.4.6.1 Classificação das competências legislativas concorrentes	260
4.4.6.2 Enumeração das competências legislativas concorrentes	262
4.4.6.3 Normas gerais e normas suplementares	265
4.4.6.4 A competência suplementar dos Municípios	270
4.4.6.5 As competências concorrentes à luz do princípio da subsidiariedade	270
4.5 Considerações finais	276
CONCLUSÃO	283
REFERÊNCIAS.....	303

INTRODUÇÃO

O século XX foi marcado pelo fenômeno da centralização do poder. A recuperação econômica após a crise dos anos 1930, a reconstrução européia depois da Segunda Guerra Mundial e a implantação dos Estados de bem-estar social deram impulso ao movimento de concentração do poder nos núcleos centrais dos países, os únicos capazes de reunir e coordenar as forças e recursos necessários às novas atribuições do poder público.

Nas últimas décadas do século, contudo, ganhou ímpeto uma demanda pela redefinição do Estado, que passou tanto pela diminuição da sua presença no domínio socioeconômico quanto pela descentralização das instâncias decisórias e administrativas. Essa reformulação ganhou o respaldo de praticamente todos os matizes ideológicos, de certo modo colocados em correntes menos distantes, após a extinção do bloco soviético.

Não há, contudo, como pensar em deslocamento das estruturas de poder sem mencionar a globalização, que afeta, inevitavelmente, o funcionamento dos Estados nacionais (FIORI, 1995, p. 27). A partir desse processo, o mundo obedece a uma hierarquia de poder político, econômico e tecnológico que atua fortemente para promover a homogeneização das políticas econômicas dos países, a desregulação dos mercados e a abertura das economias à competição. O fenômeno gera tendências opostas: de um lado, a “desterritorialização” dos capitais e da capacidade decisória; de outro, a “localização” das conseqüências e as tentativas de reafirmação, da base para o topo, da organização e da identidade política nacionais.

Outro aspecto que marcou a última virada de séculos, em boa medida relacionado à globalização, foi o da criação de blocos regionais. Entre esses blocos, o maior expoente é a União Européia. O processo comunitário europeu tomou características únicas, que vão além das tradicionais relações intergovernamentais, mas também não se configuram como aptas a promover a federalização

dos países. A integração colocou em pauta um novo desafio: como partilhar o poder entre as instituições comunitárias e os Estados-membros?

Ocorre que o poder se exprime em competências institucionais para a sua distribuição e exercício, de onde se pode traduzir a questão antes formulada na seguinte indagação: como devem ser repartidas as competências entre tais instâncias de poder? A modelagem institucional inovadora da União Européia exigia uma destinação dinâmica e incremental das competências, especialmente daquelas que pudessem se caracterizar como compartilhadas (concorrentes). A solução foi “resgatar” o princípio da subsidiariedade, até então de aplicação controvertida na federação alemã, e aplicá-lo como conceito-chave da repartição de competências na organização institucional da União Européia.

A origem da noção da subsidiariedade situa-se na filosofia social e política de autores como Aristóteles, São Tomás de Aquino e Johannes Althusius. Depois, foi assimilada pela doutrina social da Igreja Católica, na qual se transformou em um princípio solene e ganhou sua enunciação mais conhecida: a Carta Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931), do Papa Pio XI, afirma que é injusto retirar dos indivíduos o que eles podem efetuar com a sua própria iniciativa, para o confiar à coletividade, assim como é um grave dano passar a uma sociedade maior o que a sociedade menor pode conseguir.

Nas décadas de 1950 e 1960, formaram-se correntes contraditórias na doutrina federalista alemã sobre a assimilação do princípio da subsidiariedade pela Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Esmaecida pela falta de reconhecimento do princípio pela Corte Constitucional alemã, a controvérsia adormeceu por muitos anos. Contudo, o princípio não foi esquecido e ressurgiu na preparação do tratado que instituiu a União Européia, já na década final do século XX.

No Tratado de Maastricht, firmado em 1992, o princípio ganhou configuração própria. Estabelece o texto que, nos domínios de competência concorrente, a Comunidade somente pode intervir, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros e, por conseguinte, possam ser melhor alcançados ao nível comunitário, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista.

As reformas constitucionais que se seguiram à instituição da União Européia, nos países europeus, ensejaram a constitucionalização do princípio da subsidiariedade. A Alemanha o inseriu na Lei Fundamental de Bonn, para regular sua participação na União Européia. A questão reacendeu e deu nova dimensão

à polêmica sobre a relação do princípio com o federalismo e, mais especificamente, sobre sua aplicação na federação alemã. Portugal deu um passo adiante. Previu, expressamente, a aplicação do princípio da subsidiariedade como critério orientador de sua participação na União Européia. Além disso, embora sua organização seja a de um Estado unitário descentralizado, estendeu a aplicação do princípio à sua ordem interna. Também a Itália passou a fazer uso do princípio, a partir de 2001, para regular tanto as relações que se estabelecem entre as coletividades territoriais quanto as que se travam entre o Estado e os particulares.

O objetivo deste trabalho é contribuir para a compreensão do princípio da subsidiariedade e sua aplicação na organização do Estado, com especial ênfase para o Estado federal. Embora a discussão sobre o princípio tenha se originado na Europa, se iniciam manifestações quanto a seu reconhecimento na Constituição brasileira, especialmente na disciplina das competências legislativas concorrentes (HORTA, 2002b, p. 470; TORRES, 2001, p. 242-243).

Essas manifestações demandam a necessidade de um maior desenvolvimento do tema, sobretudo para evitar a prevalência do senso comum e a transplantação imediata de institutos estrangeiros. A combinação desses fatores poderia levar à aceitação do princípio da subsidiariedade no direito constitucional brasileiro sem uma necessária reflexão. Com isso, estaria perdida não só a possibilidade de conhecer com maior profundidade os elementos do princípio, como também a chance de aproveitar as contribuições que ele poderia trazer ao federalismo brasileiro.

A discussão é oportuna. Os movimentos de alcance mundial relatados no início e outros próprios da complexa realidade nacional promoveram um ressurgimento das questões federalistas. Na esteira das novas tendências do federalismo, a constitucionalização do princípio da subsidiariedade é uma das discussões que se destacam.

O tema permite múltiplos enfoques, até em função da versatilidade do princípio da subsidiariedade. A abordagem desta dissertação concentra-se na modalidade em que o princípio tem sido explicitamente adotado na União Européia e nos Estados europeus: a da organização institucional. Conforme verificam Götz e Hecker (1999, p. 51), até o Tratado de Maastricht o aspecto sociopolítico (relação entre o Estado e os particulares) havia caracterizado mais profundamente a discussão sobre o princípio da subsidiariedade. Depois

disso, contudo, a aplicação organizatória do princípio passou a ganhar maior interesse.

Antes, porém, de examinar as possíveis aplicações do princípio, é preciso compreender a subsidiariedade em seu significado, raízes e evolução. Esse o objetivo do primeiro capítulo, que segue o percurso de construção da noção de subsidiariedade até o seu reconhecimento como princípio normativo. Para tanto, são abordados o significado, as dimensões e os parâmetros do princípio, assim como suas origens na filosofia e na doutrina social da Igreja Católica. Depois, passa-se a examinar a assimilação do princípio pelo direito público e suas possíveis formas de aplicação nesse campo.

O segundo capítulo aborda as razões e o modo pelo qual o princípio da subsidiariedade foi adotado na União Européia. Para tanto, relata a experiência comunitária e a positivação do princípio, com índole jurídica, no Tratado de Maastricht (1992), que se fez acompanhar dos princípios da atribuição de competências e da proporcionalidade. Trata, ainda, das formas de controle e da justiciabilidade do princípio, que recebeu importante desenvolvimento no Tratado de Amsterdã. Descreve, por fim, a tendência de reforço do controle prévio do princípio, a ser adotado no Tratado Reformador.

O terceiro capítulo avança para o tema central do trabalho, que é a pesquisa sobre a possibilidade de aplicação do princípio nas diversas formas de Estado. Em virtude de sua natureza, suas origens e das controvérsias travadas no constitucionalismo alemão, o princípio é vinculado, com freqüência, à estrutura do Estado federal. A partir disso, surge a questão que motivou a presente pesquisa: qual a relação entre o princípio da subsidiariedade e o federalismo, ou, mais especificamente, o princípio da subsidiariedade é indissociável e imprescindível ao Estado federal?

Para obter uma resposta a essa indagação, duas linhas de investigação são trilhadas. A primeira exige o confronto das características de cada forma de Estado com os parâmetros do princípio, para verificar se há incompatibilidade entre esses elementos ou de que forma eles se ajustam. Sempre que possível, para complementar esse enfoque, a dissertação examina como se deu a constitucionalização do princípio em um Estado que adota o modo de organização analisado, a fim de identificar as possíveis conseqüências desse fato.

A segunda linha de investigação, ainda no bojo do terceiro capítulo, tem como foco o Estado federal e o seu grau de interdependência com o princípio da subsidiariedade. Trata-se de saber em que medida a organização federal é

a mais apropriada à aplicação do princípio da subsidiariedade. E, além disso, se realmente há uma correspondência necessária entre o princípio e a federação. Da mesma maneira do que no enfoque anterior, esse exame é desenvolvido não só a partir das características básicas do Estado federal, mas também em confronto com os modelos norte-americano e alemão, representativos, respectivamente, do federalismo dual e do federalismo cooperativo.

Por fim, o quarto capítulo tem por escopo o exame da federação brasileira à luz do princípio da subsidiariedade e, para tanto, se desenvolve em três partes. A primeira parte recorre à história constitucional para auxiliar a compreensão do modelo federal adotado na tradição nacional e refletir sobre a possibilidade de assimilação do princípio da subsidiariedade. As duas outras partes dedicam-se à Constituição Federal de 1988 e abordam, respectivamente, um dos seguintes aspectos que guardam relação direta com a aplicação do princípio da subsidiariedade: a autonomia dos entes federativos e o sistema de repartição de competências.

Com esse roteiro, pretendemos cumprir o objetivo deste trabalho, qual seja analisar a aplicação do princípio da subsidiariedade na organização do Estado, com a atenção voltada, especialmente, para o Estado federal brasileiro.

1 DA NOÇÃO AO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

1.1 Significado e parâmetros do princípio

De início, é interessante consultar a etimologia do termo *subsidiariedade*. A palavra subsídio tem origem no termo latino *subsidium*, de onde deriva *subsidiarius* (PONTIER, 1986, p. 1516)¹. O substantivo *subsidium* significa reforço, reserva, auxílio ou socorro. O adjetivo *subsidiarius* designa o que é da reserva, o que vem na retaguarda, o que é de reforço². De acepção militar, os termos referiam-se, originariamente, às linhas de reserva que eram chamadas a reforçar ou socorrer as tropas regulares, se necessário (CLERGERIE, 1997, p. 7)³. Na atualidade, o sufixo “-dade” é adotado como formador de substantivos abstratos derivados de adjetivos (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 903). Assim, os significados do termo subsidiariedade podem ser buscados nas diversas acepções do termo subsidiário, que, na linguagem corrente, veicula os sentidos de secundário, complementar ou supletivo.

A primeira formulação da subsidiariedade como um princípio de filosofia social está na Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, divulgada no ano de 1931. Embora esse texto pontifício ainda não lhe atribua essa denominação, é por meio do seguinte trecho que o princípio da subsidiariedade é definido:

[...] assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e indústria, para o confiar à coletividade, do

¹ Nesse sentido, ver também Baracho (1997, p. 23), Clergerie (1997, p. 7) e Chicharro Lázaro (2001, p. 34).

² Para consultar os diversos significados dos termos em latim, ver Ferreira (1999, p. 1.110) e Saraiva (1993, p. 1.146). Para a etimologia de subsidiário, consultar Houaiss e Villar (2001, p. 2.628).

³ A propósito, ver, ainda, Groff (2001, p. 62) e Chicharro Lázaro (2001, p. 34).

mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los. (PIO XI, 1931, § 5).

Conforme bem aponta Delpérée (2000, p. 13), a subsidiariedade trata da questão complexa e recorrente de como se articulam, na sociedade e, sobretudo, no Estado, as intervenções das pessoas, dos grupos e das autoridades públicas.

Em verdade, a noção de subsidiariedade apresenta uma forma específica de concepção e regulação das relações que constituem a vida do homem em sociedade⁴. Para sua mais fácil compreensão, o princípio da subsidiariedade pode ser decomposto em quatro parâmetros⁵, que refletem essa forma de organização da sociedade e do Estado:

1º) a organização social compõe-se de coletividades que se expandem progressivamente, em uma formação que tem na base o ser humano, desenvolve-se por sociedades intermédias e chega ao Estado;

2º) deve haver uma primazia da pessoa e das coletividades menores em relação às coletividades maiores;

3º) deve-se respeitar a autonomia da menor unidade (pessoa ou coletividade), que merece dispor da liberdade de atuar até o limite de sua capacidade;

4º) a intervenção da unidade maior justifica-se em face das incapacidades da menor unidade e em proveito do bem comum.

A noção da subsidiariedade é resultado da contribuição de alguns filósofos sociais e políticos. Os mais lembrados pelos autores que lidam com a subsidiariedade nos dias atuais são Aristóteles, São Tomás de Aquino e Johannes Althusius. Cumpre observar, porém, que o princípio somente chega à sua concepção nos últimos dois séculos⁶, de modo que não há menção expressa

⁴ Delpérée (2000, p. 181, tradução nossa) afirma que a subsidiariedade aparece como um princípio que “pretende desenhar, senão impor, uma forma de organização das relações sociais”.

⁵ Esses parâmetros constituem uma sistematização das várias projeções do princípio da subsidiariedade indicadas pela doutrina, conforme apresentado no decorrer desta dissertação. A propósito, consultar, especialmente, as seções 1.2 (origem filosófica) e 1.5.5 (aplicações do princípio na organização do Estado).

⁶ Para Clergerie (1997, p. 7), o princípio é de origem religiosa e passa a ser laicizado do século XVI em diante, a partir da obra de Johannes Althusius. Para mais informações, ver Clergerie (1997, p. 20-31).

nas obras desses filósofos sobre ele e, nem mesmo, sobre uma idéia de subsidiariedade tal como ela é compreendida hoje.

No século XX, a subsidiariedade é erigida pela Igreja Católica como um dos princípios solenes de sua doutrina social, com sucessivo aprofundamento nas Cartas Encíclicas. Depois, o princípio da subsidiariedade é assimilado pelo direito. Esse percurso é o objeto deste Capítulo, que tem natureza preponderantemente descritiva, com o fim de reunir os elementos que dão forma à idéia e ao princípio da subsidiariedade. O exame do princípio quanto à sua aplicação na União Européia e nas diversas formas de Estado será desenvolvido nos demais capítulos.

1.2 Origem filosófica

A decomposição da idéia da subsidiariedade em quatro parâmetros, conforme antes formulado, tem objetivo didático. Assim, não é possível isolar completamente cada uma desses parâmetros, nem tampouco fazer corresponder a origem de cada uma deles à obra de apenas um autor. Na verdade, verifica-se um esforço dos teóricos modernos da subsidiariedade para encontrar os elementos que constituem e justificam a idéia da subsidiariedade na obra dos autores clássicos. O propósito das seções seguintes é apresentar esses pontos, de forma sucinta, nos três filósofos antes referidos (Aristóteles, São Tomás de Aquino e Althusius), assim como relacionar, na medida do possível, a contribuição de cada um deles com os parâmetros sugeridos anteriormente⁷.

1.2.1 Aristóteles

Os autores que tratam da subsidiariedade buscam em Aristóteles a base filosófica para a forma de organização da sociedade na qual se baseia aquela idéia. Para o filósofo grego, a sociabilidade é natural ao homem⁸ e os indivíduos e coletividades humanas devem cumprir funções específicas de acordo

⁷ Não é propósito deste trabalho, nem caberia em seu escopo, apresentar um amplo panorama filosófico da subsidiariedade. O que se pretende é, tão-somente, trazer as contribuições filosóficas consideradas mais importantes para a origem da idéia da subsidiariedade.

⁸ Em *Ética a Nicômaco*, afirma que “o ser humano é, por natureza, um ser social” (ARISTÓTELES, 2002, liv. I, § 7, p. 49). A idéia é reforçada na obra *A Política*, em que o filósofo afirma que a cidade [comunidade política] é uma criação natural e que “o homem é por natureza um animal social” (ARISTÓTELES, 1988, liv. I, cap. I, 1253a, p. 15).

com suas aptidões⁹, de modo que cada um deve realizar somente aquilo que é capaz de fazer melhor que os outros (CLERGERIE, 1997, p. 8).

Na visão de Aristóteles, a sociedade compõe-se de grupos superpostos, cada um com suas necessidades e seus fins específicos, que devem ser alcançados por eles mesmos, tanto quanto possível. Cada grupo deve ser suficiente para sobreviver e atuar no domínio de suas atividades próprias. Contudo, o indivíduo e as coletividades menores não são suficientes por si sós. Essa insuficiência é que legitima a atuação do escalão superior (MILLON-DELSOL, 1993, p. 9-10)¹⁰.

Na obra *A Política*, Aristóteles descreve essa organização social¹¹. Ela se inicia pela união natural do homem e da mulher para compor a família. A comunidade formada para atender às necessidades diárias é a casa. As famílias reúnem-se em povoados, que têm por finalidade atender as necessidades comuns ou algo mais que as necessidades diárias. A comunidade construída a partir de vários povoados é a cidade, última instância e a única capaz de atingir a auto-suficiência. Somente ela pode assegurar a vida de seus membros e lhes proporcionar uma vida melhor.

Com efeito, Aristóteles define a cidade como uma espécie de comunidade - a comunidade política, que ele julga a de maior relevo - que se forma com o objetivo de atender ao mais importante de todos os bens (ARISTÓTELES, 1988, liv. I, cap. I, 1252a, p. 13). Segundo *Ética a Nicômaco*, esse bem é a felicidade, pois, “uma vez tendo sido considerada alguma coisa final, completa e auto-suficiente, [ela] é a finalidade visada por todas as ações” (ARISTÓTELES, 2002, liv. I, § 7, p. 49).

Desse modo, mais do que suprir insuficiências, o objetivo da organização da sociedade em grupos superpostos está em permitir que se atinja uma dimensão maior, a felicidade, que não se pode alcançar individualmente. Portanto, não se trata de uma associação meramente utilitária, como meio de atingir os objetivos particulares de cada indivíduo ou grupo, mas uma forma de viabilizar que se chegue ao bem comum (MILLON-DELSOL, 1993, p. 11)¹².

⁹ Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles formula a comparação de que assim como os vários membros do corpo têm uma função própria, o ser humano tem, igualmente, uma função determinada (ARISTÓTELES, 2002, liv. I, § 7, p. 50).

¹⁰ No mesmo sentido, ver Baracho (1997, p. 53), Chicharro Lázaro (2001, p. 45) e Rinella (1999, p. 8).

¹¹ Para verificar essa descrição, consultar Aristóteles (1988, liv. I, cap. I, 1252b-1253a, p. 14-15)

¹² A propósito, consultar Rinella (1999, p. 9) e Tatsch (2005, p. 19-20).

Por outro lado, embora somente por meio da comunidade política se possa chegar à felicidade, Aristóteles não admite que ela anule a liberdade e a capacidade das esferas inferiores agirem nos âmbitos em que são suficientes. Tal intromissão tornaria o poder político despótico e transformaria o cidadão em escravo¹³. Para evitar tal situação, o poder político deveria restringir sua atuação aos campos da defesa, da ordem pública, da justiça, das finanças públicas e do culto (RINELLA, 1999, p. 9).

Do que foi exposto, verifica-se que o princípio da subsidiariedade realmente tem inspiração na filosofia de Aristóteles. Dos quatro parâmetros, três encontram base na obra do filósofo. Apenas a idéia da primazia da pessoa, contida no segundo parâmetro, não encontra correspondência expressa, pois o filósofo grego afirma, em *A Política*, que “na ordem natural a cidade tem precedência sobre a família e sobre cada um de nós individualmente, pois o todo deve necessariamente ter precedência sobre as partes” (ARISTÓTELES, 1988, liv. I, cap. I, 1252a, p. 13)¹⁴.

1.2.2 São Tomás de Aquino

O segundo parâmetro do princípio da subsidiariedade encontra fundamento na obra de São Tomás de Aquino (1224-1274)¹⁵, cuja contribuição reforça também os outros parâmetros. Na Idade Média, Tomás de Aquino busca uma base filosófica sólida para a teologia¹⁶. Para tanto, baseia-se nas idéias aristotélicas, que ele busca aperfeiçoar, e tenta superar as contradições entre a fé e a razão. Embora identifique uma organização social semelhante à concebida por Aristóteles¹⁷, São Tomás de Aquino substitui, em sua filosofia, o cidadão

¹³ Millon-Delsol (1993, p. 11) acrescenta que o poder político despota *administra* ao invés de *governar*, pois a definição de governo supõe o respeito às autonomias. No mesmo sentido, Baracho (1997, p. 54).

¹⁴ Para Vaz (2002, p. 16), Aristóteles via o homem como um ser político e não como um ser social, de modo que não se podia falar na figura do cidadão fora da *polis*. Em seu entender, a precedência da *polis* sobre o cidadão e a falta de relevância dos grupos intermediários são elementos incompatíveis com o princípio da subsidiariedade.

¹⁵ Sobre o nascimento de Tomás de Aquino, Ameal (1961, p. 8) afirma que deve ter ocorrido nos finais de 1224 ou nos princípios de 1225, antes de 7 de março.

¹⁶ Tomás de Aquino foi canonizado em 1323 pelo Papa João XXII e nomeado, em 1567, Doutor da Igreja universal pelo Papa Pio V (CLERGERIE, 1997, p. 10).

¹⁷ Segundo Formet (2003, p. 146-147), a filosofia política de Tomás de Aquino tem como ponto de partida a sociabilidade natural do homem. Essa sociabilidade é obtida, primeiramente, na família – que proporciona o necessário para viver – e depois na sociedade civil.

descrito na Antiguidade pela noção cristã de pessoa (MILLON-DELSOL, 1993, p. 11). Defende que, por subsistir em uma natureza racional, a pessoa é o que há de mais perfeito e deve ser considerada como portadora de um valor inalienável, superior mesmo ao da própria sociedade, que deve respeitar e garantir sua dignidade (RINELLA, 1999, p. 9).

A sociedade é descrita como uma série de círculos concêntricos que representam a família, os bairros, as cidades, as associações de cidades e o Estado. Essa organização atende ao princípio da totalidade, pelo qual a pessoa é parte inseparável da sociedade, que lhe proporciona a sobrevivência e o desenvolvimento (BAUDIN-CULLIÈRE, 1995, p. 9; RINELLA, 1999, p. 9). Mas é a pessoa que se situa no centro dessa organização social. A figura dos círculos concêntricos estende essa centralidade às demais instâncias, de modo a garantir a prevalência da coletividade menor em relação à que lhe sucede.

Conforme esclarece Formet (2003, p. 147), para Tomás de Aquino o homem conserva a sua individualidade, de modo que a sociedade não representa uma totalidade absoluta. A sociedade é uma totalidade acidental e não um todo em essência. Se a sociedade fosse uma unidade em essência, não seria possível que cada homem fosse uma de suas partes e a pessoa fosse uma substância, um todo completo. A unidade da sociedade não é a de seus componentes, mas a de um fim comum a todos eles¹⁸. Assim sendo, é a unidade do bem comum que institui formalmente a sociedade.

Desse modo, a sociedade não é a mera justaposição de indivíduos isolados, mas se forma como um todo orgânico, no qual cada pessoa orienta suas ações para um fim preciso e desempenha um papel determinado. Ainda que livre e responsável por seu destino, a pessoa persiste como um ser insuficiente para atingir sozinha a felicidade. Para São Tomás de Aquino – sintetiza Ameal (1961, p. 451-453) – o homem é um ser cheio de imperfeições e fraquezas, que se debate contra muitos obstáculos e se condiciona a múltiplas necessidades, mas que é possuidor de grande virtualidade. Sua natureza racional permite-lhe conhecer o fim a que está ordenado e procurar alcançá-lo pela vontade livre. Essa autodeterminação em relação ao fim traz duas conseqüências: os homens reúnem-se para atingir seus objetivos e melhor organizar sua vida; e

¹⁸ Segundo Ameal (1961, p. 456), esse fim comum não deve comprometer o fim último de cada uma das pessoas e deve harmonizar tanto quanto possível os interesses privados e o interesse coletivo, que não se identificam. A respeito, ver São Tomás de Aquino (1980, 2ª parte da 2ª parte, q. 47, art. 11).

o homem compreende a necessidade de um fim comum ao qual se subordinar e dirigir suas ações. Delas derivam as sociedades humanas.

A pessoa, então, deve subordinar seus objetivos e atos à consecução do bem comum, que é transcendente e imanente ao bem de cada cidadão (MILLON-DELSOL, 1993, p. 11-12)¹⁹. Para tanto, São Tomás de Aquino define o exercício de quatro virtudes cardeais, que são a prudência, a força, a temperança e a justiça. Esta última é considerada a mais importante delas. Ao responder, na *Suma Teológica*, se a justiça é uma virtude geral, São Tomás transmite sua visão da sociedade:

A justiça [...] ordena o homem nas suas relações com outrem. O que pode ser de dois modos: com outrem singularmente considerado; ou, com outrem, em geral, isto é, no sentido em que quem serve a uma comunidade serve a todos indivíduos nela contidos. Ora, de um e de outro modo, pode-se aplicar a justiça, na sua idéia própria. Pois, é manifesto que todos os que fazem parte de uma comunidade, estão para esta como a parte para o todo; por onde, qualquer bem da parte se ordena ao bem do todo. Portanto, assim sendo, o bem de qualquer virtude, quer o da que ordena o homem para consigo mesmo, quer o da que o ordena a qualquer outra pessoa singular, é referível ao bem comum, para o qual a justiça ordena. E, a esta luz, os atos de todas as virtudes podem pertencer à justiça, enquanto esta ordena o homem para o bem comum. Por onde, a justiça é considerada uma virtude geral. (SÃO TOMÁS DE AQUINO, 1980, 2ª parte da 2ª parte, v. V, q. 58, art. 5º, p. 2491-2492).

A noção de autonomia, no pensamento de São Tomás de Aquino, não se relaciona à escolha pessoal de fins últimos, mas se vincula ao princípio da totalidade. A interferência de uma autoridade ou instância superior justifica-se, então, em caso de insuficiência ou incapacidade da pessoa ou coletividade para cumprir sua função, pois o fim particular dela integra-se à finalidade do corpo social²⁰.

¹⁹ Ver também Clergerie (1997, p. 11) e Delpérée (2000, p. 14).

²⁰ Na *Suma Teológica*, afirma São Tomás que “nós nos tornamos obrigados para com os outros, segundo a excelência diversa deles e os benefícios diversos que nos fizeram. [...] Portanto, depois de Deus, somos obrigados, sobretudo, aos pais e à pátria. [...] E o culto da pátria abrange o prestado a todos os cidadãos e a todos os amigos dela.” (SÃO TOMÁS DE AQUINO, 1980, 2ª parte da 2ª parte, questão 101, art. 1º, v. VI, p. 2820).

Essa vinculação resolve, para o tomismo, o paradoxo entre a preservação da autonomia e a busca do bem comum, ao mesmo tempo em que garante a dignidade da pessoa e promove a solidariedade. Nesse contexto, o poder público, embora também persiga fins próprios, apresenta-se como um meio a serviço da sociedade, com o objetivo de conservar a perfeição dos seres e garantir às demais instâncias sociais a paz e a possibilidade de alcançar seus respectivos propósitos (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 45; MILLON-DELSOL, 1993, p. 11-12).

Observa-se, em síntese, que a filosofia de São Tomás de Aquino fornece elementos que aperfeiçoam e integram o princípio da subsidiariedade. A concepção da sociedade formada por círculos concêntricos dá forma ao primeiro parâmetro, que expressa a composição social em coletividades que se ampliam progressivamente. A centralidade da pessoa, que se estende às coletividades, corresponde à primazia das unidades menores em relação às maiores, como estabelece o segundo parâmetro. O terceiro e quarto parâmetros também encontram lastro nas idéias de São Tomás de Aquino, com especial equivalência, respectivamente, às noções de dignidade e de bem comum.

1.2.3 Johannes Althusius

A contribuição de Johannes Althusius (1557-1638) fornece respaldo aos quatro parâmetros do princípio da subsidiariedade. Pode-se afirmar que sua importância reside na densidade de seu pensamento, que interliga os parâmetros de uma forma sistêmica. Isso decorre, sobretudo, da concepção orgânica da sociedade professada pelo autor²¹. Destaca-se, ainda, sua oposição à doutrina da soberania territorial única, no contexto da emergência dos Estados nacionais, que pode ser vista como uma defesa da autonomia política das comunidades e uma resistência à dissolução das diversidades locais ou regionais.

Althusius (2003, p. 103) inicia a obra *Política* com a proposição geral que orienta toda a sua exposição:

A política é a arte de reunir os homens para estabelecer vida social comum, cultivá-la e conservá-la. Por isso, é chamada 'simbiótica'. O tema da política é, portanto, a associação (*consociatio*), na qual os simbióticos,

²¹ Althusius foi professor de direito (1586) e reitor (1597) da Academia Protestante de Herborn, centro de estudos políticos calvinistas, e gestor da cidade de Emden (1604-1638), na Alemanha. Publicou *Política*, a sua obra mais importante, em 1603 (com duas novas e ampliadas edições, em 1610 e 1614). Sobre sua vida e obra, consultar Carney (2003, p. 9-30).

por intermédio de pacto explícito ou tácito, se obrigam entre si à comunicação mútua daquilo que é necessário e útil para o exercício harmônico da vida social. (ALTHUSIUS, 2003, p. 103, grifos do autor).

Althusius (2003, p. 105) denomina de *simbiose* a vida em comum, cujos participantes são chamados *simbióticos*²². O propósito da associação é a comunicação mútua (comunhão) de bens, serviços e direitos, por meio da qual são supridas as necessidades de cada um e obtida a auto-suficiência e a mutualidade da vida e da sociedade²³.

Segundo Althusius, é para suprir, fornecer ou receber o que lhes falta que todas as pessoas “se associam num certo corpo público, a que chamamos comunidade, e, mediante a ajuda mútua, se devotam ao bem-estar e à satisfação das necessidades desse corpo” (ALTHUSIUS, 2003, p. 112). Em seu entender, essa é a verdadeira origem das primeiras aldeias e, depois, das grandes comunidades territoriais, conforme sinalizam os mais antigos registros da história e confirma a experiência diária²⁴.

A descrição de Althusius é tão sistemática quanto sua obra²⁵. A organização social que ele propõe forma-se da base para o topo, o que contempla o primeiro parâmetro do princípio da subsidiariedade²⁶. Assim, o Estado deve ser compreendido como uma comunidade orgânica, formada por uma multiplicidade de associações, cuja articulação se estabelece em uma construção que

²² Sua concepção tem nítida inspiração aristotélica, às vezes implícita, como quando afirma que “[...] por sua natureza gregária, o homem nasceu para cultivar a sociedade com os outros homens, não para viver solitário [...]” (ALTHUSIUS, 2003, p. 111), às vezes expressa, como ao registrar que “[...] Aristóteles ensina que o homem, por sua natureza, é conduzido à vida social e à partilha mútua” (ALTHUSIUS, 2003, p. 113).

²³ Conforme Hueglin (1994), em seção que denomina *Societal Federalism*, a simbiose exige regulação e administração comuns e demanda a inclusão das atividades sociais na esfera da política e a compreensão do direito e do governo como partes de um só processo de comunicação, ao invés de entendê-los como uma estrutura de lógica apartada da intervenção social.

²⁴ Para Althusius, as causas eficientes da associação política são o consentimento e o pacto entre os cidadãos que se comunicam; sua causa formal é a própria associação estabelecida pela contribuição e comunicação de um homem com o outro; e sua causa final é o desfrute de uma vida confortável, profícua e feliz, e do bem-estar comum (ALTHUSIUS, 2003, p. 113)

²⁵ A propósito do método (lógica ramista) utilizado por Althusius em sua obra, ver Carney (2003, p. 14-18).

²⁶ Assinala Clergerie (1997, p. 23) que essa visão diverge da maioria dos autores políticos da época.

vai do individual para o universal (CLERGERIE, 1997, p. 23)²⁷. Isso se desdobra em duas perspectivas no pensamento do autor: a formação das associações e a compreensão de soberania. Em ambas, Althusius reforça o segundo parâmetro da subsidiariedade, que estabelece a primazia das coletividades menores em relação às maiores.

Para Althusius, as associações formam-se por meio de uma convenção entre os simbióticos, que pode ser explícita ou tácita, pela qual concordam com os objetivos necessários e úteis a serem buscados e com os meios necessários à sua consecução. As primeiras associações são as privadas²⁸, que se classificam em naturais e civis (ALTHUSIUS, 2003, p. 121). A família é a associação natural e, em geral, permanente²⁹. A associação cível é de natureza voluntária e se denomina *collegium* (corporação)³⁰.

Althusius identifica uma expansão progressiva na organização social, pois “a sociedade humana se desenvolve da associação privada para a pública por intermédio de progressões e passos definidos das pequenas sociedades” (ALTHUSIUS, 2003, p. 121). Assim, a associação pública surge quando várias associações privadas se reúnem com o objetivo de estabelecer uma ordem política abrangente. Ou seja, as associações privadas – as famílias e os *collegia* (e não os seus membros individuais) – é que constituem as associações públicas (ALTHUSIUS, 2003, p. 137). As associações públicas se distinguem das privadas por terem jurisdição sobre um determinado território. Elas podem ser de dois tipos: particular ou universal (ALTHUSIUS, 2003, p. 136). As associações

²⁷ No mesmo sentido, Brault, Renaudineau e Sicard (2005, p. 11-12) e Hueglin (1994), na seção Althusius.

²⁸ Segundo Althusius (2003, p. 119), “a associação simples e privada é a sociedade e simbiose que têm início numa convenção especial (*pactum*) entre os membros com o objetivo de reunir e manter em comum um interesse particular (*quis peculiare*)”. Isso se consegue por meio do acordo estabelecido e do modo de vida. Essa associação pode ser chamada de primária e todas as outras derivam dela e sem ela não podem existir.

²⁹ Os capítulos II e III de *Política* são dedicados à família (ALTHUSIUS, 2003, p. 119-126). São duas as espécies de associações privadas e naturais: a conjugal (*conjugalis*) e a de parentesco por afinidade (*propinqua*) (ALTHUSIUS, 2003, p. 122).

³⁰ Ocorre pela reunião de pessoas dispostas a prestar serviço que seja de utilidade e necessidade comuns. São, em geral, pessoas do mesmo negócio, com a mesma instrução ou profissão, que se unem para ter deveres, modos de vida ou atividades em comum (ALTHUSIUS, 2003, p. 127-129). O Capítulo IV de *Política* trata especificamente do *collegium* (ALTHUSIUS, 2003, p. 127-134).

particulares são as cidades (*civitas*)³¹ e as províncias³². A associação pública universal é denominada comunidade e é a única detentora da soberania.

Na configuração das cidades, Althusius (2003, p. 145) argumenta a favor da autonomia, o que se relaciona com o terceiro parâmetro da subsidiariedade. Para o autor, a comunicação dos cidadãos da mesma comunidade, com objetivo de auto-suficiência e simbiose, contempla bens, serviços e direitos. Daí surge a ordem jurídica da cidade. Os direitos, privilégios, estatutos e benefícios devem ser comunicados (compartilhados) pelos cidadãos. Nisso se inclui a autonomia da cidade, direitos de território e outros direitos públicos. Afinal, “toda cidade tem capacidade para estabelecer estatutos referentes àquelas coisas relacionadas com a administração de seus próprios assuntos, que façam parte de seu negócio ou de seu ofício [...]” (ALTHUSIUS, 2003, p. 149). Entre esses assuntos estão o direito de voto, os atos de gerência e administração da comunidade e a maneira como a cidade é dirigida, de acordo com as leis que aprovou e o magistrado que constituiu. Alerta o autor: “quando, em vez disso, esses direitos comuns são abandonados, a comunidade deixa de existir” (ALTHUSIUS, 2003, p. 149)³³.

A última das formas de associação pública é a comunidade ou reino³⁴, considerada universal (*universalis*) porque nela estão incluídas todas as associações dentro de uma dada e ampla área. A comunidade constitui-se de muitas cidades e províncias que se obrigam a ter, estabelecer e defender o

³¹ Também chamadas comunidades locais (*universitas*), reúnem, numa mesma área urbana, uma comunidade de cidadãos sob o mesmo governo e com o mesmo tipo de comunicação (ALTHUSIUS, 2003, p. 139-140). Os capítulos V e VI tratam da cidade (ALTHUSIUS, 2003, p. 135-152).

³² Expõe Althusius (2003, p. 153) que, “no complexo de seu território, engloba muitas vilas, cidades, postos avançados e urbes unidos pela comunhão e administração de um único direito (*jus*). Ela é também chamada de região, distrito, diocese e, por vezes, de comunidade”. Os capítulos VII e VIII de *Política* abordam a província (ALTHUSIUS, 2003, p. 153-172).

³³ Para Follesdal (1998, parte V, itens *D* e *E*), a subsidiariedade de Althusius apresenta como aspecto negativo a produção de um poder central enfraquecido, em face da preservação das autonomias comunitárias. Disso resultaria, de um lado, arranjos federativos oligárquicos e, de outro, a pouca capacidade do Estado central de suprir carências de comunidades necessitadas e estabelecer meios coercitivos de redistribuição entre indivíduos e associações.

³⁴ Althusius (2003, p. 174) rejeita a distinção entre um reino (*regnum*) e uma comunidade (*respublica*), porque, para ele, o reino é propriedade do povo e a administração é que cabe ao rei.

direito de soberania (*jus majestatis*)³⁵. Althusius reafirma a formação da base para o topo, pois “as famílias, as cidades e as províncias existiram, por suas próprias naturezas, antes dos reinos, e são elas que fazem surgir esses reinos” (ALTHUSIUS, 2003, p. 173). O vínculo que leva à formação da comunidade é o consenso que estabelece “a promessa, tácita ou expressa, de comunicar bens, serviços mútuos, auxílio, aconselhamento e as mesmas leis comuns (*jura*) na medida requerida pela necessidade e utilidade da vida social universal de um reino” (ALTHUSIUS, 2003, p. 175). Desse modo, visto sob o prisma da subsidiariedade, esse vínculo corresponde ao quarto parâmetro, que justifica a atuação de uma coletividade maior para suprir incapacidades das menores e as conduzir ao bem comum³⁶.

A comunidade é soberana³⁷, pois não se reconhece nada superior a ela em seu território. Na concepção de soberania, Althusius manifesta expressa dissidência de Jean Bodin e outros autores³⁸ em dois importantes pontos. Para Althusius (2003, p. 179), o direito de soberania deve ser atribuído à comunidade, de modo que ela não pode pertencer a um de seus membros individuais, mas a todos os membros em conjunto. Assim, no primeiro ponto, entende que o poder de soberania não pode ser atribuído ao rei ou aos homens que detêm os cargos mais poderosos do reino, mas sim ao corpo organizado da comunidade³⁹. Sendo assim, o rei e os poderosos devem reconhecer a comunidade como superior, pois é ela que lhes concede a autoridade. No segundo ponto, Althusius (2003, p. 181) discorda que o poder de soberania possa ser supremo e perpétuo e que não poderia ser limitado nem pela lei nem pelo tempo, porque um poder acima de todas as leis seria tirânico e todo o poder humano admite a lei natural e divina como superior. Nem o rei tem em sua propriedade os direitos de soberania, embora possa ter o exercício desses direitos por concessão do corpo associado. Por fim, arremata: “o rei representa o povo e não o contrário” (ALTHUSIUS, 2003, p. 183).

³⁵ Também chamado direito do reino (*jus regno*), é o direito de um Estado (ALTHUSIUS, 2003, p. 178).

³⁶ Afirma Millon-Delsol (1993, p. 16) que o poder supremo se justifica não porque a sociedade nada faz sem ele, mas porque ela não é capaz de tudo sem seu concurso, na medida em que supre suas incapacidades, conferindo-lhe harmonia e proteção. A propósito, ver também Bandrés Sánchez-Cruzat (1999, p. 13) e Rinella (1999, p. 11).

³⁷ O capítulo IX de *Política* trata da comunidade e da soberania política (ALTHUSIUS, 2003, p. 173-190).

³⁸ Althusius (2003, p. 182) menciona Petrus Gregorius, Cujas, Doneau e Duaren.

³⁹ Althusius reconhece esse corpo organizado como povo (*populus*) (CARNEY, 2003, p. 27).

Observa Elazar (2003, p. 48) que Althusius apresenta uma teoria para a construção da forma de governo com base numa associação política estabelecida por seus cidadãos alicerçada no consentimento e não no Estado materializado e imposto por um mandante ou uma elite. Além disso, defende Elazar (2003, p. 51), sua concepção é amplamente “federal” (do latim *foedus*, convenção), pois se desenvolve a partir de uma série de blocos ou células de autogoverno, das menores até a comunidade universal, cada uma das quais organizada internamente e vinculada às outras mediante alguma forma de relacionamento consensual.

Com relação a isso, porém, o próprio Elazar (2003, p. 52-55) apresenta duas ponderações. A primeira é que a visão de Althusius não prevaleceu sobre a concepção estatizante de Jean Bodin e outros, que pleiteavam a materialização de Estados centralizados, detentores de uma soberania indivisível, onde todos os poderes ficassem concentrados nas mãos de um rei empossado pela vontade divina. Por isso, o pensamento de Althusius ficou longamente esquecido, até ser retomado por pensadores alemães, destacando-se entre eles Otto von Gierke, no século XIX, e Carl Friedrich, no século XX (ELAZAR, 2003, p. 52-54).

A segunda ponderação é o reconhecimento de que existe divergência acadêmica quanto à relação entre Althusius e o federalismo⁴⁰. Não obstante o interesse que Althusius desperta como representante de um federalismo “pré-moderno”, anterior ao século XVII e de fundação tribal ou corporativista, impõe-se reconhecer que o federalismo moderno aparta-se completamente desse modelo (ELAZAR, 2003, p. 54). A primeira federação, no sentido técnico-constitucional, surge com a Constituição norte-americana de 1787, caracterizando-se como uma nova forma de Estado.

Por fim, cumpre registrar que, segundo Clergerie (1997, p. 24-28), o pensamento de Althusius influenciou os pensadores ingleses a partir dos séculos XVI-XVII em amplo espectro, que vai desde Thomas Hobbes (1588-1679), partidário do absolutismo, até John Locke (1632-1704), adversário do regime absolutista,

⁴⁰ Clergerie (1997, p. 23) entende que a concepção de Estado corporativo de Althusius prefigurou o federalismo moderno. Hueglin (1994), nas seções *Althusius* e *Societal Federalism*, denomina a proposta de Althusius de *societal federalism*, pois os participantes são consociações sociais e espaciais. Para Kuhnhardt (1992), na seção *The principle of subsidiarity as an attribute of federalism*, o federalismo foi definido como um princípio social de organização antes de ser concebido como um sistema político, graças a Althusius. Follesdall (1998, item V), Groff (2001, p. 64) e Chicharro Lázaro (2001, p. 45) apontam Althusius como o primeiro teórico da subsidiariedade e do federalismo.

alcançando até mesmo a corrente utilitarista de Jeremy Bentham (1748-1842) e John Stuart Mill (1806-1873). Além disso, Clergerie (1997, p. 28-30) aponta a influência de Althusius sobre o pensamento liberal francês do século XIX, de que são representantes Alexis de Tocqueville (1805-1859) e Pierre Proudhon (1809-1865), além de chegar à Alemanha por Georg W. F. Hegel (1770-1831)⁴¹.

1.3 Dimensões negativa e positiva do princípio

Na visão de coletividades que se estendem progressivamente, expõe-se a tensão dialética entre a autonomia da unidade e a intervenção da autoridade de maior âmbito. Na noção de subsidiariedade, a intervenção deve servir, antes de tudo, para suplementar as incapacidades e suprir as carências das pessoas e comunidades, livres e responsáveis por seu destino, mas insuficientes para atingir, sozinhas, o pleno desenvolvimento (MILLON-DELSOL, 1993, p. 3-4)⁴².

Para tanto, a finalidade de uma coletividade superior deve ser a mesma das coletividades menores que nela se integram. Trata-se de conciliar a liberdade com o bem comum, assim como o interesse particular com o interesse geral, e de colocá-los um a serviço do outro⁴³. Ou seja, devem ser harmonizados o direito à autonomia da instância inferior e o dever de ingerência da autoridade superior em prol do bem comum. Desse modo, se refletida nos termos dos parâmetros da subsidiariedade, trata-se de conciliar o terceiro (autonomia da menor unidade) com o quarto parâmetro (intervenção da unidade maior).

Nesse sopesar, conforme a clássica lição de Millon-Delsol (1993, p. 7), a noção de subsidiariedade apresenta dois aspectos, ou duas dimensões⁴⁴:

⁴¹ Em outro sentido, Hueglin (1994), na Introdução, afirma que a teoria política europeia, a partir dos séculos XVI e XVII, parte de duas diferentes tradições: uma solidária, que se baseia na cooperação e no consentimento, cujo representante é Althusius e de onde se extrai as raízes do princípio da subsidiariedade; e outra, individualista, com fundamento na competição e na regra da maioria, cujo expoente é Hobbes, para quem a existência de grupos e classes na sociedade teria por consequência a divisão do poder político e a guerra civil.

⁴² A respeito, ver também Delcamp (1995, p. 614), e Robert (1995, p. 184).

⁴³ A esse propósito, Millon-Delsol (1993, p. 5, nota 1) observa que a noção de “bem comum”, utilizada pelo pensamento antigo e medieval para as sociedades orgânicas, foi substituída pela noção de “interesse geral”, concebido por Rousseau e aplicado às sociedades modernas, nas quais não se reconhece um bem comum objetivo, mas uma pluralidade de interesses diversificados.

⁴⁴ Este trabalho utiliza preferencialmente o termo *dimensão* – ao invés de *aspecto*, como faz Millon-Delsol (1993, p. 7) – porque aquele representa melhor o fenômeno da coexistência dos dois fatores no princípio. No entanto, a denominação de Millon-Delsol (1993) é amplamente aceita e propagada pelos comentadores do princípio. São exemplos: Baracho (1997, p. 59), Chicharro Lázaro (2001, p. 42-43) e Robert (1995, p. 187).

a) **negativa**, de limite à intervenção, pelo qual a autoridade ou coletividade mais ampla não pode impedir as pessoas e agrupamentos menores de conduzir suas próprias ações, assim como deve abster-se de agir nos domínios em que a instância inferior tenha capacidade suficiente para atuar; e

b) **positiva**, de justificativa de intervenção, pela qual a autoridade ou comunidade superior tem o dever de agir em prol do bem comum, por meio de estímulo, apoio ou suplementação das ações da instância inferior, que se mostrou insuficiente.

Admite-se a intervenção, ainda, quando a comunidade superior se mostrar mais eficiente para alcançar determinado objetivo. Assim, embora a noção de subsidiariedade considere que a instância indicada para a ação é, inicialmente, aquela que se encontra mais próxima da realidade ou do problema vivenciado, a dimensão positiva pode incidir quando, em vista da necessidade de realização da atividade, a autoridade ou comunidade superior apresentar-se como a instância mais adequada, sob o prisma da eficiência, para atingir o objetivo almejado (QUADROS, 1995, p. 18)⁴⁵.

Observa Millon-Delsol (1993, p. 19-20) que o pensamento liberal apropria-se da idéia de subsidiariedade apenas para utilizá-la na dimensão negativa, de não ingerência do Estado. Com o surgimento do individualismo, somente o indivíduo passa a ser considerado sujeito de direito e a sociedade é caracterizada como uma entidade abstrata, constituída pela soma de indivíduos separados uns dos outros, cada qual em busca de sua própria felicidade. O foco no indivíduo⁴⁶ despreza a noção de bem comum, minimiza a importância dos grupos intermediários e tende a retirar da noção de subsidiariedade a dimensão positiva, de auxílio, apoio ou suplementação.

Assim, por exemplo, a clássica teoria da “mão invisível” de Adam Smith (1723-1790) – pela qual o detentor de capital é consciente apenas do seu interesse particular, mas cumpre finalidade de interesse geral – conduz a uma

⁴⁵ No mesmo sentido, Baudin-Cullière (1995, p. 66) e Chicharro Lázaro (2001, p. 43).

⁴⁶ Bandrés Sánchez-Cruzat (1999, p. 13) e Chicharro Lázaro (2001, p. 39) lembram que a Declaração francesa do homem e do cidadão, de 1789, é expressiva da posição nuclear do indivíduo na construção de um Estado que se institucionaliza a serviço do cidadão, para assegurar – e não interferir – em suas liberdades. Assim, o Artigo Segundo da Declaração afirma que a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, que são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

concepção restritiva do papel do Estado, ao qual não cabe direcionar a iniciativa dos particulares. Não obstante, mesmo Adam Smith reconhece o dever do Estado de erigir obras e instituições que a iniciativa privada jamais teria o interesse de empreender. Ora, se há um limite para a iniciativa particular no cumprimento espontâneo do interesse geral, cabe ao Estado suprir essa deficiência. Disso resulta uma concepção de subsidiariedade do papel do Estado, que deve intervir para preencher as lacunas deixadas pelos mecanismos sociais espontâneos. Desse modo, embora por uma via diferente, a noção de subsidiariedade acaba por ser identificada mesmo na ótica do individualismo liberal (BRAULT; RENAUDINEAU; SICARD, 2005, p. 19-21).

Entretanto, cabe aqui registrar a interessante observação feita por Chicharro Lázaro (2001, p. 43) de que a noção da subsidiariedade tem sido utilizada, conceitualmente, mais como um freio (dimensão negativa) do que como um acelerador (dimensão positiva) dos poderes da autoridade mais ampla. Na prática, contudo, a situação se inverte, pois, historicamente, a autoridade pública superior vem acumulando mais poderes, paulatina e progressivamente, até o ponto de tornar determinante sua intervenção em praticamente todas as esferas de atuação da sociedade.

1.4 Origens na doutrina social da Igreja Católica

A subsidiariedade passou a ser utilizada como importante princípio da filosofia social da Igreja Católica a partir do final do século XIX, graças ao cristianismo social desenvolvido pelo Papa Leão XIII, que pretendia condenar o capitalismo liberal e retomar o valor do bem comum e da solidariedade⁴⁷. Desde então, a subsidiariedade teve sucessivo aprofundamento nas Cartas

⁴⁷ Clergerie (1997, p. 12-15) lembra de uma utilização anterior da subsidiariedade pela Igreja Católica, com vistas a regular sua relação com os Estados e limitar os poderes papais. Mostra o autor que, do século V até o início do século XIV, os papas foram não somente os chefes espirituais da Igreja Católica, mas dispuseram de atribuições de ordem política que se impunham mesmo ao conjunto dos governos civis. A partir do conflito entre o Papa Bonifácio VIII (1294-1303) e o rei francês Felipe IV, o Belo (1268-1314), firmou-se a independência do Estado em relação à Igreja, daí em diante progressivamente assegurada. No Concílio de Trento (1545-1563), a repartição entre os poderes reais e os poderes espirituais dos papas foi selada por meio da aplicação da subsidiariedade: a partir de então, os papas somente podiam intervir em assuntos do Estado no domínio religioso e sob condição de que tal atuação se mostrasse a mais eficiente e adequada.

Encíclicas dedicadas à questão social, transformando-se em um princípio solene da doutrina social da Igreja Católica (CLERGE-RIE, 1997, p. 16)⁴⁸.

1.4.1 O princípio nos documentos da Igreja

A Carta Encíclica *Rerum Novarum*, de 15 de maio de 1891, marca a intervenção da Igreja Católica nos assuntos sociopolíticos⁴⁹, num contexto de forte crise social, em que as profundas desigualdades econômicas e sociais vigentes são atribuídas ao liberalismo econômico e os trabalhadores encontram-se desorganizados e juridicamente desprotegidos (GROFF, 2001, p. 70). A Igreja preocupa-se com as condições dos trabalhadores e clama pela intervenção do Estado para protegê-los de um capitalismo irrestrito⁵⁰. Contudo, adverte que a atuação estatal deve ser limitada pela natureza de cada problema, de modo que a lei não vá além do que é requerido para afastar o mal ou remover o dano (CAROZZA, 2003, p. 41).

O Papa Leão XIII combate o liberalismo, mas também se contrapõe às ideologias coletivistas, sustentando a autonomia do indivíduo e o pluralismo da vida social⁵¹. Na busca por um meio-termo entre o liberalismo do *laissez-faire* e o socialismo, a Igreja Católica evita demonstrar preferência por um determinado regime político ou econômico. Concebe, então, a sua doutrina social e adota a noção de subsidiariedade como um de seus pilares (MILLON-DELSOL, 1993, p. 27)⁵².

A Encíclica *Rerum Novarum* firma a precedência da pessoa e da família sobre o Estado, que somente deve interferir na sociedade para prevenir danos, assegurar o bem comum e o apoio a quem tem necessidade (BARBER, 2005b, p. 310)⁵³. Diz o texto, que ainda não usa o termo subsidiariedade:

⁴⁸ No mesmo sentido, Baracho (1997, p. 25), Di Pietro (2005, p. 33) e Medina (2002, p. 245).

⁴⁹ Para Torres (2001, p. 25), esse “texto pontifical foi o ponto de partida de todo um movimento transformador que colocou a Igreja na vanguarda da verdadeira justiça social, originando-se dele a reforma da estruturação da sociedade”.

⁵⁰ Segundo Barber (2005b, p. 310), embora reconheça o valor da propriedade privada, a Igreja atribui aos empregadores uma obrigação moral para com seus empregados.

⁵¹ A propósito, ver Groff (2001, p. 69) e Quadros (1995, p. 14).

⁵² No mesmo sentido, Carozza (2003, p. 41) e Torres (2001, p. 26).

⁵³ Ver também Groff (2001, p. 70) e Medina (2002, p. 245).

A família e o Estado

6. [...] Querer, pois, que o poder civil invada arbitrariamente o santuário da família, é um erro grave e funesto. Certamente, se existe algures uma família que se encontre numa situação desesperada, e que faça esforços vãos para sair dela, é justo que, em tais extremos, o poder público venha em seu auxílio, porque cada família é um membro da sociedade. Da mesma forma, se existe um lar doméstico que seja teatro de graves violações dos direitos mútuos, que o poder público intervenha para restituir a cada um os seus direitos. Não é isto usurpar as atribuições dos cidadãos, mas fortalecer os seus direitos, protegê-los e defendê-los como convém. Todavia, a ação daqueles que presidem ao governo público não deve ir mais além; a natureza proíbe-lhes ultrapassar esses limites. A autoridade paterna não pode ser abolida, nem absorvida pelo Estado, porque ela tem uma origem comum com a vida humana. [...] (LEÃO XIII, 1891, § 6).

Fica evidente, no texto, a tensão entre as dimensões negativa⁵⁴ e positiva da noção de subsidiariedade, especialmente quanto aos limites ou deveres de intervenção do Estado. Daí em diante, os Papas insistiram mais em uma ou em outra dessas dimensões, conforme as características de seu tempo, mas buscaram sempre ressaltar o papel da subsidiariedade no equilíbrio desse movimento pendular.

No final do século XIX, foi necessário que Leão XIII clamasse mais pela presença do que pela ausência da intervenção estatal, em face dos excessos do liberalismo (CAROZZA, 2003, p. 41; MILLON-DELSOL, 1993, p. 28). Quarenta anos depois, as circunstâncias políticas eram bem diferentes. Por ocasião da Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 15 de maio de 1931, o contexto de ascensão e instauração de regimes totalitários, como o nazismo, o fascismo⁵⁵ e o comunismo, leva o Papa Pio XI a dar maior ênfase aos limites da intervenção estatal (CAROZZA, 2003, p. 41; HORTA, 2002b, p. 462).

⁵⁴ Hueglin (1994), na Introdução, enxerga na dimensão negativa uma perspectiva conservadora da Igreja Católica, pois a subsidiariedade significaria que o Estado não deve se imiscuir na vida das famílias e, especialmente, na distribuição de papéis e habilidades entre homens, mulheres e crianças.

⁵⁵ Para Clergerie (1997, p. 17-19), o princípio da subsidiariedade foi utilizado não só para proteger os direitos individuais contra os regimes fascistas, mas também para favorecer as igrejas locais contra o forte poder de Roma. Para tanto, o Vaticano somente deveria tratar dos assuntos que não poderiam ser resolvidos pelas igrejas de base, as quais teriam que decidir preponderantemente sobre as questões pastorais, pois se encontram mais próximas aos fiéis. Observa, contudo, que o princípio não atendeu a tal expectativa, pois desde 1978, com João Paulo II, assiste-se a uma retomada dos poderes das igrejas locais por Roma.

Na Encíclica *Quadragesimo Anno*, embora ainda sem os-
tentar esse nome, o princípio da subsidiariedade ganha sua
formulação mais completa (PONTIER, 1986, p. 1520)⁵⁶:

5 - RESTAURAÇÃO DA ORDEM SOCIAL

[...] Verdade é, e a história o demonstra abundantemente, que, devido à mudança de condições, só as grandes sociedades podem hoje levar a efeito o que antes podiam até mesmo as pequenas; permanece contudo imutável aquele solene princípio da filosofia social: **assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e indústria, para o confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social.** O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los.

Deixe pois a autoridade pública ao cuidado de associações inferiores aqueles negócios de menor importância, que a absorveriam demasiado; poderá então desempenhar mais livre, enérgica e eficazmente o que só a ela compete, porque só ela o pode fazer: dirigir, vigiar, urgir e reprimir, conforme os casos e a necessidade requeiram. Persuadam-se todos os que governam: quanto mais perfeita ordem hierárquica reinar entre as várias agremiações, segundo este princípio da função 'supletiva' dos poderes públicos, tanto maior influência e autoridade terão estes, tanto mais feliz e lisonjeiro será o estado da nação. (PIO XI, 1931, parte II, § 5, grifos nossos).

O princípio da subsidiariedade tem grande relevo na doutrina social da Igreja Católica⁵⁷. Isso é reconhecido pelo *Compêndio da doutrina social da Igreja* (VATICANO, 2004), elaborado pelo Conselho Pontifício Justiça e Paz, vinculado à Cúria Romana, que relaciona a subsidiariedade como um dos cinco princípios basilares dessa doutrina, junto com os do bem comum, da destinação universal dos bens, da participação, e da solidariedade. O documento sintetiza da seguinte forma o que se procura obter com a aplicação da subsidiariedade:

187. [...] À atuação do princípio de subsidiariedade *correspondem*: o respeito e a promoção efetiva do primado da pessoa e da família; a valorização das associações e das organizações intermédias, nas próprias

⁵⁶ Assim atestam também Baracho (1997, p. 25) e Quadros (1995, p. 14).

⁵⁷ Para Clegerie (1997, p. 16), é na Encíclica *Pacem in Terris*, de 11 de abril de 1963, do Papa João XXIII, que o princípio da subsidiariedade é verdadeiramente consagrado.

opções fundamentais e em todas as que não podem ser delegadas ou assumidas por outros; o incentivo oferecido à iniciativa privada, de tal modo que cada organismo social, com as próprias peculiaridades, permaneça ao serviço do bem comum; a articulação pluralista da sociedade e a representação das suas forças vitais; a salvaguarda dos direitos humanos e das minorias; a descentralização burocrática e administrativa; o equilíbrio entre a esfera pública e a privada, com o conseqüente reconhecimento da função *social* do privado; uma adequada responsabilização do cidadão no seu “ser parte” ativa da realidade política e social do País. (VATICANO, 2004, cap. IV, item IV, al. b, § 187, grifos do autor).

A doutrina social da Igreja Católica contribuiu fortemente para o desenvolvimento do princípio da subsidiariedade, principalmente por meio do aprofundamento das idéias que se configuram em seus parâmetros. Com efeito, as linhas mestras do pensamento católico, como o personalismo e a subjetividade, conferem maior consistência aos dois primeiros parâmetros do princípio. Além disso, a reflexão da Igreja Católica conduz à aplicação do terceiro e quarto parâmetros do princípio às relações entre sociedade civil e Estado. Esses aspectos constituem os temas das próximas seções.

1.4.2 O personalismo e a subjetividade

A doutrina social da Igreja Católica parte da concepção de pessoa ligada a determinados fins e integrada em comunidades, de onde surgem novos fins a alcançar, que se somam aos próprios daquela, em uma teia que, no final, constituirá o bem comum de toda a sociedade. Como esse objetivo supera a capacidade individual, todos os componentes da sociedade são responsáveis por sua consecução.

A sociedade, portanto, tem a sua razão de ser na necessidade de complementação que o homem apresenta para atingir a plenitude do seu desenvolvimento (HENKEL, 2002, p. 365)⁵⁸. O fim da sociedade é a ajuda mútua de que todos necessitam para realizar, sob sua própria iniciativa e responsabilidade, suas missões vitais. Essa ajuda torna possível a vida social, ao mesmo tempo em que é a todos necessária. Por essa razão, é denominada de bem comum ou de interesse comum (MESSNER, 1970, p. 166). Assim, o bem comum pressupõe a autodeterminação e a responsabilidade da pessoa e da comunidade menor em relação à sociedade como um todo, mas também depende da ajuda que

⁵⁸ A propósito, ver também Horta (2002b, p. 462) e Medina (2002, p. 246).

ela lhes oferece para que possam atingir a plenitude. Conclui-se, nessa perspectiva, que “a subsidiariedade radica na própria natureza do bem comum” (MESSNER, 1970, p. 282).

Desse modo, a sociabilidade humana realiza-se por meio das associações intermédias, desde a família até as coletividades mais amplas, dotadas de autonomia e que buscam atender ao bem comum. Salgado (2000, p. 62) atribui a Pio XI, autor da Encíclica *Quadragesimo Anno*, o desenvolvimento da “doutrina dos corpos intermediários”, esboçada de forma incipiente por Leão XIII. Por ela, o indivíduo somente pode superar sua indigência e incapacidade se, em cada campo, atuarem organismos intermédios dotados de poder e nos quais possa participar. O Estado e as coletividades maiores não podem, assim, impedir a formação e a atividade de agrupamentos menores nas funções e tarefas a seu encargo. A subsidiariedade associa-se, então, às noções de responsabilidade e participação da pessoa nas diversas esferas da vida social.

A doutrina social da Igreja Católica baseia-se no *personalismo*, desenvolvido por Charles Renouvier (1815-1903), Max Scheler (1873-1928) e Emmanuel Mounier (1905-1950), que busca a valorização da pessoa como um equilíbrio entre o indivíduo e a sociedade (CLERGERIE, 1997, p. 16; FOLLESDALL, 1998, parte VIII, item B). Nessa linha, as associações humanas atendem a dois objetivos: por meio de interações voluntárias as pessoas desenvolvem sua dignidade intrínseca; e as associações apóiam aqueles a quem faltam os modos ou os meios de desenvolvimento.

Essa corrente fundamenta a dignidade da pessoa no direito natural, pois o objetivo final de toda a estrutura social e governamental reside no impulso e proteção do livre desenvolvimento da personalidade (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 36). A dignidade corresponde a um valor inerente e inalienável da pessoa, o que a coloca em posição ontológica e moralmente superior aos grupos sociais e ao Estado. Desse modo, todas as formas de associação devem estar a seu serviço (CAROZZA, 2003, p. 42).

A propósito, Rinella (1999, p. 21) lembra que a dignidade da pessoa supõe tanto a liberdade quanto a igualdade e não se exaure apenas em uma ou em outra. Essa é a crítica que a Igreja dirige ao liberalismo e ao socialismo, que erigiram, respectivamente, uma ou outra como valores absolutos e distintos da dignidade. Para a doutrina social da Igreja, a dignidade é o valor dominante e fundamental, perante os quais aqueles outros assumem posição secundária-

ria. Nessa ótica, o princípio da subsidiariedade é considerado “um método de ação sociopolítica” que atua em respeito ao valor da dignidade (RINELLA, 1999, p. 21)⁵⁹.

Esclarece Carozza (2003, p. 42-43) que a liberdade da pessoa na doutrina social da Igreja Católica não coincide com a visão liberal clássica da sociedade como reunião de unidades autônomas, por três razões. A primeira é que, na visão católica, a pessoa é naturalmente social e é dessa sociabilidade que depende sua dignidade. A idéia de que a realização da pessoa somente pode ser plenamente obtida na associação com outras é estendida a todos os níveis de interação social, de modo que tal relação se repete entre as comunidades menores e as maiores. Essas associações formam a sociedade como um todo orgânico. A segunda diferença decorre dessa organicidade, que se apresenta em dupla direção: as pessoas e associações estão ligadas, em sua estrutura e propósitos, a outras de maior nível; e as associações maiores servem às menores exatamente para, ao final, atender à própria dignidade da pessoa. A terceira diferença está no fato de que, amparada por uma visão subsidiária, a liberdade do personalismo está relacionada com a dignidade da pessoa e com integridade dos grupos a que pertence, de modo que todas as formas de associação são orientadas para a liberdade daquelas de menor amplitude, até o indivíduo. Assim, a liberdade deve ser vista tanto na dimensão negativa quanto na dimensão positiva. Mais uma vez, em uma perspectiva orgânica, o raciocínio aplicado à pessoa estende-se às associações.

No início do século XX, a Igreja Católica preocupa-se com o crescimento do liberalismo e do individualismo, cuja concepção opõe-se ao desenvolvimento da vida social por ela defendido, que se caracteriza pela ligação orgânica das instituições. Na avaliação católica, a sociedade não poderia chegar a compor-se apenas dos indivíduos e do Estado, sem que houvesse corpos intermediários para regular adequadamente as condições econômicas e jurídicas. Afinal, o Estado havia se mostrado incapaz de proteger o bem-estar coletivo por si só. Para reconstruir um Estado capaz de buscar o bem comum, era necessário garantir mais vida social (HENKEL, 2002, p. 364).

⁵⁹ Para Baudin-Cullière (1995, p. 9), a subsidiariedade concebida pela Igreja Católica não é uma regra, uma receita ou um modelo, mas um princípio, “uma norma de orientação, uma idéia que pode permitir apreciar até que ponto uma sociedade política se funda, em sua organização e funcionamento, sob o primado da pessoa”.

A doutrina social da Igreja Católica procura, então, conciliar a liberdade individual com as exigências da justiça social. A ordem social justa e natural é, mais tarde, formalizada na noção de subjetividade da sociedade⁶⁰, descrita na Encíclica *Centesimus Annus*, do Papa João Paulo II, publicada em 1º de maio de 1991:

13. [...] O homem, de fato, privado de algo que possa “dizer seu” e da possibilidade de ganhar com que viver por sua iniciativa, acaba por depender da máquina social e daqueles que a controlam, o que lhe torna muito mais difícil reconhecer a sua dignidade de pessoa e impede o caminho para a constituição de uma autêntica comunidade humana.

Pelo contrário, da concepção cristã da pessoa segue-se necessariamente uma justa visão da sociedade. Segundo a *Rerum novarum* e toda a doutrina social da Igreja, a sociabilidade do homem não se esgota no Estado, mas realiza-se em diversos aglomerados intermédios, desde a família até aos grupos econômicos, sociais, políticos e culturais, os quais, provenientes da própria natureza humana, estão dotados — subordinando-se sempre ao bem comum — da sua própria autonomia. É o que designei de “subjetividade” da sociedade, que foi anulada pelo “socialismo real”. (JOÃO PAULO II, 1991, parte II, § 13).

Para viabilizar essa ordem justa, a doutrina social cristã “privilegia a organização da sociedade a partir de baixo” (TORRES, 2001, p. 30), ou seja, defende que a ação deve ter prioridade nas coletividades que estão mais próximas do cidadão, como a família, a comuna e os corpos intermediários⁶¹. Ao Estado atribui-se uma função subsidiária, pois sua intervenção somente é admitida em caso de dificuldades da coletividade inferior e em condições bem precisas, suficientes apenas para superar a deficiência vivenciada.

Esse modelo encontra dois argumentos de justificação, conforme Barber (2005b, p. 313-314). O primeiro, de natureza instrumental, aduz que o poder deve ser deixado às pessoas e associações menores porque essas instâncias são aptas a exercê-lo de modo mais sábio e socialmente útil. O segundo argumento apóia-se no fato de que o Estado e as coletividades devem existir

⁶⁰ A subjetividade ganha seus primeiros contornos na Encíclica *Sollicitudo Rei Socialis*, na qual o Papa a estende para as nações, equiparando-a com a soberania que lhes compete nos sentidos econômico, político e cultural (JOÃO PAULO II, 1987, parte III, § 15).

⁶¹ Nesse sentido, para a autora, a subsidiariedade deve ser considerada, para além de um princípio de filosofia social, “um vero princípio jurídico de direito natural, cuja violação representa uma injustiça” (TORRES, 2001, p. 31).

para o desenvolvimento e o bem-estar de seus membros, que merecem ter reservado o espaço necessário para também florescer. Assim, ao traçar os limites adequados da atividade coletiva, a subsidiariedade configura-se como um princípio de justiça, pois “as associações existem para conferir maior poder e não para dominar” (BARBER, 2005b, p. 314, tradução nossa).

Como se vê, os ditames da doutrina social da Igreja Católica sustentam e aprofundam os parâmetros do princípio da subsidiariedade. A subjetividade reforça o primeiro parâmetro (formação progressiva das coletividades, da menor para a maior unidade) e traz argumentos em favor do terceiro (autonomia da menor unidade) e do quarto (intervenção somente quando necessária). O personalismo, por sua vez, dá suporte especialmente ao segundo parâmetro (primazia da pessoa e das coletividades inferiores).

1.4.3 O Estado e a sociedade civil

Para a Igreja Católica, conforme Pontier (1986, p. 1520, tradução nossa), “as relações dos poderes públicos com os cidadãos, as famílias e os corpos intermediários devem ser regidos e equilibrados pelo princípio da subsidiariedade”⁶². Assim, ele diz respeito à organização da sociedade, mas regula também a relação entre a sociedade civil e o Estado⁶³.

Para tanto, é necessária a análise das dimensões negativa e positiva do princípio da subsidiariedade⁶⁴. Com efeito, o princípio limita a atuação do Estado, ao mesmo tempo em que a requer e justifica⁶⁵. Retira poder do Estado, mas também lhe confere capacidades. A dimensão negativa é a da obrigação do Estado em limitar sua intervenção nos níveis inferiores da organização social, assim como somente fazer aquilo que os grupos sociais e os indivíduos não consigam fazer sem sua assistência. A dimensão positiva justifica a intervenção

⁶² Acrescenta o autor que o princípio da subsidiariedade atua na proteção da autonomia da pessoa face às estruturas sociais que podem usurpá-la, sem deixar de desempenhar um importante papel para as coletividades umas em relação às outras e para toda a comunidade (PONTIER, 1986, p. 1520).

⁶³ No mesmo sentido, Baracho (1997, p. 26) e Zimmermann (1999, p. 202).

⁶⁴ Observa Clergerie (1997, p. 7) que o princípio da subsidiariedade, tal qual inicialmente definido pela Igreja Católica, visa principalmente a limitar os poderes do escalão superior, de modo a reduzi-lo praticamente a uma força de apoio, que somente está autorizada a agir quando puder atuar com mais eficiência que os escalões inferiores.

⁶⁵ Carozza (2003, p. 44-46) identifica nisso um aparente paradoxo do princípio, que é fonte de confusão e origem das discordâncias quanto à sua aplicação.

quando os níveis inferiores não consigam atingir seus fins por eles mesmos. Nesse caso, o Estado não só pode intervir, como ele tem o direito inerente de zelar pelo bem comum e, portanto, o dever de exercitar esse direito. Conforme Follesdall (1998, parte VIII, item C), a não-intervenção serve para proteger a autonomia da pessoa e dos grupos, mas também para preservar os recursos estatais. De outro lado, a intervenção é legítima e requerida quando o bem coletivo está ameaçado.

Em parte por causa desse duplo sentido, Carozza (2003, p. 44) afirma que a idéia de subsidiariedade não demanda nenhuma forma específica de organização política ou social⁶⁶. Apenas os regimes que se situam nos limites são incompatíveis com o princípio⁶⁷. Assim, tanto o totalitarismo, que subsume todos os indivíduos e grupos sociais, quanto um sistema político-econômico que abandone os indivíduos e grupos à própria sorte, ou que confira poder arbitrário ao mercado, estão em confronto com o princípio da subsidiariedade.

O princípio da subsidiariedade deve servir, então, como um critério de equilíbrio entre os domínios de competência do Estado e da sociedade civil. Para tanto, Messner (1970, p. 287) propõe a seguinte fórmula: “tanta liberdade quanto possível, tanto Estado quanto necessário”, que se traduz em “tanta responsabilidade própria quanto possível, tanta intervenção do Estado quanto necessário”. Desse modo, à proteção das competências das pessoas e agrupamentos menores corresponde uma responsabilidade própria, que deve ser exercida dentro da capacidade e iniciativa respectiva. Assim, de nada adianta apelar para a subsidiariedade como um antídoto ao impulso expansivo do Estado, pois ela não significa “nunca o Estado fraco”, que enfrenta sem autoridade uma sociedade pluralista (MESSNER, 1970, p. 288). Alerta o autor que quanto mais vigorosa e diversificada a vida própria da sociedade, com a criação de estruturas para defesa de interesses particulares ou de grupos econômicos, tanto mais inequivocamente o bem comum e o interesse geral exigem um Estado munido de autoridade forte.

⁶⁶ No mesmo sentido, Caravajal (1995, p. 66) assegura que a subsidiariedade católica não pretende servir como critério para desenvolver nenhum modelo político.

⁶⁷ Para Carozza (2003, p. 45), dessa flexibilidade e adaptabilidade de organização social deriva o segundo paradoxo aparente do princípio da subsidiariedade, que resguarda a diversidade das associações humanas, mas enfatiza a integração de todas essas formas de associação como uma função de sua unidade final de propósitos.

Da mesma forma, Torres (2001, p. 16-18) alerta para a inadequação de se extrair da subsidiariedade apenas o sentido de mero limite à ação do poder público, pois a intervenção do Estado deve ser vista como uma ajuda que promove, coordena, controla, vigia e supre, nos casos em que o exigir o bem comum ou a justiça distributiva. Desse modo, a missão do Estado não é secundária, mas se identifica com os fins dos indivíduos e grupos, para cooperar para o desenvolvimento destes e da sociedade como um todo. Esse entendimento é igualmente compartilhado por Baracho (1997, p. 48), para quem a aplicação do princípio não propõe um Estado mínimo e débil, retraído às funções de vigilância ou arbitragem. Ao contrário, o Estado deve orientar e articular as atividades humanas, reordenando as competências de maneira idônea e responsável. Contudo, o autor adverte que isso não pode levar a uma posição “estatista”, pela qual o homem e as sociedades intermédias não podem fazer tudo o que é capaz de fazer o próprio Estado, o que é o oposto da subsidiariedade.

O Papa João Paulo II enfrenta essa questão na Encíclica *Centesimus Annus*, de 1991. Ao refletir sobre o papel do Estado na economia, assegura-lhe função de relevo, pois “a atividade econômica, em particular a da economia de mercado, não se pode realizar num vazio institucional, jurídico e político”, mas sim em ambiente de segurança e garantidor da liberdade individual e da propriedade (JOÃO PAULO II, 1991, parte V, § 48). O documento reconhece a primazia da iniciativa privada, mas atribui ao Estado o dever de apoiar a atividade empresarial, estimulando-a, criando condições para seu exercício e auxiliando-a nos momentos de crise⁶⁸. Então, somente quando o setor privado não se mostrar capaz de um desempenho adequado é que o Estado deve atuar, em caráter excepcional e por tempo limitado.

João Paulo II justifica a implantação, em muitos países, do Estado do bem-estar social, que verifica haver servido para responder a carências e necessidades e dar remédio a formas de pobreza e privação indignas da pessoa humana. Reconhece ter havido excessos e abusos, decorrentes de uma inadequada compreensão das tarefas do Estado, o que lhe conferiu a qualificação de assistencial. O chamado Estado assistencial provocou perda de energia e aumento do setor estatal, dominado por lógicas burocráticas e pelo aumento de despesas. Na busca do equilíbrio, a Encíclica *Centesimus Annus* sugere:

⁶⁸ Além da própria Encíclica, ver Di Pietro (2005, p. 34).

48. [...] Também neste âmbito, se deve respeitar o *princípio de subsidiariedade*: uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua ação com a das outras componentes sociais, tendo em vista o bem comum (JOÃO PAULO II, 1991, parte V, § 48).

O *Compêndio da doutrina social da Igreja* também ressalta as duas dimensões do princípio da subsidiariedade, pois ele “protege as pessoas dos abusos das instâncias sociais superiores e solicita estas últimas a ajudar os indivíduos e os corpos intermédios a desempenhar as próprias funções” (VATICANO, 2004, cap. IV, item IV, al. b, § 187). Isso porque cada pessoa tem algo de original para oferecer à comunidade, de modo que não se pode negar ou anular o espírito de liberdade e iniciativa, inclusive no campo econômico. Mas diversas circunstâncias podem aconselhar a intervenção do Estado, em caráter excepcional e temporário, como nos casos em que é impossível à sociedade civil assumir autonomamente a iniciativa ou nas realidades de grave desequilíbrio e de injustiça social⁶⁹. Para atingir o equilíbrio, o critério de discernimento deve ser o bem comum.

Portanto, o princípio da subsidiariedade pretende servir como uma fórmula de harmonia, atuando com a finalidade de regular a relação que se estabelece entre a sociedade civil e o Estado. Esse balanceamento é, na expressão de Varela del Solar (1989, p. 384), “a pedra angular de uma comunidade justa e feliz”, na qual podem conviver uma autêntica economia de mercado e um Estado que atua em benefício do bem comum e da justiça social⁷⁰.

⁶⁹ O documento aponta que contra o princípio da subsidiariedade se colocam formas de centralização, de burocratização, de assistencialismo e de presença injustificada e excessiva do aparato público (VATICANO, 2004, cap. IV, item IV, al. b, § 187).

⁷⁰ Para o autor, o abstencionismo do Estado leva à injustiça social e à miséria, decorrentes de uma errônea leitura liberal da subsidiariedade. Em outro extremo, a expansão do Estado leva à asfixia da liberdade e à opressão autoritária – típica dos totalitarismos, ditaduras e soluções coletivistas (VARELA DEL SOLAR, 1989, p. 384-386).

1.5 O princípio da subsidiariedade no direito público

1.5.1 *Controvérsias: juridicidade e ambigüidade*

O princípio da subsidiariedade, inicialmente desenvolvido como diretriz de organização social nos planos da filosofia e da teologia, estendeu sua aplicação aos campos político e jurídico (BARACHO, 1997, p. 28). No campo político, o princípio refere-se, basicamente, ao modo de emprego das atribuições da autoridade em geral e, em particular, da autoridade pública. Seu foco não está tanto na determinação de um regime político, mas em outra questão fundamental: as razões e atribuições do poder político (MILLON-DELSOL, 1993, p. 3; ROBERT, 1995, p. 184).

Lembra Delcamp (1995, p. 614) que a idéia-base do princípio da subsidiariedade é a de que o poder político só deve intervir quando a sociedade e, no seu âmbito, as diferentes células – a pessoa, a família, a cidade e os agrupamentos diversos – não sejam capazes de satisfazer às suas próprias necessidades. Com esse critério, o princípio pretende harmonizar a exigência da autonomia e a necessidade da autoridade pública (MILLON-DELSOL, 1993, p. 5).

Mas esse critério não esgota as referências possíveis ao princípio. Com efeito, não se chega facilmente a uma definição do princípio da subsidiariedade, seja no enfoque político, seja no jurídico. Aliás, a possibilidade dele estender-se ao campo jurídico dá ensejo à primeira controvérsia, que diz respeito à **juridicidade** do princípio⁷¹.

Conforme Rinella (1999, p. 26), uma corrente entende que a regra da subsidiariedade não é um princípio jurídico geralmente aplicável, mas se restringe a um princípio político, cuja aplicação exige uma avaliação subjetiva de conceitos como capacidade, suficiência e interesse geral⁷². Para essa linha, embora sedutora politicamente, a subsidiariedade é uma noção demasiadamente fluida e imprecisa para se estabelecer como princípio jurídico. Nesse sentido, Gotz e Hecker (1999, p. 53) reconhecem que o princípio da subsidiariedade abre, em grande medida, a margem de consideração e decisão política, tornando

⁷¹ Essa controvérsia corresponde à discussão sobre se é possível que a subsidiariedade se traduza em um princípio, compreendido esse termo como uma espécie de norma jurídica. Sobre o tema, consultar Tatsch (2005, cap. 3).

⁷² Sobre a dificuldade de consideração das noções de incapacidade e insuficiência, na aplicação do princípio da subsidiariedade, ver Baudin-Cullière (1995, p. 65-67).

relativo, desde o início, o peso que o reconhecimento de um valor constitucional do princípio poderia ter.

Além disso, argumenta-se, o princípio é de difícil tradução em direito positivo, pois pode ser formulado em mais de uma norma jurídica, que o adapte conforme o campo de aplicação específico. Assim, um princípio de subsidiariedade teoricamente unitário pode corresponder, sob plano dogmático, a uma pluralidade de disposições jurídicas que expressem suas diferentes aplicações.

Para a corrente oposta, a juridicidade do princípio se evidencia no direito natural⁷³ e no direito positivo. Nessa esteira, o fato de a subsidiariedade encontrar mais de uma possibilidade de concretização, em razão da sua aplicação nos diversos campos da vida social, não impede sua caracterização como princípio jurídico.

Para Robert (1995, p. 185), no direito, o princípio ganha acepção estrita, que o faz equivaler a uma norma de repartição de competências⁷⁴. Por essa norma, deve-se atribuir ao cidadão, ou ao nível de poder mais próximo dele, tudo o que possa realizar, deixando ao nível superior somente aquilo que ultrapasse a capacidade da instância inferior ou o que exija medidas uniformes ou mais eficientes em benefício de toda a comunidade (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 37).

Em linha semelhante, Messner (1970, p. 286) defende que a juridicidade do princípio deriva de sua atuação na regulação de competências:

[...] o princípio da subsidiariedade regula competências baseadas em esferas de responsabilidade. É, assim, um *princípio jurídico*. Com efeito, competências baseadas em responsabilidades próprias são direitos; a ordem jurídica é ordem de competências; o poder ordenador da sociedade é uma entre várias espécies de competência: exatamente aquela que se fundamenta num fim social; e a ordem da subsidiariedade é afinal a ordem das competências ou direitos que se baseiam nos fins sociais. Daí

⁷³ A propósito, Götz e Hecker (1999, p. 46) lembram que a corrente defensora do reconhecimento do princípio da subsidiariedade na Lei Fundamental alemã, nos anos cinqüenta, se inseria em uma tendência do pensamento jurídico definida como *Renascimento do direito nacional cristão*, com valor não só na teoria, mas também na jurisprudência da Corte Federal.

⁷⁴ Quadros (1995, p. 17, nota 25, grifos do autor) afirma que o princípio leva a cabo uma repartição de *atribuições*, pois estas são “os interesses prosseguidos pelas pessoas coletivas”, e não de *competência*, que “é o conjunto de poderes funcionais de órgãos de pessoas coletivas”.

que o princípio da subsidiariedade seja um princípio jurídico-natural fundamental da ordem jurídica. (MESSNER, 1970, p. 286, grifo do autor).

Outra controvérsia diz respeito à **ambigüidade** do princípio, que tem correspondência com a dupla dimensão do princípio⁷⁵, ou com os critérios que determinam a prevalência de uma sobre a outra, tais como a capacidade e a eficiência. Assim, o princípio também encontra dificuldade de utilização no campo jurídico porque, ao mesmo tempo em que defende a autonomia do indivíduo ou coletividade em um determinado domínio, admite – e por vezes, mesmo, justifica ou requer – a intervenção de uma autoridade pública ou a atuação de uma coletividade de maior âmbito.

Desse modo, a variabilidade do modo de repartição de competências e responsabilidades que implica tornaria difícil a positivação do princípio em uma norma jurídica de caráter geral, cuja aplicação dependeria, na verdade, de cada situação concreta. Assim, por exemplo, o domínio que hoje requer uma ação local e a não-interferência do Estado, em outra circunstância poderia demandar o deslocamento da competência para uma instância superior ou a intervenção estatal.

Se a ambivalência do princípio é apontada, por alguns, como um grave defeito, ela é considerada, por outros, uma grande virtude, pois confere margem de manobra e permite formas de flexibilidade que são, muitas vezes, necessárias. Para os que vêm dessa última forma, a ambigüidade passa a ser qualificada como “plasticidade ou versatilidade” (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 41), pois a adaptabilidade está na base conceitual do princípio e é inerente à sua natureza, de modo que um enrijecimento de sua aplicação o condenaria à inutilidade.

Assim, na busca do equilíbrio entre a liberdade e a autoridade, o princípio requer a ambigüidade como condição de seu exercício e justificação de seu valor. Embora permita determinar as competências das diferentes autoridades, o princípio não o faz para sempre, nem de maneira rígida, pois a flexibilidade é o modo de preservar o máximo desenvolvimento da liberdade ou da autonomia. Para tanto, o princípio baseia-se em critérios abertos e orienta a repartição de competências sem distribuir rigorosamente os campos de intervenção, de

⁷⁵ Clergerie (1997, p. 105-116) apresenta discussão da ambigüidade do princípio sob a ótica da União Européia, em que se confrontam, de um lado, a ênfase na limitação das competências da União e, de outro, a tendência à expansão dessas competências.

modo que as tarefas sejam repartidas levando-se em conta a pluralidade de sujeitos e a natureza da função a realizar (CHI-CHARRO LÁZARO, 2001, p. 44; ROBERT, 1995, p. 188).

Para Delcamp (1995, p. 612), a subsidiariedade ganhou notoriedade no mundo jurídico precisamente por seu “caráter ambíguo”, num momento do direito em que as categorias excessivamente formais não conseguem lidar com a complexidade da realidade, nem responder à necessidade de conciliação das aspirações contraditórias dos atores sociais. Assim, exemplifica, no âmbito internacional vive-se um período de incertezas, em que se procura, paralelamente, a afirmação de identidades e a aceitação das diversidades. Na Europa, assiste-se a um crescente prestígio dos particularismos, em que cada comunidade busca apropriar-se de um território homogêneo e distinto, mas, ao mesmo tempo, corre a aderir à União Européia, que se firma como um fenômeno de dimensão indispensável. A mesma incerteza se verifica no plano interno, que se depara com o confronto entre a necessidade de uniformidade e a demanda por uma maior proximidade, tanto social quanto institucional.

1.5.2 Polimorfismo

Há um segundo aspecto relacionado à dificuldade de definição do princípio da subsidiariedade que merece ser abordado. No estudo da etimologia do termo subsidiariedade, ficou registrado que seus significados podem ser buscados nas acepções do termo subsidiário. No contexto ora examinado, esse adjetivo serve para qualificar a relação entre dois elementos ou componentes de um sistema, dispostos em diferentes instâncias ou níveis de poder ou organização.

Contudo, essa relação não é de um só padrão. Há pelo menos quatro tipos de relações usualmente qualificadas como subsidiárias⁷⁶: as *secundárias*, as *complementares*, as *supletivas* e as *coordenadas*. A distinção entre elas situa-se na forma e grau de ligação entre os elementos envolvidos e dá origem às diversas acepções do termo subsidiário e, em consequência, às múltiplas facetas da subsidiariedade.

⁷⁶ Não há uniformidade na classificação ou designação dessas relações, por dificuldades de sinonímia, de tradução ou mesmo de precisão do sentido. Por essa razão, este trabalho adota uma sistematização própria.

A primeira acepção traduz a qualidade do que é **secundário**, ou seja, do que é acessório ou está em segundo lugar em relação a algo principal⁷⁷. Nesse sentido, o termo é freqüentemente utilizado na linguagem corrente e, de maneira genérica, na linguagem jurídica⁷⁸. A propósito, lembra Henkel (2002, p. 362) que a palavra subsidiário, em muitos sistemas legais, qualifica o relacionamento entre diferentes provisões normativas, de modo que, se uma principal tiver incidência, as menos específicas ou aplicáveis alternativamente (denominadas, então, subsidiárias) devem ser afastadas⁷⁹.

O segundo significado de subsidiário é o de **complementar**, utilizado quando um elemento vem em auxílio, assistência ou reforço a outro que não foi capaz de, por si só, alcançar determinada finalidade⁸⁰. A atuação do elemento de reforço dirige-se a apoiar ou restaurar a capacidade de ação do outro, mas sem substituí-lo na tarefa. Desse modo, os elementos integram-se, em pé de igualdade, para completar a ação.

O terceiro sentido é o de **supletivo**⁸¹, que implica a substituição de um elemento por outro no exercício de uma função, ora porque aquele não se encontra em condições de cumpri-la, ora porque este se mostra mais eficiente para desempenhá-la⁸². Contudo, esse mecanismo não implica necessariamente a supressão da atribuição do elemento incapaz ou ineficiente, principalmente quando as partes da relação se encontram diante de interesses ou finalidades comuns.

⁷⁷ Essa acepção é registrada por Baracho (1997, p. 23) e Pontier (1986, p. 1516-1517).

⁷⁸ Delpérée (2000, p. 181) lembra a utilização do termo subsidiariedade no direito processual, quando as partes de um litígio invocam, perante as autoridades jurisdicionais, os meios “subsidiários”.

⁷⁹ Um exemplo, na ordem jurídica brasileira, é o § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882, de 1999, pelo qual “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” (BRASIL, 1999, art. 4º, § 1º).

⁸⁰ Essa acepção é lembrada por Baracho (1997, p. 23-24), Chicharro Lázaro (2001, p. 34) e Pontier (1986, p. 1517-1519). Cornu (1993, p. 144) também se refere a ela, com a denominação de “auxiliar”.

⁸¹ Há divergência na doutrina sobre a utilização dos termos complementar e supletivo. Para Pontier (1986, p. 1517-1519), acompanhado por Baracho (1997, p. 23-24) e Chicharro Lázaro (2001, p. 34), o significado de supletivo desdobra-se nas noções de complementar e de suplementar. Entretanto, no direito constitucional brasileiro, é clássica a lição de Ferreira Filho (1997, p. 189) no sentido de que o significado de suplementar é que engloba as noções de complementar e supletivo.

⁸² Essa acepção é lembrada por Baracho (1997, p. 23-24), Cornu (1993, p. 142), Chicharro Lázaro (2001, p. 34) e Pontier (1986, p. 1517-1519).

O compartilhamento não só de interesses, mas também de responsabilidades, configura o quarto tipo de relação, que é a **coordenada**, pela qual se estabelece uma parceria ou concurso entre os elementos para desempenhar as ações que atendem à finalidade que almejam⁸³. Para distinguir essa acepção das duas últimas, deve-se verificar que, tanto no sentido de complementar, quanto de supletivo, a relação parte de uma atribuição preponderante, *a priori*, a um dos elementos. Na coordenação, contudo, incide uma nivelção de responsabilidades, desde a origem, aproximando-a da noção de parceria.

Essas diversas acepções que o adjetivo subsidiário pode adotar na qualificação das relações são igualmente carreadas para o princípio de subsidiariedade e formam o mosaico de relacionamentos que podem estar compreendidos em sua aplicação. Por essa razão, a subsidiariedade caracteriza-se como um princípio dotado de polimorfismo (CORNU, 1993, p. 141)⁸⁴.

1.5.3 Aplicações do princípio da subsidiariedade: classificações

Três obras apresentam classificações sobre as aplicações do princípio da subsidiariedade: Götz e Hecker (1999, p. 50); Chicharro Lázaro (2001, p. 40) e Delpérée (2000, p. 22-23). De seu exame, verifica-se que elas são equivalentes, com pequenas distinções conceituais ou de enfoque.

Götz e Hecker (1999, p. 50) identificam duas aplicações para o princípio da subsidiariedade: **sociopolítica**, que diz respeito às relações entre o Estado e a sociedade; e **de organização do Estado**, que se refere à estrutura estatal, especialmente no que diz respeito à sua disposição territorial.

A classificação de Chicharro Lázaro (2001, p. 40) considera como: subsidiariedade **horizontal** a que regula a relação entre as áreas pública e a privada; e como subsidiariedade **vertical** a que regula a relação dentro de uma das áreas, seja pública ou privada.

Delpérée (2000, p. 22) classifica de modo semelhante as aplicações do princípio, mas identifica nele três tipos de incidência. Sua classificação apresenta-

⁸³ Essa acepção tem registro em Cornu (1993, p. 142 e 146), que a denomina de “concurso”. Embora, a rigor, guarde certa distância da compreensão tradicional do adjetivo subsidiário, ela merece menção, por sua possível aproximação ao modelo de repartição denominado cooperativo.

⁸⁴ Chicharro Lázaro (2001, p. 34-35) se refere à subsidiariedade como uma noção poliédrica.

se na forma de uma conceituação geral e três conceituações específicas. Para o autor, a subsidiariedade, em seu conceito geral, é a linha de conduta que se sugere ou impõe a uma autoridade pública para que exerça uma função ou competência que lhe é atribuída somente em segunda ordem, após constatar que uma outra autoridade pública ou que uma pessoa privada não esteja em condições de cumpri-la adequadamente ou que tenha renunciado a seu cumprimento (DELPÉRÉE, 2000, p. 22).

Esse conceito desdobra-se nas seguintes modalidades⁸⁵:

– na subsidiariedade **funcional**, a autoridade pública intervém, numa matéria determinada, somente quando se verificar a carência da outra autoridade pública ou da pessoa privada anteriormente encarregada daquela;

– na subsidiariedade **territorial**, a autoridade pública intervém quando tem competência territorialmente mais ampla do que outra autoridade pública (originalmente competente) que não teve condições de cumprir adequadamente a função;

– na subsidiariedade **processual**, a autoridade pública intervém, em segunda ordem, com relação a uma outra autoridade pública, somente se verificar que esta é incapaz ou que pode oferecer mais garantias ao cidadão.

Este trabalho adota preponderantemente a classificação de Götz e Hecker (1999, p. 50), que se equivale à de Chicharro Lázaro (2001, p. 40), com a restrição de que a subsidiariedade vertical refira-se apenas às relações internas ao Estado. Na comparação entre as classificações de Götz e Hecker (1999, p. 50) e de Delperée (2000, p. 22), é possível identificar equiparações, respectivamente: *a*) entre a aplicação sociopolítica do princípio e a subsidiariedade funcional, quanto à relação entre a autoridade pública e a pessoa privada; *b*) entre a aplicação para a organização do Estado, no que diz respeito à distribuição territorial do poder, e a subsidiariedade territorial.

1.5.4 Aplicação sociopolítica

Segundo Götz e Hecker (1999, p. 50), o princípio da subsidiariedade foi inicialmente definido como um **princípio sociopolítico**, a ser aplicado nas relações entre o Estado e a sociedade (ou o indivíduo). Essa acepção tem

⁸⁵ Weber e Gas (2000, p. 138) informam que a Corte Constitucional Alemã também faz referência à subsidiariedade funcional e à subsidiariedade territorial.

origem na doutrina social da Igreja Católica, especialmente na formulação que lhe deu a Encíclica *Quadragesimo Anno*. Nessa perspectiva, o princípio estabelece uma fórmula de prioridade, pela qual a intervenção estatal somente pode ter pretensão de ser legítima se for complementar, ou seja, se ela for necessária para que se realize um objetivo perseguido no espaço social. Desse modo, o Estado deve limitar sua atuação à medida do necessário⁸⁶.

Para Delpérée (2000, p. 183), o princípio da subsidiariedade encontra uma explicação de ordem material para sua aplicação, que consiste no fato de que, na vida econômica, social e cultural, existe um conjunto de domínios divididos de atividades, de modo que as intervenções públicas e as iniciativas privadas se entrelaçam na organização, que se deseja harmoniosa, da vida em sociedade. Isso, contudo, pode conduzir a concorrências e a gastos de recursos inúteis. Cabe ao Estado, numa perspectiva reguladora, instaurar ordem de prioridades ou margens de intervenção para umas e para outras. O princípio da subsidiariedade serve, então, como um critério de referência e de avaliação para a ponderação entre a ação dos poderes públicos e a dos particulares. (DELPÉREE, 2000, p. 184).

A perspectiva sociopolítica permite dois enfoques. O primeiro trata da própria natureza e atribuições do Estado e da sociedade civil⁸⁷. Um segundo enfoque, mais específico, serve para delimitar as áreas de atuação do Estado e da iniciativa privada, em especial no que diz respeito à intervenção do Estado no campo econômico⁸⁸.

Embora este não seja o objeto deste trabalho, cumpre observar que o princípio da subsidiariedade não está sendo aplicado em toda a sua potencialidade, nesses domínios. Se suas prescrições são seguidas, trata-se mais da utilização implícita ou ocasional de sua lógica do que de uma adoção deliberada. A ponderação na divisão de atribuições entre o Estado e a sociedade

⁸⁶ Götz e Hecker (1999, p. 51-52) entendem que essa concepção se fundamenta não somente na doutrina social cristã, mas também no liberalismo, uma vez que acentua a esfera de liberdade e de autonomia do indivíduo ou da sociedade. Sobre a possível convergência dessas correntes, verificar a seção que apresenta as dimensões (negativa e positiva) do princípio da subsidiariedade. Ver, ainda, Rinella (1999, p. 18-22).

⁸⁷ Para esse enfoque, consultar Di Pietro (2005, p. 34), Farreres (2003, p. 491), Moreira Neto (2006, p. 256), Quadros (1995, p. 18), Torres (2001, p. 122) e Ysern (2003, p. 483).

⁸⁸ Para esse enfoque, consultar Montebello (2001, p. 170) e Tatsch (2005, p. 251).

civil ou a iniciativa privada, na realidade, tem sido (ou não) obtida pela tensão entre pólos opostos de ideologia e de concepção do Estado, tais como os entrecosques das correntes liberais com as estatizantes, da “direita” com a “esquerda”. Desses embates é que tem saído, de forma titubeante, um ponto intermédio no *continuum* das tendências. Identifica-se, então, um movimento pendular⁸⁹ entre expansão e retração do Estado, mas sem qualquer diretriz que o oriente. A aplicação do princípio da subsidiariedade teria, nesse campo, a intenção de fornecer estratégias flexíveis, mas não voláteis, para ordenar a forma de atuação do Estado em seus diversos domínios de intervenção ou interação com a sociedade e a iniciativa privada.

1.5.5 Aplicação na organização do Estado: parâmetros organizatórios

Ainda conforme Götz e Hecker (1999, p. 50), o princípio da subsidiariedade tem uma segunda aplicação, que o caracteriza como um **princípio de organização do Estado** – que corresponde à subsidiariedade vertical, na terminologia de Chicharro Lázaro (2001, p. 40), ou à territorial, na denominação de Delpérée (2000, p. 22). Nesse campo, seu âmbito de aplicação refere-se à estrutura do Estado, mais especificamente na delimitação das esferas de competência das unidades estatais que atuam em diferentes níveis de amplitude territorial.

Os autores definem essa aplicação como a “componente federativa do princípio”, por situarem sua origem na teoria do federalismo alemão (GÖTZ; HECKER, 1999, p. 52). Mas a melhor expressão dessa perspectiva é o art. 5º (antigo 3º-B), alínea 2, do Tratado de Maastricht, que instituiu a União Européia, pelo qual a Comunidade somente pode agir quando determinados objetivos não possam ser satisfatoriamente realizados pelos Estados-membros, ou possam ser melhor realizados em nível comunitário.

Nessa perspectiva, o princípio serve para regular as intervenções dos diversos níveis de autoridade em uma comunidade de Estados, ou no interior de um Estado, que se compõe de múltiplos centros de decisão, em geral associados a divisões territoriais. Nesse caso, o princípio da subsidiariedade estabelece os critérios que devem nortear o compartilhamento ou repartição de competências entre os níveis de poder.

⁸⁹ A imagem tem inspiração no movimento pendular descrito por Tácito (1996), na relação entre serviço público e iniciativa privada.

É necessário, portanto, apontar quais são esses critérios, a partir dos quais se pode identificar a incidência orientadora do princípio da subsidiariedade. Nesse sentido foram apresentados, no início do capítulo, quatro parâmetros em que se desdobram o princípio. Verifica-se, porém, que os parâmetros tal qual apresentados ajustam-se, com maior propriedade, à perspectiva sociopolítica. Vale, então, rebatê-los na outra perspectiva do princípio, a de organização do Estado. Nesse esforço, pode-se chegar à seguinte configuração:

Parâmetros sociopolíticos	Parâmetros organizatórios
1º) a organização social compõe-se de coletividades que se expandem progressivamente, em uma formação que tem na base o ser humano, desenvolve-se por sociedades intermédias e chega ao Estado;	1º) a organização do Estado compõe-se de múltiplos níveis de decisão ou autoridade, com um mínimo de autonomia e crescente amplitude territorial;
2º) deve haver uma primazia da pessoa e das coletividades menores em relação às coletividades maiores;	2º) deve haver uma primazia dos níveis mais próximos do cidadão, de modo que as decisões devem ser tomadas e as atividades públicas devem ser desempenhadas, preferencialmente, pela autoridade mais próxima do destinatário da ação;
3º) deve-se respeitar a autonomia da menor unidade (pessoa ou coletividade), que merece dispor da liberdade de atuar até o limite de sua capacidade;	3º) deve-se respeitar a autonomia do menor nível, que deve dispor da competência de atuar até o limite de sua capacidade;
4º) a intervenção da unidade maior justifica-se em face das incapacidades da menor unidade e em proveito do bem comum.	4º) a intervenção do nível superior justifica-se em face das incapacidades do nível inferior e em proveito do conjunto.

O primeiro parâmetro organizatório é, na verdade, um pressuposto de aplicação do princípio da subsidiariedade, pois sem que as atribuições estatais estejam distribuídas em níveis de decisão ou autoridade, não há como o princípio ter incidência. Conforme reconhece Duarte (2000, p. 111), o princípio da subsidiariedade não é um princípio politicamente neutro no que concerne à repartição do exercício do poder pelos diferentes níveis de decisão política, sendo a pluralidade dos centros decisórios uma condição objetiva de aplicação do princípio na conformação estatal.

O segundo parâmetro organizatório⁹⁰ determina que as decisões e soluções devem ocorrer no nível mais próximo possível do cidadão (ROBERT, 1995, p. 185)⁹¹. Com isso, procura-se obter uma melhor configuração da decisão ou política pública a ser adotada, na crença de que a proximidade com o cidadão leve a um maior grau de ajustamento entre a demanda e a necessidade⁹². Disso decorre que a competência deve ser atribuída, tanto quanto possível, ao nível mais baixo da estrutura político-administrativa, ou seja, àquele que tem maior proximidade como cidadão. O parâmetro, portanto, tende a induzir o comportamento das autoridades públicas para que sejam sensíveis à autonomia local e à descentralização de instituições ou serviços em direção a coletividades menores, como uma máxima elementar de bom senso e de boa governança: *small is beautiful* (DELPÉRÉE, 2000, p. 182).

Ademais, o parâmetro confere ao cidadão maior possibilidade de influir nas decisões do poder público. Afinal, com ela, o cidadão pode apresentar à autoridade “a forma como pretende ver aplicadas em sua realidade concreta as diretrizes políticas governamentais [...], podendo tanto assumir plenamente a execução das tarefas públicas, como coadjuvar com a Administração na sua efetivação” (HORBACH, 2001, p. 58). Nesse sentido, o parâmetro possibilita que as políticas sejam controladas por aqueles que serão afetados por sua execução, o que permite que as instituições e as leis reflitam os interesses dos cidadãos sob iguais condições. Apenas se essas considerações levarem à necessidade de decisão em maior âmbito é que a autoridade superior seria chamada a intervir (FOLLESDAL, 2006, p. 64).

O terceiro parâmetro organizatório reserva ao menor nível o maior acervo possível de competências, no exercício de sua autonomia, até o limite de sua capacidade. Portanto, verifica-se que a solução da subsidiariedade se dá de forma que as competências são retidas pelos níveis inferiores e, apenas excepcionalmente, conferidas ao nível mais amplo. Isso confere tanta liberdade e poder à base quanto possível⁹³, no limite de sua capacidade. Vale dizer, o nível inferior deve resolver tudo aquilo que é capaz isoladamente.

⁹⁰ Para Delpérée (2000, p. 182), esse critério é uma explicação de ordem sociológica para o princípio da subsidiariedade. O autor lembra que, nesse sentido, ele está mencionado no Preâmbulo do Tratado da União Européia.

⁹¹ Nesse sentido, ver também Brandrés Sánchez-Cruzat (1999, p. 17) e Chicharro Lázaro (2001, p. 37).

⁹² Como registra Delcamp (1995, p. 616, grifo do autor), a transferência de poder deve ocorrer não só “em direção, mas *em proveito* dos cidadãos”.

⁹³ Conforme Pontier (1986, p. 1534), a aplicação do princípio da subsidiariedade resulta em deixar mais liberdade e poder às coletividades locais, sem sacrificar o que é essencial à função do Estado central.

Apenas quando a questão exorbitar sua capacidade ou alcance é que a autoridade superior pode atuar. Essa a orientação do quarto parâmetro, pela qual a intervenção do nível superior é legítima apenas na incidência da incapacidade do nível inferior e em proveito do conjunto⁹⁴. A autoridade superior deve incentivar ou apoiar o nível inferior, resguardando-se para intervir apenas se necessário à consecução do objetivo perseguido.

O nível superior deve cingir-se, preferencialmente, às atribuições que lhe são designadas, mas há uma margem de flexibilidade na aplicação do princípio, que lhe permite intervir na esfera de atuação do nível inferior, conforme a dimensão dos interesses afetados, a natureza do problema e os fins almejados (BRANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, 1999, p. 17). Como resultado, o princípio da subsidiariedade procura encontrar o nível mais adequado para a ação, de modo que pode haver uma subsidiariedade “em direção para baixo”, se o assunto puder ser resolvido por uma esfera menor, ou uma subsidiariedade “em direção ao alto”, se demandar uma solução de maior abrangência, a cargo do nível mais elevado (ROBERT, 1995, p. 186, tradução nossa).

Importa registrar, por fim, uma tendência em se reduzir a subsidiariedade aos dois primeiros parâmetros, confundindo-a, basicamente, com um princípio que simplesmente incentiva a descentralização das decisões públicas. Entretanto, ela oferece uma solução peculiar para a distribuição de competências, que se configura completa pela associação dos critérios representados pelos terceiro e quarto parâmetros organizatórios. A decomposição do princípio em parâmetros não significa que eles possam atuar separadamente, ou que um ou outro parâmetro seja, por si só, suficiente para levar à aplicação da subsidiariedade, mas serve como uma ferramenta de análise, pela qual se pode examinar a presença de todos esses elementos que, integrados, dão forma ao princípio da subsidiariedade.

⁹⁴ Prefere-se, aqui, não relacionar hipóteses para a intervenção em proveito do conjunto, mas podem ser lembradas as seguintes razões: *a*) o nível superior pode atuar com maior eficiência, devido à abrangência do problema; *b*) são exigidas medidas uniformes; *c*) para evitar desvios do nível inferior; ou *d*) para evitar medidas que possam prejudicar os interesses de outros entes ou os interesses gerais.

1.5.6 As funções do princípio da subsidiariedade na repartição de competências

Como visto, o principal objetivo do princípio da subsidiariedade na perspectiva organizatória é a definição de diferentes níveis de autoridade no interior do Estado, assim como a distribuição apropriada de poderes e competências entre eles (HENKEL, 2002, p. 363). Para tanto, Cornu (1993, p. 147) identifica duas funções, relacionadas à aplicação do princípio na repartição de competências: a função atributiva e a função de ajuste.

Na **função atributiva**, o princípio impõe-se ao constituinte quando determina e consigna as matérias afetas às esferas de competência das coletividades na Constituição (CORNU, 1993, p. 147)⁹⁵. Neste momento, no qual são determinadas a natureza e o alcance das competências, a subsidiariedade constitui uma diretiva política que justifica a habilitação do titular de uma determinada competência (DUARTE, 2000, p. 111).

Colocam-se, na ocasião, as delicadas questões de delimitação dos objetos de competência, conforme técnicas diversas, como a enumeração, exaustiva ou não, de matérias, a destinação das remanescentes, a definição de objetivos e atribuições, ou a combinação de vários desses mecanismos. Nessa função, o princípio da subsidiariedade funciona como um critério determinante do modelo de repartição vertical de competências, definindo-as como administrativas, financeiras ou legislativas e designando-as de forma exclusiva ou concorrente (DUARTE, 2000, p. 111), na busca de um equilíbrio institucional dos poderes (CORNU, 2000, p. 148). Nessa função, a subsidiariedade constitui um princípio político, pois funciona como um elemento de decisão no momento da definição das competências, que poderá levar em conta os critérios por ela determinados (ARAÚJO, 2001, p. 102-103).

Mas o princípio da subsidiariedade também pode cumprir uma **função de ajuste**, no qual constitui “um instrumento flexível de exercício das competências numa concepção dinâmica de equilíbrio dos poderes” (CORNU, 1993, p. 150, tradução nossa). Nesse caso, o princípio não atua na delimitação das esferas de competências, mas se torna uma condição de exercício de uma competência concorrente anteriormente atribuída (DUARTE, 2000, p. 111).

⁹⁵ Chicharro Lázaro (2001, p. 37) observa que o princípio da subsidiariedade tem aplicação especialmente nos processos constituintes originários ou de reforma, nas decisões sobre a repartição de competência, ou nas normas que tenham essa espécie de distribuição como objeto.

É na função de ajuste que o princípio da subsidiariedade pode ser considerado, propriamente, como um princípio jurídico, que incide no exercício dinâmico das competências concorrentes (ARAÚJO, 2001, p. 103). Por meio de suas orientações, o princípio confere a preferência de exercício da competência à coletividade mais próxima do cidadão, até o limite de sua capacidade, contrabalançando-a com a atuação justificada da coletividade de maior abrangência, nas hipóteses de incapacidade das menores ou de maior proveito para o conjunto. Cornu (1993, p. 149-150) apresenta como exemplos de formulação do princípio da subsidiariedade na função de ajuste as suas aplicações na Constituição alemã (art. 72 da Lei Fundamental de Bonn) e na União Européia (artigo 5º do Tratado que institui a Comunidade Européia, na redação dada pelo Tratado de Maastricht). Ambas caracterizam a subsidiariedade como um princípio jurídico e serão minuciosamente analisadas, oportunamente, neste trabalho.

1.6 Considerações finais

Em síntese, a evolução da noção da subsidiariedade se inicia na filosofia e se consolida como um princípio na doutrina social da Igreja Católica. A partir dessa origem, podem ser extraídas duas aplicações do princípio da subsidiariedade no direito público: a **sociopolítica** (subsidiariedade horizontal), que diz respeito às relações entre o Estado e a sociedade; e a **de organização do Estado** (subsidiariedade vertical), que se refere à estruturação estatal, especialmente no aspecto territorial.

Na atualidade, o princípio da subsidiariedade tem sua mais adiantada positividade no direito comunitário. Sua expressa adoção, como princípio jurídico, no Tratado da União Européia, firmado em Maastricht, no ano de 1992, serviu para nortear o exercício das competências concorrentes entre a Comunidade e os Estados-membros. Nesse sentido, verifica-se que o princípio foi adotado na sua vertente organizatória. Por isso, o capítulo seguinte dedica-se a descrever os motivos e a forma pela qual o princípio foi adotado na União Européia.

2 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NA UNIÃO EUROPÉIA

2.1 O evolução do processo de integração europeu

2.1.1 Os tratados constitutivos, aprofundamentos e alargamentos

O esforço inicial de integração europeia, após a Segunda Grande Guerra, resultou na criação, pelo Tratado de Paris, de 1951 (em vigor em julho de 1952), da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA)⁹⁶. Embora com área de atuação limitada, essa foi a primeira comunidade com qualidade supranacional, pois suas instituições podiam tomar decisões obrigatórias para os Estados-membros (HRBEK, 2001, p. 113). Com efeito, a inovação da Comunidade foi a instituição de uma Alta Administração, com poderes de ação sobre os Estados e empresas nacionais que atuavam na área (CUNHA, 2000, p. 7). Criou-se, ainda, uma Corte de Justiça comum, cuja jurisdição sublinhou o caráter jurídico da Comunidade. Foram seis os Estados fundadores: Alemanha Ocidental, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

A instauração dessa comunidade setorial foi o início de um processo construtivo e pragmático, visando a criar uma união entre os Estados europeus, alguns deles antigos inimigos. O objetivo era construir os fundamentos de um “federalismo funcional, inicialmente no domínio econômico, mas devendo no futuro, por um tipo de efeito de engrenagem e parafuso sem fim (*spill over*), orientar-se para uma unificação de fato e, portanto, obter o reconhecimento público da União Europeia” (RENOUX, 1999, p. 266)⁹⁷.

Nesse caminho, a integração europeia evoluiu pelos processos de aprofundamento e de alargamento. O **aprofundamento** refere-se ao crescimento

⁹⁶ O Tratado que instituiu a CECA teve sua vigência expirada em julho de 2002.

⁹⁷ Cunha (2000, p. 7) adota a denominação “federalismo de setor” para essa forma de integração.

das áreas de atribuições e responsabilidades da Comunidade, bem como a diferenciação do processo decisório. O primeiro passo foi a assinatura dos Tratados de Roma, de março de 1957 (em vigor em janeiro de 1958), com a criação de duas comunidades: a Comunidade Européia de Energia Atômica (EURATOM), cuja finalidade era promover a utilização da energia nuclear para fins pacíficos; e a Comunidade Econômica Européia (CEE), que tinha por principal objetivo a criação de um mercado comum, mediante aproximação progressiva das políticas econômicas dos Estados (LOBO, 2004, p. 23). A CECA, a CEE e a EURATOM formaram as Comunidades Européias.

As Comunidades eram dotadas de estrutura administrativa semelhante, com um Conselho de Ministros⁹⁸, órgão intergovernamental, e uma Comissão, órgão supranacional (MELLO, Celso, 1996, p. 134). Em abril de 1965, na cidade de Bruxelas, conclui-se um Tratado, posto em vigor em julho de 1967, que operou a fusão dos Executivos das três Comunidades, na linha do que já havia ocorrido com os Tribunais de Justiça e as Assembléias por ocasião dos Tratados de Roma. Embora com personalidade jurídica e competências específicas, as Comunidades passaram a dispor de um quadro institucional único (LOBO, 2004, p. 34). Em junho de 1979, realizou-se a primeira eleição por sufrágio universal e direto para o Parlamento Europeu.

Em fevereiro de 1986, foi assinado o **Ato Único Europeu**⁹⁹, que entrou em vigor em julho de 1987, assim denominado porque revisou os tratados das três comunidades, além de tratar de questões institucionais, mercado único, políticas comuns e cooperação em matéria de política externa¹⁰⁰. Também, apresentou como objetivo fundamental do processo de integração a criação da União Européia e determinou o prazo, até dezembro de 1992, para a realização do mercado único. Criou, ainda, a primeira instância da Justiça comunitária.

A concretização da União Européia veio com o **Tratado de Maastricht**, ou Tratado da União Européia (TUE), assinado em fevereiro de 1992, com entrada em vigor em novembro de 1993. A União Européia sobrepôs-se às Comunidades, que continuaram a existir de forma autônoma, mas coordenada. O Tratado estabeleceu o mercado único e a união econômica e monetária,

⁹⁸ Posteriormente, o Conselho de Ministros passou a ser denominado Conselho da União Européia.

⁹⁹ Para Reis (2001, p. 141), o Ato representou uma mudança qualitativa, levando as comunidades para um caminho mais político.

¹⁰⁰ Para Horta (2002b, p. 461), foi no Ato que o princípio da subsidiariedade iniciou a adquirir notoriedade.

com a criação de uma moeda única e um banco central único, e instituiu a cidadania europeia. A União Europeia passou a ser uma integração não só econômica, mas também política, baseada em três pilares, um de integração, representado pelas Comunidades, e outros dois de cooperação intergovernamental, relativos à Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e à Justiça e Assuntos Internos (JAI). A CEE teve o seu tratado modificado e passou a ser denominada Comunidade Europeia (CE), com adaptações decorrentes nos tratados da CECA e da EURATOM.

São também importantes dois outros tratados constitutivos. O **Tratado de Amsterdã** foi assinado em outubro de 1997 e entrou em vigor em maio de 1999, com alterações, inclusive de numeração dos dispositivos, no Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE) e da União Europeia. Seu objetivo era aprimorar a União Europeia nas áreas de segurança, emprego, livre circulação, política externa, defesa, eficiência e legitimidade das instituições comunitárias, além do fortalecimento da imagem da Europa perante o mundo.

O **Tratado de Nice** foi assinado em fevereiro de 2001 e entrou em vigor em fevereiro de 2003. Seu propósito foi adaptar a estrutura institucional comunitária ao alargamento da União Europeia, que passaria de quinze Estados-membros para vinte e cinco, em 2004. Por isso, foram abordados assuntos como dimensão e composição da Comissão (um comissário por Estado-membro), ponderação dos votos e extensão do uso da maioria qualificada no Conselho, além de questões de natureza institucional, como a simplificação dos tratados e a melhor articulação das competências entre as instituições comunitárias e os Estados-membros (STELZER, 2005, p. 48).

O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, aprovado em junho de 2004, tinha por objetivo substituir os atuais tratados e estabelecer mais claramente os processos de tomada de decisão e a definição de responsabilidades na União Europeia. Para sua entrada em vigor, porém, exigia-se a ratificação por todos os Estados-membros, de acordo com os respectivos procedimentos constitucionais. Contudo, o Tratado não logrou ser ratificado pela França e pela Holanda, e a estratégia de integração teve que ser reavaliada.

O processo de **alargamento** realiza-se pela admissão de novos Estados-membros à União Europeia. Após 1992, definiu-se um procedimento de adesão mais complexo, em que os países, para serem aceitos, devem observar os princípios da liberdade, democracia, respeito pelos direitos humanos e liberdades

fundamentais, e o Estado de direito. Além disso, devem atender a diversos critérios de adesão, entre os quais: no plano político, as instituições estáveis devem ser capazes de garantir a democracia, o primado do direito, os direitos do homem e o respeito das minorias; no plano econômico, contar com uma economia de mercado viável e capacidade para fazer face à concorrência e às forças de mercado dentro da UE; ter a capacidade de assumir as obrigações de Estado-membro, incluindo a adesão aos objetivos de união política, econômica e monetária; e adotar a legislação comunitária, com sua efetiva aplicação por meio de estruturas administrativas e judiciais adequadas.

Contam-se, até agora, cinco alargamentos:

1º) em 1973, aderiram a Dinamarca, a Irlanda e o Reino Unido;

2º) em 1981, aderiu a Grécia;

3º) em 1986, aderiram Espanha e Portugal;

4º) em 1995, aderiram a Áustria, a Finlândia e a Suécia;

5º) em 2004, aderiram países da Europa Central e Oriental e do Mediterrâneo: Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia e República Checa. Esse alargamento completou-se em 2007, com a Bulgária e a Romênia.

Os alargamentos fizeram com que a União Europeia conte, atualmente, com vinte e sete Estados-membros.

2.1.2 As principais instituições comunitárias e o processo decisório

A integração europeia resultou em uma nova modelagem institucional. A União Europeia não configura um Estado federal, pois se trata da reunião de Estados que se uniram em torno de objetivos comuns, por meio dos tratados constitutivos, sem abrir mão de sua soberania. Também, não consiste em uma confederação, na qual a união é mais limitada, com previsão de direito de secessão e atuação projetada apenas para o âmbito externo, das relações com os demais Estados¹⁰¹.

Embora não se tenha a criação de um novo Estado, a união firmada entre os Estados-membros soberanos da União Europeia é muito forte, admitindo-se

¹⁰¹ Sobre a natureza jurídica da União Europeia, consultar Lewandowski (2004, p. 282).

a possibilidade jurídica de secessão, com base nos princípios gerais do direito internacional, mas incidindo sua quase inviabilidade prática, em face das graves repercussões políticas, econômicas e sociais que dela adviriam. Afinal, do processo de integração resultaram laços muito estreitos entre os países, como a criação de uma moeda única (o euro) e um mercado único, que garante a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais. A atuação da União Européia projeta-se não só externamente, mas também no âmbito interno dos Estados-membros, pois a deliberação das instituições comunitárias impõe-se de forma direta àqueles e a seus cidadãos.

Esse novo fenômeno não se ajusta também ao modelo tradicional da organização intergovernamental, do que se conclui que possui um caráter único e peculiar. O funcionamento da União Européia baseia-se na cessão de competências dos Estados para as instituições comunitárias, que passam a deter poder de decisão e de desenvolvimento de políticas em temas de interesses comuns¹⁰².

A integração européia gerou o direito comunitário, que pode ser definido como “um conjunto de normas supranacionais, ou seja, um sistema de regras comuns aos integrantes da associação, as quais emanam de fontes próprias, que não se confundem com aquelas que produzem o direito interno e o internacional [...]” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 188). Os tratados constituem o direito comunitário primário, que tem desenvolvimento no direito comunitário derivado, o qual consiste de regulamentos, diretivas e recomendações adotadas pelas instituições comunitárias, com incidência direta na vida dos cidadãos europeus.

A legislação e as políticas comunitárias são resultados de decisões tomadas por um **triângulo institucional**, que tem como vértices o Conselho, o Parlamento Europeu e a Comissão Européia. Além deles, é importante destacar o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, que assegura o cumprimento do direito comunitário.

¹⁰² Conforme registra Lewandowski (2004, p. 276), há amplo debate sobre qual a natureza dessa cessão [de poderes], confrontando-se as teses da delegação, da transferência ou da limitação da soberania dos Estados-membros. O autor defende que se trata de delegação, pois decorre de um ato soberano dos Estados, ou mesmo de um exercício em comum de poderes, ou seja, “apenas uma ação conjunta dos Estados-membros por meio de órgãos comuns que a todos representam” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 279).

O Conselho da União Européia, antigamente denominado Conselho de Ministros, representa os Estados-membros, que exercem a presidência por seis meses, rotativamente. Nas reuniões, participa um ministro de cada Estado, em função da matéria objeto dos trabalhos¹⁰³. O Conselho partilha com o Parlamento Europeu o poder legislativo e a decisão sobre o orçamento da União. É o Conselho, também, que conclui os acordos internacionais negociados pela Comissão.

Em princípio, quatro vezes por ano se reúnem os chefes de Estado e de Governo dos países da União Européia, que formam o Conselho Europeu, do qual também participa o Presidente da Comissão Européia. Esses encontros, denominados de cimeiras, têm por objetivo aprovar a política global, adotar decisões políticas sobre questões essenciais de interesse da União e dos Estados-membros, arbitrar questões sobre as quais os ministros não tenham chegado a acordo e debater temas internacionais no âmbito da Política Externa e de Segurança Comum (PESC). O Conselho Europeu é o órgão de decisão política de mais alto nível na União. Por isso, é presidido pelo chefe de Estado ou de Governo do Estado-membro que assume a presidência do Conselho da União Européia.

O Parlamento Europeu é o órgão de representação dos cidadãos. Seus membros são eleitos por sufrágio universal direto, de cinco em cinco anos. Tem três principais funções: exercer o controle político das atividades da União Européia; participar do processo legislativo; e compartilhar com o Conselho a decisão sobre o orçamento da União.

Como órgão de controle político da União, o Parlamento Europeu tem poderes para aprovar ou rejeitar as nomeações dos membros da Comissão e tem o direito de adotar uma moção de censura em relação a toda a Comissão, por uma maioria de dois terços dos seus membros. Controla, ainda, a gestão das políticas comuns, formulando perguntas orais e escritas à Comissão e ao Conselho. Finalmente, o Parlamento é informado pelo Presidente em exercício do Conselho Europeu das decisões tomadas por esta instância.

Com relação ao orçamento da União, o Parlamento Europeu tem a mesma responsabilidade do Conselho. A Comissão Européia propõe um projeto

¹⁰³ Nas questões mais relevantes, como a alteração dos Tratados, decisão sobre novas políticas comuns ou adesão de novos Estados-membros, o Conselho delibera por unanimidade. Nos outros casos, é utilizada a maioria qualificada, com ponderação do número de votos de cada Estado-Membro em função da dimensão da sua população.

de orçamento, que é discutido, aprovado ou rejeitado pelo Parlamento e pelo Conselho. O Parlamento também controla a execução do orçamento e aprova a forma como a Comissão executou o orçamento no exercício financeiro precedente.

A função legislativa do Parlamento Europeu desenvolve-se por três diferentes procedimentos. Pelo procedimento de cooperação, o Parlamento pronuncia-se sobre as diretivas e regulamentos da Comissão Européia, que é convidada a alterar as suas propostas tendo em vista a posição do Parlamento. As alterações aceitas pela Comissão são introduzidas na proposta, que é transmitida ao Conselho, para aprovação. Pelo procedimento de parecer favorável, o Conselho submete ao Parlamento questões relevantes, como a conclusão de acordos internacionais ou propostas de alargamento da União Européia, que ficam dependentes da aprovação do Parlamento (que não pode sugerir alterações). Pelo procedimento de co-decisão, o Parlamento divide igualmente com o Conselho a decisão legislativa, em diversos domínios. O Parlamento tem poderes para rejeitar propostas legislativas, se a maioria dos seus membros votar contra a posição comum do Conselho. Para promover o acordo entre as instituições, pode haver uma Comissão de Conciliação, composta por igual número de representantes do Parlamento e do Conselho.

A Comissão Européia é o ramo executivo da União Européia e tem por missão salvaguardar os interesses comuns. Para tanto, guarda independência dos governos nacionais e é responsável pela execução das políticas comunitárias, pela gestão dos programas e do orçamento, além de representar a União ao nível internacional, inclusive na negociação de acordos. Deve zelar para que o direito comunitário seja aplicado pelos Estados-membros, sob pena de recorrer ao Tribunal de Justiça. É, ainda, responsável pela elaboração de propostas de nova legislação européia, que apresenta ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Os seus membros, um por Estado-membro, são nomeados por cinco anos, de comum acordo pelos Estados-membros, após aprovação do Parlamento Europeu, perante o qual é responsável. A Comissão participa das sessões do Parlamento, durante as quais tem de explicar e justificar as políticas que executa, além de responder a perguntas orais e escritas endereçados por deputados.

Outra instituição de grande relevância é o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, cuja principal função é garantir o cumprimento e assegurar a interpretação e aplicação uniforme do direito comunitário por todos os

Estados-membros e instituições da União. A Corte é composta por um juiz de cada Estado-membro e assistida por oito advogados-gerais com mandato renovável de seis anos. Junto ao Tribunal funcionam um Tribunal de Primeira Instância, com competência para proferir acórdãos sobre ações instauradas por particulares, empresas e organizações e um Tribunal da Função Pública Européia, para decidir litígios entre a União Européia e seus funcionários e agentes.

Por fim, há outras importantes instituições comunitárias, tais como: o Tribunal de Contas, que verifica a legalidade e a regularidade das receitas e despesas da Comunidade, assim como a sua boa gestão financeira; o Comitê das Regiões, com representantes das autoridades regionais e locais, que responde consultas do Conselho ou da Comissão; o Comitê Econômico e Social Europeu, com representantes de grupos de interesses econômicos e sociais que formam a sociedade civil organizada, que responde consultas do Conselho ou da Comissão; o Banco Europeu de Investimento, que concede empréstimos e garantias para ajudar as regiões menos desenvolvidas e tornar as empresas mais competitivas; e o Banco Central Europeu, responsável pela gestão do euro e da política monetária da União.

2.2 O princípio da subsidiariedade no Tratado de Maastricht

2.2.1 Antecedentes

Um dos mais complexos problemas decorrentes dos processos de integração situa-se na conciliação das instituições e políticas transnacionais com a soberania dos Estados. Lembra HRBEK (2001, p. 113) que desde os primórdios do processo de integração européia, no início dos anos 1950, o esforço de criar uma comunidade internacional na Europa teve como um de seus principais desafios o de definir quais seriam as atribuições de competência ou responsabilidade conjunta dessa comunidade.

Originalmente, a Comunidade gozava somente de uma competência de atribuição, ou seja, suas atividades deveriam desenvolver-se em certo número de campos limitadamente determinados pelos tratados. Isso servia como uma salvaguarda da soberania dos Estados-membros em tudo o que não houvesse sido explicitamente conferido à Comunidade (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 53). Na prática, contudo, as competências comunitárias foram aumentando progressivamente, especialmente depois do Ato Único Europeu e da conse-

cução do mercado comum, estendendo-se a âmbitos conexos ou mesmo independentes do econômico. Com isso, a atuação comunitária alcançou áreas como política industrial, política social, educação, cultura e infra-estrutura dos transportes (STELZER, 2005, p. 44).

Alguns fatores contribuíram para o aumento dos domínios de influência comunitária. O primeiro é que os tratados constitutivos não continham listas de competências para determinar, com exatidão, os poderes conferidos à Comunidade e os poderes reservados aos Estados. Além disso, o Tratado que instituiu a Comunidade Européia permitiu sua intervenção sempre que fosse indispensável para alcançar um de seus objetivos, ainda que os poderes de ação necessários não estivessem expressamente atribuídos no tratado (UNIÃO EUROPÉIA, 1957, art. 308)¹⁰⁴. Outro fator foi a participação ativa do Tribunal de Justiça comunitário, que sempre desenvolveu uma interpretação com efeitos integradores (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 54).

A proliferação de competências da União Européia continuava a causar receio nos Estados-membros de que seus poderes estivessem sendo transferidos para o nível comunitário (BARBER, 2005b, p. 314). O maior volume de áreas de atuação, associado ao número de Estados-membros provenientes dos sucessivos alargamentos, conduzia a decisões, não só mais numerosas, mas também mais complexas. Com isso, teve que ser abandonada a unanimidade nas decisões e adotado o critério da maioria, especialmente no Conselho. Os Estados-membros, então, não só perderam influência individual no processo decisório, como também não mais contavam com o poder de veto ilimitado de que antes dispunham (HENKEL, 2002, p. 360).

O princípio da subsidiariedade apareceu no contexto de integração europeu pela primeira vez, conforme Teasdale (1993, p. 188), em um documento produzido em junho de 1975, o Relatório Tindemans, submetido à Comissão Européia. Sua aplicação visava exatamente a aplacar o temor de que a conversão da Comunidade em União Européia pudesse erodir os poderes dos governos e

¹⁰⁴ É o seguinte o texto do dispositivo: “se uma ação da Comunidade for considerada necessária para atingir, no curso de funcionamento do mercado comum, um dos objetivos da Comunidade, sem que o presente Tratado tenha previsto os poderes de ação necessários para o efeito, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, e após consulta do Parlamento Europeu, adotará as disposições adequadas” (UNIÃO EUROPÉIA, 1957, art. 308, originalmente art. 235).

parlamentos nacionais. Após vários anos de esquecimento, o princípio voltou a constar num projeto de tratado estabelecendo a União Européia, elaborado pelo Parlamento Europeu em fevereiro de 1984, sob a coordenação de Altiero Spinelli. Nesse projeto, a subsidiariedade constava como um conceito-chave para a futura unificação européia, após os Tratados de Roma, tanto como um princípio geral, quanto como regulador do relacionamento entre a União e os Estados-membros em áreas de competência concorrente.

Contudo, o Ato Único Europeu, de 1986, não admitiu o princípio em todos os domínios de competência concorrente. A subsidiariedade foi contemplada apenas em matéria de meio ambiente no artigo 25 do Ato Único. Esse dispositivo promove modificações no Tratado das Comunidades Econômicas Européias, entre elas a inserção do artigo 130R, que apresenta a primeira manifestação do princípio da subsidiariedade no direito comunitário (UNIÃO EUROPÉIA, 1986, art. 25)¹⁰⁵. A alínea nº 1 do artigo 103R fixava três objetivos para a ação da Comunidade em matéria de ambiente: preservar, proteger e melhorar a qualidade do ambiente; contribuir para a proteção da saúde das pessoas; e assegurar uma utilização prudente e racional dos recursos naturais. Mas a alínea nº 4 determinava que a Comunidade somente poderia intervir se esses objetivos pudessem ser obtidos em melhores condições no plano comunitário do que no nível dos Estados-membros isoladamente.

Desse modo, o critério eleito foi o da eficiência da ação para alcançar os resultados pretendidos, mas a intervenção comunitária, conforme o art. 130S, deveria ser proposta pela Comissão, submetida à consulta do Parlamento Europeu e aprovada, em geral, por decisão unânime do Conselho. Entretanto, o artigo 130R permaneceu controverso entre os Estados-membros, que mantinham opiniões divergentes sobre o dispositivo, alguns julgando que continha uma norma jurídica, e outros considerando que se tratava simplesmente de uma diretriz política (HENKEL, 2002, p. 367).

Essa primeira manifestação não foi, contudo, preponderante para a posterior assimilação do princípio em Maastricht. Ela decorreu de uma nova conjuntura, em que têm bastante protagonismo alguns Estados e entes subnacionais (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 66). Entre os Estados, foi decisivo o apoio da Inglaterra e da Alemanha à adoção da subsidiariedade, embora com posições distintas quanto à sua contribuição.

¹⁰⁵ Henkel (2002, p. 367) identifica outras disposições comunitárias, além do art. 130R, onde se pode encontrar a idéia da subsidiariedade antes do Tratado de Maastricht.

Na Inglaterra, o então Governo de Margaret Thatcher, cético quanto à integração europeia, decidiu evocar a subsidiariedade como meio de defesa contra a erosão dos poderes nacionais, restringindo também seu papel ao relacionamento entre a Comunidade e os Estados-membros¹⁰⁶. Já a Alemanha, favorável à integração, via uma associação entre a subsidiariedade e o federalismo, de modo que a adoção daquela poderia indicar a opção por um modelo mais próximo deste¹⁰⁷. A subsidiariedade era vista, pelos “federalistas”, como um caminho para a devolução, ou pelo menos retenção, de poderes às coletividades de menor âmbito, mesmo dentro dos Estados. Em face dessas posições, Teasdale (1993, p. 190) verifica a seguinte correlação: os favoráveis à integração europeia tendem a ser federalistas ou “devolucionistas” internamente, enquanto os céticos do empreendimento europeu tendem a ser centralizadores em seus Estados.

A opção pelo federalismo nunca foi assumida na construção europeia, pela ameaça que representa às soberanias nacionais. A subsidiariedade surgiu, então, como um claro compromisso entre as posições mais integracionistas, como a alemã, e as mais céticas, como a inglesa, especialmente porque a referência a ela no Tratado não estabelece uma definição conclusiva (TEASDALE, 1993, p. 190). Portanto, uma das principais características do princípio da subsidiariedade, a sua ambigüidade, é que gerou o consenso capaz de introduzi-lo no Tratado de Maastricht (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 55).

Além disso, a Comissão e seu presidente, Jacques Delors¹⁰⁸, insistiram com grande ímpeto sobre a importância do princípio da subsidiariedade para o desenvolvimento da União. O programa de mercado único exigia a adoção de um elevado número de normas comunitárias em domínios tradicionalmente estatais e, dentro de alguns Estados, inclusive de competência subestatal. As-

¹⁰⁶ Para Torres (2001, p. 197), a inclusão da subsidiariedade no Tratado da União Europeia deveu-se à tentativa de conter o poder comunitário que, em um processo de integração, tende a se acentuar, tal como nos sistemas federais, que denotam uma clara tensão entre a retórica da diversidade e o ímpeto à universalidade.

¹⁰⁷ Teasdale (1993, p. 190, tradução nossa) transcreve declaração do então Presidente em exercício do Conselho Europeu, o alemão Ruud Lubbers, nos seguintes termos: “Eu respeito a subsidiariedade. Como você sabe, para os alemães, a palavra para isso é federalismo”.

¹⁰⁸ Relata Chicharro Lázaro (2001, p. 83) que, após um encontro com representantes dos *Länder* alemães em novembro de 1988, Delors verifica a crise derivada da extensão de competências do marco comunitário e se aferra ao termo subsidiariedade como um amuleto para afugentar os males comunitários.

sim, a subsidiariedade surgiu em cena como uma palavra mágica para aplacar os temores dos Estados e das unidades subnacionais quanto ao excesso de regulação comunitária, ao mesmo tempo em que permitia a adoção de decisões por parte da Comunidade sempre que estivesse em jogo um objetivo comum. Também o Parlamento Europeu se mostrou um firme defensor da introdução do conceito da subsidiariedade como princípio geral do ordenamento comunitário, tanto para servir como critério geral de repartição de competências quanto para regular o exercício de competências concorrentes (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 67 e 70).

O Conselho Europeu de Roma, de dezembro de 1990, que antecedeu o Tratado de Maastricht, assinalou a conveniência da introdução do princípio da subsidiariedade nos textos comunitários. Entretanto, mesmo entre seus defensores, existiam divergências sobre sua posição topográfica e sua função no Tratado. Alguns países, como Espanha, França e Itália, eram partidários de uma mera menção no preâmbulo. Outros, como Alemanha e Inglaterra, desejavam sublinhar o aspecto negativo do princípio e sustentavam sua inclusão tanto como princípio geral de direito comunitário quanto na parte operativa do Tratado. A Comissão sugeria sua inclusão no contexto do artigo 308 do TCE. O Parlamento mantinha uma posição intermediária e pretendia vê-lo como princípio geral de direito comunitário, mas com aplicação limitada ao exercício das competências concorrentes (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 76).

2.2.2 A positivação do princípio no Tratado de Maastricht

O Tratado de Maastricht, ou Tratado da União Européia (TUE), consagrou o princípio da subsidiariedade como princípio do ordenamento comunitário, mencionando-o não só como um princípio geral, mas também, mais especificamente, quanto ao exercício das competências concorrentes. Em caráter geral, o princípio foi contemplado no Preâmbulo do Tratado, no qual se atesta a resolução das Partes Contratantes em “continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade” (UNIÃO EUROPÉIA, 1992, Preâmbulo).

Em redação equivalente, o artigo 1º das Disposições Comuns (originalmente, artigo A)¹⁰⁹ dispõe, em seu segundo parágrafo, que o Tratado confi-

¹⁰⁹ O Tratado de Amsterdã reenumerou os dispositivos do Tratado da União Européia e do Tratado que instituiu a Comunidade Européia (UNIÃO EUROPÉIA, 1997, art. 12).

gura “uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos” (UNIÃO EUROPÉIA, 1992, artigo 1º). Em seguida, o artigo 2º (originalmente, artigo B) do Tratado relaciona os objetivos da União Européia no primeiro parágrafo, consignando, no parágrafo seguinte, que eles serão alcançados de acordo com as disposições e o calendário nele previstos, “respeitando o princípio da subsidiariedade, tal como definido no Artigo 5º do Tratado que institui a Comunidade Européia” (UNIÃO EUROPÉIA, 1992, artigo 2º).

Por sua vez, o artigo 8º (originalmente, artigo G) do Tratado de Maastricht promove diversas alterações no Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia, tendo em vista a instituição da Comunidade Européia. Entre essas mudanças, insere o artigo 5º (originalmente, artigo 3º-B), que consagra a subsidiariedade como princípio jurídico de necessária observância quanto à repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros, da seguinte forma:

A Comunidade atuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado.

Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o **princípio da subsidiariedade**, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.

A ação da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objetivos do presente Tratado. (UNIÃO EUROPÉIA, 1992, artigo 5º, grifo nosso).

A positivação do princípio nos dispositivos mencionados suscita pelo menos duas ordens de considerações, que serão tratadas nas seções seguintes. A primeira diz respeito à natureza do princípio no Tratado, que é tanto política quanto jurídica. A segunda é a articulação que o artigo 5º promove entre os três princípios comunitários consagrados no dispositivo: o da atribuição de competências, o da subsidiariedade e o da proporcionalidade.

2.2.3 A dupla natureza do princípio no Tratado

O princípio da subsidiariedade é consagrado no Tratado de Maastricht tanto como um princípio político quanto como um princípio jurídico. Na primeira modalidade, configurada no Preâmbulo e no artigo 1º do TUE, o princípio estabelece que as decisões sejam tomadas no nível mais próximo possível do cidadão. Na segunda forma, o artigo 5º do TCE caracteriza-se como um princípio específico, permitindo sua justiciabilidade¹¹⁰ perante o Tribunal de Justiça. Nesse caso, o princípio atua na relação entre a Comunidade e os Estados-membros, no exercício das competências concorrentes.

Pode-se verificar, ainda, uma correspondência entre a natureza e as funções do princípio da subsidiariedade no Tratado de Maastricht. Assim, conforme Chicharro Lázaro (2001, p. 80), na sua feição política ele equivale a um critério de repartição constitucional de competências. Originalmente, as competências eram exclusivas dos Estados-membros. Para atingir os objetivos comunitários, que se ampliaram sucessivamente, as competências foram cedidas à Comunidade, nos domínios em que se fazia necessária sua intervenção.

Nesse caso, incorporando a terminologia de Cornu (1993, p. 147), o princípio atua na função atributiva. Nela, a subsidiariedade busca obter um equilíbrio entre o objetivo da integração e a preservação das competências nacionais, pela aplicação de uma máxima política que pode ser resumida à fórmula de maior proximidade possível das decisões com o cidadão. Desse modo, sob a lógica do princípio da subsidiariedade, a ampliação do campo de competência comunitário somente deve ocorrer nos domínios que requerem, para que se possa obter um desenvolvimento substancial continuado, que a política seja levada a efeito pela instância supranacional (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 81)¹¹¹.

A orientação de que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo do cidadão não existe para ser judicialmente aferida, mas constitui uma declaração das Partes Contratantes sobre a construção europeia. Para Barber (2005b, p. 312), ela deve ser lida de uma forma mais ampla do que a disposição do art.

¹¹⁰ Trata-se de tradução do termo inglês *justiciability*, cuja utilização propagou-se na área do direito, com significação correspondente à capacidade de ser examinado judicialmente. Em português, seria preferível o termo “juridicibilidade” (a semelhança de juridicidade), mas a expressão “justiciabilidade” já alcançou utilização corrente.

¹¹¹ Para a autora, essa lógica nunca esteve ausente dos tratados constitutivos das Comunidades, desde 1957 (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 80).

5º, embora deva incorporar seus elementos. A subsidiariedade configura-se, então, como um princípio de diretiva constitucional, que não é imposto pelos juízes, mas se dirige especialmente aos legisladores¹¹².

Por sua vez, a subsidiariedade como princípio jurídico regula o exercício das competências da Comunidade nos domínios que não sejam de suas atribuições exclusivas. Vale dizer, no art. 5º do TCE, reforçado pelo artigo 2º do TUE, ele atua no exercício das competências concorrentes entre as instituições comunitárias e os Estados-membros, no desempenho do que Cornu (1993, p. 147) denomina de função de ajuste.

Aqui, em se tratando de domínios nos quais incide uma mútua atribuição, é preciso haver um critério dinâmico que possa servir para configurar a adequada ação comunitária e, assim, amenizar conflitos de competência. No caso, a adoção do princípio da subsidiariedade funciona como a “chave de ignição” do motor comunitário, que somente deve ser posto em funcionamento quando fique provada a incapacidade dos Estados para obter o fim perseguido ou que a Comunidade possa alcançá-lo de forma mais eficiente.

O princípio serve, então, para discernir, caso a caso, qual instância deve desenvolver a ação e qual a natureza e intensidade dela. Nesse ponto é que Chicharro Lázaro (2001, p. 81) salienta a natureza jurídica do princípio, pois o Tribunal de Justiça da Comunidade tem jurisdição para decidir litígios suscitados em torno da aplicação dos preceitos do Tratado, entre eles o do art. 5º do TCE. Entretanto, a justiciabilidade do princípio ainda permanece como matéria controversa, conforme veremos adiante.

2.2.4 Os princípios comunitários contidos no artigo 5º do TCE

O artigo 5º do TCE articula não somente um, mas três princípios comunitários, cada um deles estabelecido em um de seus parágrafos: o da atribuição de competências, o da subsidiariedade e o da proporcionalidade.

¹¹² Para o autor, há duas diferenças do princípio da subsidiariedade na Europa do modelo católico: o modelo católico lida também com corpos privados, enquanto o europeu apenas com instituições públicas; e o princípio católico insiste no valor das pequenas associações e na alocação apropriada de poderes, enquanto o modelo europeu tem preferência pela alocação de poder nas unidades menores (BARBER, 2005b, p. 313).

2.2.4.1 O princípio da atribuição de competências

O primeiro parágrafo é dedicado ao princípio da atribuição de competências, estipulando que “a Comunidade atuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos” pelo Tratado (UNIÃO EUROPÉIA, 1992, artigo 5º).

É preciso ter em conta que a União Européia surgiu no marco jurídico das organizações internacionais, embora depois tenha assumido características *sui generis*. Nessa perspectiva, ela não é dotada do princípio constitucional da competência universal, a chamada “competência da competência” (*Kompetenz-Kompetenz*, em alemão), pela qual os Estados atribuem a si competências sem qualquer ordem que lhe seja superior¹¹³.

A União Européia persiste regulada pelo princípio da competência, típico do direito internacional, segundo o qual ela se dedica às atribuições e aos objetivos que lhe foram especificados nos tratados constitutivos, de modo que dispõe somente das competências neles designadas. Desse modo, a atuação da Comunidade deve ser legitimamente amparada, não se podendo admitir, por exemplo, uma ação arbitrariamente determinada pela Comissão. Embora de fácil compreensão no texto da lei, esse preceito nem sempre é capaz, na prática, de delimitar com precisão o domínio de atuação comunitária.

Interessante é a observação de Chicharro Lázaro (2001, p. 122) de que os tratados comunitários, ao contrário das constituições dos Estados federais, não atribuem as matérias (moeda, defesa economia etc.) de domínio de uma ou outra esfera, mas impõem objetivos a alcançar, ações a realizar e funções a cumprir. Desse modo, adota-se um método funcionalista, que não permite discernir claramente entre campos de competências comunitárias e campos de competências nacionais. Assim, exemplifica a autora, as cláusulas que têm por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado comum não determinam as matérias a que se referem, permitindo uma interpretação extensiva dos poderes da Comunidade, que alcançam múltiplas categorias normativas.

Com isso, os tratados constitutivos dão lugar a um sistema *purposed-oriented* (princípio teleológico), ao mesmo tempo em que *purposed-bound* (princípio

¹¹³ Lewandowski (2004, p. 282) lembra que o Tribunal Constitucional Alemão decidiu, em 1993, após a assinatura do Tratado de Maastricht, que não existe um poder constituinte comunitário, pois os tratados não dotaram a União de competência em matéria de competência.

funcionalista). Nesse sistema, as competências estão vinculadas aos objetivos e aos poderes de ação confiados à Comunidade, isto é, estão voltadas a considerações teleológicas ou funcionais (um fim a conseguir ou uma função a desempenhar) e não a critérios materiais (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 123).

Cumprir registrar que, nos moldes das competências remanescentes dos sistemas federais, as competências que não sejam transferidas de forma explícita ou implícita para a Comunidade seguem sendo exercidas de forma exclusiva pelas autoridades dos Estados-membros, conforme a distribuição interna de competências. Disso decorre uma preferência para a competência nacional. Entretanto, observa-se que a tendência expansiva da área de influência comunitária determina uma incursão, também crescente, do direito comunitário em detrimento das áreas de competência antes reservadas aos Estados-membros. Com isso, a presunção de competência nacional acaba se esvaecendo frente à força do processo de integração. Nesse sentido é que o princípio da atribuição de competência articula-se com o princípio da subsidiariedade, para servirem como âncoras da preservação das competências e, em última medida, das soberanias estatais.

2.2.4.2 O princípio da subsidiariedade

O segundo parágrafo do art. 5º é o que contempla, especificamente, o princípio da **subsidiariedade**. Para discuti-lo, é preciso observar inicialmente que os tratados não contêm um sistema de enumeração exaustiva das competências da Comunidade ou dos Estados-membros, nem determinam regras inequívocas de distribuição dos campos de competência entre eles. No entender de Chicharro Lázaro (2001, p. 126), essa possível lacuna foi, na verdade, uma opção dos fundadores da Comunidade, que não pretenderam impor limites bem definidos ao projeto de integração europeia, nem conseguiriam vencer a dificuldade que a elaboração de listas de enumeração¹¹⁴ representaria em um sistema evolutivo de competências.

Entretanto, é preciso reconhecer que mesmo a primeira parte do segundo parágrafo do artigo 5º do TCE, que restringe a aplicação do princípio da subsidiariedade aos domínios que não sejam de atribuições exclusivas da

¹¹⁴ Tanto quanto a lista de competências da Comunidade, uma lista de competências dos Estados-membros poderia engessar a evolução do processo de integração europeu.

Comunidade, já apresenta um desafio ao intérprete, qual seja o de discernir adequadamente quais seriam exatamente esses domínios¹¹⁵. De modo geral, pode-se afirmar que os domínios referidos pelo artigo 5º são aqueles em que a Comunidade é chamada a intervir, sem que esteja excluída a atuação dos Estados-membros.

Portanto, o exercício das competências concorrentes apresenta um largo campo de possibilidades de atuação. De modo a sistematizá-las, Chicharro Lázaro (2001, p. 140) sugere a distinção de pelo menos três tipos de situação:

1ª) os tratados atribuem a competência em um campo determinado à Comunidade, mas esta não edita a legislação pertinente. Nesse caso, os Estados-membros podem aplicar ou elaborar normas naquele domínio, embora devam fazê-lo com respeito às disposições dos tratados e aos princípios gerais do direito comunitário;

2ª) a Comunidade edita uma série de normas dentro do domínio, mas sem chegar a esgotá-lo. Isso permite que os Estados-membros aportem sua própria legislação, mas que devem estar atentas aos tratados, aos princípios do direito comunitário, além de serem compatíveis com as medidas adotadas no âmbito comunitário e cumprir a obrigação de cooperação¹¹⁶;

3ª) quando a Comunidade regula um setor por completo, as disposições nacionais divergentes deixam de ter efeito¹¹⁷. Nessa situação, é aplicável somente a norma comunitária adotada nesse domínio determinado, embora não exclua a norma nacional que seja compatível com aquela.

Para a autora, na verdade, as competências concorrentes pertencem à Comunidade, apesar de que, enquanto ela não atue, os Estados podem fazê-lo. Contudo, trata-se de uma decisão da Comunidade, sujeita apenas aos critérios da subsidiariedade (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 140). Essa constatação pode ser depreendida do sistema de repartição de competências do direito

¹¹⁵ Observa Chicharro Lázaro (2001, p. 126) que as competências exclusivas da Comunidade não são fixas, porque, dada sua própria configuração, uma matéria que hoje está livremente regulada pelos Estados-membros pode amanhã fazer parte de um enfoque comunitário global.

¹¹⁶ O art. 10 do TCE transpõe para o direito comunitário o princípio da lealdade federal. Segundo o dispositivo, os Estados-membros tomarão as medidas capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes dos tratados, facilitarão à Comunidade o cumprimento da sua missão e se absterão de tomar medidas que coloquem em perigo a realização dos objetivos fixados nos tratados (UNIÃO EUROPEIA, 1992, art. 10).

¹¹⁷ Isso equivale a uma competência concorrente de natureza cumulativa.

comunitário, que se caracteriza por uma necessidade crescente e contínua de integração (vale dizer, de intervenção cada vez mais ampla da Comunidade, com conseqüente perda de terreno pelos Estados-membros).

É exatamente nesse ponto que cresce a importância dos critérios de aplicação do princípio da subsidiariedade, cuja função é regular o exercício das competências concorrentes. Conforme o segundo parágrafo do artigo 5º do TCE, são **dois** os **critérios**: o da **necessidade**, tendo em vista a incapacidade dos Estados-membros de realizar suficientemente os objetivos da ação esperada; e o da maior **eficiência** do nível comunitário em alcançar esses objetivos, seja por causa da dimensão, seja em decorrência dos efeitos da ação prevista¹¹⁸.

O primeiro critério implica um teste de **necessidade**, segundo o qual a Comunidade somente pode atuar quando seja absolutamente necessário, nos casos em que a atuação no nível estatal se mostrar insuficiente. Para Barber (2005b, p. 311), disso se pode retirar que, em iguais condições, as ações dos Estados-membros têm precedência sobre as da Comunidade¹¹⁹. O autor retira do dispositivo, de modo implícito, um outro elemento, que é o de indicar que uma determinada competência deve ser exercida pelo Estado-membro cujo interesse é afetado. Com isso, o dispositivo não somente confere preferência às unidades menores, mas também supõe a alocação de poder para o Estado onde vive o povo diretamente afetado pela ação (BARBER, 2005b, p. 312)¹²⁰. Nesse sentido, a precedência do Estado-membro pode ser associada à fórmula adotada no Preâmbulo do TUE, segundo a qual as decisões devem ser adotadas no nível mais próximo possível do cidadão, ou à máxima de que, em cada decisão, devem ser considerados os interesses daqueles mais diretamente afetados.

Vale observar, ainda, que o próprio texto do artigo 5º antecede a condição de incapacidade dos Estados pela expressão “se e na medida em que” ela

¹¹⁸ Informa Teasdale (1993, p. 190) que os alemães queriam que vigorasse o primeiro critério e os ingleses preferiam o segundo. O texto de Maastricht, então, contemplou os dois.

¹¹⁹ Henkel (2002, p. 370) verifica que essa forma de alocação de poder assemelha-se à aplicada nos Estados federais, em que a regra é a autoridade do Estado e a autoridade federal é a exceção.

¹²⁰ Ressalta o autor que, embora pareça óbvia, essa é uma importante diretriz. Exemplifica que o artigo 5º não poderia justificar a alocação de parte da política de meio ambiente da Inglaterra para a França, mesmo que aquele país tivesse uma técnica superior na área e pudesse desenvolver melhor a tarefa.

ocorra. Fica claro que, se os Estados puderem atender apenas parcialmente o objetivo, a Comunidade deve desenvolver ações somente até o limite em que o nível nacional se mostrou insuficiente, o que nos remete ao polimorfismo da noção de subsidiariedade.

Para aferição da necessidade de intervenção da Comunidade, duas questões ainda se colocam. A primeira é saber se a insuficiência deve ser considerada em cada Estado-membro, ou se seria preciso que mesmo uma ação conjugada dos Estados-membros não pudesse obter a realização do objetivo perseguido. Ocorre que essa última alternativa incentivaria a realização dos objetivos mediante mera cooperação intergovernamental, distanciando-se do espírito da atuação comunitária. Assim, a primeira alternativa é a que mais se compatibiliza com o processo de integração europeu, no qual se insere o princípio.

Mas, então, outra dúvida se coloca. Se forem variadas as capacidades dos Estados-membros em lidar com o objetivo perseguido, a Comunidade pode substituir tanto os incapazes quanto os capazes de cumpri-lo, mediante uma decisão geral? A questão não tem uma só resposta, merecendo exame caso a caso. Entretanto, ela deve ser preponderantemente negativa, porque a Comunidade intervém para suprir a incapacidade do Estado apenas onde ela se manifeste e não deve invadir o terreno da ação estatal onde esta se mostrar suficiente. Não obstante, a Comunidade pode decidir que a incapacidade de um grande número de Estados-membros justifica uma intervenção geral e uniforme, se estiver em jogo a realização de um objetivo estabelecido em um tratado. Nesse caso, mesmo os Estados capazes devem se compatibilizar com as normas comunitárias e até colaborar com elas, em prol da consecução de um objetivo que os Estados entenderam interessar a todo o conjunto¹²¹.

O segundo critério de aplicação do princípio da subsidiariedade no art. 5º do TCE exige um teste de **eficiência**, pelo qual se avalie que a ação comunitária é preferível à dos Estados-membros, em face da dimensão ou dos efeitos que eventualmente possa provocar. Ou seja, a centralização do poder no nível comunitário somente pode ser admitida se resultar em ganho de eficiência capaz de afastar a precedência inicialmente atribuída à competência estatal (BARBER, 2005b, p. 311). Trata-se de determinar o valor agregado que aportaria a atuação comunitária, para o que se deve proceder a uma análise comparativa dos custos e benefícios decorrentes da atuação de cada um dos

¹²¹ Vale aqui nova referência ao princípio da lealdade comunitária (art. 10 do TCE), mencionado anteriormente.

níveis, comunitário e estatal (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 140).

Curioso é observar que o texto do art. 5º do TCE conecta os testes da necessidade e da eficiência com a expressão “e possam pois, devido a”¹²², o que determina que as condições contempladas devem ocorrer cumulativamente¹²³. Esse é outro desafio imposto ao intérprete: a ação comunitária deve mesmo estar submetida a um duplo teste?

Chicharro Lázaro (2001, p. 146) elucida a questão do duplo teste a partir da história legislativa do art. 5º do TCE. Nas propostas iniciais, o teste era apenas um e se dirigia à capacidade da Comunidade de melhor alcançar os objetivos desejados quando comparada à atuação separada dos Estados. Essa era a proposta das presidências luxemburguesa e holandesa. Esse, também, o espírito do dispositivo precursor da subsidiariedade no direito comunitário, o artigo 130R do Ato Único Europeu. Contudo, vários Estados pretenderam incluir uma nova condição, relativa à incapacidade dos Estados-membros de alcançar, por si mesmos, tais objetivos. Não se pretendia, porém, o estabelecimento de duas condições separadas, mas sim a conjunção delas, como duas facetas de um mesmo problema¹²⁴.

Os Estados-membros estavam temerosos de que a fórmula comparativa servisse como um mecanismo de a Comunidade se apoderar de mais competências estatais. Fizeram incluir, então, o teste de necessidade, com a intenção de mudar a orientação do princípio, substituindo uma enunciação positiva, que poderia favorecer a intervenção da Comunidade, por um perfil negativo, que fizesse antepor a ação estatal à ação comunitária. Além disso, se pretendeu reforçar a intenção de aproximar, sempre que possível, as decisões do cidadão (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 147).

¹²² A tradução oficial em português utiliza a expressão “e possam pois”. Entretanto, a expressão “e, por conseguinte, possam”, utilizada na tradução em espanhol, traz melhor compreensão do sentido do texto.

¹²³ A interpretação gramatical do dispositivo é brevemente discutida em Henkel (2002, p. 369). Para o autor, os critérios devem ser cumulativos e, na hipótese de ocorrer apenas a incapacidade, as instituições comunitárias devem continuar a avaliar a dimensão e os efeitos das ações.

¹²⁴ O duplo teste é acolhido, de forma definitiva, no item 5 do Protocolo nº 30, anexo ao Tratado de Amsterdã.

Embora necessários, os dois testes não devem ser realizados ao mesmo tempo, pois haveria o perigo de conclusões contraditórias, que indicassem, por exemplo, a suficiência da atuação estatal, mas a conveniência da atuação comunitária em virtude da escala da ação. Em primeiro lugar, deve-se aplicar o teste da necessidade, de modo a avaliar se o objetivo perseguido não pode ser suficientemente alcançado pelos Estados-membros. Se for suficiente a ação dos Estados, não se chega a avaliar o valor que seria agregado pela ação comunitária, que é considerada desnecessária. Entretanto, se ela não for suficiente, estará praticamente indicado o cabimento da ação comunitária. De todo modo, é preciso verificar, ainda, se a ação comunitária pode aportar um diferencial em relação à ação estatal, de modo a realizar melhor os objetivos pretendidos.

Cabe à Comissão propor, à luz dos tratados, uma atuação da Comunidade em determinado âmbito de competência concorrente. Ela é a detentora da iniciativa legislativa e deve justificar a atuação comunitária, no preâmbulo de cada medida proposta, a partir dos resultados dos testes de necessidade e eficiência. Se um desses testes foi desfavorável à atuação comunitária, a Comissão deve abster-se de propor a medida e a competência permanece com os Estados-membros. Contudo, se os testes forem favoráveis, a justificação serve para o exame do Conselho e do Parlamento Europeu, que podem rejeitá-la, se entenderem ainda não cumpridos os requisitos, ou admiti-la. Desse modo, em vista da presunção da competência dos Estados-membros, o ônus da prova de cumprimento das condições para a atuação da Comunidade recai sobre as instituições comunitárias.

Em último caso, se houver recurso quanto à competência da ação, com fundamento no princípio da subsidiariedade, caberá ao Tribunal de Justiça julgar o resultado dos testes realizados. Contudo, esses testes não têm um resultado objetivo, de modo que há uma margem de manobra para as autoridades envolvidas, o que demanda uma interpretação cuidadosa e específica em cada caso.

2.2.4.3 O princípio da proporcionalidade

O terceiro parágrafo do artigo 5º do TCE dispõe que “a ação da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objetivos do presente Tratado” (UNIÃO EUROPÉIA, 1992, artigo 5º). Portanto, impõe que a Comunidade atue em conformidade com o princípio da proporcionalidade, ou seja,

deverá verificar se os meios aplicados são os apropriados para atender aos fins que persegue.

Diferentemente da subsidiariedade, o princípio da proporcionalidade já contava com ampla aplicação pelo Tribunal de Justiça e, com a positivação pelo Tratado de Maastricht, ganhou maior importância como parâmetro de interpretação judicial. Embora tenha desenvolvimento próprio no direito comunitário, o princípio tem conceituação próxima à de sua origem no direito constitucional alemão (HENKEL, 2002, p. 374)¹²⁵.

A verificação da proporcionalidade de uma medida compõe-se de três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. A adequação significa que os meios eleitos devem atender ao fim desejado. A necessidade implica que não existe outra medida menos restritiva para alcançar o objetivo perseguido. Assim, se existirem várias alternativas adequadas, somente aquelas que causem o menor prejuízo, ou que resultem na menor perda em relação ao proveito advindo, são as que devem ser adotadas. A proporcionalidade *stricto sensu* demanda um balanceamento razoável entre o agravo decorrente da medida e o benefício que dela se pretende obter, vale dizer, deve-se encontrar uma relação razoável entre os meios e os fins, de modo a que a carga resultante da medida não seja excessiva em relação ao interesse público almejado.

A posição sistemática do princípio da proporcionalidade no artigo 5º do TCE, colocado em um parágrafo isolado, porém vizinho do princípio da subsidiariedade, demanda algumas observações. A primeira é que a proporcionalidade não está sujeita à restrição de se aplicar apenas aos domínios que não sejam de atribuição exclusiva da Comunidade, tal como se dá com a subsidiariedade. Vale dizer, a proporcionalidade deve ser aplicada não só às competências compartilhadas, mas também às competências exclusivas da Comunidade.

Outra observação é que os princípios se distinguem claramente, de modo que não podem ser confundidos em sua respectiva significação e aplicação. O princípio da proporcionalidade tem como principal foco as liberdades e direitos

¹²⁵ Nesse sentido, Chicharro Lázaro (2001, p. 151) informa que sobre o princípio da proporcionalidade há farta jurisprudência do Tribunal de Justiça, que contribuiu para sua formulação como um princípio geral do direito comunitário, ocupando um lugar proeminente ao lado de princípios como os da legalidade, igualdade e segurança jurídica, que terminou por consolidá-lo no art. 5º do TCE. Ver, ainda, Bermann (1994b, p. 387).

fundamentais e o princípio da subsidiariedade dirige-se à alocação de competências entre a Comunidade e os Estados-membros, visando a preservar os poderes e a identidade destes (HENKEL, 2002, p. 377). Não obstante, eles são colocados em articulação no sistema de competências do direito comunitário adotado pelo Tratado de Maastricht. Assim, uma vez que a subsidiariedade determinou que a Comunidade deve atuar, a proporcionalidade então dita a ação que deve ser empreendida e qual o seu escopo (BERMANN, 1994b, p. 388; HENKEL, 2002, p. 378)¹²⁶.

É interessante verificar que a expressão “se e na medida em que”, contida no segundo parágrafo, traz a medida de proporcionalidade para o âmbito de aplicação da subsidiariedade. Nesse sentido específico, a proporcionalidade tem o propósito de definir a amplitude que pode ter a atuação da Comunidade em respeito à atuação dos Estados, de modo a delimitar a intervenção daquela nas competências residuais destes. Após os dois primeiros testes lhe serem favoráveis, a atuação comunitária deve ser submetida a um terceiro teste, o de intensidade, no qual serão aferidos, em relação a ela, os três elementos da proporcionalidade (CHICHARRO LÁZARO, 2001, p. 153). Desse modo, os princípios estão vinculados entre si, no direito comunitário, pelo fato de que ambos são usados para regular os poderes da Comunidade, com o objetivo de limitar qualquer violação dos direitos e valores considerados de grande relevância (HENKEL, 2002, p. 377).

Contudo, a formulação do terceiro parágrafo também tem uma aplicação mais geral. Nessa linha, sua finalidade é resolver os conflitos que podem surgir entre o objetivo da ação comunitária pretendida e os demais objetivos e valores legítimos contemplados pelo direito comunitário, em relação aos quais essa ação poderá ser considerada. Aqui, incide a aferição dos três elementos que compõem a proporcionalidade, com o desenvolvimento peculiar que lhe deu a Corte de Justiça no direito comunitário. Conforme a descrição que Henkel (2002, p. 375) faz dessa jurisprudência, o primeiro elemento é a adequação do ato comunitário aos objetivos determinados pelos tratados, com base em uma avaliação dos efeitos que terá no seu domínio de aplicação. O Tribunal

¹²⁶ Bermann (1994b, p. 388), contudo, verifica que os princípios também podem entrar em contradição. Exemplifica com o caso em que uma ação comunitária seria mais adequada e eficiente, embora seja realizada pelos Estados-membros, com maiores custos. Pela proporcionalidade, seria preferível a ação comunitária; mas a subsidiariedade impõe preservar a competência estatal. O autor questiona se vale a pena arcar com maiores custos para manter os valores do localismo e propõe uma análise comparativa entre as alternativas.

de Justiça é relutante em declarar a invalidade de um ato com base apenas na sua inadequação, fazendo-o apenas se o ato for obviamente inapropriado para a realização do objetivo desejado.

O segundo elemento, a necessidade do ato, é o que tem maior valor na jurisprudência da Corte de Justiça¹²⁷. Se várias medidas são adequadas, a necessidade privilegia aquela que cause o menor dano. Entre medidas de igual adequação e efeitos, a Comunidade pode usar sua discricção e seu próprio julgamento para a escolha. Para a aferição, tanto da adequação, quanto da necessidade, a Comunidade deve proceder a uma avaliação entre o objetivo desejado e a sua realização. A partir desse ponto de vista é que devem ser considerados os possíveis ônus decorrentes do ato, a serem ponderados para decisão.

O terceiro elemento, o da proporcionalidade *stricto sensu*, impõe o balanceamento dos prejuízos decorrentes do ato com a intenção legislativa, de modo a manter uma razoabilidade entre eles. A Corte faz sua avaliação baseada na importância dos interesses afetados, assim como no grau e duração dos ônus impostos. A relação entre eles não precisa ser absolutamente equilibrada, mas devem ser evitados os disparates. Segundo o autor, a Corte de Justiça utiliza-se deste elemento com bastante reserva, interpretando-o quase como uma avaliação global entre as vantagens e as desvantagens de uma medida proposta (HENKEL, 2002, p. 376).

2.3 O Tratado de Amsterdã e a justiciabilidade do princípio

2.3.1 Antecedentes

Desde a positivação do princípio da subsidiariedade no Tratado de Maastricht, houve controvérsia sobre a sua justiciabilidade, isto é, sobre a possibilidade de o Tribunal de Justiça utilizá-lo como parâmetro capaz de determinar a invalidade de uma medida legislativa comunitária.

Os argumentos contrários à subsidiariedade já foram abordados, dizendo respeito, principalmente, à possível ambigüidade e ao caráter político do princípio. Para essa linha de pensamento, segundo descreve Teasdale (1993,

¹²⁷ Essa é também a observação de Chicharro Lázaro (2001, p. 154), para quem esse elemento é a “pedra angular da jurisprudência comunitária relativa à proporcionalidade”.

p. 192), bastaria o princípio da atribuição de competência e as competências implícitas para permitir à Corte de Justiça verificar se o ato legislativo estaria ou não vinculado a um dos objetivos previstos nos tratados. Adicionar ao julgamento o critério da subsidiariedade poderia, então, apenas tornar confusa e incerta a jurisprudência comunitária. Além disso, haveria a possibilidade de uma politização e um ativismo da Corte, que poderia passar a substituir o julgamento do Conselho, onde estão representados os Estados-membros, tornando ainda mais ilegítimas as decisões comunitárias. De outro lado, em uma espécie de autocontrole, a Corte poderia simplesmente optar por se abster de levar em consideração a subsidiariedade em seus julgamentos, entendendo-a apenas como uma questão política (TEASDALE, 1993, p. 193).

As dificuldades de ratificação do Tratado de Maastricht em muitos Estados-membros, contudo, acabaram por reforçar o princípio da subsidiariedade, propagado como um meio de resguardar os poderes estatais do crescimento desmesurado da Comunidade. Conforme Chicharro Lázaro (2001, p. 83), nesse árduo processo de ratificação, a subsidiariedade se converteu em uma palavra chave para dissipar os receios dos Estados mais críticos com a incessante absorção de competências que a Comunidade vinha protagonizando. Esse discurso fortaleceu a necessidade de procedimentos pré-legislativos de aferição da subsidiariedade, apresentados como uma prova de que a Comunidade iria concentrar sua atuação apenas em áreas mais limitadas de domínios relevantes. Esse foi um dos argumentos utilizados para reverter a posição dos dinamarqueses, que haviam votado “não” em um referendo em junho de 1992 (TEASDALE, 1993, p. 193).

Para tanto, era necessário desenvolver os procedimentos a serem seguidos para obediência ao princípio, incluindo o compromisso de a Comissão justificar todas as medidas legislativas propostas com os fundamentos requeridos pela subsidiariedade. Esse caminho representou um reconhecimento tácito da dificuldade de deixar a verificação da conformidade das propostas legislativas com a subsidiariedade inteiramente sob responsabilidade da Corte de Justiça, por meio de uma revisão posterior à edição das medidas (TEASDALE, 1993, p. 195).

No estabelecimento dos procedimentos e diretrizes para aplicação da subsidiariedade, tiveram especial importância as Conclusões do Conselho Europeu de Edimburgo, realizado em dezembro de 1992. Nelas, ressalta-se que o princípio contribui para o respeito à identidade nacional dos Estados e para preservar as suas competências. Estipulam-se, ainda, em três seções

específicas, os princípios básicos, as diretrizes e os procedimentos e práticas voltadas à aplicação dos princípios contidos no art. 5º do TCE¹²⁸. Para Henkel (2002, p. 372), a maior contribuição dessas conclusões foi estabelecer um procedimento que determina os passos a seguir para a aplicação formal da subsidiariedade¹²⁹.

A Comissão fica encarregada de justificar explicitamente cada medida legislativa com base na subsidiariedade, em um considerando e na respectiva exposição de motivos. Além disso, a Comissão deve apresentar um relatório anual para o Conselho e para o Parlamento Europeu sobre a aplicação do art. 5º do TCE. Por sua vez, o Conselho de Ministros também se comprometeu a adotar mecanismos de avaliação da subsidiariedade nas propostas legislativas. Contudo, foi rejeitada a criação de um Comitê de Sábios (ex-políticos, ex-servidores públicos e juristas) para atuar no aconselhamento das implicações das medidas legislativas quanto à subsidiariedade, que pudesse conduzir avaliações de natureza essencialmente política¹³⁰. Prevaleceu a posição de que a decisão quanto à subsidiariedade não deveria se desligar da decisão quanto ao mérito da medida, sendo utilizadas as mesmas regras de votação. Com isso, o controle da subsidiariedade ficou restrito à autodisciplina da Comissão, do Conselho de Ministros e do Parlamento Europeu, mas vinculado a uma série de compromissos de levar em conta o princípio, ao serem consideradas novas medidas comunitárias (TEASDALE, 1993, p. 197).

2.3.2 O Protocolo relativo à aplicação da subsidiariedade e da proporcionalidade

Na Conferência Intergovernamental de 1996, que iniciou a revisão do Tratado de Maastrich para a assinatura do Tratado de Amsterdã, foram deba-

¹²⁸ Para uma descrição das conclusões, consultar Chicharro Lázaro (2001, p. 86) e Henkel (2002, p. 371). Em sua maioria, elas estão contempladas no Protocolo nº 30, anexo ao Tratado de Amsterdã, a seguir descrito.

¹²⁹ Segundo Torres (2001, p. 206), o Conselho instituiu um “teste de eficácia” para delimitar a discricionariedade que caracteriza a decisão comunitária em matéria concorrente.

¹³⁰ A idéia é apoiada por Teasdale (1993, p. 196), para quem a especialização do Comitê conduziria a um menor apoio às propostas da Comissão do que o realizado pela Corte de Justiça, além de desenvolver uma jurisprudência própria no tema, que poderia servir a outras instituições comunitárias.

tidos vários temas relacionados à subsidiariedade¹³¹. Para dar maior clareza ao princípio, a maior parte dos Estados-membros mostrou-se favorável à introdução de um protocolo anexo ao novo Tratado.

Exceto por esse protocolo, o Tratado de Amsterdã, firmado em outubro de 1997, mas em vigor apenas a partir de maio de 1999, não apresentou novidades de relevo quanto à subsidiariedade¹³². Permaneceram inalterados o Preâmbulo, o artigo 2º do TUE (ex-artigo B) e o artigo 5º do TCE (ex-artigo 3º-B). Deve-se registrar, porém, que esse Protocolo serviu como um complemento dos artigos anteriormente existentes, pois os Protocolos constituem parte integrante do Tratado, conforme dispõe o art. 311 do TCE.

O Protocolo nº 30, relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, compõe-se de treze itens (UNIÃO EUROPÉIA, 1997, Protocolo nº 30). Primeiramente, deixa claro que cada instituição comunitária deve assegurar a observância dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (item 1). O princípio da subsidiariedade é definido como “um conceito dinâmico que deve ser aplicado à luz dos objetivos enunciados no Tratado”. No mesmo item, é reconhecida sua dupla dimensão (positiva e negativa), ao se declarar que ele “permite alargar a ação da Comunidade, dentro dos limites das suas competências, se as circunstâncias o exigirem e, inversamente, limitar ou pôr termo a essa ação quando esta deixe de se justificar” (item 3).

O Protocolo firma a exigência de constarem expressamente os motivos em que se baseia a proposta legislativa, com as razões de sua adoção em nível comunitário, corroboradas por indicadores qualitativos e, sempre que possível, quantitativos (item 4). A justificativa deve preencher os dois testes do princípio

¹³¹ Chicharro Lázaro (2001, p. 96) relaciona, entre eles: se deveria ou não haver uma determinação expressa das atribuições de cada um dos níveis de poder, mediante catálogos de competências; se o princípio da subsidiariedade deveria ser aplicado a todas as competências da União; se deveria ser incluída na redação do artigo 5º do TCE referência às coletividades regionais e locais; e como deveria ser o controle de sua aplicação (se mediante um órgão de fiscalização política que representasse os parlamentos nacionais ou pela implantação de uma “exceção de subsidiariedade”).

¹³² O Tratado de Amsterdã foi também acompanhado da Declaração nº 43, sobre o princípio da subsidiariedade, que assegura que a aplicação administrativa do direito comunitário deve, em princípio, caber aos Estados, sem prejuízo da supervisão e controle da Comissão. A Conferência tomou nota, ainda, de uma Declaração da Alemanha, Áustria e Bélgica, pela qual a ação da Comunidade refere-se não só aos Estados, mas também às suas respectivas entidades, na medida em que estas disponham de poder legislativo próprio, conferido pelo direito constitucional respectivo (UNIÃO EUROPÉIA, 1997).

da subsidiariedade. Para tanto, devem ser atendidos os seguintes critérios¹³³: 1º) a questão reveste-se de aspectos transnacionais que não podem ser regulados de forma satisfatória por meio de uma ação dos Estados; 2º) uma ação empreendida apenas ao nível nacional ou a ausência de ação por parte da Comunidade são contrárias às exigências do Tratado ou lesam significativamente os interesses dos Estados; e 3º) uma ação empreendida ao nível comunitário apresenta vantagens evidentes, devido à sua dimensão ou aos seus efeitos, relativamente a uma ação ao nível dos Estados (item 5).

A ação comunitária deve ser tão simples quanto possível e coerente com o objetivo da medida e a necessidade da sua aplicação eficaz (item 6). Quanto à natureza e ao alcance da ação comunitária, as medidas devem deixar às instâncias nacionais uma margem de decisão tão ampla quanto possível, desde que compatível com a realização do objetivo e as exigências do Tratado. Quando pertinente, as medidas comunitárias devem facultar aos Estados-Membros vias alternativas para alcançar os objetivos dessas medidas (item 7).

O Protocolo determina que, na ausência de ação comunitária, os Estados devem conformar suas ações aos objetivos do Tratado (item 8). Fixa os procedimentos e obrigações da Comissão, com relação à subsidiariedade, no exercício de seu direito de iniciativa legislativa, assim como o dever de elaboração do relatório anual (item 9), que subsidiará o relatório apresentado pelo Conselho Europeu ao Parlamento Europeu, sobre os progressos realizados pela União (item 10). O Parlamento Europeu e o Conselho examinarão a coerência das propostas legislativas com o art. 5º do TCE tanto nas propostas da Comissão quanto nas alterações que pretendem nelas introduzir (item 11). No curso do processo legislativo, o Parlamento Europeu deve ser informado da posição do Conselho com relação à aplicação do art. 5º do TCE, através de uma nota justificativa. Se o Conselho entender que a proposta da Comissão não é compatível com o art. 5º do TCE, informará as razões dessa posição ao Parlamento Europeu (item 12). A observância do princípio da subsidiariedade poderá sofrer nova análise, de acordo com as regras constantes do Tratado (item 13).

133 Para Henkel (2002, p. 372), essas três condições, assentadas originariamente pelo Conselho Europeu de Edimburgo, não são nada mais do que uma repetição extensiva do segundo parágrafo do art. 5º do TCE.

Disso se deduz que o Tribunal de Justiça encarrega-se de julgar a vulneração ao princípio, por meio das vias processuais previstas no Tratado.

Na avaliação de Chicharro Lázaro (2001, p. 114), o Protocolo manteve o marco vigente sobre os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Assim, embora tivesse o mérito de reforçar seus estatutos jurídicos, não constituiu um desenvolvimento que trouxesse grandes aperfeiçoamentos à aplicação dos princípios.

2.3.3 O controle e a justiciabilidade do princípio da subsidiariedade

A questão de como verificar a conformidade de uma medida da Comunidade com os ditames do princípio da subsidiariedade é da responsabilidade do Tribunal de Justiça. Nessa tarefa, o instrumento objetivo disponível como parâmetro para a revisão judicial é a obrigatoriedade de fundamentação suficiente, pela Comunidade, para adoção de seus atos e decisões, estipulada no art. 253 do TCE¹³⁴ (HENKEL, 2002, p. 378).

Contudo, segundo Henkel (2002, p. 379), a Corte tem moderado essa exigência, sob entendimento de que não é necessária a apresentação de razões detalhadas para demonstrar a fundamentação suficiente no atendimento ao princípio da subsidiariedade, bastando a indicação da base legal e da intenção legislativa, extrapoladas das considerações do Parlamento Europeu e de outras instituições comunitárias participantes do processo legislativo. Com isso, o valor da fundamentação suficiente, como parâmetro de aferição judicial da subsidiariedade, torna-se muito questionável, pois a Corte tem seu poder de revisão limitado a verificar se as razões foram, de algum modo, estabelecidas. Para o autor, a Corte de Justiça interpreta o princípio da subsidiariedade de uma maneira formal e cautelosa, sem levar em consideração que sua inserção no direito comunitário visou a diminuir o descontentamento com um processo político distante das preocupações dos cidadãos e dos Estados-membros (HENKEL, 2002, p. 382).

Também Barber (2005a, p. 198) considera que a Corte de Justiça tem falhado em aplicar o princípio da subsidiariedade como uma restrição jurídica à atuação da Comunidade. Aponta, para isso, duas razões. De um lado,

¹³⁴ O art. 253 do TCE dispõe que “os regulamentos, diretivas e decisões adotados em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho e esses mesmos atos adotados pelo Conselho e pela Comissão serão fundamentados [...]” (UNIÃO EUROPÉIA, 1997, art. 253).

reconhece que a subsidiariedade ajusta-se pouco à imposição por meio judicial, especialmente porque os testes necessários para sua aplicação demandam considerações técnicas e políticas difíceis de serem avaliadas pela Corte. Para proceder a um julgamento adequado, a Corte teria que avaliar a extensão dos efeitos sociais e econômicos das políticas implantadas nos Estados-membros e, depois, verificar se há justificativa para uma ação no nível comunitário. O balanceamento entre os poderes comunitários e os dos Estados e a análise da relação de custos e benefícios decorrente das medidas adotadas não são temas facilmente controláveis por parâmetros judiciais.

A outra razão para a dificuldade da Corte de Justiça em aferir a subsidiariedade, mencionada por Barber (2005a, p. 199), é que o princípio vai contra o espírito da Corte. Conforme o autor, a Corte pode ser considerada um mecanismo de integração, cujo etos é favorecer a ação da comunidade sobre a ação no nível dos Estados-membros. Desse modo, é difícil para a Corte ser um órgão imparcial em julgamentos que levem em conta interesses dos Estados contra os das instituições comunitárias¹³⁵. Por isso, o autor conclui que a subsidiariedade provavelmente não terá papel relevante para conter os poderes legislativos das instituições comunitárias (BARBER, 2005a, p. 200)¹³⁶.

Contudo, a justiciabilidade do princípio da subsidiariedade depende da natureza que se atribui à sua aplicação. Conforme argumenta Henkel (2002, p. 386) a favor do princípio, ele não pode consistir em um controle de índole material, mas sim de natureza funcional, que corresponda a salvaguardas processuais (*procedural safeguards*) no desempenho da missão de regular a alocação de poder entre a Comunidade e os Estados-membros. Essas salvaguardas não podem funcionar independentemente do controle judicial. Ao contrário, sua efetividade vai depender da Corte de Justiça, que deverá

¹³⁵ Lembra o autor que essa característica é equivalente à de muitas Cortes federais. Dependentes do centro para seu poder e prestígio, elas dificilmente são imparciais e tendem a favorecer o centro em detrimento dos interesses regionais (BARBER, 2005a, p. 200).

¹³⁶ O mesmo autor afirma, em outro artigo, que é difícil medir os efeitos da subsidiariedade na contenção do avanço da Comunidade. Argumenta, contudo, que o importante é que o princípio serve como uma declaração de como a União Européia percebe a si mesmo e representa o compromisso que ela mantém com a democracia, o poder descentralizado e a oposição aos ideais nacionalistas (BARBER, 2005b, p. 325).

reforçar a necessidade de fundamentação adequada das medidas, sob pena de invalidá-las (BARBER, 2005a, p. 200).

A característica processual do princípio da subsidiariedade tem a firme adesão de Bermann (1994b, p. 336), para quem o desafio de aplicação do princípio está exatamente na mudança de sua feição substantiva para processual. Para o autor, isso significa redirecionar a aferição, pela Corte de Justiça, da alocação adequada de autoridade entre a Comunidade e os Estados-membros, para a exigência de que as instituições legislativas da Comunidade sigam um procedimento capaz de garantir que uma ação na Comunidade é imprescindível, em detrimento da ação no nível dos Estados. Para tanto, a Corte deve reconhecer a justiciabilidade do princípio, mas admitir seu caráter complexo. Ela não está preparada para controlar o mérito da decisão das instituições competentes na avaliação que procedem sobre a atuação ou não da Comunidade. Mas ela é capaz de verificar se, antes de adotar uma medida, as instituições consideraram seriamente a capacidade dos Estados de atingir os objetivos e justificaram porque a ação no nível da Comunidade se fazia necessária.

No dizer do autor, cabe à Corte garantir que os poderes políticos “levem a subsidiariedade a sério” (BERMANN, 1994b, p. 337, tradução nossa)¹³⁷, e não se imiscuir em juízos políticos para os quais não está adequadamente preparada nem são, no final, de sua responsabilidade. As características que levam os poderes políticos e as instituições comunitárias à dificuldade de decidir sobre a conveniência de uma intervenção comunitária são ainda mais problemáticas para a Corte. Caberia a ela, então, assegurar-se de que houve uma verificação realista, por parte das instituições comunitárias competentes, dos custos e benefícios da ação da Comunidade, sendo necessário, ainda, que elas tenham demonstrado ter considerado verdadeiramente as alternativas disponíveis para que os Estados-membros pudessem atender aos objetivos perseguidos. Isso traria confiança aos Estados-membros e ganharia o apoio da opinião pública europeia (BERMANN, 1994b, p. 391).

Um julgamento de natureza substancial da subsidiariedade pela Corte de Justiça exigiria uma nova aferição da eficácia comparativa entre as ações dos Estados-membros e da Comunidade em atingir os objetivos traçados e uma

¹³⁷ O autor registra, ainda, com base na experiência norte-americana, que mesmo esse controle de natureza processual não será de fácil consecução. Contudo, acrescenta que, se conseguir efetivá-la, a Corte de Justiça estará contribuindo para a legitimidade das limitações promovidas pela Comunidade na soberania dos Estados-membros (BERMANN, 1994b, p. 338).

revisão dos registros legislativos. Ocorre, porém, que será de difícil consecução, para a Corte, julgar inválida a decisão de que determinada ação da Comunidade é necessária porque as ações dos Estados-membros apresentam deficiências ou inconvenientes. A dificuldade de cumprir essas exigências poderia levar a Corte a renunciar à aferição da subsidiariedade¹³⁸. Por isso, para que se possa obter a justiciabilidade do princípio da subsidiariedade, a alternativa mais viável é considerá-lo como de natureza processual, caso em que a Corte de Justiça cumprirá, sobretudo, um importante papel simbólico e educativo, embora operacionalmente limitado (BERMANN, 1994b, p. 393)¹³⁹.

2.4 O reforço do controle prévio no futuro Tratado Reformador

2.4.1 Antecedentes: a tentativa de Constituição europeia

Em outubro de 2004, na cidade de Roma, foi assinado o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Essa “Constituição”¹⁴⁰ visava a consolidar a reforma institucional da União Europeia, que vinha sendo promovida mediante sucessivas revisões nos tratados constitutivos. Cada uma dessas revisões foi preparada por uma Conferência Intergovernamental (CIG), que reuniu representantes dos governos dos Estados-membros. As duas últimas Conferências resultaram nos Tratados de Amsterdã, em 1997, e de Nice, em 2001, mas não permitiram dotar a União Europeia de uma organização e funcionamento adequado. Por isso, desde essa última, já se previu um debate mais amplo sobre o futuro da União Europeia, o qual foi iniciado com a reunião do Conselho Europeu de Leaken, em dezembro de 2001.

¹³⁸ Bermann (1994b, p. 393) traça um paralelo com a decisão da Corte Constitucional alemã de considerar não ser possível submeter à jurisdição a necessidade de uma legislação federal nos domínios de competência concorrente, por ser uma decisão eminentemente política, a ser tomada pelo legislador.

¹³⁹ O autor compara essa tarefa à da revisão judicial em temas de direitos fundamentais e, principalmente, de aplicação do princípio da proporcionalidade, nos quais a Corte de Justiça tem alto grau de deferência aos poderes políticos, mas ocasionalmente anula uma ou outra de suas decisões (BERMANN, 1994b, p. 394).

¹⁴⁰ Utilizamos as aspas porque não se trata, propriamente, de uma constituição (de um Estado soberano), mas de um “Tratado que estabelece uma constituição” para o ente *sui generis* que é a União Europeia.

O método escolhido pelo Conselho para o início do processo de reforma foi a realização de uma Convenção que preparasse de forma mais transparente e ampla a CIG seguinte, com participação de representantes dos governos dos Estados-membros e dos países candidatos, dos parlamentos nacionais, do Parlamento Europeu e da Comissão. Definiu-se, ainda, o conteúdo do debate a ser promovido e que a reforma deveria ocorrer pela via de uma “Constituição” para a Europa. A Convenção ocorreu entre fevereiro de 2002 e julho de 2003, com a redação de um projeto de constituição. Essa Convenção constituiu onze grupos de trabalho, sendo um deles especificamente destinado a tratar do papel do princípio da subsidiariedade, o que denota a importância conferida ao tema na ocasião.

A CIG ocorreu de outubro de 2003 a junho de 2004, com participação dos ministros de Negócios Estrangeiros e os chefes de Estado ou de Governo dos Estados-membros, além de observadores do Parlamento Europeu. A assinatura do Tratado deu-se em outubro de 2004. Contudo, em maio de 2005, os franceses votaram contra a ratificação. No mês seguinte, os holandeses também rejeitaram o Tratado constitucional. Em face dessas dificuldades, o Conselho Europeu de junho de 2005 decidiu lançar um “período de reflexão” sobre o futuro da Europa.

No Conselho Europeu de junho de 2007, os dirigentes dos Estados-membros chegaram a um compromisso, abandonando a idéia de uma “Constituição” para a Europa e decidindo pela convocação de uma CIG encarregada de elaborar um “Tratado de Reforma” para a União Européia. As Conclusões da Presidência do Conselho, em seu Anexo I, denominado de Projeto de Mandato da CIG, definem as orientações pelas quais a próxima CIG conduzirá os seus trabalhos (UNIÃO EUROPÉIA, 2007, item 11).

Põe-se de parte o conceito constitucional, que pretendia a substituição de todos os tratados em vigor, adotando-se a idéia de um Tratado Reformador, que vai introduzir nos tratados vigentes as inovações resultantes da CIG de 2004, conforme definido pormenorizadamente no próprio Projeto de Mandato (UNIÃO EUROPÉIA, 2007, Anexo I, item I.1). O Tratado Reformador compreenderá uma cláusula de alteração do Tratado da União Européia (TUE) e outra de alteração do Tratado que institui a Comunidade Européia (TCE), passando este a ser denominado Tratado de Funcionamento da União (UNIÃO EUROPÉIA, 2007, Anexo I, item I.2). Nenhum desses tratados terão caráter constitucional, com todas as adaptações disso decorrentes no texto sugerido em 2004 (UNIÃO EUROPÉIA, 2007, Anexo I, item I.3).

2.4.2 O Tratado Reformador e o princípio da subsidiariedade

No que diz respeito à subsidiariedade, a “Constituição” europeia mantinha a definição e aplicação do princípio da subsidiariedade, aperfeiçoando o controle dos Estados-membros por intermédio da possibilidade de participação dos parlamentos nacionais. As orientações para o Tratado Reformador reafirmam essa tendência de maior controle político da subsidiariedade. Por isso, vale a pena analisar, embora brevemente, as disposições da referida “Constituição” europeia, destacando os pontos que o Conselho Europeu de 2007 sugere aperfeiçoar.

O artigo I-11º, que abre o Capítulo I (Princípios fundamentais) do Título III (Competências da União) da “Constituição”, corresponde ao art. 5º (ex-artigo 3º-B) do Tratado de Maastricht, com pequenas modificações (UNIÃO EUROPEIA, 2004, art. I-11º). O dispositivo mantém os três princípios do antigo dispositivo, declarando na primeira alínea que “a delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição” e que o exercício destas “rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”.

A segunda alínea determina que “em virtude do princípio da atribuição, a União atua dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído na Constituição para alcançar os objetivos por esta fixados”, deixando explícito ainda que “as competências que não sejam atribuídas à União na Constituição pertencem aos Estados-Membros” (UNIÃO EUROPEIA, 2004, art. I-11º). O Conselho Europeu de junho de 2007 sugere especificar que a União atua “unicamente” dentro dos limites das competências que os Estados-membros lhe tenham atribuído nos tratados (UNIÃO EUROPEIA, 2007, Anexo I, item I.10).

O princípio da subsidiariedade tem praticamente o mesmo enunciado da forma vigente. O critério de melhor eficiência da Comunidade, devido às dimensões ou aos efeitos da ação, é mantido. A realização insuficiente pelos Estados-membros, porém, deve ocorrer “tanto ao nível central como ao nível regional e local”, conforme expressão que se acrescentou à redação anterior (terceira alínea, primeira parte). A mesma alínea esclarece que as instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com um Protocolo anexo ao Tratado e que “os parlamentos nacionais velam pela

observância deste princípio de acordo com o processo previsto no referido Protocolo” (terceira alínea, segunda parte).

O princípio da proporcionalidade é definido nos mesmos termos do dispositivo de Maastricht, ganhando apenas denominação expressa e menção de que se refere tanto ao conteúdo quanto à forma da ação da União (quarta alínea, primeira parte). Sua aplicação também se dará nos moldes definidos pelo Protocolo antes referido, que abrange a subsidiariedade e a proporcionalidade (quarta alínea, segunda parte).

Embora se mantenham os três princípios como diretrizes, o sistema de repartição de competências sofre alteração, que determina não só a enumeração das competências da União, como uma classificação complexa das competências concorrentes.

O artigo I-12º define as seguintes categorias de competências: *a)* exclusivas da União (relacionadas no artigo I-13º), nas quais só ela pode legislar e adotar atos juridicamente vinculativos, agindo os Estados-membros somente se autorizados; *b)* compartilhadas entre União e Estados-membros (listadas no artigo I-14º), pelas quais tanto a União quanto os Estados-membros podem legislar e adotar atos juridicamente vinculativos, sendo que os Estados-membros exercem sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua ou tenha decidido deixar de a exercer; *c)* de políticas econômicas e de emprego, coordenadas pelos Estados-membros de acordo com disposições para cuja definição a União tem competência (especificadas no artigo I-15º); *d)* de política externa e de segurança comum, na qual a União tem competência para definição e execução, inclusive para definir gradualmente uma política comum de defesa (conforme disposto no artigo I-16º); *e)* para desenvolver ações destinadas a apoiar, a coordenar ou a complementar a ação dos Estados-membros, sem substituir a competência destes em alguns domínios, previstos no artigo I-17º (UNIÃO EUROPÉIA, 2004, arts. I-12º a I-17º).

Finalmente, o artigo I-18º contempla a cláusula de flexibilidade, segundo a qual se uma ação da União for considerada necessária no quadro das políticas previstas para atingir os objetivos estabelecidos pela Constituição, sem que esta tenha previsto os poderes de ação necessários para este efeito, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão Europeia e após aprovação do Parlamento Europeu, adotará as medidas adequadas. No âmbito do processo de controle do princípio da subsidiariedade, a Comissão Europeia alerta os parlamentos nacionais para tais propostas, que não podem implicar

a harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros nos casos em que a Constituição exclua tal harmonização (UNIÃO EUROPÉIA, 2004, art. I-18º).

2.4.3 O controle da subsidiariedade pelos parlamentos nacionais

O Tratado Constitucional apresenta uma inovação importante, uma vez que sugere que os parlamentos nacionais sejam diretamente envolvidos no controle da aplicação do princípio da subsidiariedade. Com isso, pretende reforçar tanto a aplicação do princípio quanto a atuação ativa dos Estados-membros em seu controle. Para tanto, amplia a necessidade de transmissão de informação e de transparência das propostas da Comissão Europeia em direção aos parlamentos nacionais, que podem emitir um parecer fundamentado se considerarem que o princípio da subsidiariedade não foi respeitado.

Essas disposições pretendem assegurar aos parlamentos nacionais um maior controle político sobre as iniciativas da Comissão Europeia, no que diz respeito ao princípio da subsidiariedade. Além da referência contida no art. I-11º da “Constituição” (terceira alínea, segunda parte), o procedimento seguido para essa participação dos parlamentos nacionais está previsto no Protocolo nº 2, anexo à “Constituição”, relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (UNIÃO EUROPÉIA, 2004, Protocolo nº 2), que tem por inspiração o atual Protocolo anexo ao Tratado de Amsterdã. O Conselho Europeu de junho de 2007 sugere a manutenção do Protocolo sugerido (UNIÃO EUROPÉIA, 2007, Anexo I, item IV.21).

Como novidade, o Protocolo proposto exige que os projetos de atos legislativos europeus elaborados pelas instituições comunitárias, especialmente pela Comissão, sejam enviados ao legislador da União e aos parlamentos nacionais, ao mesmo tempo. Tão logo aprovadas, as resoluções legislativas do Parlamento europeu e as posições do Conselho são enviadas por estas instituições aos parlamentos nacionais (artigo 4º).

Os projetos devem ser fundamentados relativamente aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, por meio de uma ficha com elementos circunstanciados, que permitam avaliar o impacto financeiro do projeto e, no caso de leis-quadro europeias, as implicações para a regulamentação dos Estados-membros. As razões que fundamentam a atuação da União devem ser

corroboradas por indicadores qualitativos e, sempre que possível, quantitativos. Os projetos devem assegurar que os encargos deles decorrentes, de natureza financeira ou administrativa, sejam o menos elevado possível e proporcional ao objetivo a realizar (artigo 5º).

Qualquer parlamento nacional, ou uma de suas câmaras, pode dirigir ao Parlamento Europeu, ao Conselho e à Comissão, no prazo de seis semanas, um parecer fundamentado em que exponha as razões pelas quais considera que um projeto não obedece ao princípio da subsidiariedade. O Conselho Europeu de junho de 2007 sugere alargar esse prazo de seis para oito semanas (UNIÃO EUROPÉIA, 2007, Anexo I, item I.11).

Quando pertinente, admite-se que o parlamento nacional consulte os parlamentos regionais. O Presidente do Conselho enviará o parecer ao grupo de Estados ou à instituição comunitária que propôs o projeto (artigo 6º). Neste caso, estabelecia o Protocolo que mediante voto de um terço dos parlamentos nacionais¹⁴¹, ou de um quarto se estiver no domínio relativo ao espaço de liberdade, segurança e justiça¹⁴², o projeto deveria ser reanalisado (artigo 7º). Contudo, o Conselho Europeu de junho de 2007 sugere outros quoruns e procedimentos. Conforme sua recomendação, o projeto será contestado por maioria simples dos votos atribuídos aos parlamentos nacionais. A Comissão, então, poderá mantê-lo, alterá-lo, ou retirá-lo. Se optar por manter o projeto, a Comissão deverá especificar a razão pela qual entende estar ele compatível com o princípio da subsidiariedade, mediante parecer fundamentado. Os pareceres dos parlamentos nacionais e da Comissão são enviados ao legislador da União (Conselho e Parlamento), para ponderação no processo legislativo. A proposta legislativa não continuará a ser analisada se, por maioria de 55% dos membros do Conselho ou por maioria de votos expressos no Parlamento Europeu, for decidido que a proposta não é compatível com o princípio da subsidiariedade (UNIÃO EUROPÉIA, 2007, Anexo I, item I.11).

Não obstante esse controle prévio, ainda fica assegurada a competência do Tribunal de Justiça para conhecer dos recursos com fundamento em violação

¹⁴¹ Cada parlamento nacional dispunha de dois votos. Nos sistemas parlamentares nacionais bicamerais, cada uma das câmaras disporia de um voto (UNIÃO EUROPÉIA, 2004, Protocolo nº 2, art. 7º, par. 2).

¹⁴² A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicas dos Estados-membros (UNIÃO EUROPÉIA, 2004, art. 257, par. 1).

do princípio da subsidiariedade por um ato legislativo europeu, interpostos por um Estado-membro, ou por ele transmitido, em conformidade com seu ordenamento interno, em nome do seu parlamento nacional ou de uma das câmaras desse parlamento (artigo 8º). Esses recursos têm fundamento no artigo III-365º da “Constituição”, pelo qual o Tribunal de Justiça da União Européia fiscaliza a legalidade das leis e leis-quadro européias e atos das instituições comunitárias que não sejam recomendações ou pareceres ou que se destinem a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. Tais recursos podem ter fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação da Constituição ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder. (UNIÃO EUROPÉIA, 2004, art. III-365º).

2.5 Considerações finais

De tudo o que foi exposto, pode-se concluir que o princípio da subsidiariedade ganhou nova significação a partir de sua aplicação na União Européia. Foi no âmbito da integração europeia que o princípio ganhou configuração jurídica, na habilitação do nível adequado para o exercício das competências concorrentes.

Então, é preciso concordar com Barber (2005b, p. 309), quando afirma que o princípio da subsidiariedade, embora conectado às suas origens filosóficas e católicas, transformou-se em uma nova noção a partir da União Européia. O autor aponta duas diferenças entre o princípio enunciado pela Igreja Católica e o positivado na União Européia. A primeira é que, nesta, o princípio tem um escopo mais restrito, voltado às organizações democráticas públicas, enquanto, na doutrina social católica, ele se relaciona às entidades coletivas em geral. Em segundo lugar, o princípio católico tem uma vinculação a argumentos ideológicos, enquanto o europeu pode ser suportado por diferentes posições políticas.

Contudo, a distinção pode ser sintetizada pela observação de que a União Européia fez uma aplicação do princípio especialmente dirigida a sua organização institucional. Para tanto, deu à subsidiariedade uma caracterização jurídica que até então não existia. Henkel (2002, p. 385) procura refutar a alegação de que a subsidiariedade é um conceito muito abstrato para que se torne jurídico. Primeiramente, entende que o princípio requer interpretação pela comunidade jurídica, assim como tantas outras formulações legais. Além disso, defende

que os conceitos legais devem mesmo ser dinâmicos, pois somente aqueles que são abertos à interpretação são adaptáveis o suficiente para durar, como mostra o exemplo da Constituição norte-americana.

Na integração europeia, o princípio teve e tem um papel relevante, como mecanismo de controle da integração. Nesse sentido, é curioso observar que a suposta ambigüidade do princípio, e a sua dupla dimensão, constituiu-se em um fator favorável à sua adoção. Nesse sentido, o princípio serviu como fórmula de equilíbrio entre posições integracionistas e eurocéticas.

Outra interessante observação é a de que a integração europeia é um processo, e não uma decisão de reunião dos Estados, adotada em um só momento (como seria, por exemplo, a adotada por uma assembléia constituinte). Esse processo completou cinquenta anos em 2007, desde o Tratado de Roma (criação da CEE), e não se caracteriza somente pela continuidade, mas também pelo aprofundamento e alargamento da integração.

A União Europeia é resultado de uma modelagem institucional *sui generis*, que não se enquadra nos moldes de uma federação, de uma confederação ou de uma organização internacional. Os Estados-membros não renunciaram à sua soberania. A integração segue uma estratégia incremental e voltada a objetivos comuns. Esse modelo exige um mecanismo de regulação de competências dinâmico e flexível, que encontrou no princípio da subsidiariedade a conjugação adequada de critérios.

De modo a conferir maior legitimidade democrática às instâncias comunitárias, o Tratado de Maastricht consignou que suas decisões devem ser adotadas o mais próximo possível dos cidadãos. No exercício das competências concorrentes, definiu uma prevalência para a competência dos Estados-membros, subordinando a intervenção da Comunidade aos critérios da necessidade (pela incapacidade dos Estados) e da eficiência (melhor realização, devido à dimensão ou aos efeitos da ação). Trata-se, na definição de Henkel (2002, p. 386, tradução nossa), de “um sistema funcional voltado à integração crescente”. Por essa razão, o princípio da subsidiariedade não poderia consistir ou demandar determinações materiais. O controle do princípio, necessariamente ajustado a esse sistema funcional, não pode restringir previamente campos de domínio material, mas deve consistir de salvaguardas de procedimentos que garantam sua fiel observância.

Essa tendência confere maior importância ao controle preventivo do que ao repressivo do princípio da subsidiariedade na União Europeia. É nes-

se sentido que se pretende inserir os parlamentos nacionais como atores relevantes do controle do princípio no processo legislativo europeu. De certo modo, essa medida poderia se vista como uma espécie de compensação ou mudança do perfil de atribuições dos parlamentos nacionais, uma vez que eles perderão sua capacidade de regulação das matérias objeto da legislação europeia, interessando-lhes, portanto, exercer um controle acurado do atendimento dos critérios da subsidiariedade para a intervenção da União Europeia.

Não se pode, porém, entender dispensável a atuação do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Com efeito, a justiciabilidade do princípio da subsidiariedade, voltada a tais salvaguardas procedimentais, garantirá que os critérios da necessidade e da eficiência sejam adequadamente considerados pelas instituições responsáveis pela elaboração legislativa da União Europeia.

3 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E FORMAS DE ESTADO

3.1 As formas de Estado

Ao longo da história, os Estados adotaram variados modelos de organização do poder¹⁴³. Entretanto, é válido um esforço de sistematização das formas de Estado, ou seja, de classificação dos Estados de acordo com o modo pelo qual o poder se encontra distribuído dentro deles (ZIMMERMANN, 1999, p. 13). Trata-se, sobretudo, de saber se há unidade ou pluralidade de poder no Estado. Assim, classificar os Estados conforme sua forma corresponde a verificar qual é o grau de centralização política nele existente (ZIMMERMANN, 2002, p. 311). Tal centralização política caracteriza-se pela unidade e exclusividade da ordem política e jurídica (BONAVIDES, 2001, p. 151)¹⁴⁴.

Com efeito, segundo Ferreira Filho (2007, p. 52), em todo Estado o poder é relativamente centralizado, pois se reserva ao órgão central a prerrogativa de criação do direito (normas gerais ou individuais), em menor ou maior medida. Mas há sempre também certo grau de descentralização, sendo que o menor corresponde à que se qualifica como **administrativa**, na qual apenas a criação de normas individuais é conferida a órgãos periféricos. Nesse caso, admitem-se órgãos locais de decisão, instituídos por uma coletividade menor (tais como comunas ou províncias) com o propósito de solver ou ordenar matéria de seu próprio interesse, mas que atuam de forma derivada ou mediante delegação

¹⁴³ Conforme Ferreira Filho (2007, p. 49, grifos do autor), na doutrina tradicional, “o Estado é uma associação humana (*povo*), radicada numa base espacial (*território*), que vive sob o comando de uma autoridade (*poder*) não sujeita a qualquer outra (*soberania*)”. O poder “se traduz no cumprimento das normas estatais” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 50).

¹⁴⁴ Bonavides (2001, p. 149-150) lembra que o unitarismo do poder é uma das características marcantes da aparição do Estado moderno e corresponde à sua afirmação como organização do poder, sob controle da realeza absoluta, tendo por sustentáculo legitimador a doutrina da soberania.

do poder central¹⁴⁵, sem quebra da unidade do sistema jurídico (BONAVIDES, 2001, p. 155).

Num grau maior, a descentralização administrativa pode ser combinada com a **legislativa**, na qual a criação de normas gerais de interesse local ou particular é atribuída às coletividades periféricas, em geral relativas a um determinado domínio espacial. Quando essas duas modalidades de descentralização se juntam à escolha dos membros dos órgãos periféricos pela fração do povo a eles vinculados tem-se a descentralização **política** (FERREIRA FILHO, 2007, p. 53)¹⁴⁶.

Das diferentes configurações de descentralização do poder, resulta tradicionalmente a seguinte tipologia das formas de Estado¹⁴⁷: *unitário, regional, federação e confederação*. Conforme Roger Leal (1997), no Estado unitário existe unidade de poder sobre todo o território, pessoas e bens. Mas pode haver descentralização, sendo que basta a lei ordinária para fixar e modificar o regime jurídico das coletividades internas. Neste caso, tem-se o chamado Estado unitário descentralizado. O Estado regional se assemelha ao unitário, com a diferença de que é a Constituição que consagra a descentralização, a existência de outras esferas de poder e a repartição de competências, mas esta depende de desdobramento por lei infraconstitucional do poder central. O Estado federal caracteriza-se pela descentralização política, na qual o poder político se reparte no espaço territorial, gerando entes providos de autonomia constitucional, com competências fundamentadas diretamente na Constituição e dotados das capacidades de auto-organização, autolegislação e auto-governo, além de participarem na formação da vontade estatal do ente central.

¹⁴⁵ Adverte Bonavides (2001, p. 155) que é decisiva a qualificação jurídica da coletividade que outorga as normas locais, pois se o fez sob um princípio de autodeterminação ou de autogestão primária, sem laços de hierarquia a um aparelho coercitivo superior, se está diante de um poder político constituído, e não de uma coletividade administrativamente descentralizada.

¹⁴⁶ Ferreira Filho (2007, p. 53) indica as funções da descentralização política: *a)* é instrumento de eficiência governamental, pois a centralização tende a distanciar a “vivência do problema da competência para decidi-lo, ou do poder para enfrentá-lo”; *b)* é uma fórmula de limitação do poder, pois [a descentralização] é “geradora de um sistema de freios e contrapesos propício à liberdade”; e *c)* aproxima “os governantes dos governados, o que facilita a influência destes no processo de tomada de decisões”.

¹⁴⁷ Zimmermann (2002, p. 311) divide os Estados em duas categorias: os simples, que possuem apenas um único órgão de poder político (central); e os compostos, que envolve a união de duas ou mais entidades políticas.

No caso da confederação, não se trata propriamente de partilha do poder entre coletividades internas ao Estado, mas de Estados soberanos que se associam por meio de um tratado. Portanto, não se dá a criação, formação ou organização de um novo Estado, mas sim a instituição de um ente supra-estatal. A associação é limitada, com previsão de direito de secessão e atuação projetada apenas no âmbito das relações com os demais Estados.

Apesar de toda a discussão da aplicação do princípio da subsidiariedade no federalismo, especialmente na Alemanha, foi no âmbito do direito comunitário que o princípio ganhou expressa menção e realce. O Tratado de Maastricht, de 1992, aplicou a subsidiariedade como critério de distribuição de competências entre as instituições comunitárias e os Estados-membros. Esse fato contribuiu para reacender o debate sobre o princípio da subsidiariedade (DELCAMP, 1995, p. 610). Depois do Tratado de Maastricht, o princípio foi assimilado expressamente pelo direito constitucional de Portugal, Itália e Alemanha, representantes de diferentes formas de Estado.

Desde então, discute-se a repercussão do princípio da subsidiariedade tanto no âmbito externo (sobretudo na relação entre os países e a União Européia), quanto na organização interna dos Estados, esteja ou não ele expressamente previsto nas respectivas Constituições. O propósito deste capítulo é discutir a possibilidade e as experiências de aplicação do princípio da subsidiariedade em cada uma das formas de Estado, com especial ênfase para a sua relação com o federalismo.

3.2 Estado unitário

3.2.1 Características do Estado unitário

Nos Estados unitários, também denominados simples, existe apenas o poder central (unitário **puro**) ou, quando há coletividades internas (unitário **descentralizado**)¹⁴⁸, o regime jurídico delas é fixado ou alterado unilateralmente pelo poder central, mediante legislação ordinária (LEAL, Roger, 1997, item

¹⁴⁸ Como adverte Durand (1965, p. 172), o interesse recai apenas sobre as coletividades públicas, cujos poderes se exercem sobre os indivíduos compreendidos nos limites de uma base territorial. Esses poderes são chamados poderes públicos, pelos quais os órgãos das coletividades públicas ditam normas que vinculam os indivíduos e as coletividades privadas.

l). Assim, há “uma única instância legiferante de poder político, garantidora de unidade das normas jurídicas, que servirão, de maneira genérica, a todo o território” (ZIMMERMANN, 2002, p. 311)¹⁴⁹.

Observa Durand (1965, pp. 175-177) que o legislador ordinário (e não o constituinte) detém todos os poderes sobre as coletividades públicas internas (províncias, departamentos e municípios). Entre esses poderes, relaciona o de suprimir sua personalidade, modificar seu território, alterar a formação de seus órgãos, a composição de sua população e o seu regime jurídico.

No Estado unitário, a ordem jurídica, a ordem política e a ordem administrativa encontram-se conjugadas em uma só unidade orgânica. Isso não exclui, porém, a possibilidade de haver um certo grau de descentralização (BONAVIDES, 2001, p. 149 e 155; ZIMMERMANN, 2002, p. 329)¹⁵⁰. Nesse caso, tem-se o Estado unitário descentralizado, que se diferencia das demais formas de Estado, segundo Durand (1965, p. 180), mais pela forma de modificação (por lei ordinária) das normas relativas à autonomia das coletividades, do que propriamente pela amplitude dessa autonomia, pela origem histórica dos agrupamentos ou pela possibilidade de participação na formação da vontade do poder central.

Portanto, há dois tipos de Estado unitário: o puro e o descentralizado. O Estado unitário puro não admite a aplicação do princípio da subsidiariedade. Afinal, conforme requer o primeiro parâmetro organizatório do princípio, não há como incidir subsidiariedade sem que exista a distribuição do poder em diversos níveis. A centralização absoluta do poder afasta a possibilidade de aplicação do princípio da subsidiariedade.

Mas o Estado unitário descentralizado admite a aplicação do princípio, desde que existam dois ou mais níveis de decisão ou autoridade que gozem de um mínimo de autonomia no âmbito de um espaço territorial. Para melhor elucidar a questão, é necessário examinar os elementos de identificação ou distinção entre os conceitos de desconcentração, descentralização e subsidiariedade, inclusive para verificar se a existência daquelas já leva à imediata aplicação desta.

¹⁴⁹ Segundo Silva (2002, p. 98), “se existe unidade de poder sobre o território, pessoas e bens, tem-se Estado unitário”.

¹⁵⁰ Informa Bonavides (2001, p. 150-151) que a centralização perfeita jamais existiu, pois a natureza das coisas ou a vontade dos legisladores a tem feito de forma incompleta.

3.2.2 *Desconcentração e subsidiariedade*

A descentralização distingue-se da **desconcentração**, pela qual há a transferência de um poder de decisão a órgãos locais, mas que permanecem hierarquicamente vinculados ao poder central¹⁵¹. Nesse caso, é o centro que continua a deter o poder de decisão, pois suas atribuições não variam, nem se altera a esfera de sua competência. Trata-se apenas de um arranjo que desconcentra a decisão do centro para o órgão periférico, mediante mera delegação de ordem administrativa.

Na visão do princípio da subsidiariedade, as entidades territoriais são suscetíveis de configurarem corpos intermediários, que se caracterizam por perseguir “objetivos específicos” (BAUDIN-CULLIÈRE, 1995, p. 31). Contudo, a desconcentração é apenas uma medida de boa gestão administrativa do poder central, que não se preocupa em deixar à coletividade local nenhuma liberdade de agir. Desse modo, os serviços desconcentrados são apenas instrumentos a serviço dos objetivos definidos pelo poder central, ou por ele atribuídos às autoridades locais. Assim, embora estas possam até ser encarregadas de adaptar as regras centrais às circunstâncias locais, não se pode dizer, por isso, que tenham objetivos próprios.

Portanto, a simples desconcentração não se coaduna com o princípio da subsidiariedade. Afinal, ela não é capaz de preencher a combinação do primeiro com o terceiro parâmetro organizatório do princípio, pelos quais, respectivamente, o Estado deve compor-se de múltiplos níveis de decisão, cabendo aos menores deles a autonomia de atuar até o limite de sua capacidade. Embora a desconcentração possa reduzir a distância entre os cidadãos e a instância de decisão (BAUDIN-CULLIÈRE, 1995, p. 31), não se pode dizer em seu favor, ainda, que atenda ao segundo parâmetro organizatório, pois não estabelece a primazia decisória da coletividade local, uma vez que o poder que nela atua o faz como uma mera extensão do poder central.

¹⁵¹ Segundo Di Pietro (2002, p. 349), a descentralização “é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica”. Ela difere da desconcentração “pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências”, que ocorre dentro da mesma pessoa jurídica.

3.2.3 Descentralização e subsidiariedade

Para Pontier (1986, p. 1533, tradução nossa) a **descentralização** configura-se como um problema de poder e de competência, pelo qual se determina quais são as autoridades investidas do poder de decisão e quais são as suas respectivas competências¹⁵². Segundo Baudin-Cullière (1995, p. 31), a descentralização é uma modalidade de repartição de tarefas que se traduz na transferência de atribuições do Estado central às instituições, territoriais ou não, juridicamente distintas dele, que se beneficiam, então, de uma certa autonomia de gestão¹⁵³. Essa autonomia possibilita à autoridade local gerir os interesses próprios da coletividade, reconhecidos como distintos daqueles do poder central. Nesse quadro, assoma de importância a noção de assuntos locais¹⁵⁴, que ganha o reconhecimento, no seio da nação, dos interesses particulares de grupos e dos interesses gerais da coletividade como um todo (BAUDIN-CULLIÈRE, 1995, p 32).

Mas qual a relação entre a descentralização e o princípio da subsidiariedade? Aqui, abre-se a possibilidade de duas posições. A primeira conduz à aproximação entre os conceitos. A outra, embora admita certa convergência nos propósitos, enxerga direções contraditórias na sua prática. Interessa consultar essas posições, a partir dos parâmetros organizatórios sugeridos para o princípio.

A primeira posição é defendida por Pontier (1986, p. 1533, tradução nossa), para quem “o princípio da subsidiariedade explica e justifica, ao mesmo tempo, a política de descentralização”¹⁵⁵. Ele justifica a descentralização porque responde à questão de saber, numa organização complexa, quem deve dispor das competências e dos poderes, condenando, nessa perspectiva, a absorção

¹⁵² Conforme Horta (2002a, p. 465), a descentralização administrativa é praticada desde o século XVII, como solução do Estado monárquico para descongestionar o centro do poder, por meio da qual são deslocadas atividades, até então nele reunidas, para autoridades intermediárias ou locais que dispunham de poder de administração e decisão.

¹⁵³ O autor, no contexto da discussão do tema em França, afirma que “a descentralização se apresenta como a oposição ao Estado unitário centralizado e se apresenta, assim, como o seu contrapeso, pela eleição e pela deliberação, elementos que lhe são próprios” (BAUDIN-CULLIÈRE, 1995, p. 31-32, tradução nossa).

¹⁵⁴ Para o autor, o elemento crucial da subsidiariedade é o reconhecimento da especificidade da coletividade local e da capacidade de gerir os seus assuntos próprios (BAUDIN-CULLIÈRE, 1995, p. 35).

¹⁵⁵ Nesse sentido, acrescenta o autor, “o princípio da subsidiariedade é uma das chaves de compreensão da descentralização” (PONTIER, 1986, p. 1533, tradução nossa).

de todos os poderes por uma autoridade central. A aplicação do princípio explica a transferência de todas as competências que não devem ser imperativamente detidas pelo Estado central para as coletividades territoriais. Para o autor, o princípio da subsidiariedade, no domínio da descentralização, pode ser explicitado da seguinte maneira: “deixar o máximo de liberdade e de poder às coletividades territoriais sem sacrificar o que é essencial da função do Estado [central]” (PONTIER, 1986, p. 1534, tradução nossa). Esclarece, enfim, que isso implica uma via média, que afasta tanto a idéia corrente de que o Estado pode tudo, quanto a de que as coletividades locais devem substituí-lo.

Na mesma linha, Clergerie (1997, p. 31) entende que a subsidiariedade inspira a política de descentralização¹⁵⁶. O autor encontra na descentralização “a marca do princípio da subsidiariedade”, pois é finalidade daquela proteger as coletividades de base em face do Estado todo-poderoso¹⁵⁷.

Para Torres (2001, p. 245), a aplicação da subsidiariedade na descentralização se mostra expressiva, pois a mudança da fisionomia do Estado, que ela opera, inspira “a redistribuição das atribuições das administrações públicas, cujos programas e políticas públicas, além de não mais prescindirem da participação do setor privado, vêm sendo desenvolvidos sob uma concepção descentralizadora”. Para a autora, a descentralização, associada à subsidiariedade, confere maior eficácia às políticas públicas, antes caracterizadas por uma excessiva centralização burocrática, na medida em que passam a ser realizadas mais próximas de seus destinatários, ao mesmo tempo em que aumenta o controle dos responsáveis públicos e a participação popular¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Baudin-Cullière (1995, p. 35) afirma que a descentralização pode se inspirar nos elementos da subsidiariedade, que, para além de uma norma jurídica, “é um estado de espírito, uma orientação”.

¹⁵⁷ Para o autor, essa concepção é conforme ao direito natural e já está presente em Althusius, no século XVII, assim como em Benjamin Constant, para quem a descentralização permite limitar as prerrogativas do governo e em Alexis de Tocqueville, que a vê como o único meio de permitir a participação dos cidadãos na ação coletiva (CLERGERIE, 1997, p. 32, tradução nossa).

¹⁵⁸ No Brasil, a autora identifica no âmbito das políticas sociais, sobretudo nas áreas de saúde e educação básica, a tendência à descentralização, com um “intenso movimento no sentido de alocar as responsabilidades assistenciais no campo da esfera de governo local”, do que resultaria serviços mais eficientes, redução da burocracia e do clientelismo e maior controle por parte da população (TORRES, 2001, p. 246). Registra que essa tendência constitui “verdadeira emanação do princípio da subsidiariedade” (TORRES, 2001, p. 252).

A segunda posição reconhece certa proximidade entre a descentralização e a subsidiariedade, mas também verifica nelas um movimento oposto. Esse ponto de vista é apresentado por Delcamp (1995, p. 610), para quem a noção da subsidiariedade é associada à de descentralização, pelo menos na acepção comum, porque ambas tendem a desenvolver a participação do cidadão na gestão dos assuntos públicos, o que permitiria uma administração, ao mesmo tempo, mais eficaz e mais aderente à realidade. Não obstante, eles se apresentam, para o autor, como dois princípios de organização opostos, pois a descentralização é uma solução descendente, enquanto a subsidiariedade é ascendente.

Desse modo, a descentralização “parte do centro”, de forma que é o poder central que vai atribuir, “do topo para a base”, um certo número de competências próprias às coletividades locais que ele reconheceu. Assim, as competências, em geral, estão no topo e os escalões inferiores somente assumem as atribuições que lhes são confiadas. A solução da subsidiariedade é inversa e ocorre “da base para o topo” [ou da periferia para o centro], pois a plenitude das competências encontra-se na base, de modo que estas são reconhecidas originariamente e preponderantemente às coletividades locais, com exceção daquelas que os textos formais atribuem às entidades superiores (DELCAMP, 1995, p. 611).

Embora pareçam contraditórias, o cotejo das duas posições com as dimensões e parâmetros organizatórios do princípio da subsidiariedade permite a construção de uma síntese entre elas. A primeira posição, de aproximação da descentralização e da subsidiariedade, demonstra uma uniformidade de objetivos entre os conceitos, com correspondência com o primeiro e o segundo parâmetro organizatório, segundo os quais, respectivamente, o Estado deve organizar-se em múltiplos níveis de decisão ou autoridade; e as competências devem caber, preferencialmente, às autoridades mais próximas do cidadão. Assim, nos dois processos, pode-se identificar o desiderato de reforçar os poderes das coletividades locais e regionais, atenuando a tendência de progressiva expansão do poder central e procurando tornar mais próximas do cidadão as decisões sobre as políticas públicas.

Quanto à segunda posição, ela contrapõe os pontos de partida, as direções e a natureza dos processos de organização estatal presididos pela descentralização ou pela subsidiariedade. Com efeito, a descentralização supõe a existência prévia de uma estrutura centralizada (REQUEJO, 1999, p. 315), que adota tal política em virtude de problemas de funcionamento (HORTA, 1964,

p. 24), para ganhar maior eficiência governamental ou possibilitar maior influência dos governados no processo de decisões (FERREIRA FILHO, 2007, p. 53)¹⁵⁹. Assim, a descentralização obedece à idéia de entrega ou devolução¹⁶⁰ de competências às coletividades territoriais e, nesse sentido, embora possa haver residualmente retrocessos no processo, ela é unidirecional (do topo para a base).

A subsidiariedade obedece a uma lógica distinta e mais complexa. Ela, a princípio, tem como ponto de partida a competência da coletividade local, que deve procurar reter suas competências até o limite de sua capacidade (terceiro parâmetro organizatório). Contudo, em face de sua incapacidade ou se isso vier em proveito do conjunto, admite-se, ou mesmo exige-se, a atuação do nível de maior amplitude (quarto parâmetro organizatório). Mas é preciso perceber que essa intervenção ocorre de forma dinâmica e flexível, tanto quanto possível, no âmbito das competências que sejam compartilhadas. A dupla direção do princípio da subsidiariedade, que é representada por suas dimensões negativa e positiva, procura o equilíbrio entre as tendências ascendente e descendente, não se podendo atribuir ao processo apenas uma das direções, embora se possa observar que ele é preponderantemente ascendente.

Desse modo, não é somente a direção, mas sim os próprios terceiro e quarto parâmetros organizatórios (que representam as dimensões negativa e positiva do princípio) que ensejam a distinção entre a descentralização e a subsidiariedade. Embora a descentralização tenha em comum com a subsidiariedade o primeiro e o segundo parâmetros organizatórios, eles não são suficientes para que se possa afirmar que da adoção da descentralização decorra imediatamente o acatamento do princípio da subsidiariedade.

Mas, se são distintas, a descentralização pode ser associada à subsidiariedade? Para elucidar a questão, vale observar que a descentralização é, tradicionalmente, apresentada simplesmente como uma transferência de autoridade

¹⁵⁹ Para Ferreira Filho (2007, p. 53), a descentralização é instrumento de eficiência governamental, pois a centralização retarda as decisões e gera, não raro, a inadequação destas, pois “tende a distanciar a vivência do problema da competência para decidi-lo, ou do poder para enfrentá-lo”. Mas também é uma fórmula de limitação do poder, pois diminui a probabilidade de opressão e aproxima os governantes dos governados, o que possibilita a influência destes no processo de decisões.

¹⁶⁰ A idéia de “devolução” de competências é apresentada por Fossas (1999, p. 284) em relação à descentralização no processo autônomo (espanhol).

do poder central para os poderes locais. Entretanto, conforme observa Rodden (2005, p. 15), muito raramente há uma cessão de autoridade plena sobre uma determinada política pública, de modo que, na grande maioria dos casos, a descentralização “envolve um movimento de uma situação de completo controle do governo central para a de um envolvimento conjunto entre o centro e uma ou mais unidades subnacionais”. O autor observa que a descentralização promovida em vários países, nas últimas décadas, não consiste em uma transferência líquida de autoridade ou de recursos fixos do nível central para os entes subnacionais, mas sim em uma “distribuição imbricada e compartilhada de autoridades política, fiscal e de políticas” (RODDEN, 2005, p. 25).

A prevalência dessa autoridade compartilhada exige a seleção de critérios para o exercício das competências concorrentes. É principalmente nessa função e oportunidade que a subsidiariedade pode se associar a uma política de descentralização, dando-lhe uma configuração peculiar, que lhe permita valer-se dos terceiro e quarto parâmetros organizatórios como critérios de exercício das competências concorrentes, em um processo que acentue a tendência descendente (devolução de competências até o limite da capacidade da menor instância), mas preserve a possibilidade de intervenção da autoridade superior por necessidade (incapacidade da instância inferior) ou razões de eficiência (em virtude da escala ou dos efeitos da ação), em proveito do conjunto.

3.2.4 A subsidiariedade no Estado unitário descentralizado

De início, a aplicação do princípio da subsidiariedade no Estado unitário descentralizado enseja uma perplexidade. Trata-se da característica dessa forma de Estado de possibilitar a alteração de competências das coletividades territoriais por simples lei ordinária do poder central. Disso decorre certa fragilidade na autonomia dessas coletividades, que fica à mercê do legislador central.

Vale, contudo, recordar a lição de Durand (1965, p. 180), de que a característica referida é mais marcante para a estruturação do Estado unitário do que a própria amplitude da autonomia. Em outras palavras, a forma de manifestação da autonomia não é capaz, por si só, de determinar a sua medida. Com efeito, a tentativa de classificação dos Estados a partir da extensão da autonomia das coletividades territoriais apresenta dificuldades, pelas diferentes configurações que possibilita. Tanto assim que é tormentosa a distinção entre o Estado unitário descentralizado e o Estado federal (BONAVIDES, 2001, p. 156; FERREIRA FILHO, 2007, p. 54).

Observe-se que a noção de autonomia tem como requisitos a auto-gestão dos interesses próprios da coletividade, associado a um poder normativo¹⁶¹. Essas características estão presentes nos arranjos mais recentes de descentralização administrativa ou política do Estado unitário¹⁶². No Estado federal, a essas faculdades se soma o poder de auto-organização dos Estados-membros, exercido por um poder constituinte próprio, além da possibilidade de participação na decisão do poder central (FERREIRA FILHO, 2007, p. 53-54)¹⁶³.

Então, não identificamos como inviável a aplicação do princípio da subsidiariedade no Estado unitário descentralizado¹⁶⁴. Tal como se expressa Drago (1994, p. 585), se há diferença em relação à aplicação do princípio nessa forma de Estado, se comparada com outros modelos estatais, ela é somente de grau de aplicação e não de natureza.

Em verdade, o princípio da subsidiariedade pode trazer ao Estado unitário descentralizado pelo menos dois benefícios, cada um deles relacionado a uma das duas funções (atributiva e de ajuste) na repartição de competências. Na função atributiva, pode servir como um critério – o mais objetivo quanto possível – para a designação de competências, pelo legislador central, às coletividades locais e regionais. Embora a subsidiariedade não seja um critério rígido, deve valer para reduzir a discricionariedade do legislador central, permitindo

¹⁶¹ Segundo Horta (1964, p. 17), a autonomia é “a revelação da capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos”. Acrescenta que “a relação necessária entre a autonomia e a criação de normas próprias, para constituir ordenamento típico, é suficiente para justificar a noção jurídica da autonomia” (HORTA, 1964, p. 18).

¹⁶² Horta (1964, p. 26) refere-se à lição de Carlo Girola, que sustenta ser a descentralização política realizável no Estado unitário, distinguindo-se da autonomia política, com a qual já se ingressa no domínio do Estado-membro da federação. Ferreira Filho (2007, p. 53) também admite a descentralização política no Estado unitário descentralizado. Em sentido contrário: Bonavides (2001, p. 156-157) aceita somente a descentralização administrativa no Estado unitário (e no Estado regional); e Di Pietro (2002, p. 350) identifica como típica dos Estados unitários a descentralização administrativa, porque as atribuições dos entes descentralizados não decorrem, por força própria, da Constituição, mas do poder central.

¹⁶³ Horta (1964, p. 21-29) traça distinções entre autarquia, descentralização e autonomia. Para o autor, a primeira decorreria da descentralização administrativa; a segunda, da descentralização do Estado unitário ou do Estado regional; e a terceira, da organização do Estado federal.

¹⁶⁴ Segundo Quadros (1995, p. 19), “nos Estados unitários descentralizados, é possível o respectivo direito administrativo proceder à repartição de atribuições entre o Estado e as comunidades menores, especialmente no domínio da Administração local autárquica, através do princípio da subsidiariedade”.

às coletividades preservarem ou reivindicarem competências até o máximo de suas capacidades (terceiro parâmetro organizatório). Isso proporcionaria o alargamento adequado da autonomia das coletividades territoriais.

A segunda função, *de ajuste*, ganha potencialidade no Estado unitário, em face de sua estrutura unitária e dos mecanismos da descentralização, que permitem um intercâmbio mais flexível das responsabilidades. Assim, como contrapartida à aludida fragilidade da autonomia, verifica-se que o Estado unitário descentralizado favorece a versatilidade do princípio da subsidiariedade, uma vez que a possibilidade de modificação por lei ordinária da atribuição de competências, ou a utilização de mecanismos administrativos ou políticos da descentralização para o ajuste dinâmico das tarefas compartilhadas, confere boa margem de flexibilidade ao sistema. Embora se possa supor que tal flexibilidade possibilite a centralização, é preciso observar que a descentralização do Estado unitário, em geral, adota a política de devolução de competências às coletividades locais, de modo a privilegiar as forças centrífugas.

A Carta Européia de Autonomia Local, adotada pelo Conselho da Europa¹⁶⁵ em Estrasburgo, a 15 de outubro de 1985¹⁶⁶, contempla o princípio da subsidiariedade de forma implícita¹⁶⁷. A alínea 3 do artigo 4º da Carta dispõe que “regra geral, o exercício das responsabilidades públicas deve incumbir, de preferência, às autoridades mais próximas dos cidadãos. A atribuição de uma responsabilidade a uma outra autoridade deve ter em conta a amplitude e a natureza da tarefa e as exigências de eficácia e economia” (CONSELHO..., 1985, art. 4º, al. 3). A partir dela, portanto, sugere-se a incidência do princípio da subsidiariedade nos Estados unitários descentralizados europeus (TORRES, 2001, p. 263)¹⁶⁸.

Conforme Bandrés Sánchez-Cruzat (1999, p. 18), a Carta constitui um marco institucional comum de referência do âmbito de responsabilidade dos governos locais nos Estados membros do Conselho da Europa. O autor identifica na Carta uma “dimensão dinâmica” do princípio da subsidiariedade, que “se

¹⁶⁵ O Conselho da Europa não é uma instituição da União Européia. Trata-se de uma instituição inter-governamental, criada em 1949, que se destina a proteger os direitos humanos, promover a diversidade cultural e a lutar contra problemas sociais na Europa.

¹⁶⁶ A Carta entrou em vigor na ordem internacional em 1º de setembro de 1988.

¹⁶⁷ Segundo Bandrés Sánchez-Cruzat (1999, p. 17), Morais (1999, p. 34) e Torres (2001, p. 263).

¹⁶⁸ Curiosamente, a ratificação mais recente foi a da França (ainda faltam 2 dos 44 Estados signatários da Carta), ocorrida em 17.01.2007, com entrada em vigor em 01.05.2007, segundo o *site* do Conselho. (Disponível em: <http://www.coe.int/t/pt/com/about_coe/>. Acesso em: 17.06.2007).

desenvolve e se projeta no exercício das responsabilidades públicas pelos entes locais, não sendo invocável somente no plano da atribuição de competências”. O princípio emerge como um dos pilares da Carta, apresentando dois aspectos básicos: o primeiro, de caráter normativo, busca maximizar a descentralização; o segundo, comportamental, requer aos entes periféricos que assumam a iniciativa pelas ações e não aguardem o poder central.

O reforço da autonomia das coletividades locais e o máximo encorajamento de suas capacidades são, também, as vantagens que Delcamp (1995, p. 621)¹⁶⁹ identifica na aplicação da subsidiariedade em prol da descentralização. A originalidade dessa solução não estaria somente na limitação do poder central, mas principalmente na nova forma de apoio às coletividades que ela representa, na medida em que implica uma assistência à realização, por elas mesmas, de seus objetivos. Afinal, apenas em último caso é que se justificaria a intervenção direta do nível superior. Para o autor, essa sistemática sugere sistemas menos rígidos de repartição de competências e maior transferência de meios às autoridades descentralizadas, com mais confiança na dinâmica que se pode aplicar ao nível local. Por isso, a subsidiariedade seria portadora de uma “solidariedade positiva”, que não está presente na descentralização, mas a complementar.

Contudo, como tudo o que lhe diz respeito, o princípio da subsidiariedade suscita controvérsias e críticas quanto à sua aplicação no Estado unitário descentralizado. De certo modo, essas posições apresentam-se como contrapontos aos seus possíveis benefícios. Uma delas se refere à prioridade que o princípio confere à atribuição de competências às coletividades locais¹⁷⁰. Isso geraria um “localismo” exacerbado, contrário às exigências de igualdade e de solidariedade. Além disso, nem sempre a eficiência deveria ser o critério mais adequado para regular a intervenção da coletividade superior. Às vezes, um desempenho pouco eficiente pode ser o mais desejável. Nesse sentido,

¹⁶⁹ O autor observa que a descentralização, em comparação com a subsidiariedade, tem o mérito de uma relativa simplicidade, embora seja menos rica conceitualmente (DEL CAMP, 1995, p. 615, tradução nossa).

¹⁷⁰ Essa posição é sumariada por Baudin-Cullière (1995, p. 34). Mas o autor lhe apresenta ressalvas.

propõe-se substituir a noção de proeminência da base por um princípio de “exata adequação” dos poderes¹⁷¹.

Quadra-Salcedo (1999, p. 85) apresenta uma vertente dessa crítica, ao rejeitar que a distribuição das competências seja construída sobre uma presunção ou preferência inicial à coletividade local, cabendo ao legislador o ônus da prova, em termos exaustivos, das razões de não atender a essa diretriz. Para o autor, não se trata de dispensar a motivação da atribuição de competência, mas de conferir ao legislador a presunção de razoabilidade da decisão legislativa. Nesse sentido, o poder legislativo deve gozar de uma presunção de legitimidade de sua atuação, de forma que, sempre que a motivação resulte razoável, sua decisão deve prevalecer. Apenas quando não existam razões, ou os motivos alegados sejam absurdos ou arbitrários, é que a possibilidade de controle constitucional da decisão legislativa deve ser plena. Conclui o autor que a preferência em favor da autonomia local termina por inverter o ônus da prova e se transformar em uma presunção de ilegitimidade da decisão legislativa (QUADRA SALCEDO, 1999, p. 85).

Outra crítica à aplicação do princípio refere-se ao que Baudin-Cullière (1995, p. 65, tradução nossa) denomina de “subsidiariedade frente a ela mesma”, e que concerne à subjetividade das noções que orientam a distribuição de competências, especialmente as de insuficiência ou incapacidade, que são de difícil mensuração. Ou seja, quando uma coletividade se torna incapaz? Quando não é mais suficiente para, sozinha, atingir os seus objetivos?

Uma primeira possibilidade é que essa resposta caiba à própria coletividade. Contudo, podem existir razões pelas quais a coletividade não deseje exercer suas responsabilidades de maneira plena. Por exemplo, a coletividade pode decidir não despender recursos ou esforços com determinada matéria, preferindo recorrer à ajuda superior. Ou seus representantes podem querer fugir de medidas impopulares ou contrárias a seus interesses próprios, preferindo aguardar a determinação superior. Assim, a subsidiariedade supõe um voluntarismo das coletividades face aos demais escalões. Sabendo-se que o poder central é, em geral, tentado a aumentar a sua esfera de competências, o princípio torna-se inoperante se a coletividade inferior requer ou aceita passivamente a ingerência da coletividade superior.

¹⁷¹ A menção a esse princípio é feita por Cornu (1993, p. 153), que atribui sua concepção a G. Heraud.

A outra possibilidade é que o próprio poder central seja responsável por julgar a insuficiência da coletividade. Nesse caso, ele se torna juiz e parte da repartição das competências. Mas, então, a decisão pela incapacidade pode dissimular um desejo de ingerência. Mesmo que não seja assim, a decisão estará amparada pela justificativa de obtenção de melhor resultado ou de eficiência na ação da autoridade superior. Mas como apreciá-la? É, sem dúvida, difícil obter uma resposta única. Basta lembrar que pode haver um enfoque mais quantitativo, que privilegie os aspectos econômicos e financeiros, e outro qualitativo, que enfatize o desenvolvimento imaterial das pessoas e da coletividade.

O princípio da subsidiariedade exige que os atores envolvidos, tanto individuais quanto coletivos, sejam pessoas responsáveis e que ajam dessa maneira. Contudo, isso nem sempre ocorre, o que torna difícil o juízo acerca de sua aplicação. Também, não é simples a determinação do grau de intervenção necessário em cada circunstância. As coletividades inferiores não devem habituar-se a recorrer à assistência superior, nem esta deve dissimular uma dominação. Cabe, aqui, a advertência de Baudin-Cullière (1995, p. 67, tradução nossa): “não existe tutela indolor”¹⁷².

3.2.5 A subsidiariedade na experiência constitucional portuguesa

Após a adoção expressa do princípio da subsidiariedade pela União Européia, Portugal tornou-se o primeiro Estado unitário descentralizado a constitucionalizá-lo¹⁷³. Segundo Morais (1999, p. 33), embora o princípio tenha origem federalista, ele “expandiu-se para outras formas de Estado, mormente para os de estrutura unitária”, nos processos de regionalização administrativa e de descentralização. A Carta Européia de Autonomia Local deu impulso à sua propagação doutrinária¹⁷⁴, mas foi após o Tratado de Maastricht que ele assumiu caráter qualificado no ordenamento jurídico português.

¹⁷² Sobre o hábito de alocações periódicas de recursos do poder central para as coletividades, Baudin-Cullière (1995, p. 75) comenta que podem levar ao que os cantões suíços denunciavam como uma “tutela indolor”, que representa uma armadilha pela qual se chega à apatia das coletividades.

¹⁷³ Informa Quadros (1995, p. 61) que Portugal foi um dos Estados-membros da União Européia que mais se bateu pela causa da subsidiariedade na preparação do Tratado e depois.

¹⁷⁴ Não obstante, para o autor, apesar de Portugal haver ratificado a Carta, o princípio teve impacto diminuto no ordenamento português. Exemplifica que os tribunais administrativos preferiram, ao revés, aplicar disposições legislativas ordinárias que reconheçam a superioridade hierárquica dos regulamentos estaduais sobre os regulamentos municipais em matéria de ordenamento do território e urbanismo (MORAIS, 1999, p. 34-35).

A constitucionalização do princípio deu-se em duas etapas. Na primeira etapa, ocorrida em 1992, a revisão extraordinária¹⁷⁵ da Constituição portuguesa (terceira revisão) exprimiu o consentimento constitucional ao processo de integração comunitária e consagrou o princípio da subsidiariedade no plano externo, no exercício em comum dos poderes necessários à construção da União Européia. O art. 7º, nº 6, da Constituição revisada adotou o seguinte texto:

Artigo 7º(Relações internacionais)

.....
6. Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático e pelo **princípio da subsidiariedade** e tendo em vista a realização da coesão econômica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e execução de uma política externa, de segurança e de defesa comuns, **convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união européia.**
.....

(PORTUGAL, 1976, art. 7º, nº 6, grifos nossos).

Essa disposição, conforme Duarte (2000, p. 113), tem uma dupla função. Ela consiste numa habilitação constitucional para permitir as restrições à soberania, impostos pela evolução do processo de evolução européia, e a incorporação de suas conseqüências quanto à repartição de poderes. Por outro lado, consiste numa limitação que submete o aprofundamento do processo de atribuição de poderes dos órgãos comunitários ao respeito da reciprocidade, do princípio da subsidiariedade e do critério teleológico da realização da coesão econômica e social.

A adoção expressa do princípio da subsidiariedade no texto resultante da revisão de 1992 (plano externo) atendeu, em suma, a três objetivos. O primeiro foi o de salvaguardar, na Constituição Portuguesa, um conceito autônomo de subsidiariedade, posicionada como uma medida de valor constitucional, para possível interpretação própria por parte do Tribunal Constitucional português

¹⁷⁵ A Constituição da República Portuguesa dispõe que: "1. A Assembléia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária; 2. A Assembléia da República pode, contudo, assumir em qualquer momento poderes de revisão extraordinária por maioria de quatro quintos dos Deputados em efetividade de funções." (PORTUGAL, 1976, art. 284).

(MORAIS, 1999, p. 36), independente do alcance e do conteúdo que apresenta no direito comunitário (DUARTE, 2000, p. 114).

O segundo objetivo foi privilegiar o sentido de que a Comunidade não deveria exercer as competências que os Estados-membros, como coletividades mais próximas dos cidadãos, possam desenvolver com mais eficiência. A intenção era possibilitar uma leitura essencialmente (de dimensão) negativa do princípio (MORAIS, 1999, p. 38)¹⁷⁶. Com efeito, informa Duarte (2000, p. 114) que, nos debates parlamentares que antecederam a terceira revisão constitucional, a adoção do princípio da subsidiariedade foi apresentada como uma contrapartida à extensão das competências comunitárias decorrentes do Tratado de Maastricht¹⁷⁷. Isso reforça a função do princípio como limitador da atribuição de poderes de soberania aos órgãos comunitários, que se acentua ao final do dispositivo, com a expressão “poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia”.

Finalmente, o terceiro objetivo foi prevenir-se contra uma transferência de poderes do Estado para a Comunidade, conservando a titularidade soberana das competências concorrentes (MORAIS, 1999, p. 38). Na expressão de Horta (2002b, p. 467), o princípio da subsidiariedade que, no direito comunitário, é fórmula de conteúdo indeterminado, foi convertido, na Constituição Portuguesa, em instrumento de competência concorrente do Estado e da Comunidade, com especial referência ao exercício de poderes “em comum”. Nesse sentido, conforme Duarte (2000, p. 116), pretendeu-se conduzir à interpretação que assumisse, na divisão de competências compartilhadas, o seguinte pressuposto: “a competência nacional é a regra, a competência comunitária é a exceção”.

Numa segunda etapa, na revisão ordinária de 1997 (quarta revisão), a subsidiariedade foi consagrada no plano interno, como um dos princípios que presidem a organização unitária descentralizada do Estado português. Assim dispõe o art. 6º, nº 1:

¹⁷⁶ Para Morais (1999, p. 64), uma leitura “positiva” do princípio poderia levar à dissolução da unidade do Estado-nação, que adviria da perda de seus poderes soberanos a nível super-estatal para a União Europeia.

¹⁷⁷ Essa idéia vinha em consonância com a doutrina portuguesa que, informa Horta (2002b, p. 466), entendia o princípio da subsidiariedade como um princípio jurídico habilitado a controlar a tendência da interpretação expansiva das competências comunitárias e a reduzir o temor de um crescente esvaziamento das competências do Estado.

Artigo 6º(Estado unitário)

1. O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonômico insular e os **princípios da subsidiariedade**, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da Administração Pública.
 2. Os arquipélagos dos Açores e da Madeira constituem regiões autônomas dotadas de estatutos político-administrativos e de órgãos de governo próprio.
- (PORTUGAL, 1976, art. 6º, grifo nosso).

Até 1997, havia dúvidas sobre a aplicabilidade, por interpretação extensiva, do princípio da subsidiariedade no plano interno do Estado unitário português¹⁷⁸. O novo texto dissipou essas dúvidas e adotou a subsidiariedade como um dos princípios reitores da organização do Estado¹⁷⁹. Contudo, o fez mais uma vez sem lhe dar definição ou lhe precisar o sentido (MORAIS, 1999, p. 41). Essa referência apenas nominal exige que, para extração de seu sentido jurídico, o princípio seja interpretado em combinação com a sua posição na Constituição (DUARTE, 2000, p. 121).

Para Morais (1999, p. 42), a redação do nº 1 do art. 6º não foi das mais felizes, pois não emerge dela que a subsidiariedade torne-se uma medida de valor do regime autonômico insular, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da Administração Pública, mas que atue como mais um princípio, que funcione a par desses. Para o autor, contudo, o princípio deve servir como parâmetro da repartição vertical de poderes e competências entre os componentes do Estado. Para que possa ter esse sentido operativo, o princípio deve firmar-se como “um parâmetro material do equilíbrio” entre o princípio da unidade nacional, que estriba o Estado e seus poderes funcionais,

¹⁷⁸ Para Quadros (1995, p. 68), “a subsidiariedade nas relações Estados–União Européia impõe, se não engloba, a subsidiariedade no Direito Administrativo interno dos Estados membros, especialmente no Direito Administrativo das Autarquias Locais”.

¹⁷⁹ Duarte (2000, p. 117-118) relata que, ainda depois da revisão de 1997, persistiu uma posição doutrinária favorável à apreensão do princípio comunitário da subsidiariedade como fundamento de um sistema relacional com estruturas descentralizadas, em que o Estado seria apenas um dos patamares. A autora, contudo, rejeita essa idéia “pluri-dimensional” da subsidiariedade porque: *a*) a autonomia constitucional dos Estados seria contrária à preferência ao nível infra-estatal de decisão; *b*) iria além dos tratados comunitários, que se restringem a dispor sobre os níveis comunitário e nacional de decisão; *c*) sua repercussão interna nos Estados-membros só seria compatível com uma estrutura federal da relação entre estes e a União Européia.

e os demais princípios, que garantem o campo da auto-regulação dos entes territoriais descentralizados.

Por sua vez, Duarte (2000, p. 121) entende que a subsidiariedade deve atuar, no quadro do Estado unitário, como um critério de densificação dos princípios de autonomia regional e da descentralização administrativa. Deve constituir-se, assim, como uma garantia supletiva da autonomia das entidades infra-estatais. A autora reserva ao princípio da subsidiariedade duas funções: uma, de critério de interpretação das normas constitucionais, estatutárias e legais; e outra, de critério de orientação para o legislador, quando da repartição de competências entre o Estado e as entidades autônomas (DUARTE, 2000, p. 122).

Portanto, o que se verifica na posição dos autores mencionados é que a subsidiariedade não obteve posição preponderante na descentralização do Estado português. No entendimento de Morais (1999), ele serve de ponto de equilíbrio entre os princípios já anteriormente adotados e no de Duarte (2000) ele serve de garantia ou suplemento a estes.

Quanto à aplicação do princípio, importa observar que, conforme o art. 6º da Constituição da República, o Estado português tem características tanto de Estado unitário descentralizado (autarquias locais) quanto do Estado regional¹⁸⁰ (regiões autônomas dos Arquipélagos dos Açores e da Madeira)¹⁸¹.

A Constituição Portuguesa prevê três tipos de competência legislativa para as regiões, em matérias de seu interesse específico que não estejam reservadas às competências dos órgãos de soberania: primária, em atenção aos princípios fundamentais das leis gerais da República; derivada, mediante autorização da Assembleia da República; e complementar, para desenvolver as leis de base (PORTUGAL, 1976, art. 227, nº 1, alíneas *a* até *c*; DUARTE, 2000, p. 125)¹⁸².

Como a Constituição não institui, nesses domínios, reserva legislativa em favor do Estado ou da região, a competência legislativa é do tipo concorrente.

¹⁸⁰ Por isso, Morais (1999, p. 43) afirma que “Portugal é um Estado Unitário Regional de caráter periférico [...]”.

¹⁸¹ Os estatutos das regiões são elaborados por suas respectivas assembleias legislativas e enviados para aprovação pela Assembleia Nacional (PORTUGAL, 1976, art. 226).

¹⁸² Além disso, a Constituição prevê o poder regulamentar das leis regionais e das leis gerais dos órgãos de soberania, quando não esteja reservado, para estes, tal poder (PORTUGAL, 1976, art. 227, nº 1, alíneas *d*).

É nessa área que Morais (1999, p. 44) identifica o surgimento de “um campo de virtual incidência da subsidiariedade”¹⁸³. Com efeito, assegura Duarte (2000, p. 124), os problemas mais complexos de delimitação de competências, nas quais é suscetível a invocação do princípio da subsidiariedade, surgem no quadro das funções legislativas. Para a autora, nas matérias de competência concorrente, mas que concretize um interesse específico da região¹⁸⁴, o legislador nacional não deve substituir o regional, ao aprovar textos legais cuja aplicação seria limitada às regiões. Essa proibição, que resguarda um espaço útil de autonomia regional, somente pode ser afastada se coexistirem interesses especificamente regionais e interesses nacionais em função do objetivo a alcançar (DUARTE, 2000, p. 126).

Com relação às autarquias locais, elas são dotadas de órgãos representativos, que buscam atender aos interesses próprios das populações respectivas, de competências administrativas e de poder regulamentar, que se subordina à lei e aos regulamentos do Estado (PORTUGAL, 1976, arts. 235, 237 e 241).

Nesse campo, conforme Morais (1999, p. 48), existe uma tensão normativa entre o poder legislativo e regulamentar do Estado e o poder regulamentar autônomo, que contrapõe o critério hierárquico, no qual se fundamenta o poder vinculante da lei ou de regulamentos de grau superior, e o critério de competência, que deve salvaguardar a existência de domínios úteis de regulamentação autônoma. É nesse “quadro difuso da distribuição vertical de poderes normativos” confluentes sobre domínios diversos referentes às mesmas matérias que “pode ganhar pertinência o princípio da subsidiariedade, em articulação com os princípios da unidade e da descentralização” (MORAIS, 1999, p. 48).

Duarte (2000, p. 131) relata que a adoção expressa do princípio da subsidiariedade no plano da organização do Estado não acarretou uma mudança de direção imediata da jurisprudência portuguesa. Assim, por exemplo, no Acórdão nº 329/99/T, de 2 de junho de 1999, o Tribunal Constitucional concluiu pela primazia dos planos regionais de organização do território sobre

¹⁸³ Em sua análise, o autor restringe esse campo à competência legislativa primária (MORAIS, 1999, p. 44-47).

¹⁸⁴ A Constituição Portuguesa apresenta, no art. 288, relação de matérias de interesse específico das regiões, encerrando-a com a seguinte alínea: “o) outras matérias que respeitem exclusivamente à respectiva região ou que nela assumam particular configuração” (PORTUGAL, 1976, art. 228). Essa disposição, inserida na quarta revisão constitucional, e em especial a alínea transcrita, trouxe para a Constituição a definição jurisprudencial de interesse específico da região (DUARTE, 2000, p. 128).

os planos municipais. A Corte não deixou de considerar o princípio da subsidiariedade, mas – seguindo orientação que vinha desde 1993 – entendeu que a matéria de organização do território e do urbanismo afetava não só os interesses locais, mas interesses que diziam respeito a toda a comunidade nacional. Por essa razão, seria necessário proceder a uma justa ponderação para harmonizar o poder de decisão, que não poderia ficar inteiramente livre às coletividades locais. Para a autora, conforme demonstra essa decisão, o princípio da subsidiariedade não pode ser um critério automático de escolha do nível inferior ou mais próximo do cidadão, mas um critério de atribuição da competência para o nível que possa “assegurar a realização do interesse comum da maneira mais adequada possível” (DUARTE, 2000, p. 132).

Ainda na opinião de Duarte (2000, p. 134-135), a adoção expressa do princípio da subsidiariedade no texto constitucional e seu pouco impacto na jurisprudência configura um paradoxo. A autora atribui a contradição à pluralidade de sentidos do princípio no plano jurídico e à dificuldade de avaliação de valores econômicos e técnicos que o juiz deve considerar em sua aplicação. Para ela, o princípio não pode servir como critério autônomo capaz de fundamentar um julgamento de invalidade de um ato normativo, a não ser em caso de erro manifesto. Mas deve servir para dar consistência a uma decisão, se utilizado de forma articulada com outros princípios ou parâmetros de valor constitucional.

Entretanto, para a autora, a importância do princípio da subsidiariedade não está em servir como critério de legalidade, mas em se concretizar como uma diretiva de interpretação de normas de competência, no grau constitucional ou infraconstitucional, e como critério de orientação de escolha do legislador do nível de decisão mais adequado para assumir certa competência (DUARTE, 2000, p. 135). Esse aspecto é também ressaltado por Moraes (1999, p. 66), que aponta duas vantagens na aplicação do princípio da subsidiariedade: *a*) a valorização das tarefas jurídico públicas, inerentes à noção de eficiência, pressupondo um maior cuidado do decisor na avaliação do produto normativo; e *b*) a sua utilização, em quadros de conflitos gerados por campos concorrenciais obscuros e dilemáticos, como critério apto a “fundamentar adequada e racionalmente a preferência por uma dada relação material de poder” (MORAIS, 1999, p. 66).

3.3 Estado regional e Estado autonômico

3.3.1 Características do Estado regional e do autonômico

No Estado regional, a Constituição admite, além do poder central, outras esferas de poder, que correspondem a coletividades territoriais. Essas coletividades podem ser denominadas regiões¹⁸⁵ (na Itália) ou comunidades autônomas¹⁸⁶ (na Espanha), delas derivando as diferentes denominações dessa forma de Estado¹⁸⁷.

A peculiaridade dessa organização do Estado é que “a autonomia do ente descentralizado – a região – tem uma garantia e um campo mínimo de abrangência definidos pela Constituição” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 54)¹⁸⁸. Segundo La Pergola (1988, p. 8), o Estado regional é “uma categoria intermediária, flutuante entre o Estado federal e o Estado unitário”¹⁸⁹. Na distinção das formas de Estado, alerta que não é só “a medida, mas também o *característico modo de manifestar-se* da descentralização que devem ser considerados” (LA PERGOLA, 1988, p. 11, grifos do autor)¹⁹⁰.

Com efeito, o Estado regional e o Estado autonômico aproximam-se do Estado unitário por manterem a unidade do ordenamento jurídico, sob apenas

¹⁸⁵ A Constituição Italiana de 1947 admite dois tipos de região. As regiões especiais, relacionadas no art. 116, dispõem de maior autonomia e têm seus estatutos aprovados por lei constitucional. As demais regiões, listadas no art. 131, têm seus estatutos elaborados e aprovados, por maioria absoluta, pelo próprio Conselho Regional, podendo ser submetido a referendo popular, em condições previstas na Constituição (art. 123, modificado em 1999 e em 2001). (ITÁLIA, 1947, arts. 116, 123 e 131).

¹⁸⁶ A Constituição Espanhola de 1976 não reconhece diretamente a autonomia a nenhuma das nacionalidades e regiões, mas apenas um direito a ver reconhecida essa autonomia. Esse reconhecimento se faz por um Estatuto de Autonomia, que é a “a norma institucional básica de cada comunidade autônoma” (art. 147). É com sua aprovação pelas *Cortes Generales* [o Parlamento espanhol], mediante lei orgânica, que a comunidade alcança a sua criação jurídico-política (PÉREZ TREMP, 2003, p. 311).

¹⁸⁷ Baracho (1982, p. 306) relata que, na Espanha, há resistências à denominação de regiões por algumas das comunidades autônomas. Por isso, também, se prefere a denominação Estado autonômico a Estado regional.

¹⁸⁸ Como apenas o poder constituinte pode suprimir ou alterar a descentralização, Ferreira Filho (2007, p. 53) prefere adotar a denominação de *Estado unitário constitucionalmente descentralizado*.

¹⁸⁹ O termo região é utilizado com diferente significado no Estado federal, para indicar “uma área emergente de interesses comuns a mais de Estado-membro” (LA PERGOLA, 1988, p. 8)

¹⁹⁰ Para o autor, a autonomia da região configura-se na atribuição a ela de poder legislativo e da decorrente competência administrativa para executar as leis criadas.

uma constituição¹⁹¹. Contudo, afastam-se do modelo unitário descentralizado porque neles a configuração da descentralização depende do poder constituinte e não do poder legislativo, pois a constituição é que estabelece as normas que regulam os poderes e as competências dos entes territoriais, a serem desenvolvidos por seus respectivos estatutos.

Essa característica, por sua vez, faz com que se aproximem do Estado federal, no qual a distribuição de poderes e competências também tem assento constitucional¹⁹². Entretanto, algumas outras características distanciam o Estado regional e o Estado autônomo do Estado federal. A primeira, e mais importante deles, é a ausência de autonomia constitucional (HORTA, 2002a, p. 475). Enquanto os Estados-membros têm poder de auto-organização, por meio de constituição própria, as regiões ou comunidades autônomas não exercem poder constituinte (FOSSAS, 1999, p. 285; LA PERGOLA, 1988, p. 11), pois elas têm sua organização disciplinada por estatutos, elaborados por elas próprias, mas em geral aprovados pelo poder central, mediante procedimento descrito na constituição.

A doutrina aponta, ainda, três outros importantes fatores distintivos. O primeiro é a ausência de autonomia judiciária no Estado regional e no Estado autônomo, pela inexistência do poder judiciário regional ou autônomo (FOSSAS, 1999, p. 285; HORTA, 2002a, p. 475; LA PERGOLA, 1988, p. 11). Outra diferença é que o Estado federal deriva de uma união de soberanias, que passam a constituir autonomias originárias e residuais; nos Estados regional e autônomo, as entidades autônomas não correspondem a estruturas preexistentes e suas autonomias são outorgadas (LA PERGOLA, 1988, p. 11)¹⁹³. Por fim, na federação, é histórica a divisão do Parlamento em dois ramos, um para representação do povo e o outro, dos Estados-membros. No Estado regional,

¹⁹¹ Bonavides (2001, p. 156-157) não apresenta distinção entre o Estado unitário descentralizado e o regional, nos quais admite somente a descentralização administrativa. Mencionando o exemplo da Itália, argumenta que as competências legislativas das Regiões não correspondem à autonomia política de um Estado-membro federal, visto que tais faculdades “exprimem tão-somente os princípios de uma mesma ordem jurídica, não ocorrendo nenhuma lesão, quebra ou secessão do ordenamento estatal, que subsiste assim unitário [...]”.

¹⁹² La Pergola (1988, p. 11-12) identifica nessa enumeração constitucional de competências uma contigüidade entre o Estado regional e o Estado federal, com especial proximidade ao federalismo alemão e austríaco.

¹⁹³ Fossas (1999, p. 285) afirma que o Estado autônomo espanhol se constitui a partir da “soberania nacional do povo espanhol” e não desde um pacto constitucional entre povos soberanos.

a segunda Câmara recebe apenas uma “imagem apagada”, que procura obter da investidura popular direta a mesma legitimidade democrática da outra (LA PERGOLA, 1988, p. 11). Por essa razão, Fossas (1999, p. 285) entende que o modelo regional não desenvolveu suficientemente os mecanismos de participação dos entes territoriais nas instituições gerais.

3.3.2 A subsidiariedade no Estado regional ou autonômico

O Estado regional ou autonômico situa-se a meio termo entre o Estado unitário descentralizado e o federal também no que diz respeito à garantia da autonomia dos entes territoriais. Isso porque a Constituição do Estado regional relaciona, em linhas gerais, os poderes e competências desses entes, mas seus desenvolvimentos dependem do estatuto de cada região ou comunidade autônoma.

Para La Pergola (1988, p. 13), o modelo de garantia da autonomia regional é um elemento de aproximação com o federalismo¹⁹⁴, pois a região está acima do tradicional plano da autarquia. Tanto assim, argumenta, que a lei regional está sujeita aos mesmos controles de constitucionalidade que recaem sobre as leis do Estado perante a Corte Constitucional italiana. O Estado pode impugnar a lei da região, mas a região também pode impugnar a lei do Estado, se lesiva de sua competência constitucionalmente garantida. Além disso, pode haver conflitos de atribuições e demandas sobre interferências indevidas de um centro de poder contra outro no campo administrativo. Essas controvérsias constituem uma “robusta veia do contencioso constitucional” na Itália. Conclui o autor que “se a região difere do Estado-membro, os seus poderes não são, parece-me, menos intensamente tutelados: a autonomia regional conquistou tal relevo [...] quando se estabeleceu que ela pode socorrer-se da Corte Constitucional em pé de igualdade com o Estado” (LA PERGOLA, 1988, p. 14).

Em relação à constitucionalização do princípio da subsidiariedade, porém, é preciso registrar que o Estado regional italiano e o Estado autonômico espanhol tomaram caminhos distintos. A Itália adotou explicitamente o princípio da subsidiariedade em sua Constituição, enquanto a Espanha não. Por essa

¹⁹⁴ Diversamente, para Fossas (1999, p. 285), essa característica é uma das distinções entre o Estado federal e o autonômico. Neste, a distribuição de competências se realiza em um bloco de constitucionalidade, que inclui numerosas leis centrais, com o que “não existe propriamente uma garantia constitucional da autonomia”. Para o autor, o sistema concede uma “autonomia de baixa intensidade” (FOSSAS, 1999, p. 288).

razão, o exame do princípio da subsidiariedade nesses países será feito em subseções separadas, a seguir.

3.3.2.1 O princípio da subsidiariedade no Estado autônomo espanhol

Sem uma adoção expressa, a assimilação implícita do princípio da subsidiariedade ainda fica sujeita a controvérsias. A posição favorável é representada por Bandrés Sánchez-Cruzat (1999, p. 26) e a contrária por Farreres (2003, p. 521).

Bandrés Sánchez-Cruzat (1999, p. 24) esclarece que o princípio da subsidiariedade não consta expressamente da Constituição de 1978 porque não estava no conjunto de princípios consolidados doutrinariamente no momento histórico em que se produziu o processo constituinte espanhol. Contudo, admite a adoção implícita do princípio, a partir de duas razões. A primeira são os “vestígios e reminiscências” do princípio que identifica nos arts. 149.3 e 150.2 da Constituição, que dispõem:

[Artículo 149.]3. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas. (ESPAÑA, 1978, art. 149).

[Artículo 150.]2. El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado. (ESPAÑA, 1978, art. 150).

Mas, além disso, Bandrés Sánchez-Cruzat (1999, p. 26) defende que o princípio da subsidiariedade nem mesmo precisaria estar explicitamente contemplado no texto constitucional, porque “aparece implícito nos poderes de autonomia e de descentralização”, que estão reconhecidos nos arts. 2, 137 e 103. Para o autor, pode-se considerar que ele constitui “um valor constitucional emergente na formulação constitucional, desde a interpretação aberta de seus preceitos e evolutiva de seu significado [...]” (BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, 1999,

p. 27). O art. 2 assegura tanto a indissolúvel unidade do Estado quanto a autonomia das “nacionalidades e regiões”, que o art. 137 garante às comunidades autônomas, províncias e municípios para gestão de seus próprios interesses (ESPANHA, 1978, arts. 2 e 137). Já o art. 103 determina que a Administração pública atue de acordo com os princípios da eficiência, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com plena sujeição à lei e ao direito (ESPANHA, 1978, art. 103).

Bandrés Sánchez-Cruzat (2003, p. 28) assegura que os princípios da autonomia e da subsidiariedade constituem “duas idéias-força necessárias e complementares para compreender o princípio da separação vertical de poderes e o valor da democracia na Constituição espanhola”. Nisso, a subsidiariedade contribuiria como salvaguarda contra a concentração dos poderes no centro e contra o abuso do poder público, além de possibilitar a proximidade das responsabilidades públicas aos cidadãos¹⁹⁵.

Farreres (2003, p. 521) tem posição oposta, pois não identifica na Constituição espanhola a incidência do princípio da subsidiariedade, sob dois argumentos. Primeiro, aduz que o princípio teve aplicação singular no direito comunitário, no campo das competências não exclusivas, onde opera “como um critério de atuação ou de exercício das competências sumamente flexível e dinâmico”, com dupla direção, pois pode incidir tanto em favor do Estado-membro quanto em favor da Comunidade (FARRERES, 2003, p. 523). Como entende que os pressupostos da repartição entre as instâncias são diferentes dos utilizados no plano interno do Estado espanhol, conclui que o princípio da subsidiariedade, com aquele significado e funcionalidade, resulta desnecessário¹⁹⁶. Por isso, a Constituição não recorreu a ele para demarcar as competências estatais e autonômicas (FARRERES, 2003, p. 523).

¹⁹⁵ Bandrés Sánchez-Cruzat (1999, p. 37-46) também identifica a presença do princípio da subsidiariedade na Administração Local, que fundamenta a autonomia dos municípios e províncias, tendo como ponto de partida o conceito de interesse local previsto no art. 137 da Constituição espanhola. Em sentido diverso, Quadra-Salcedo (1999, p. 87) argumenta que, atualmente, são poucos os âmbitos de exclusivo interesse local por natureza, de modo que, em lugar disso, o que há é o interesse local em participar de assuntos nos quais também estão interessados outros níveis de Administração.

¹⁹⁶ No mesmo sentido, Quadra-Salcedo (1999, p. 83) alerta para a diferença de significados que o princípio da subsidiariedade deve ter no marco europeu e no mundo local. Especialmente porque, no âmbito europeu, sua formulação se assemelha à que, nos sistemas federais, tem o reconhecimento da competência dos Estados-membros em tudo o que não está atribuído à federação. Originalmente, a intenção do princípio era limitar a ação da Comunidade (QUADRA-SALCEDO, 1999, p. 84).

Ademais, aduz o autor, em um segundo argumento, que a adoção do princípio nem sequer seria um avanço em comparação com o conceito de autonomia local. Afirma que, embora se pudesse admitir a subsidiariedade no sentido de trazer maior proximidade das decisões públicas ao cidadão, sua acolhida teria efeito mais simbólico, porque a garantia constitucional da autonomia local é suficiente para a articulação das competências entre as diversas instâncias nas quais se estrutura territorialmente o Estado espanhol (FARRERES, 2003, p. 526 e 528).

Examinadas essas posições, verifica-se que o princípio da subsidiariedade não presidiu a repartição de competências na experiência constitucional espanhola. Realmente, na época da constituinte espanhola, ele ainda não havia ganho a projeção que lhe trouxe o Tratado da União Européia. É preciso registrar, ainda, que a descentralização do Estado unitário espanhol foi um processo extremamente complexo, permeado por heranças do passado autoritário e dos embates decorrentes da plurinacionalidade¹⁹⁷. Nesse sentido, a solução do Estado autônomo foi engendrada como uma solução de compromisso, que não mantivesse o Estado unitário, fosse mais adiante que o Estado regional, mas também não assumisse a forma de Estado federal¹⁹⁸, que muitos viam como uma ameaça à desintegração da unidade espanhola¹⁹⁹. Em processo tão complexo, não se pode deduzir uma aplicação implícita do princípio da subsidiariedade, de caráter geral.

Não obstante, é possível identificar dois fatores que possibilitam a aplicação do princípio da subsidiariedade no Estado autônomo espanhol. A primeira é uma garantia da autonomia mais efetiva do que a de um Estado unitário, uma vez que a Constituição já promove um delineamento da descentralização do Estado, a ser desenvolvida pelos estatutos das comunidades autônomas.

¹⁹⁷ A propósito da plurinacionalidade e da organização do Estado espanhol, ver Fossas (1999) e Requejo (1999).

¹⁹⁸ Para Requejo (1999, p. 315), no Estado regional, a descentralização política é o inverso das federações históricas, em que há um processo de centralização, pois naquele um único centro de decisão política se descentraliza, caracterizando uma cessão “devolucionária” de competências políticas.

¹⁹⁹ Pérez Tremps (2003, p. 295, tradução nossa) entende que a peculiaridade mais importante da Constituição espanhola consiste em “não realizar uma definição do modelo territorial adotado. O constituinte, em lugar de adotar um dos modelos tradicionais de forma territorial descentralizada de Estado (Estado federal ou Estado regional), seguiu outro caminho, que se caracteriza, basicamente, por evitar a definição da forma de Estado, deixando aberto um processo complexo desde o ponto de vista jurídico e político de concreção da organização territorial do Estado”.

A segunda coincide com a identificação que Bandrés Sánchez-Cruzat (1999, p. 24) faz de “vestígios” da subsidiariedade na repartição de competências, cuja base assenta-se na Constituição, com peculiaridades que propiciam a adequação do princípio.

De fato, a Constituição espanhola de 1978 discrimina as matérias de competências exclusivas do Estado (ESPAÑA, 1978, art. 149.1). Mas também prevê as matérias nas quais as comunidades autônomas podem assumir a competência, desde que assim previsto em seus respectivos estatutos (ESPAÑA, 1978, p. 148.1). O art. 149.3 constitui uma “cláusula residual”, pela qual as competências que os estatutos não reservam à comunidade autônoma permanecem na competência do Estado. Essa norma equivale a uma orientação de subsidiariedade, no sentido de que permite à própria comunidade definir o escopo de sua competência, deixando à autoridade superior o que lhe exorbita a capacidade.

Mas, além disso, a Constituição espanhola admite inúmeras possibilidades de competências compartilhadas, que se exercem em diferentes níveis. Esse compartilhamento pode assumir formas diversas, tal como a repartição de funções (legislativa para o Estado e executiva para as comunidades autônomas) ou a divisão de atribuições dentro da mesma função (legislação básica para o Estado e específica para as comunidades autônomas) (LÓPEZ GUERRA, 2003, p. 326)²⁰⁰.

Há, ainda, duas hipóteses em que as comunidades autônomas recebem competências conferidas ao Estado (ESPAÑA, 1978, art. 150): *a*) mediante atribuição das *Cortes Generales* para que as comunidades autônomas disponham, por elas mesmas, de normas legislativas no marco dos princípios, bases e diretrizes fixadas por uma lei estatal (art. 150.1); e *b*) por transferência ou delegação às comunidades autônomas, mediante lei orgânica, de faculdades correspondentes a matéria de titularidade estatal, assim como dos meios financeiros necessários e desde que atendidas as formas de controle do Estado estipuladas (art. 150.2). Por outro lado, há um caso em que o Estado intervém nas competências das comunidades: as *Cortes Generales* podem aprovar leis, por maioria absoluta de cada Câmara, que estabeleçam princípios necessários

²⁰⁰ López Guerra (2003, p. 328) verifica que, apesar do art. 149.1 se referir a competências “exclusivas” do Estado, a intensidade dessa reserva estatal varia notavelmente: em algumas é, realmente, exclusiva; mas, na maioria dos casos, se configuram como competências compartilhadas, “de forma que, sobre a mesma matéria, o poder estatal se exerce junto do poder das comunidades autônomas”.

para harmonizar disposições normativas das comunidades autônomas, mesmo em matérias da competência destas, se assim o exigir o interesse geral (ESPANHA, 1978, art. 150.3).

Desse modo, embora não se possa concluir por uma adoção implícita do princípio da subsidiariedade na Constituição espanhola de 1978, a estrutura de repartição de competências do Estado autonômico contém elementos que propiciam uma aplicação pontual da subsidiariedade. Para tanto, contudo, seria preciso que o princípio ganhasse desenvolvimento nas leis e estatutos que fixam as competências das comunidades autonômicas e na legislação que regula outros possíveis mecanismos de compartilhamento de competências, alguns deles previstos na própria Constituição.

3.3.2.2 O princípio da subsidiariedade no Estado regional italiano

Por meio de uma Lei Constitucional, aprovada em 18 de outubro de 2001, a Itália promoveu a inserção do princípio da subsidiariedade em sua Constituição, tanto na modalidade sociopolítica (subsidiariedade horizontal) quanto na organizatória (subsidiariedade vertical), voltada para o âmbito da organização interna do Estado. As duas acepções estão presentes na nova redação do art. 118 e a última também no art. 120. Esses dispositivos integram o Título V (Regiões, Províncias e Comunas) da Parte II (Organização da República)²⁰¹.

Porém, ao fazê-lo no mesmo dispositivo (art. 118), a Constituição deixa claro que essas acepções, embora distintas, são interdependentes. Para Pastori (2005, p. 43), as duas modalidades do princípio correspondem a uma exigência comum de realizar a proximidade das instituições aos cidadãos no exercício e no desenvolvimento das funções públicas e, com isso, também a participação dos cidadãos no exercício destas. Além disso, para o autor, a subsidiariedade vertical concorre para promover e fazer atuar a subsidiariedade horizontal, pois a atribuição das funções administrativas às instituições de base possibilita o exercício daquelas por parte das famílias e outras formações sociais (PASTORI, 2005, p. 44).

²⁰¹ A primeira menção ao princípio da subsidiariedade na legislação italiana pode ser encontrada na reforma Bassanini, de cunho descentralizador, especialmente na Lei nº 59, de 1997, que realizou uma ampla delegação de funções administrativas do nível estatal para as autonomias territoriais (DE MARCO, 2005, p. 6).

Observa De Marco (2005, p. 3) que os novos preceitos constitucionais colocam-se em sobreposição com o tradicional princípio da autonomia, presente na Constituição de 1947, tanto na expressão da autonomia pública quanto na da autonomia privada. Nos dois casos, percebe-se a influência das novas orientações provenientes da União Européia e de um ajustamento à economia globalizada, que exigem uma releitura do princípio da autonomia, para sintonizá-lo com a subsidiariedade.

O artigo 118, última alínea, da Constituição italiana, estabelece que o Estado, regiões, cidades metropolitanas, províncias e comunas devem favorecer a iniciativa autônoma dos cidadãos e indivíduos pelo desenvolvimento de atividades de interesse geral, sobre a base do princípio da subsidiariedade (ITÁLIA, 1947, art. 118). Com isso, pretende-se conferir aos particulares a preferência no desenvolvimento das atividades, atuando o poder público apenas se nenhum daqueles puder chegar a resultados adequados.

De Marco (2005, p. 13) registra, contudo, que os preceitos que compunham a denominada constituição econômica, nas escolhas dos constituintes de 1947, eram marcadamente publicistas, embora reconhecessem o papel da iniciativa privada. Uma série de fatores, entre eles a crise do Estado social, o progressivo influxo do direito comunitário e a nova cultura do mercado, que faz da competição um valor primário, exigiram uma nova compreensão dos relacionamentos econômicos entre público e privado. Para o autor, a “dimensão privatística” passa a prevalecer, no quadro de uma interpretação evolutiva da constituição econômica, que muito pouco conserva do seu significado original (DE MARCO, 2005, p. 14). O princípio da subsidiariedade atua, então, como um elemento que contribui para a nova maneira de entender essa dinâmica dos relacionamentos econômicos.

Um ajuste de compreensão deve ser promovido também na autonomia pública, afetada pela adoção da subsidiariedade vertical, cuja aplicação se refere, conforme as modificações constitucionais realizadas, às funções administrativas. O princípio se fez expressamente presente em dois dispositivos. O artigo 118, primeira alínea, determina que as funções administrativas sejam atribuídas às comunas, a não ser que, para assegurar o exercício unitário, sejam conferidas às províncias, cidades metropolitanas, regiões e Estado, sobre a base dos princípios da subsidiariedade, diferenciação e adequação.

Observa Pastori (2005, p. 44) que esse dispositivo adota a subsidiariedade vertical, cujo núcleo essencial é a atribuição de responsabilidades e funções

públicas, prioritariamente, às instituições mais próximas do cidadão (no caso, a comuna). Desse modo, às instituições de nível superior essas funções são atribuídas em via subsidiária e especial.

Outra interessante característica do dispositivo em exame é a aplicação conjunta dos princípios da subsidiariedade, diferenciação e adequação. Defende Violini (2005, p. 60) que a referência a essa tríade de princípios não pode ser lida como se implicasse três diferentes avaliações, mas deve ser entendida segundo um encadeamento lógico, de forma que a alocação mais adequada das funções seja aquela que permitirá uma melhor aplicação da subsidiariedade, o que leva à necessidade de acentuar a necessidade de medir o dado normativo à realidade de fato, do que decorrem as diferenciações, conforme a região²⁰².

O artigo 120, segunda alínea, por sua vez, admite que o Governo possa substituir os órgãos regionais e outros entes territoriais nos casos de desrespeito a norma, tratado internacional ou normativa comunitária, de perigo grave à incolumidade e segurança públicas, ou quando o requererem a tutela da unidade jurídica ou econômica e, em particular, a tutela do nível essencial de prestações concernentes ao direito civil e social. Para tanto, prevê que a lei definirá os procedimentos aptos a garantir que os poderes substitutivos sejam exercidos com respeito aos princípios da subsidiariedade e da leal colaboração (ITÁLIA, 1947, art. 120).

Lembra De Marco (2005, p. 4) que o quadro constitucional traçado pelos constituintes de 1947 se apoiava sobretudo no princípio da autonomia expresso no artigo 5º da Constituição italiana, no qual se fixava a característica unitária da República, com a determinação de reconhecer e promover a autonomia local. A partir dessa disposição, a organização italiana se articulava segundo um processo descendente de delimitação de poderes, de um nível superior a um nível inferior do poder, e um sistema constitucionalizado de autonomias, que contemplava não só as regiões, mas também as comunas.

A partir da mudança constitucional, segundo o autor, passa a ser necessário compatibilizar esse sistema com os cânones do princípio da subsidiariedade,

²⁰² Não obstante, a autora observa que as escolhas das regiões têm sido caracterizadas por um baixíssimo grau de diferenciação, não se distinguindo muito daquela da época em que era feita pelo Estado. Para ela, isso demonstra que o centralismo ainda é a cultura dominante na Itália (VIOLINI, 2005, p. 62).

que pretendem uma República “construída a partir de baixo”. Em sua ótica, isso significa associar uma idéia de “residualidade” das funções alocadas ao nível mais próximo da base social, ou seja, à comuna, tal qual expressa o novo art. 118, primeira alínea, da Constituição. De certo modo, essa perspectiva já vinha sendo obtida por uma interpretação evolutiva, sustentada na doutrina e na jurisprudência da Corte Constitucional, pela qual a comuna era concebida como o ente mais representativo dos interesses gerais da coletividade.

Lembra o autor, ainda, que a compatibilidade entre os princípios da autonomia e da subsidiariedade pode ser identificada no fato de que este último prefigura, em uma visão dinâmica, um arranjo móvel de competências, que ora joga a favor da descentralização, ora atua em prol da centralização, tendo por base avaliações sobre a adequação do exercício de uma função em um ou outro nível. Desse modo, conclui que os princípios “tendem a se compor, a partir de formas de relacionamento entre os níveis de governo territoriais que superem a rigidez dos modelos convencionais pré-constituídos e das esquematizações conceituais” (DE MARCO, 2005, p. 11, tradução nossa).

Tal como no caso da Constituição portuguesa, a inserção do princípio da subsidiariedade na Constituição italiana demanda um grande esforço de sistematização com princípios constitucionais construídos pela histórica forma de organização do país. Sob um ângulo negativo, é provável que se possa identificar nesses processos uma espécie de importação do princípio adotado na União Européia, sem a necessária correspondência na prática constitucional dos Estados²⁰³. Sob um aspecto positivo, talvez se possa encontrar aí os influxos de uma retomada de competências para as coletividades territoriais mais próximas do cidadão, o que lhe possibilitaria maior influência nas decisões políticas e maior ajustamento das políticas públicas às diversidades regionais.

Com efeito, atesta Pastori (2005, p. 45) que os primeiros anos de vigor da reforma constitucional dão sinais de que o legislador não recolheu as novas indicações²⁰⁴. Assim, prossegue alocando as funções administrativas com prevalência para as competências do centro, muitas vezes até em sobreposição

²⁰³ De certo modo reconhecendo esse aspecto, Violini (2005, p. 64) relata que o princípio da subsidiariedade era desconhecido nos ordenamentos europeus até o Tratado de Maastricht, sendo dali transferido para os debates nacionais, onde enfrenta dificuldades equivalentes para firmar sua atuação jurídica.

²⁰⁴ Não obstante, o autor dá notícia da aprovação da Lei nº 131, de 2003 (Lei La Loggia), para a adequação da legislação ao novo Título V da Constituição, que dita princípios e critérios coerentes com as normas constitucionais para o relacionamento das funções administrativas (PASTORI, 2005, p. 45).

às decisões dos entes autônomos territoriais²⁰⁵. Quanto à subsidiariedade horizontal, o legislador mostra disposição de anexar, ao âmbito dos sujeitos públicos, instituições privadas que devem ser consideradas mera expressão de realidades coletivas locais.

Na Itália, a jurisprudência mostrou-se mais afeta à subsidiariedade horizontal do que à vertical, embora tenha dado interpretações inovadoras a ambas. Pastori (2005, p. 47) analisa essa jurisprudência a partir de sentenças da Corte Constitucional de 2003. Nas sentenças nº 300 e 301, discutia-se uma disposição legal (art. 11 da Lei nº 448, de 2001) que visava transformar as fundações de origem bancária em entidades auxiliares dos entes territoriais e locais. A decisão, contudo, firmou a natureza formal e substancialmente privada das fundações, na medida em que essas entidades não lucrativas constituem uma expressão organizada das liberdades sociais. A sentença deu uma interessante configuração à subsidiariedade horizontal, ao atestar que as entidades sem fim lucrativo, com tarefas de utilidade social ou de promoção do desenvolvimento econômico, não pertencem à administração pública, embora desenvolvam atividade de interesse geral.

O autor vê duas interessantes conseqüências dessas decisões. Nelas, primeiramente, a subsidiariedade horizontal não se apresenta como uma maneira de redistribuir ou de reduzir as funções públicas, tal qual pretenderia uma matriz liberal. Além disso, as sentenças restringem a aplicação da subsidiariedade aos sujeitos sem fins lucrativos, portadores de liberdades sociais. Assim, o princípio encontra uma concretização própria, como manifestação da autonomia e da iniciativa privada, nos entes privados com finalidades públicas, entes a serviço da comunidade ou em relacionamento de colaboração com as instituições públicas territoriais (PASTORI, 2005, p. 49).

Na sentença nº 303, a Corte Constitucional tratou da subsidiariedade vertical, dirimindo controvérsia quanto à invasão das competências regionais pela Lei nº 443, de 2001, sobre a programação e execução de obras estratégicas de interesse nacional. Na ausência da competência legislativa do Estado, a Corte Constitucional entendeu que o princípio da subsidiariedade servia não só para legitimar a centralização das funções administrativas, mas também

²⁰⁵ Violini (2005, p. 59), após analisar algumas normas, também observa que não é fácil verificar que o princípio da subsidiariedade tenha sido efetivamente aplicado após a reforma constitucional.

para legitimar a mudança da função legislativa em direção ao Estado. Ou seja, entendeu a Corte que se o princípio da subsidiariedade governa as funções administrativas, de forma dinâmica e flexível, e comporta uma mudança de competências até o alto, o mesmo raciocínio deve incidir, por força do princípio da legalidade, na disciplina legislativa da matéria, que pode, então, ser ditada por lei nacional (PASTORI, 2005, p. 52)²⁰⁶.

Ressalvou a Corte, porém, que o princípio tem valor principalmente sobre o plano procedimental a respeito da repartição das funções e que, no caso de matéria de competência regional, a decisão deveria ser adotada mediante acordo entre o Estado e as regiões. Esse acordo deveria ser obtido ainda no processo legislativo, mas a Corte considerou suficiente que ele ocorresse durante a atuação da lei nacional. Conclui Pastori (2005, p. 54) que a Corte gerou uma criatura estranha, nem acordo administrativo, nem legislativo, que serve como uma forma de escamotear, mediante um suposto instrumento processual, a utilização de um critério de interesse nacional para a repartição de competências. Adverte o autor que esse procedimento somente seria admissível com uma câmara de representantes das regiões (Senado) adequadamente composta, de modo a garantir um relacionamento adequado entre as coletividades territoriais (PASTORI, 2005, p. 47)²⁰⁷.

Na verdade, trata-se de uma forma de a Corte possibilitar uma intervenção legislativa de caráter unitário (nacional) em um setor que a Constituição não admitiu expressamente. A Corte justifica, com a sentença nº 303, uma centralização de competências, tanto de índole administrativa quanto legislativa. Segundo Violini (2005, p. 71, tradução nossa), a Corte utilizou o princípio da legalidade como um instrumento de justificação para a “evocação ao centro, não apenas das funções administrativas, mas também das funções legislativas” e o princípio da subsidiariedade como um “superprincípio constitucional, aplicado de modo amplíssimo, em nome da natureza e da extensão do interesse de regulamentar”. Arremata a autora que a leitura da subsidiariedade vertical adotada pela Corte, ao invés de inspirar a favor da autonomia, parece consentir com a captura das competências regionais pelo Estado (VIOLINI, 2005, p. 72).

²⁰⁶ Para o autor, isso define um “paralelismo ao contrário”: antes se dizia que havia competência administrativa onde houvesse a legislativa; agora, se afirma o contrário, em nome da dinamicidade e flexibilidade do princípio da subsidiariedade (PASTORI, 2005, p. 53).

²⁰⁷ O autor entende que o atual modelo do Senado italiano não corresponde a essa necessidade e as reformas propostas sempre se configuram como “híbridas ou comprometidas” (PASTORI, 2005, p. 55).

Verifica-se que a jurisprudência italiana reforça a dupla dimensão do princípio da subsidiariedade. Com efeito, o princípio procura privilegiar as instituições mais próximas do cidadão, conferindo-lhes a competência até o limite de sua capacidade, mas ele também admite a intervenção da instituição de maior âmbito quando isso se mostrar necessário. Ao contrário das expectativas da doutrina, que esperava uma aplicação preponderantemente negativa (pela autonomia) do princípio, a partir de sua introdução no texto constitucional, a interpretação da Corte Constitucional demonstrou a possibilidade de uma aplicação positiva (pela intervenção) da subsidiariedade. Embora se possa avaliar como excessivamente centralista a posição da Corte, cumpre recordar sempre as duas dimensões do princípio, para evitar a frustração dos que propagam o princípio como sinônimo da descentralização de competências e do reforço às autonomias territoriais.

3.4 Confederação

3.4.1 Características da confederação

Embora tradicionalmente enquadrada como uma das formas de Estado, a confederação é, em verdade, uma associação de Estados, que conservam sua soberania, sob forma estável e mediante órgãos interestatais, para consecução de objetivos comuns, em geral relacionadas a defesa e segurança, ou a finalidades econômicas (BONAVIDES, 2001, p. 167; DURAND, 1965, p. 178, ZIMMERMANN, 1999, p. 14; 2002, p. 314)²⁰⁸.

A base jurídica da confederação é um tratado, da qual os Estados podem se desligar a qualquer tempo. Portanto, trata-se de um pacto contratual de direito internacional, que não cria novo poder estatal (DURAND, 1965, p. 178-179; BONAVIDES, 2001, p. 167)²⁰⁹. A modificação desse ato de base da confederação em geral exige a unanimidade dos Estados que a compõem, ou

²⁰⁸ Algumas das classificações das formas de Estado reúnem sob a rubrica *Estados compostos* (ou *união de Estados*) quatro espécies: união pessoal, união real, confederação e federação. As duas primeiras são tipicamente monárquicas (BONAVIDES, 2001, p. 161-167; DURAND, 1965, p. 177; ZIMMERMANN, 1999, p. 14; 2002, p. 312).

²⁰⁹ Conforme Bonavides (2001, p. 167) e Zimmermann (2002, p. 315), o corpo deliberativo de uma confederação, em geral, chama-se Dieta, é unicameral e composto por chefes de Estado ou embaixadores.

admite-se que a alteração se faça por maioria, ensejando o direito à secessão aos recalcitrantes (DURAND, 1965, p. 178).

Bonavides (2001, p. 167) expõe com propriedade as limitações do poder de uma confederação. Em primeiro lugar, ela “não cria nenhum poder estatal, nenhum ordenamento provido de *imperium* sobre os Estados participantes da comunhão [...], nenhum sujeito de direito, nenhum corpo dotado de órgãos e funções próprias, nenhum vínculo de direito público interno entre os Estados”. Assim, a confederação cria somente uma relação jurídica internacional, que equivale a um sistema de coordenação de vontades políticas, cuja base contratual se assenta sobre uma limitação consentida da soberania de cada Estado para consecução dos fins comuns.

Em segundo lugar, o poder da confederação lida com os Estados, e não com cidadãos, de modo que os órgãos instituídos não exercem nenhuma atribuição sobre os indivíduos. Isso porque a confederação não engendra uma cidadania e não constitui um poder estatal. Portanto, os cidadãos permanecem nacionais dos respectivos Estados confederados. Esclarece Durand (1965, p. 178) que para se impor uma obrigação (decorrente de uma decisão da confederação) aos indivíduos seria necessário votar uma lei em cada Estado. Em decorrência de sua natureza e objetivos, os atos da confederação em geral se projetam “para fora”, voltada às relações e negócios externos, e não “para dentro” dos Estados que a compõe (BONAVIDES, 2001, p. 167; ZIMMERMANN, 2002, p. 314).

3.4.2 Inaplicabilidade do princípio da subsidiariedade à confederação

O exame das características da confederação deixa antever que o princípio da subsidiariedade, na perspectiva de organização do Estado, não se aplica a ela. Dois pontos se mostram fundamentais para conduzir a essa conclusão.

O primeiro ponto é o fato de que os órgãos interestatais que resultam da confederação não constituem um poder de Estado, nem se inserem em uma estrutura de natureza estatal. Na verdade, esses órgãos tão-somente se encarregam de possibilitar a reunião e deliberação dos representantes dos Estados sobre os assuntos objeto do pacto. Aliado a isso, como visto, as deliberações adotadas não têm poder de *imperium* perante os Estados e não alcançam diretamente os indivíduos que neles residem. Ou seja, a implementação das decisões no âmbito dos Estados depende da incorporação da decisão adotada pela confederação no ordenamento de cada um deles.

Cabe lembrar, ainda, que essas decisões, em geral, têm por escopo relações ou negócios externos aos Estados, nos contornos definidos pelos objetivos do pacto firmado. Desse modo, não se pode dizer que da confederação decorra uma estrutura de níveis de autoridade e competências em matérias ou responsabilidades que se comuniquem no interior dos Estados-membros. Disso resultam desatendidos os parâmetros organizatórios do princípio, desde o primeiro, que demanda a existência de múltiplos níveis de decisão e funciona como um pressuposto do princípio.

3.5 O Estado federal

3.5.1 Origem do Estado federal

O Estado federal é criação dos norte-americanos, pela qual os Estados já independentes da supremacia real britânica (antigas colônias), decidiram fortalecer seus laços, sem, contudo, perder sua prerrogativa de auto-organização constitucional e governamental, nem permitir a prepotência de seus membros mais poderosos sobre os demais (MELLO, Oswaldo, 1937, p. 7-9). Para tanto, doze das treze repúblicas independentes (ausente a representação de Rhode Island) indicaram delegados a uma Convenção Federal, a fim de propor emendas ao instrumento que as reunia em confederação. Mas o resultado dos trabalhos, realizados entre maio e setembro de 1787, foi uma nova Constituição para os Estados Unidos da América, que se propôs a substituir os Artigos da Confederação, firmados em 1781, após a independência (LIMONGI, 2003, p. 245). Essa Constituição estruturou uma nova forma de Estado, intermediária entre as formas de organização política até então conhecidas, o Estado unitário e a confederação (ZIMMERMANN, 1999, p. 39).

Desde antes, Montesquieu (2000, p. 141) já havia teorizado a necessidade da união de Estados em uma república federativa, que definiu como “uma convenção segundo a qual vários Corpos políticos consentem em se tornar cidadãos de um Estado maior que pretendem formar”. Para o autor, essa associação permitiria reunir “as vantagens internas do governo republicano e a força externa da monarquia”. Assim, a república federativa conseguiria fazer subsistir o espírito da monarquia para a guerra e crescimento e o espírito da república para a paz e a moderação (MONTESQUIEU, 2000, p. 143). Os norte-americanos decidiram pôr em prática essa lição, para atender a seis finalidades, que registraram no preâmbulo da Constituição: constituir uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar

a tranqüilidade doméstica, providenciar a defesa comum, promover o bem-estar geral e assegurar as bênçãos da liberdade (WRIGHT, 1984, p. 23). Mas o fizeram de forma inovadora, sobretudo para superar as deficiências da confederação até então vigente, especialmente a limitação de impor as leis diretamente aos cidadãos dos Estados-membros (HAMILTON; MADISO; JAY, 1984, nº 16, p. 187)²¹⁰.

Desse modo, a maior inovação do Estado federal, então concebido, residiu no fato de que a ação do governo central não se restringia a alcançar os Estados-membros, como na confederação, mas se estendia diretamente aos indivíduos, fazendo com que convivessem dois entes estatais de estatura diversa no mesmo território, com a órbita de ação definida pela Constituição Federal (BONAVIDES, 2001, p. 180; LIMONGI, 2003, p. 248)²¹¹. Disso resultou a convivência de pelo menos duas ordens jurídicas em cada Estado-membro: a central, cuja validade se estende a todo o território da União; e a própria daquela unidade federada (HORTA, 2002a, p. 465-466). Essa dualidade distingue o Estado federal do unitário²¹² e do regional, que se caracterizam pela unidade da ordem jurídica.

Vale lembrar a advertência feita por Dallari (1986, p. 7), de que, tecnicamente, o Estado federal corresponde à espécie de forma de Estado inaugurada pelos norte-americanos²¹³, embora muitas vezes o termo *federação* seja empregado em sentido genérico²¹⁴ e impreciso para significar qualquer aliança

²¹⁰ Para os defeitos da confederação, ver Hamilton, Madison e Jay (1984, nº 15, p. 179, e nº 21, p. 217). Sobre as razões de sua ineficácia, consultar Almeida (2005, p. 21) e Durand (1965, p. 178).

²¹¹ Segundo Almeida (2005, p. 17), a novidade “transcendeu os limites do pensamento político anterior e passou a representar uma alternativa para o modelo de autoridade política centralizada, desenvolvido durante a Revolução Francesa”.

²¹² A unidade do sistema jurídico nos Estados unitários é acentuada por Bonavides (2001, p. 151) e Zimmermann (2002, p. 311).

²¹³ No mesmo sentido, Bothe (1995, p. 4) afirma que “a federação moderna é uma invenção dos pais da Constituição americana”. Também Silva (2002, p. 99, grifos do original) lembra que “o *federalismo*, como expressão do Direito Constitucional, nasceu com a Constituição norte-americana de 1787. [...] Quando se fala em federalismo, em Direito Constitucional, quer-se referir a uma *forma de Estado*, denominada *federação* ou *Estado federal*, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa”.

²¹⁴ Bothe (1995, p. 5) ressalva que as tentativas de definir a federação em termos estritamente conceituais foram feitas por diversas vezes sem sucesso. Assim, observa, a definição da federação como um Estado composto por outros Estados leva à questão subsequente sobre o que constitui o caráter essencial dos Estados-membros e aí já não é mais cabível nenhuma afirmação genérica razoável. A única afirmação possível é que os Estados-membros devem representar um *contrapeso* perante o Estado central. Mas a intensidade desse contrapeso não pode ser apreendida conceitualmente, pois é produto histórico da tensão entre forças políticas opostas de integração (centrípetas) ou desintegração (centrífugas) num determinado espaço geográfico.

de Estados²¹⁵, como as que existiram na Antigüidade, na Idade Média ou nos primeiros séculos da Era Moderna. Em igual sentido, registra Wright (1984, p. 49) que a confusão terminológica não é recente, pois existiram ligas ou confederações “a muitas das quais fora aplicado o qualificativo federal, desde os tempos dos gregos; todavia, antes de 1787 não existiam nem a substância do federalismo [...], nem a teoria, tal como veio a ser entendida”.

Com efeito, o federalismo foi utilizado para denominar diversas formas de associação de Estados existentes no passado e algumas atualmente empregadas²¹⁶. Assim, por exemplo, para Salgado (2000, p. 50), a origem do federalismo remonta a épocas antigas, anteriores até à invenção do termo federal²¹⁷. Por sua vez, Zimmermann (1999, p. 5) discorre sobre a trajetória histórica do federalismo “entendido em seu sentido *lato*, tanto para federação quanto para confederação, desde a Antigüidade até os nossos dias atuais, finalizando com uma singela observação a respeito do caráter federativo da União Européia” (ZIMMERMANN, 1999, p. 5)²¹⁸.

²¹⁵ Para Durand (1965, p. 174-175), a federação distingue-se da aliança, pois aquela não é uma simples relação jurídica criadora de obrigações mútuas entre associados, mas uma coletividade pública estável, duradoura e organizada, constituída como pessoa jurídica ativa, que possui órgãos que podem tomar decisões que produzam efeitos jurídicos para os membros do grupo.

²¹⁶ Baracho (1982, p. 11) informa que a *idéia federativa* é apontada nas sociedades políticas mais antigas, apesar de muitos defenderem que o Estado federal só ter surgido com a Constituição Americana de 1787. Almeida (2005, p. 19) distingue o aparecimento do Estado federal, que se deu nos Estados Unidos, do surgimento do *ideal federativo*, cujo impulso associativo presidiu, desde a Antigüidade, a constituição de alianças entre nações independentes quando isso se mostrava conveniente por razões de segurança ou de ordem econômica. Alerta a autora, contudo, que as associações anteriores à norte-americana jamais constituíram um autêntico Estado federal, equivalendo, antes, a confederações.

²¹⁷ Salgado (2000, p. 59) lembra que federalismo provém do termo latino *foedus*, que significa pacto ou contrato. Embora advirta que não há definição de federalismo que seja plenamente satisfatória, pela dificuldade de relacionar as formulações teóricas e a prática dos modelos federais, define-o como o “modo de organização política que vincula unidades distintas em um sistema global, permitindo, ao mesmo tempo, que cada uma mantenha sua integridade política fundamental” (SALGADO, 2000, p. 49).

²¹⁸ Essa trajetória está descrita no capítulo 10 da obra, denominado *Aspectos históricos do federalismo* (ZIMMERMANN, 1999, p. 217-240). Nele, são contempladas como experiências federativas *lato sensu*: a Confederação das Tribos de Israel (século XIII antes de Cristo); as Ligas da Grécia Antiga; a Confederação Helvética; as Províncias Unidas dos Países Baixos (séculos XVII e XVIII); o Federalismo na América Latina (tentativa frustrada de Simon Bolívar), Alemanha, Argentina e Canadá; e o Federalismo na União Européia. Nos capítulos 11 e 12 são descritos, ainda, os federalismos norte-americano e brasileiro.

Observe-se que esta dissertação utiliza as expressões *federação* e *Estado federal* em sentido estrito, como uma das espécies de forma de Estado, salvo quando houver ressalva expressa pela adoção de outro sentido.

3.5.2 Características principais do Estado federal

Não é unânime a enumeração das características distintivas do Estado federal, sobretudo em face das inúmeras variações adotadas nos diferentes países que se enquadram nessa espécie. Por essa razão, enumeramos a seguir um conjunto básico de características qualificadoras do Estado federal²¹⁹.

A primeira delas é que, enquanto na confederação os Estados acham-se ligados por um tratado, do qual podem se desligar a qualquer momento, na federação os Estados-membros aceitam uma Constituição comum e só conservam os poderes que esta lhes assegura. A estrutura federal torna-se indissolúvel, pois não há direito de secessão²²⁰, e admite-se a possibilidade de intervenção federal para salvaguarda da unidade²²¹. Os Estados federados dão origem ao um novo Estado, o único detentor de soberania, e passam a ser titulares, tão-somente, de autonomia (DALLARI, 1986, p. 17)²²².

De início, entendia-se admissível a coexistência de soberanias do Estado federal e dos Estados-membros, mas essa posição foi superada, pois a integração dos entes federados em um só Estado enseja que somente este conserve a soberania (HORTA, 1964, p. 44)²²³. A autonomia constitui elemento essencial à configuração de uma federação, traduzindo-se na “capacidade para expedir

²¹⁹ Horta (2002a, p. 307) observa, após relacionar requisitos que entende necessários à caracterização do Estado federal observa que a reunião deles “não se realiza homoganeamente nas formas reais de Estados Federais”, pois há casos em que a lista é integralmente atendida, mas há casos de atendimento parcial, com ênfase em algum requisito e diluição de outros. Além disso, a configuração desses requisitos não é uniforme, dando origem a múltiplos modelos de federalismo.

²²⁰ A ausência do direito de secessão é apontada como elemento característico do Estado federal por Almeida (2005, p. 26), Ferreira Filho (2007, p. 54) e Zimmermann (1999, p. 37).

²²¹ Segundo Ferreira Filho (2007, p. 66), a intervenção federal consiste “em assumir a União, por delegado seu, temporária e excepcionalmente, o desempenho de competência pertencente a Estado-membro”.

²²² Conforme Silva (2002, p. 100), a soberania é o “poder supremo consistente na capacidade de auto-determinação” e a autonomia é o “governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal”.

²²³ Sobre o tema, consultar Almeida (2005, p. 25), Dallari (1986, p. 15-18) e Oswaldo Mello (1937, p. 20).

as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos” (HORTA, 2002a, p. 364).

Ferraz (1979, p. 53) define a autonomia federativa como a capacidade “que tem as partes de um mesmo povo de organizar a sua vida própria, política e administrativa, dentro dos princípios constitucionais da União”. Essa capacidade desdobra-se em quatro aspectos essenciais: a capacidade de auto-organização, a capacidade de autogoverno, a capacidade de autolegislação e a capacidade de auto-administração (FERRAZ, 1979, p. 54).

O elemento mais relevante da autonomia federativa é a auto-organização dos Estados-membros, que representa “a capacidade atribuída à unidade federada para dar-se uma Constituição particular”, cujo conteúdo compreende a formação e a organização dos poderes públicos (FERRAZ, 1979, p. 54)²²⁴. Lembra a autora que a Constituição escrita como instrumento de auto-organização das unidades federadas tem raízes históricas, pois os Estados livres e independentes que formaram o primeiro Estado federal, os Estados Unidos da América, já se organizavam por meio de Constituições próprias. Assim, passaram a coexistir a Constituição Federal e as Constituições Estaduais, como dado fundamental da organização política do modelo de Estado criado pela Constituição de 1787 (FERRAZ, 1979, p. 55).

Por essa razão, a autonomia federativa está vinculada à idéia de pluralidade de ordenamentos jurídicos (HORTA, 1964, p. 27-29). Conforme a concepção de Kelsen (2003, p. 53), o Estado federal apresenta-se como ordenamento jurídico descentralizado, de modo que, com base numa Constituição *total* que distribui as competências, vigoram duas espécies de ordenamentos parciais: um ordenamento parcial com validade para todo o território e vários ordenamentos parciais com validade apenas para partes do território. Desse modo, Kelsen (2003, p. 58) identifica três âmbitos normativos característicos da estrutura do Estado federal²²⁵: *a*) a Constituição *total*, que contém ao mesmo tempo a Constituição Federal e os traços fundamentais das constituições dos Estados-membros; *b*) o ordenamento da União, constituído por normas de direito material no âmbito da competência federal objetiva; e *c*) o ordenamento de cada Estado-membro, constituído pela constituição que é instituída por ele

²²⁴ Ensina Horta (1964, p. 41) que “a Constituição é dado do poder de auto-organização, que não dispensa a idéia de plenitude das funções estatais”.

²²⁵ Sobre a concepção de Kelsen, ver Horta (1964, p. 28-29).

autonomamente e pelas normas de direito material adotadas no âmbito de sua competência.

Observe-se, porém, que a Constituição *total* e a Constituição Federal, tal qual concebidas por Kelsen (2003), fundem-se, na prática, em um só documento constitucional²²⁶, que adota, usualmente, o nome desta última. A Constituição Federal é proveniente de um poder constituinte originário e a Constituição de cada Estado-membro de um poder constituinte derivado-decorrente.

O poder constituinte **originário** é o encarregado de estabelecer a Constituição Federal. Ele cria a ordem jurídica na qual encontrarão fundamento as instituições do Estado e é, portanto, o suporte lógico e a justificativa da superioridade da Constituição Federal, que não pode ser modificada pelos poderes por ela constituídos, a não ser na forma que ela mesma prevê. Atua, comumente, nos Estados que adotam Constituições escritas rígidas. Tem por características ser incondicionado (não está sujeito a forma prefixada para manifestar sua vontade) e ilimitado (não se submete ao direito positivo anterior). Não obstante, encontra limites impostos pelos dados naturais, antropológicos e culturais (GRUPENMACHER, 1996, p. 274).

O poder constituinte **derivado** (ou instituído) divide-se em duas espécies: de reforma e decorrente. O poder constituinte **de reforma** tem por objetivo permitir a mudança e adaptação da Constituição a novas necessidades, a novos impulsos ou novas forças, dentro da mesma ordem jurídica. Além de derivado (secundário), é subordinado (obedece às prescrições de fundo estabelecidas como limitação ao seu alcance) e condicionado (segue um procedimento especial, que é fixado pela própria Constituição) (FERREIRA FILHO, 1974, p. 156). O poder constituinte **decorrente** tem por tarefa estabelecer a Constituição dos Estados componentes da federação. Sua função dirige-se à estruturação e organização de um Estado-membro, mediante institucionalização de sua ordem jurídica interna (FERRAZ, 1979, p. 58). Esse poder, entretanto, é juridicamente limitado, pois encontra seu fundamento na Constituição Federal, de modo que seu exercício está sujeito aos contornos jurídicos por ela impostos (FERRAZ, 1979, p. 66; FERREIRA FILHO, 2007, p. 57).

²²⁶ Horta (2002, p. 285, grifo do autor) observa que “se o ordenamento jurídico federal não oferece esse conjunto de documentos constitucionais, a análise de Kelsen apresenta, todavia, aspecto positivo por ter despertado a atenção para a existência de *normas centrais* na Constituição Federal”.

Contudo, além da capacidade de auto-organização, aos Estados federados também deve ser garantida a participação nas decisões do poder central. Tal participação poderá ocorrer por três vias:

a) composição de uma câmara de representação dos Estados-membros no Poder Legislativo federal, denominada câmara alta, Senado ou Conselho de Estados²²⁷. Essa assistência dos entes federados previne excessos do governo central contra os governos locais e contrabalançam os poderes dos Estados mais populosos (MELLO, Oswaldo, 1937, p. 107), uma vez que a outra câmara, de representação popular, em geral é formada atendendo a certa proporcionalidade com a população de cada Estado-membro²²⁸;

b) interferência no processo de modificação da Constituição Federal²²⁹. Almeida (2005, p. 28) lembra que essa modalidade de participação pode-se dar pela possibilidade de iniciativa ou pela necessidade de aprovação para que as emendas entrem em vigor. Nesse último caso, constitui uma garantia das atribuições dos Estados-membros e evita movimentos centralizadores (MELLO, Oswaldo, 1937, p. 107);

c) eleição do chefe de Estado e de governo²³⁰. Observe-se, porém, que grande parte dos países tem preferido como método de escolha a eleição direta.

Finalmente, o Estado federal demanda a existência de um tribunal federal, encarregado, pelo menos, das seguintes funções: dirimir conflitos de competências, provenientes da repartição de atribuições entre a União e os Estados-membros; verificar da compatibilidade dos ordenamentos jurídicos com as normas da Constituição Federal, em especial no que diz respeito aos limites impostos às Constituições Estaduais; aferir a necessidade de intervenção federal, quando pertinente (FERREIRA FILHO, 2007, p. 61).

²²⁷ Baracho (1982, p. 51) classifica essa forma de participação como *indireta*.

²²⁸ Almeida (2005, p. 28, nota 3) registra como exceções ao bicameralismo o Paquistão e Camarões. Por outro lado, Oswaldo Mello (1937, p. 30) assegura que inúmeros Estados unitários também admitem que suas províncias participem das decisões do Estado através do Senado.

²²⁹ Baracho (1982, p. 51) classifica essa forma de participação como *direta*.

²³⁰ Ferreira Filho (2007, p. 61) lembra da eleição do chefe de Estado e de governo nos Estados Unidos da América.

3.5.3 Processos de formação

Os Estados federais resultam, basicamente, de dois processos históricos de formação (FERREIRA FILHO, 2007, p. 56; ZIMMERMANN, 2002, p. 321). O primeiro desses processos é o federalismo **por agregação**, pelo qual a federação decorre da reunião de Estados preexistentes e soberanos, que decidem reunir-se e criar um novo Estado federal, que os sobrepõe, de modo que somente este mantém a soberania e aqueles se tornam suas unidades integrantes autônomas²³¹. A formação dos Estados Unidos da América é o caso clássico desse processo, que também tem como exemplos a Alemanha e a Suíça. Nesses três casos, a federação sucedeu antigas confederações (ZIMMERMANN, 2002, p. 322).

O outro processo é o do federalismo **por segregação**, no qual um Estado unitário, por decisão do poder constituinte, motivada por necessidade política ou de maior eficiência, descentraliza-se e eleva suas subdivisões, até então de natureza meramente administrativa, à categoria de Estados-membros detentores de autonomia federativa (FERREIRA FILHO, 2007, p. 56; ZIMMERMANN, 1999, p. 54, 2002, p. 321). Esse foi o caso brasileiro, pois a proclamação da República não só adotou essa forma de governo como também transformou o antigo Estado unitário do Império em um Estado federal, operando a simultânea promoção das províncias a Estados-membros (FERRAZ, 1979, p. 82; HORTA, 2002a, p. 321).

Observa Ferreira Filho (2007, p. 56) que, embora o resultado dos dois processos seja o mesmo (a estrutura federativa), os Estados federais que resultaram de uma agregação “resistem melhor a universal tendência para a centralização que hoje se registra, motivada especialmente pela intervenção do domínio econômico (desenvolvida o mais das vezes pela União)”.

A propósito, é interessante a observação de Sommermann (2003, p. 2281), segundo a qual o federalismo se desenvolve sempre em um paralelogramo de forças centrípetas e forças centrífugas. A tendência dominante é centrípeta (em prol da unidade), tal qual originalmente ocorreu nos Estados Unidos da América, quando os vários Estados, então reunidos em confederação, formaram um só Estado federal. Não obstante, tão logo estabelecido o novo Estado, o princípio federalista passa a ser invocado, com frequência, na direção cen-

²³¹ Conforme Sommermann (2003, p. 2280, tradução nossa), “por federalismo se entende, tradicionalmente, um princípio organizativo segundo o qual dois os mais Estados formam uma unidade superior”.

trífuga, “para defender ou fortalecer a autonomia dos Estados membros da federação” (SOMMERMANN, 2003, p. 2.281)²³².

Essa observação, válida para os Estados federais formados por agregação, encontra ressonância, até com mais intensidade, nas federações formadas por segregação. Afinal, nestas, a circunstância de terem sido provenientes de um Estado unitário mantém firmes as forças centrípetas e o processo de federalização acentua (ou pretende acentuar) as forças centrífugas que se contrapõem àquelas²³³.

De todo modo, observa Bothe (1995, p. 5), o federalismo é uma *question of degree*, cujo critério essencial está nas possibilidades de solução que oferece para um problema histórico-político relacionado ao conceito do moderno Estado territorial, a saber, a existência de forças políticas opostas de integração e de desintegração num determinado espaço geográfico. Sua finalidade é simultaneamente gerar e manter tanto a unidade quanto a diversidade. Por isso, a tarefa de equilibrar as forças presentes num dado contexto não se coloca apenas na criação de uma federação, mas continuará existindo e marcando seu desenvolvimento, razão pela qual o federalismo deve ser visto como um conceito dinâmico, porque “não existe ‘o federalismo’, mas um federalismo ‘atual’ em determinada federação” (BOTHE, 1995, p. 6).

3.5.4 Repartição de competências

O federalismo demanda uma divisão do poder, principalmente entre o ente central (União) e os Estados-membros, mas também com os Municípios²³⁴. Na lição de Silva (2002, p. 494), poder significa “a porção de matérias que a Constituição distribui entre as entidades autônomas e que passam a compor seu campo de atuação governamental, suas áreas de competência”. Então, a competência determina a “esfera delimitada de poder que se outorga a um

²³² Segundo o autor, esse é o caso da Alemanha, onde, quando se fala do fortalecimento do federalismo, se aspira a um aumento da esfera de competências e do peso político dos *Länder* (SOMMERMANN, 2003, p. 2.281).

²³³ Pode-se atribuir a isso o fato de que, no Brasil, o estudo da federação praticamente não a apresenta como um fenômeno de centralização, mas tão-somente de descentralização do poder, o que não faz jus à sua origem histórica.

²³⁴ Para Ferreira Filho (2007, p. 55), essa repartição com os Municípios se dá excepcionalmente. Contudo, a Constituição brasileira de 1988 elevou o Município à categoria de ente federativo.

órgão ou entidade estatal, mediante a especificação de matérias sobre as quais se exerce o poder de governo” (SILVA, 2002, p. 494).

Portanto, a divisão de poderes opera-se principalmente pela repartição de competências, que representa “o ponto fulcral a ser considerado em uma Constituição Federal” (BARACHO, 1997, p. 61). Afinal, observa Horta (2002a, p. 308) “a decisão a respeito da repartição de competências condiciona a fisionomia do Estado federal, para determinar os graus de centralização e de descentralização do poder federal”²³⁵.

Ainda conforme Horta (2002a, p. 308), as formulações constitucionais de repartição de competências podem ser reduzidas a dois modelos principais, que qualifica como clássico e moderno. Ferreira Filho (1997, p. 150; 2007, p. 56) denomina esses modelos, respectivamente, de federalismo dual e de federalismo cooperativo²³⁶. Mas tanto em uma denominação, quanto na outra, os modelos correspondem à aplicação de técnicas distintas de repartição de competências: a horizontal e a vertical (ALMEIDA, 2005, p. 33).

3.5.4.1 A repartição horizontal de competências e o federalismo dual

O modelo clássico foi inaugurado pela Constituição dos Estados Unidos da América e praticado em outros países, principalmente nos séculos XVIII e XIX. Nele, atua a repartição **horizontal** de competências, que opera a separação radical de competência entre os entes federativos, por meio da atribuição a cada um deles de uma área própria, denominada competência privativa ou exclusiva²³⁷, consistente em toda uma matéria (do geral ao particular), com exclusão da participação dos demais (FERREIRA FILHO, 1997, p. 151; 2007, p.

²³⁵ Para o autor, a repartição de competências é “a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal” (HORTA, 2002a, p. 311). Ele recorre, ainda, a outras qualificações, atribuídas à repartição de competências por estudiosos do federalismo, para demonstrar a sua importância: *a chave da estrutura do poder federal* (Karl Loewenstein), *o elemento essencial da construção federal* (Claude-Sophie Douin), *a grande questão do federalismo* (Jean François Aubert) e *o problema típico do Estado Federal* (Pablo Lucas Verdú). (HORTA, 2002a, p. 308).

²³⁶ Além dos tipos dual e cooperativo, Ferreira Filho (2007, p. 57) registra que se chegou a falar no Brasil, sob a égide da Constituição de 1967, de um federalismo *de integração*, que acentuaria os traços do cooperativo, mas com tendência a uma sujeição do Estado-membro à União. Entende, contudo, que seria ele um passo no sentido da substituição do Estado federal por um Estado unitário descentralizado.

²³⁷ Para Silva (2002, p. 478, nota 5), a competência *privativa* é delegável e a competência *exclusiva* é indelegável. Porém, Almeida (2005, p. 80) se insurge contra essa distinção, entendendo se tratarem de sinônimos, que designam “as competências próprias de cada entidade federativa”.

55)²³⁸. Nesse sentido, pode-se dizer que a repartição horizontal opera uma repartição material das competências²³⁹.

No modelo norte-americano, as competências da União estão expressamente relacionadas na Constituição – competências **enumeradas** – e aos Estados-membros correspondem todas aquelas que não são atribuídas à autoridade federal nem vedadas às autoridades estaduais – competências **remanescentes** –.

Explica Schwartz (1993, p. 9) que a preocupação dominante dos autores da Constituição Federal era assegurar que o governo federal não fosse tão poderoso que tragasse os Estados que comporiam a nação. Para tanto, limitaram o governo federal a uma lista específica de poderes essenciais a seu funcionamento efetivo, enumerados na Constituição, ao mesmo tempo em que reservaram todo o resto de autoridade aos Estados. O que era necessário, na visão dos *founding fathers*, era que cada governo se limitasse a sua própria esfera e, dentro desta esfera, fosse independente do outro.

O constituinte norte-americano não viu necessidade de enumerar os poderes dos Estados-membros, pois pressupôs a preexistente organização desses entes (HORTA, 2002a, p. 309). Contudo, como surgiram dúvidas sobre a questão, sobreveio a Décima Emenda, ratificada em 1791, cujo texto expressamente estabelece que “os poderes que não tenham sido delegados aos Estados Unidos pela Constituição e não tenham sido proibidos por ela aos Estados serão reservados, respectivamente, aos Estados ou ao povo” (ALMEIDA, 2005, p. 48; SCHWARTZ, 1993, p. 13).

Em vista dessa separação estanque de competências entre as duas esferas federativas, de modo que uma não pode participar na outra, é que se denomina esse modelo de **federalismo dual**. Os Estados e a União são concebidos como rivais iguais e a delimitação de competências é estabelecida para evitar que a União sofra uma ruptura ou que haja uma expansão da autoridade federal

²³⁸ Ferreira Filho (2007, p. 55) cogita dessa mesma divisão horizontal de competências em matéria tributária, que consistiria “em reservar certa matéria tributável a um poder (União ou Estado-Membro) que dela auferir recursos exclusivos”. Reconhece, porém, que essa técnica apresenta como inconveniente “o fato óbvio de que a diferença de condições econômicas entre regiões de um mesmo todo faz com que a mesma matéria tributável seja rendosa para um Estado e não o seja para outro” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 56).

²³⁹ Sommermann (2003, p. 2285) opõe a distribuição “material” de competências do federalismo norte-americano à distribuição “funcional” de competências do federalismo alemão.

(SCHWARTZ, 1993, p. 26). Essa divisão rígida somente encontrava exceção na atribuição ao Congresso de competência para elaborar as leis necessárias e adequadas ao exercício dos poderes especificados e dos demais poderes conferidos pela Constituição ao governo federal, seus departamentos e funcionários. Disso extraiu-se a cláusula de competências implícitas da União, pela qual a Suprema Corte operou a interpretação extensiva das competências federais (ALMEIDA, 2005, p. 48).

Schwartz (1993, p. 29) verifica, ainda, uma interessante conexão do federalismo dual com a teoria do *laissez-faire* da função governamental, que dominou o pensamento político e econômico até o início do século XX²⁴⁰. Para essa teoria, o sistema econômico funciona mais eficientemente se for deixado livre da interferência governamental. Afinal, relegar determinada matéria ao controle estadual pode significar, muitas vezes, negar-lhe o caráter uniforme necessário para uma regulamentação econômica efetiva, do que resulta, na verdade, o impedimento de sua regulamentação apropriada. Não obstante, o federalismo dual não foi capaz de refrear a tendência de incremento dos poderes federais. Ao contrário, assistiu-se, especialmente pela interpretação da Constituição pela Suprema Corte, a uma ampliação progressiva dos poderes da União, que aos poucos foi reunindo matérias que permaneciam, de certo modo, indeterminadas nas competências residuais dos Estados (ALMEIDA, 2005, p. 49). Esse fenômeno foi reforçado pela mutação da posição do Estado, após a Primeira Guerra Mundial, perante a economia, a sociedade e o desenvolvimento nacional.

3.5.4.2 A repartição vertical de competências e o federalismo cooperativo

Como alternativa ao formato clássico, destacou-se a técnica de repartição **vertical** de competências, concebida após a Primeira Guerra Mundial com a finalidade de estabelecer uma atuação coordenada entre as esferas federativas. Assim, uma mesma matéria é dividida entre os diversos entes federativos, de forma concomitante, operando uma distribuição funcional de competên-

²⁴⁰ Schwartz (1993, p. 28-29) demonstra tal conexão por meio do caso *Hammer versus Dagenhart*, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei federal sobre o transporte, no comércio interestadual, de produtos fabricados com trabalho infantil, entendendo que o objeto da lei era, na verdade, regular o trabalho infantil nas fábricas e minas existente dentro dos Estados, matéria de competência estadual.

cias²⁴¹. Surgem, então, as competências **concorrentes** (legislativas) e **comuns** (administrativas)²⁴², que admitem a atuação de mais de um ente federativo em uma mesma matéria (ALMEIDA, 2005, p. 49; FERREIRA FILHO, 1997, p. 151 e 178)²⁴³.

A competência concorrente, por sua vez, pode ser de duas espécies: a cumulativa e a não-cumulativa (FERREIRA FILHO, 1997, p. 182). Se a matéria pode estar integralmente afeta a todos os entes federativos, sem limites prévios para o exercício da competência por cada um deles, trata-se de competência **concorrente cumulativa**. Entretanto, se dentro de um mesmo campo material, a competência é fracionada em níveis, cada qual correspondente a um plano na escala federativa, classifica-se tal competência como **concorrente não-cumulativa**. Esse é o caso típico de repartição da competência legislativa em diferentes níveis: a um se atribui o estabelecimento de normas gerais; e a outro, de normas particulares ou específicas²⁴⁴. Essa última espécie é a que propriamente estabelece uma repartição vertical de competências (FERREIRA FILHO, 1997, p. 183).

O **federalismo cooperativo** representou uma nova conformação do Estado federal, com maior participação de uma esfera em outra no desempenho das competências. Sua configuração e os mecanismos adotados para a cooperação entre os entes federativos não foi uniforme nos diversos Estados federais.

Mais uma vez, vale tomar os Estados Unidos da América como paradigma. Nesse país, o federalismo cooperativo é entendido como aquele que foi colocado em prática após o *New Deal*, na década de 1930, e que se caracterizou pela crescente intervenção do governo federal sobre a atuação dos governos estaduais, por meio de políticas econômicas e sociais que aspiravam a uma atuação conjunta dos distintos níveis federais, utilizando-se de mecanismos como as subvenções condicionadas à aceitação de padrões e a submissão de

²⁴¹ Vale recordar a distinção, feita por Sommermann (2003, p. 2285), entre a distribuição “material” de competências nos EUA e a distribuição “funcional” de competências na Alemanha.

²⁴² Ferreira Filho (2007, p. 56) admite um sistema análogo para a divisão vertical de rendas, pela qual se prevê “que do produto dos tributos uma parcela seja redistribuída a poder outro que não o que recebeu o poder de dispor sobre aquela matéria tributável”, o que se pode fazer diretamente ou por meio de um sistema de fundos.

²⁴³ Durand (1965, p. 185, tradução nossa) denomina de mistas as competências que “põem em jogo uma coexistência de competências”.

²⁴⁴ Um exemplo de concorrência concorrente não-cumulativa, no Brasil, encontra-se no art. 24 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, art. 24).

controles federais, com a aquiescência da Suprema Corte (ALMEIDA, 2005, p. 36; SOMMERMANN, 2003, p. 2.284; ZIMMERMANN, 1999, p. 56).

Ocorre que, como demonstra Schwartz (1993, p. 30-31), a teoria do *laissez-faire* e o federalismo dual mostraram-se inadequados para atender aos problemas apresentados pela Grande Depressão de 1929, pois era requerida uma maior intervenção do governo federal para recuperar a economia nacional. Se antes o governo deveria ser apenas regulamentador e negativo, passou-se a exigir dele uma atuação positiva, de intervenção nos assuntos econômicos e sociais em escala nacional. Isso somente estava ao alcance do governo federal, que, para tanto, deveria atuar de forma coordenada com os Estados. A partir de então, a Suprema Corte passou a interpretar a Décima Emenda como um mero truísmo (de que tudo que não foi cedido se conserva) e reconhecer a competência federal em matérias de interesse local que tivessem repercussão nacional²⁴⁵. Disso resultou uma necessária cooperação entre os níveis federativos, marcada pelo predomínio do poder federal (SCHWARTZ, 1993, p. 36).

Contudo, a experiência que mais caracteriza o federalismo cooperativo é a da Alemanha, cujo funcionamento não recai sobre as mesmas bases da norte-americana, mas sim na técnica de repartição vertical de competências (distribuição funcional) entre os entes federativos. Esse modelo tem suas origens na Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar) e na Constituição austríaca de 1920²⁴⁶, mas ganhou forma e aplicação nas Constituições desses países posteriores à Segunda Guerra Mundial²⁴⁷.

A Constituição de Weimar relacionava as competências legislativas exclusivas da União (*Reich*) e o direito de legislar prioritariamente em um longo elenco de matérias. Havia, ainda, a possibilidade de a União estabelecer regras de princípio sobre determinadas matérias, ficando o detalhamento delas a cargo das leis estaduais. Vigorava, ainda, a regra de que o direito federal prevalece sobre o estadual. Essa Constituição não chegou, portanto, a significar uma descentralização acentuada de poderes. O avanço veio com a Constituição austríaca, de 1920, que distribuiu as competências da seguinte

²⁴⁵ Schwartz (1993, p. 33-35) refere-se ao caso *Estados Unidos versus Darby*, de 1941, no qual a Suprema Corte reviu seu posicionamento sobre o trabalho infantil, ao decidir que, sob as condições contemporâneas, o sistema econômico é tão interligado em suas partes que existem poucas atividades comerciais puramente locais, que possam não ter repercussões sobre o comércio interestadual.

²⁴⁶ Para uma descrição da repartição de competências nessas Constituições, ver Almeida (2005, p. 49-51) e Horta (2002a, p. 311-312).

²⁴⁷ Almeida (2005, p. 51-52) traz como modelo de aplicação, ainda, a Constituição da Índia, de 1950.

forma: a Federação recebeu a competência de legislação e de execução sobre matérias predeterminadas; em outras, a Federação ficou com a legislação e os Estados (*Länder*) com a execução; e, em numerosas matérias, reservou-se à Federação a legislação de princípios e aos Estados a legislação de aplicação e de execução. Foi mantida, também, a regra de competência remanescente para os Estados. Ou seja, rompeu-se com o exclusivismo de legislação na Constituição austríaca e foi estabelecido um sistema de comunicação entre a legislação da Federação e a de execução dos Estados. Não obstante, a Constituição austríaca preservou elementos centralizadores, provenientes da tradição monárquica (HORTA, 2002a, p. 312; ALMEIDA, 2005, p. 50).

Esse modelo foi aperfeiçoado pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, que introduziu inovações significativas na organização do Estado federal. Na síntese de Horta (2002a, p. 313), a repartição de competências do novo federalismo alemão compreendeu dois segmentos fundamentais: o da legislação exclusiva da Federação (União) e o da legislação concorrente ou comum. Esta se caracterizava como uma competência mista, a ser explorada tanto pela Federação quanto pelos Estados, e era mais numerosa do que a exclusiva da Federação.

Ainda conforme Horta (2002a, p. 313), no domínio da legislação concorrente, que reúne matérias de grande importância, a prioridade de legislar é dos Estados, admitindo-se o exercício da legislação federal com o fim de preencher a necessidade de legislação uniforme, dentro de critérios constitucionais (art. 72). Nessas mesmas condições, a Federação tem o direito de estabelecer normas gerais, a serem complementadas pelos Estados para regular as suas especificidades (art. 75)²⁴⁸. Mantém-se a prevalência da legislação federal sobre a estadual (art. 31), mas os Estados detêm a competência remanescente (art. 70) e podem legislar em matéria exclusiva da União se houver autorização expressa por lei federal (art. 71).

Além disso, a execução das leis federais é atribuída aos Estados como matéria própria, salvo disposição em contrário (art. 83), podendo também lhes caber essa execução por delegação da União (art. 85). Nesses casos, os Estados podem regulamentar a organização dos órgãos públicos e procedimentos administrativos,

²⁴⁸ O tema será objeto de maior desenvolvimento na próxima seção, ao examinarmos a aplicação do princípio da subsidiariedade no Estado federal alemão.

salvo disposição em contrário de leis federais, admitindo-se, ainda, que o governo federal determine preceitos administrativos de caráter geral (arts. 84 e 85).

Em todo caso, essas disposições ensejam maior participação dos Estados (ALMEIDA, 2005, p. 53), que também podem receber a colaboração da União em tarefas julgadas importantes para a coletividade ou de interesse comum para a melhoria das condições de vida, conforme lei federal (art. 91-A). Por tudo isso, Horta (2002a, p. 313-314) entende que a Lei Fundamental de Bonn institui um modelo de federalismo de equilíbrio, por meio do qual “o indispensável exercício dos poderes federais não venha inibir o florescimento dos poderes estaduais”.

3.5.5 O princípio da subsidiariedade e o Estado federal

3.5.5.1 Qual a relação entre a subsidiariedade e o Estado federal?

A estreita relação entre o princípio da subsidiariedade e o federalismo é praticamente uma unanimidade da doutrina. Mas o grau desse relacionamento varia: para alguns autores, ela é de preferência; para outros, de imprescindibilidade.

A posição mais moderada entende que o federalismo seria a forma de Estado mais apropriada à aplicação do princípio da subsidiariedade. Nesse sentido, Millon-Delsol (1993, p. 38, tradução nossa) afirma que é “na organização federal que o princípio da subsidiariedade encontra, sob o plano estritamente político, sua mais significativa expressão”²⁴⁹. Quadros (1995, p. 20) entende que “o federalismo confere o substrato organizativo ideal à subsidiariedade”. Em passagem anterior, o autor invertera o sentido da relação, ao dizer que o princípio da subsidiariedade é que consistiria um instrumento adequado para a aplicação do federalismo (QUADROS, 1995, p. 19). O mesmo raciocínio é adotado por Torres (2001, p. 211), ao afirmar que não é senão por meio da subsidiariedade que se pode alcançar, de forma mais apropriada, a finalidade do Estado federal.

Em uma posição mais extremada, a relação entre federalismo e subsidiariedade é tratada como imprescindível. Assim, a mesma Millon-Delsol (1993, p. 4, tradução e grifo nosso) afirma que “a idéia de subsidiariedade sobrevive

²⁴⁹ Baracho (1997, p. 39) invoca e reforça essa lição ao tratar do tema. No mesmo sentido, Zimmermann (1999, p. 199) vê, no federalismo, sob o plano político, a “máxima significação” do princípio da subsidiariedade.

apenas nos regimes federalistas, que valorizam a autonomia não somente do indivíduo, mas também dos grupos sociais [...]”. Também, para Clergerie (1997, p. 39), o princípio da subsidiariedade “é inseparável do federalismo”. Groff (2001, p. 74) inicia por dizer que “a forma de Estado que permite melhor a aplicação do princípio da subsidiariedade é, sem sombra de dúvida, o Estado Federal”, mas depois aprofunda o liame, ao afirmar que “a origem, e mesmo a idéia de subsidiariedade, são indissociáveis do federalismo”.

Em um passo adiante, situa-se o raciocínio da identidade ou da relação implícita entre os princípios federativo e da subsidiariedade. Nesse sentido, afirma Baracho (1997, p. 46) que “o federalismo pode ser considerado a implementação do princípio da subsidiariedade na vida do Estado”, o que “leva ao entendimento de que o federalismo, de fato, é a aplicação do princípio da subsidiariedade”. Igualmente, para Torres (2001, p. 35), a relação entre o federalismo e a subsidiariedade não só é incontestável, mas vai além, pois entende que a subsidiariedade “traduz-se no princípio federativo”, sobretudo como critério de repartição de competências entre as esferas federativas. Dessa forma, uma vez que a federação se constitui forma de divisão territorial do poder, a subsidiariedade “está implícita no princípio federativo” (TORRES, 2001, p. 212). Também para Delpérée (2000, p. 17), federalismo e subsidiariedade vão de concerto e um supõe o outro.

Em uma perspectiva comparada com as outras formas de Estado, quanto à aplicabilidade do princípio da subsidiariedade, uma característica ganha importância no Estado federal. Com efeito, a autonomia das coletividades territoriais tem maior garantia no Estado federal do que no Estado unitário descentralizado ou no Estado regional e autonômico, especialmente porque ela encontra amparo na Constituição Federal.

As unidades do Estado federal têm a capacidade de organizar sua vida própria, política e administrativa, dentro dos princípios traçados na Constituição Federal, o que se configura, sobretudo, pelo exercício da capacidade de auto-organização. Esta capacidade, por sua vez, traduz-se no direito de dar-se uma Constituição particular, que compreende a formação e a organização dos poderes públicos da coletividade (FERRAZ, 1979, p. 54). Por isso, a noção de autonomia federativa vincula-se à idéia de pluralidade de ordenamentos jurídicos, sendo certo que na federação coexistem os ordenamentos da União, que

incide sobre todas as pessoas e todo o território, e os de cada Estado-membro, que incidem sobre a correspondente parcela territorial e população.

Desse modo, sob o ponto de vista da garantia da autonomia das unidades territoriais, a estrutura federativa é compatível e bastante apropriada para a aplicação do princípio da subsidiariedade. Afinal, ela se ajusta com perfeição aos ditames do primeiro princípio organizatório, pois a garantia da autonomia constitucional das coletividades e a pluralidade de ordenamentos jurídicos estão em consonância direta com a exigência de um Estado organizado em múltiplos níveis de decisão ou autoridade, com autonomia e crescente amplitude territorial. Essa conclusão coincide com a de Henkel (2002, p. 363, tradução nossa), que, embora trilhando raciocínio próprio, observa que o objetivo da subsidiariedade é a definição de diferentes níveis de autoridade no Estado e a distribuição apropriada de poderes entre eles, para concluir que “[...] o federalismo fornece a estrutura na qual a subsidiariedade é exercida”²⁵⁰. No mesmo sentido, para Quadros (1995, p. 20), o federalismo fornece o substrato organizativo ideal à subsidiariedade.

Quanto ao segundo parâmetro organizatório, que determina a primazia de decisão política no nível mais próximo do cidadão, sua associação com o primeiro parâmetro converge para a descentralização das decisões e políticas públicas, no sentido de que o exercício das responsabilidades públicas caiba, preferencialmente, à autoridade mais próxima do destinatário da ação. Ocorre que, no Estado federal, esse processo ganha contornos complexos, por pelo menos três razões.

Em primeiro lugar, cumpre lembrar os processos de formação do Estado federal. No caso da formação por agregação, o segundo parâmetro organizatório seria um fenômeno quase natural, pois corresponderia à retenção, pelas coletividades locais, das decisões que afetassem diretamente à respectiva população. Já no Estado federal formado por segregação, o segundo parâmetro organizatório demandaria um esforço de devolução de competências às coletividades locais, comparável ao da descentralização no Estado unitário ou regional.

Em segundo lugar, vale recordar que o federalismo se desenvolve sempre em um paralelogramo de forças centrípetas e forças centrífugas (SOMMER-

²⁵⁰ O termo “frame”, do original em inglês, mostra-se mais significativo, no contexto, que o termo “estrutura”, da tradução para o português.

MANN, 2003, p. 2.281), que busca um equilíbrio entre as tendências opostas de integração e desintegração num determinado espaço geográfico, de modo a manter tanto a unidade quanto a diversidade (BOTHE, 1995, p. 5). Disso não se pode extrair, obrigatoriamente, uma primazia da coletividade local na atribuição das competências, pois ela corresponderia à prevalência, no arranjo federativo, das forças centrífugas em prejuízo das centrípetas, ou da diversidade em detrimento da unidade.

Finalmente, em terceiro lugar, deve-se observar que a estrutura do Estado federal demanda uma necessária repartição de competências entre os entes federativos. Essa repartição pode adotar tanto a técnica de repartição horizontal quanto a de repartição vertical, cada qual resultando em um diferente modelo de funcionamento do sistema federal. Nem sempre, porém, será possível que a primazia da coletividade local, ou a proximidade das decisões com o cidadão, seja o fator preponderante a presidir essa repartição.

Aqui, aliás, a questão imbrica-se com os demais parâmetros organizatórios, que procuram exatamente conduzir ao balanceamento das competências entre a menor instância, que merece dispor da competência até o limite de sua capacidade (terceiro parâmetro organizatório) e a justificativa de intervenção do nível superior, em face das incapacidades do nível inferior e em proveito do conjunto (quarto parâmetro organizatório).

Esses parâmetros são sempre e necessariamente os que presidem a repartição de competências em um Estado federal? Se a resposta for positiva, têm razão os que vêem identidade entre o princípio da subsidiariedade e o federalismo. Se a resposta for negativa, a identidade ou relação implícita entre eles não existe. A questão é mais bem examinada se a colocarmos a prova nos dois grandes paradigmas de Estado federal, o norte-americano e o alemão.

3.5.5.2 O princípio da subsidiariedade e o federalismo norte-americano

O Estado federal norte-americano caracterizou-se, inicialmente, pelo federalismo dual, no qual os domínios de competência eram separados e estanques, com poderes enumerados para a União e poderes remanescentes para os Estados. Não obstante, foi reconhecido que o poder central não possuía somente os poderes a ele atribuídos especifica e expressamente pela Constituição Federal, mas também aqueles necessários e apropriados para

o efetivo exercício de tais poderes expressos. Essa orientação firmou-se a partir do caso *McCulloch versus Maryland*, decidido pela Corte Suprema em 1819, configurando-se na doutrina dos poderes implícitos (SCHWARTZ, 1993, p. 14-15)²⁵¹.

Com isso, observa Almeida (2005, p. 49), a técnica clássica de repartição de competências acabou por contribuir, contra as expectativas, para o incremento dos poderes federais, não refreados pela simples delimitação de um rol pré-definido. Ao longo do tempo, assistiu-se a uma ampliação dos poderes da União, que aos poucos foi reunindo matérias que permaneciam, de certo modo, indeterminadas nas competências residuais dos Estados. Essa tendência centralizadora se viu fortalecida na interpretação judicial da Constituição pela Suprema Corte e foi reforçada pela posição de maior intervenção do Estado na economia, após a década de 1930. A passagem do Estado liberal para o Estado de bem-estar social envolveu a fixação de novas e crescentes atribuições, em geral destinadas ao poder nacional.

O sistema norte-americano evoluiu, então, para um federalismo cooperativo baseado em subvenções condicionadas. Essas subvenções eram acompanhadas de uma rigorosa supervisão federal das atividades empreendidas pelos Estados, com a aprovação da Suprema Corte, cujo entendimento era de que o governo federal tinha o direito de fixar as condições nas quais o dinheiro era desembolsado. Se esse sistema trouxe inegável contribuição aos Estados, ao mesmo tempo, desequilibrou a balança do poder, pois “a ajuda federal só foi estendida ao preço de um controle cada vez maior da parte de Washington sobre a legislação e a administração estaduais” (SCHWARTZ, 1993, p. 44).

Mais tarde, nos anos 1980, a partir do governo republicano de Ronald Reagan, observou-se um movimento a favor da devolução de competência aos Estados e de alteração das subvenções federais aos Estados, antes feitas sob condições específicas, para condições fixadas em bloco, com menores restrições (SCHWARTZ, 1993, p. 65). Essa tendência foi mantida nos governos democratas posteriores, como o de Bill Clinton, com o fim de promover uma restauração do federalismo dual, de cunho liberal, para justificar drásticas restrições orçamentárias (CAMARGO, 2001, p. 81).

²⁵¹ Para Groff (2001, p. 80-81), a prática de ampliação das competências da União a partir da teoria dos poderes implícitos se verifica “em desrespeito ao princípio da subsidiariedade”.

Desse modo, o sistema federal norte-americano experimentou um movimento pendular²⁵² de expansão e retração dos poderes central e estadual (SCHWARTZ, 1993, p. 45), embora com crescente proeminência do governo federal, mas não se caracterizou propriamente pelo compartilhamento de competências entre os entes federativos. Conforme observa Camargo (2001, p. 81), o dualismo norte-americano foi calcado no regime presidencialista e na autonomia entre os poderes, tanto quanto na competição e autonomia dos Estados, distanciando-se do federalismo cooperativo alemão, baseado em mecanismos de integração e interpenetração de competências²⁵³.

Nesse cenário, considera-se inaplicável à federação norte-americana o princípio da subsidiariedade. A separação (o tanto quanto possível) absoluta de competências entre os níveis de decisão federal e estadual, existente na federação norte-americana, não enseja a aplicação do terceiro e quarto parâmetros organizatórios, que demandam um entrosamento dinâmico entre as esferas de autoridade. Essa conclusão é corroborada por Quadros (1995, p. 20), para quem, no federalismo norte-americano, “a idéia da subsidiariedade foi totalmente ignorada na repartição das atribuições entre a União e os *States*”, a ponto de os manuais de direito constitucional sequer mencioná-la. Também para Camargo (2001, p. 89), “o princípio da subsidiariedade colide com o dualismo americano, pois transfere para o governo federal um número excessivo de competências e de responsabilidades financeiras”.

Mas há domínios em que não se pode estabelecer essa separação absoluta de poderes, ou nos quais ela não é suficientemente clara. No caso do federalismo norte-americano, a solução das controvérsias sobre as competências tem a Décima Emenda como uma de suas mais importantes chaves. Com a adoção do princípio da subsidiariedade no direito comunitário, procurou-se traçar um paralelo entre a função por ele desempenhada e o papel atribuído à Décima Emenda no direito constitucional norte-americano. Isso porque ambos, embora textualmente diferentes, têm por objetivo a retenção dos poderes dos Estados-membros, com a conseqüente contenção do poder central, e incorpo-

²⁵² Camargo (2001, p. 76) identifica um segundo surto centralista nos Estados Unidos, após Roosevelt, na era democrata de John Kennedy e Lindon Johnson, baseado na corrida militar da guerra do Vietnã e no intervencionismo social que expandiu os programas federais aos Estados e Municípios.

²⁵³ A autora acrescenta que o federalismo alemão seria baseado também no princípio da subsidiariedade (CAMARGO, 2001, p. 81), tema a ser examinado adiante.

ram valores do federalismo, como os relacionados à diversidade, à democracia e ao controle popular dos governantes (EDWARDS, 1996, p. 543 e 572).

Contudo, vale recordar que a Décima Emenda chegou a ser considerada apenas um truísmo e não conseguiu conter a expansão dos poderes federais, que se fortaleceram amparados principalmente pela teoria dos poderes implícitos. De outro lado, a adoção do princípio da subsidiariedade no direito comunitário foi promovida com a pretensão de evitar a centralização de competências nos órgãos comunitários²⁵⁴.

Além disso, as fórmulas adotadas são bem distintas. O princípio da subsidiariedade vale-se dos critérios de eficiência e necessidade de atuação do poder de maior nível, enquanto a Décima Emenda pretende delimitar esse poder atribuindo-lhe competências cedidas pelo nível inferior e expressamente enumeradas. Para Bermann (1994b, p. 423), no federalismo norte-americano, nem a Constituição nem a interpretação judicial da Suprema Corte oferecem uma garantia segura de que será mantido um equilíbrio político entre o governo federal e os Estados²⁵⁵. A adoção de um princípio determinado de divisão de poder equivalente à subsidiariedade teria de ocorrer em bases não constitucionais. Então, conclui o autor que a Décima Emenda, cujo alcance tem uma semelhança superficial com a subsidiariedade, não pode servir como uma contrapartida norte-americana ao princípio.

Vause (1995, item III) cogita de um domínio onde, em tese, o princípio da subsidiariedade poderia encontrar aplicação no direito constitucional norte-americano. Trata-se da cláusula de comércio interestadual, pela qual o Congresso tem o poder de regular o comércio entre os diferentes Estados-membros (seção 8 do artigo I da Constituição norte-americana). Essa cláusula foi objeto de inúmeras controvérsias na Suprema Corte, com definições ora restritivas ora ampliativas do poder congressual de legislar sobre matéria econômica, em contraposição ao direito dos Estados de regular o tema em seu âmbito.

Entretanto, Vause (1995, item III) constata que a Suprema Corte nunca adotou o princípio da subsidiariedade em suas decisões. Segundo casos por ele analisa-

²⁵⁴ Para Edwards (1996, p. 543), essa pretensão ensejou um paradoxo, pois o princípio, que tentava limitar os poderes federais da Comunidade Européia, foi inserido no Tratado [da União Européia] que teve por objetivo a criação de uma “federação européia”.

²⁵⁵ Bermann (1994b, p. 447) identifica na interpretação que a Suprema Corte faz da Décima Emenda dois núcleos de “soberania dos Estados”: o direito de os Estados se organizarem livremente para o desempenho de suas funções (caso *National League of Cities versus Usery*) e o direito de não serem forçados ao cumprimento de obrigações estabelecidas por leis federais (caso *New York versus United States*).

dos, as recomendações da Corte foram para que o Congresso considerasse cuidadosamente se os Estados não poderiam regular uma determinada área, sem intervenção federal, pois o governo federal deveria suportar o ônus financeiro da realização das políticas federais. Mas, em geral, os defensores de um governo central forte saíram vitoriosos. No final, tratava-se menos de preservar ou equilibrar as competências entre a União e os Estados, e mais de evitar a intervenção excessiva do governo a qualquer nível, fosse ele federal, estadual ou local.

Bermann (1994b, p. 403) também conclui que o sistema norte-americano não serve para comprovar que a subsidiariedade é essencial para sustentar a balança de poder em um sistema federal, pois a subsidiariedade não se encontra nem no léxico nem na prática constitucional norte-americana²⁵⁶. Mas sua observação mais pertinente é a que apresenta a diferença entre o federalismo e a subsidiariedade. Para o autor, embora reconheça que o federalismo estabelece uma distribuição de poderes entre níveis federativos, ele não atua como a subsidiariedade, pois não expressa preferência por nenhuma distribuição particular desses poderes, nem muito menos adota um critério particular quanto às implicações de ações governamentais específicas para essa distribuição. Em geral, no federalismo americano, a distribuição de poderes entre a União e os Estados é “uma questão política que os poderes políticos devem resolver” (BERMANN, 1994b, p. 404, tradução nossa).

Assim, o federalismo norte-americano distancia-se da subsidiariedade, na visão de Bermann (1994b, p. 450), porque enfatiza mais um balanceamento global de poder entre os governos federal e os governos estaduais do que o respeito a qualquer regra singular de alocação de competências entre os diferentes níveis de governo. Ou seja, no federalismo norte-americano, ao invés de qualquer preferência pela centralização ou pelo localismo, a escolha do nível de governo a que um problema deve ser endereçado, ou uma determinada política estabelecida, leva em conta uma série de considerações²⁵⁷.

²⁵⁶ Bermann (1994b, p. 416) identifica um “ingrediente de subsidiariedade” em leis federais que permitem aos Estados estabelecer seu programa regulatório próprio, dentro de critérios mínimos (que poderiam servir como exemplos de um ‘federalismo cooperativo’). Contudo, como os poderes dos Estados são determinados pelos limites que o Congresso permite, a subsidiariedade depende mais do conteúdo do que da estrutura legislativa.

²⁵⁷ Entre essas, Bermann (1994b, p. 451) exemplifica: de quem são os interesses a serem afetados por uma dada política e qual o nível de poder que melhor representa esses interesses; qual a impor-

Como o leque de considerações configura-se relevante para a alocação de poder, não pára de crescer o número de critérios e os conflitos entre eles. Com isso, raramente são produzidas fórmulas gerais de decisão. De outro lado, a subsidiariedade privilegia apenas uma consideração: a ação federal somente deve ser adotada em áreas de competência onde o objetivo a ser atingido não pode ser adequadamente obtido pela ação do nível estadual ou inferior. Para o autor, contudo, a adoção somente desse critério, em um federalismo como o norte-americano, acostumado a levar em conta uma grande variedade de considerações, poderia tornar, ao final, a noção de subsidiariedade vazia ou até mesmo tola (BERMANN, 1994b, p. 452)²⁵⁸.

Desse modo, não há como identificar no Estado federal norte-americano, berço do federalismo, o princípio da subsidiariedade. Por isso, não se afigura correto afirmar que o princípio da subsidiariedade tenha aplicação universal no Estado federal²⁵⁹, nem muito menos defender a identidade entre o federalismo e o princípio da subsidiariedade²⁶⁰.

3.5.5.3 O princípio da subsidiariedade no federalismo alemão

Conforme relatam Götz e Hecker (1999, p. 46), o debate acerca do acolhimento do princípio da subsidiariedade pela Lei Fundamental de Bonn, de 1949, não é recente. As controvérsias tiveram curso nos anos 1950 e 1960, com tendências opostas.

Na década de 1950 foi marcante a orientação que reconhecia a existência do princípio da subsidiariedade no direito constitucional alemão. Em busca de um despertar da consciência de valores após a ditadura nacional-socialista

tância de dar ao assunto um padrão de regulação comum, ou se a disparidade de necessidades e condições dá preferência à regulação local; qual o risco de a comunidade regular o tema de forma a impor custos injustos para as comunidades vizinhas ou para a sua população, ou gerar competição destrutiva, ou perder economia de escala.

²⁵⁸ Assim, por exemplo, sua aplicação pode causar danos ao comércio interestadual se não forem considerados os riscos indiretos de regulações diferentes entre os Estados no funcionamento de um mercado comum (BERMANN, 1994b, p. 452).

²⁵⁹ Tanto assim que Delpérée (2000, p. 16) observa que as constituições federais têm resistido a utilizar o vocábulo subsidiariedade. O autor menciona a Áustria, a Bélgica e os Estados Unidos. Relata, ainda, que a Suíça evitou mencioná-lo na reforma de janeiro de 2000 e que os canadenses o julgam demasiado centralizador. A exceção é a Alemanha.

²⁶⁰ Para Quadros (1995, p. 20), o federalismo e a subsidiariedade se completam e formam um complemento ideal, mas isso “não significa que a subsidiariedade forneça a legitimação jurídica ao federalismo e, portanto, não significa que não possa haver, e não haja, federalismo sem subsidiariedade”.

e a Segunda Guerra Mundial, houve um renascimento considerável do direito natural cristão. Havia, então, uma corrente do pensamento jurídico que demonstrava disponibilidade em acolher o princípio da subsidiariedade, que tinha como fonte, entre outras, a Encíclica *Quadragesimo Anno* (WEBER e GAS, 2000, p. 172)²⁶¹. Esse renascimento teve influência na doutrina e na jurisprudência, pois o Tribunal Constitucional Federal também se referiu muitas vezes ao direito natural de tradição cristã (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 46).

Na falta da menção explícita do princípio, os defensores da subsidiariedade viam diversas normas especiais da Constituição, como as dos direitos fundamentais e da repartição de competências do Estado federal, como um desenvolvimento do princípio da subsidiariedade. Mas, a partir de uma argumentação indutiva, pretendiam também reconhecer no princípio da subsidiariedade um valor constitucional importante, para além dessas disposições pontuais²⁶², considerando, ele próprio, como um princípio constitucional geral (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 53)²⁶³.

Nos anos 1960, a controvérsia tomou direção inversa, com prevalência de uma corrente positivista, contrária ao acolhimento da subsidiariedade como princípio do direito constitucional vigente na Alemanha (WEBER e GAS, 2000, p. 172). A primeira contra-argumentação era a de que a constituinte de 1948 havia negado expressamente acolhimento ao princípio da subsidiariedade²⁶⁴, o que refletia a relutância frente à fixação positiva de princípios concretos da ordem social. Além disso, os detratores do princípio acusavam os seus de-

²⁶¹ Segundo Camargo (2001, p. 81), o novo federalismo alemão, de inspiração social e religiosa, substanciou-se sob a hegemonia do Partido Democrata Cristão, sob liderança de Konrad Adenauer, e teceu um modelo inteiramente original, baseado na cooperação e no princípio da subsidiariedade.

²⁶² Conforme Götz e Hecker (1999, p. 54), a identificação do princípio da subsidiariedade tinha como ponto de partida a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade (arts. 1º e 2º), se estendia para a proteção da família (art. 6º) e da livre associação privada (art. 9º), e chegava à autonomia administrativa das comunas (art. 28) e ao sistema federal de repartição de competências (art. 30, 70 e 72).

²⁶³ Os autores apontam como integrantes dessa corrente Dürig e T. Maunz. (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 54).

²⁶⁴ Relata Clergerie (1997, p. 37) que alguns membros da Comissão de Constituição desejaram fazer referência ao princípio da subsidiariedade, mas tiveram que renunciar a isso sob pressão dos sociais democratas e dos liberais, que preferiam um regime mais centralizado, próximo ao da Constituição de Weimar.

fensores de produzir um “destilado” de muitas disposições constitucionais e duvidavam que todas elas fossem realmente expressões da subsidiariedade. Embora admitissem haver elementos residuais do princípio da subsidiariedade na autonomia comunal (art. 28, alínea 2) e na legislação concorrente (art. 72, alínea 2), negavam que o princípio, em seu próprio complexo, possuísse consistência suficiente (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 56).

O debate, contudo, ficou parado por aproximadamente vinte e cinco anos, porque, segundo Götz e Hecker (1999, p. 48), não tinha mais nenhuma relevância jurídica prática. Embora tenha reconhecido o princípio da subsidiariedade em disposições singulares, como no direito dos pais educarem os filhos e na competência das comunas, “o Tribunal Constitucional Federal não acolheu sob nenhum ponto de vista a tese da existência de um princípio geral e vinculante de subsidiariedade, muito pelo contrário, deixou aberta a questão” (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 48, tradução nossa)²⁶⁵. Para Clergerie (1997, p. 38), essa posição da Corte deveu-se ao caráter filosófico e religioso do princípio. Desde então, passou-se a considerar estéril na Alemanha a alegação da inconstitucionalidade de uma lei por violação do princípio da subsidiariedade (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 49).

O Tratado de Maastricht fez com que recomeçasse na Alemanha o debate sobre o valor constitucional do princípio da subsidiariedade. Afinal, o acolhimento do princípio no Tratado foi resultado da influência alemã e, principalmente, da pressão dos Estados federados alemães (*Länder*), que temiam a perda de competências com a instituição da União Européia. Tanto assim que, logo depois da ratificação do Tratado, veio uma modificação constitucional, em dezembro de 1992, que deu nova redação ao art. 23 da Lei Fundamental²⁶⁶, dispondo de forma pormenorizada sobre o ingresso e forma de participação da Alemanha na União Européia. Com o novo art. 23, os *Länder* conseguiram assegurar posição de força para participar na União Européia e fizeram com que o princípio da subsidiariedade fosse expressamente mencionado, pela primeira vez, no âmbito do direito constitucional alemão (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 47).

²⁶⁵ Informam os autores que o Tribunal Administrativo Federal chegou mesmo a negar o valor constitucional do princípio em uma decisão, de 1966, sobre a consideração das Câmaras de Trabalho, nos *Länder* de Brema e de Saar, como entidades de direito público. O tema foi submetido ao Tribunal Constitucional Federal em 1974. Na decisão, a Corte sequer menciona o princípio da subsidiariedade (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 49).

²⁶⁶ O antigo art. 23 estabelecia a área de jurisdição da Lei Fundamental e ficou superado com a unificação, tendo sido revogado em agosto de 1990 (36ª modificação constitucional – Tratado da União).

Com efeito, esse dispositivo estabelece que, nos assuntos da União Européia, participam o Parlamento Federal e os *Länder*, por meio do Conselho Federal²⁶⁷ (art. 23, alínea 2, 1ª frase). Assegura, ainda, que o Conselho Federal deve participar na formação de vontade da Federação, desde que a medida nacional exija a sua participação ou que os *Länder* sejam competentes em nível nacional (alínea 4). O governo federal deve, ainda, tomar em consideração a opinião do Conselho Federal quando, num domínio de competência exclusiva da União, sejam lesados os interesses do *Länder*, ou a Federação possua o poder legislativo (alínea 5, 1ª frase). Se estiverem em causa, a título principal, as competências legislativas dos *Länder*, a organização de sua administração ou os seus procedimentos administrativos, a opinião do Conselho Federal deverá ser considerada decisivamente na formação da vontade da Federação (alínea 5, 2ª frase). Se, porém, estiverem em causa, de modo preponderante, competências legislativas exclusivas dos *Länder*, nos domínios da formação escolar, da cultura, do rádio e da televisão, a defesa dos direitos que pertençam à Alemanha como membro da União Européia deverá ser transferida da Federação para um representante dos *Länder*, nomeado pelo Conselho Federal (alínea 6, 1ª frase), embora esse direito deva ser exercido com a colaboração e em harmonia com o governo federal (alínea 6, 2ª frase) (ALEMANHA, 1949, art. 23, tradução nossa).

Mas o mais importante, para o exame da subsidiariedade, está na abertura do art. 23. Diz o dispositivo que, para edificar uma Europa unida, a Alemanha colabora no desenvolvimento da União Européia, que está vinculada aos princípios federativos, sociais, de Estado de direito e da democracia, assim como ao princípio da subsidiariedade e à garantia da proteção dos direitos fundamentais substancialmente comparáveis aos da Lei Fundamental (alínea 1, 1ª frase). Para esse efeito, a Federação pode transferir os direitos de soberania, por meio da lei aprovada pelo Conselho Federal (alínea 1, 2ª frase) (ALEMANHA, 1949, art. 23).

De certo modo, o art. 23 da Lei Fundamental estabelece as condições pelas quais deverá ser realizada a construção da União Européia na visão dos alemães. E nela se inclui, expressamente, o respeito tanto ao princípio federativo²⁶⁸ quanto ao princípio da subsidiariedade. A referência expressa à

²⁶⁷ O Conselho Federal é a Câmara de representação dos *Länder* no Poder Legislativo alemão.

²⁶⁸ É certo que o respeito ao princípio federativo enseja polêmica, principalmente por parte dos países que não adotam essa forma de Estado ou não pretendem ver, na União Européia, essa modalidade de união.

subsidiariedade reabriu o debate sobre sua posição como princípio constitucional, sendo certo, agora, que é impossível simplesmente negar a sua existência (WEBER e GAS, 2000, p. 172).

A questão, então, desloca-se para o alcance do disposto no art. 23 e pode ser resumida pela seguinte pergunta: o respeito ao princípio da subsidiariedade restringe-se à relação entre a Alemanha e a União Européia, ou deve valer também para a organização interna do Estado federal alemão?

Götz e Hecker (1999, p. 47) posicionam-se pela primeira opção, sob argumento de que o princípio da subsidiariedade consta expressamente no dispositivo que regula a relação entre a Alemanha e a União Européia, e não no que diz respeito ao funcionamento interno da estrutura do Estado federal²⁶⁹. Os autores entendem que o princípio deve ser interpretado à luz do senso histórico de sua menção no art. 23, destinado exclusivamente a impedir que a União Européia erodisse excessivamente a competência dos Estados, em particular da Alemanha e, sobretudo, dos *Länder*. Para os autores, isso não se relaciona com a repartição de competências interna do Estado federal alemão. Ou, como concluem: “o princípio da subsidiariedade mencionado no art. 23 da Lei Fundamental coincide com o princípio da subsidiariedade do art. 3b [renumerado para art. 5º], alínea 2, do Tratado da Comunidade Européia, e não vai além” (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 58).

Por seu turno, Weber e Gas (2000, p. 147) apresentam argumentos pelo alcance do princípio no âmbito interno. Em primeiro lugar, lembram que o princípio da unidade da Constituição postula que não se deve interpretá-la artigo por artigo, mas que a Constituição deve ser vista como um sistema homogêneo, no qual os princípios enunciados em alguns artigos podem, sob reservas de especialidade, influenciar a interpretação dos outros dispositivos (WEBER e GAS, 2000, p. 171).

Observam, porém, que a aplicação do princípio da subsidiariedade pela Corte Constitucional Federal ainda é pontual, pouco sistemática e até contraditória²⁷⁰. Com isso, a questão do alcance do princípio foi deixada deliberadamente em aberto. Lembram que a Corte já considerou que a subsidiariedade territorial constitui uma obrigação imposta à Federação perante a União Européia, mesmo

²⁶⁹ Os autores mencionam a opinião divergente de Thomas Oppermann e Peter Heberle, de que o Estado alemão somente pode requerer que a União Européia salvguarde um princípio se este for, na ordem alemã, um princípio de direito constitutivo, como os demais mencionados no art. 23 (GÖTZ e HECKER, 2000, p. 57).

²⁷⁰ Os autores relatam decisões ora favoráveis ora contrárias aos Estados no âmbito das competências legislativas concorrentes. Para tanto, consultar Weber e Gas (2000, p. 148).

na defesa dos interesses dos *Länder* (*BVerfGE* 92, p. 203, de 2/3/1995). Mas verificam, por outro lado, que a Corte tem favorecido a Federação nas controvérsias sobre o exercício das competências concorrentes (WEBER E GAS, 2000, p. 170).

De todo modo, defendem a aplicação do princípio na ordem interna e afastam a alegação de que ele só existe em teoria. Para os autores, “trata-se de um conceito jurídico indeterminado cuja definição e aplicação devem ficar rodeados de alguma ambigüidade”. Acrescentam que nenhuma ordem jurídica do mundo subsistiria se tentasse eliminar todas as noções cuja significação não fosse totalmente evidente (WEBER e GAS, 2000, p. 171, tradução nossa).

Finalmente, para Weber e Gas (2000, p. 171), o art. 72, alínea 2, da Lei Fundamental, que trata dos critérios de exercício da competência legislativa concorrente, deve ser interpretado em conformidade com o art. 23, alínea 1, da Lei Fundamental e também com o art. 5º, alínea 2, do Tratado que institui a Comunidade Européia. Por essa via, o princípio da subsidiariedade não seria aplicado somente no nível europeu, mas também no nível nacional.

Como se vê, a posição do princípio da subsidiariedade na Lei Fundamental deixa clara a sua aplicação na relação entre o Estado alemão e a União Européia, mas não resolve as controvérsias sobre sua extensão ao âmbito interno do Estado federal. Os defensores do princípio da subsidiariedade encontram, após a menção no art. 23, argumentos mais sólidos para defender sua aplicação interna, mas ainda dependem de identificar sua presença em pontos específicos do ordenamento constitucional da federação alemã.

O exame da incidência interna do princípio da subsidiariedade no Estado federal alemão pode ser realizado sob duas perspectivas: a primeira, do ponto de vista geral da repartição de competências entre o *Bund* (Federação) e os *Länder*; a segunda, mais especificamente, na repartição das competências concorrentes.

Sob uma visão geral, um ponto a destacar seria a prevalência que a Lei Fundamental procura conceder aos *Länder* no desempenho das atividades públicas²⁷¹. Para tanto, o art. 30 estabelece que o exercício das atribuições estatais e o cumprimento das funções estatais compete aos *Länder*, salvo

²⁷¹ Groff (2001, p. 76) identifica uma referência implícita ao princípio da subsidiariedade no art. 28, alínea 2, da Lei Fundamental, que garante a autonomia administrativa das comunas.

disposição em contrário na Lei Fundamental (ALEMANHA, 1949, art. 30)²⁷². Esse dispositivo irradia-se na competência material, pois o art. 83 dispõe que os *Länder* executam as leis federais como matéria própria, salvo disposição em contrário (ALEMANHA, 1949, art. 83)²⁷³. No âmbito legislativo, o art. 70 dispõe que os *Länder* têm o direito de legislar no caso em que a Lei Fundamental não atribua competências legislativas à Federação²⁷⁴. Essas competências legislativas dividem-se em exclusivas e concorrentes (ALEMANHA, 1949, art. 70). Embora seja uma questão controversa, parte da doutrina alemã defende a adoção do princípio da subsidiariedade no Estado federal alemão, com base nesses preceitos constitucionais (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 58).

Duas ponderações, porém, merecem ser feitas. A primeira é a de que, na prática, a regra da prevalência dos *Länder* se inverteu, porque os catálogos das competências federais são muitos vastos, de maneira que os domínios de verdadeira autonomia dos *Länder* reduziram-se bastante e só dizem respeito, basicamente, ao ensino escolar, aos direitos das coletividades locais, ao desenvolvimento econômico regional, à polícia e aos assuntos culturais (WEBER e GAS, 2000, p. 144). Além disso, o direito federal prevalece sobre o direito estadual, segundo o art. 31 da Lei Fundamental, o que impõe uma real prioridade do poder federal em matéria legislativa (CLERGERIE, 1997, p. 37).

A segunda ponderação, trazida por Götz e Hecker (1999, p. 59), é a de que o sistema de repartição de competências alemão nem sempre se orienta pelo critério de capacidade, tal qual o princípio da subsidiariedade. Assim, mesmo que os *Länder* sejam executivamente capazes somente mediante ação cooperativa, em setores como a cultura e a polícia, a Lei Fundamental renuncia a entregar essas tarefas aos poderes legislativo e administrativo do *Bund*. Alertam os autores que tentar conduzir a repartição das competências no Estado federal alemão ao modelo da subsidiariedade é uma simplificação inoportuna. Afirmam que “o princípio da subsidiariedade não é o modelo de

²⁷² Para Clergerie (1997, p. 36), o art. 30 faz uma referência implícita ao princípio da subsidiariedade. Segundo o autor, o dispositivo refere-se à regra dita de “ação subsidiária” (CLERGERIE, 1997, p. 37, tradução nossa).

²⁷³ Nagel (2002, p. 67-68) identifica na adjudicação da execução da lei aos *Länder* a base do federalismo “executivo” alemão, que assim compensa a pouca competência legislativa que lhes é atribuída.

²⁷⁴ Para Quadros (1995, p. 22), os arts. 30 e 70 se limitam a enunciar que as atribuições dos *Länder* são definidas pelo sistema de cláusula geral, enquanto as atribuições do *Bund* são definidas pelo sistema de enumeração. Para o autor, esses dispositivos acolhem apenas o princípio do federalismo e “não tem nada a ver com o princípio da subsidiariedade”.

repartição de competências no ordenamento federal alemão, embora contribua para ele” (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 59, tradução nossa).

Aduzem, ainda, que a repartição de competências entre o *Bund* e os *Länder* é produto de um desenvolvimento histórico que se iniciou com a fundação do Estado alemão e atravessou diversas fases até chegar à sua fisionomia atual, e não o resultado da aplicação de um determinado princípio. Assim, por exemplo, não se pode interpretar segundo o modelo do princípio da subsidiariedade o fato de os *Länder* terem poderes legislativos relativamente débeis, enquanto gozam de competências de capital importância na qualidade de ente administrativo com soberania organizativa e pessoal (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 60).

Finalmente, a segunda perspectiva de exame do princípio da subsidiariedade na federação alemã volta-se, especificamente, para a repartição das competências concorrentes, cujo funcionamento é regulado pelo art. 72 da Lei Fundamental, complementado pelo art. 74²⁷⁵. Nesse tema, abrandam-se as controvérsias, com o reconhecimento de que essa é a principal contribuição da subsidiariedade ao Estado federal alemão (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 60; WEBER e GAS, 2000, p. 146).

O art. 72 da Lei Fundamental permaneceu com a mesma redação de 1949 até 1994²⁷⁶. Alterado em outubro de 1994 (Lei de Modificação da LF nº 42), voltou a sofrer mudança em agosto de 2006 (Lei de Modificação da LF nº 52). Essas alterações demonstram que o tema das competências concorrentes ganhou especial interesse nos últimos tempos, muito em função da preponderância da legislação federal, do processo de unificação (dos lados oeste e leste alemães) e dos impactos da União Europeia no arranjo territorial e de competências do Estado alemão²⁷⁷. Não obstante, em nenhuma das duas modificações o princípio da subsidiariedade obteve referência expressa.

²⁷⁵ O art. 74 relaciona as matérias objeto da competência concorrente. O art. 75, revogado em 2006, disciplinava a elaboração de normas gerais. O art. 73 relaciona os dezessete domínios de competência exclusiva da União (ALEMANHA, 1949, arts. 73 a 75).

²⁷⁶ Nagel (2002, p. 68) observa que boa parte das modificações constitucionais alterou a relação entre os *Länder* e a Federação, que se utilizou da competência concorrente para ampliar sua participação na legislação.

²⁷⁷ Observa Camargo (2001, p. 87) que Alemanha e Brasil enfrentam os impactos recentes da globalização sobre o regime federativo, pois a economia global uniformiza regras, rompendo tanto a autonomia dos entes federados quanto com o princípio da subsidiariedade, que a autora entende básico para ambos.

Mas desde a redação original do art. 72 é possível identificar sua equivalência com os parâmetros organizatórios do princípio da subsidiariedade²⁷⁸. A alínea 1 estabelece a prevalência dos *Länder* no domínio da legislação concorrente, enquanto e na medida em que a Federação não fizesse uso da sua competência legislativa por meio de uma lei²⁷⁹. Trata-se, para Clergerie (1997, p. 38, tradução nossa) de uma “presunção de competência” atribuída aos *Länder*. A alínea 2 do dispositivo estabelecia, originalmente, que cabia à Federação o direito de legislação, nos domínios de competência concorrente, desde que houvesse necessidade de regulamentação por lei federal em virtude de três possíveis razões: 1ª) um assunto não poder ser regulamentado satisfatoriamente pela legislação dos diversos *Länder*; 2ª) a regulamentação de um assunto pela lei de um *Land* poder prejudicar os interesses de outros *Länder* ou os interesses gerais; ou 3ª) o exigir a manutenção da unidade jurídica e econômica, especialmente a manutenção da uniformidade das condições de vida para além do território de um dos *Länder*.

Contudo, a redação original era considerada muito fraca para proteger contra o uso abusivo das competências federais (WEBER e GAS, 2000, p. 146). Por isso, em 1994, a alínea 2 do art. 72 passou a dispor que, no domínio da legislação concorrente, a Federação tem o direito de legislar se e na medida em que a realização de condições de vida iguais no território federal ou a salvaguarda da unidade jurídica ou econômica tornarem necessária, no interesse do conjunto do Estado, uma regulamentação legislativa federal. Tanto na redação anterior quanto nesta, verifica-se a manifestação do princípio da subsidiariedade, no que concerne ao critério da necessidade de uma regulamentação federal. Não obstante, segundo Nagel (2002, p. 68), a cláusula não serviu para refrear a contínua extensão da legislação pela Federação.

A modificação promovida na Lei Fundamental em 2006 (Lei de Modificação da LF nº 52) alterou não só os catálogos de competências, mas significou uma mudança radical no sistema de competências concorrentes (HANSCHERL, 2007, p. 13). Mantiveram-se as condições impostas desde 1994 para o exercício da legislação federal. Contudo, esses critérios aplicam-se não mais para todos os domínios relacionados no art. 74 (rol de matérias de legislação concorrente), mas para apenas dez deles²⁸⁰. Desse modo, boa parte dos domínios de com-

²⁷⁸ Clergerie (1997, p. 37) afirma que o art. 72 leva ao princípio da subsidiariedade. Aduz que o princípio está implicitamente presente nos arts. 30 e 72 da Lei Fundamental.

²⁷⁹ Essa redação foi mantida pelas modificações constitucionais de 1994 e 2006.

²⁸⁰ São eles: 4) direito de estadia e estabelecimento de estrangeiros; 7) assistência social (salvo o direi-

petência legislativa concorrente ficou isenta das condições de necessidade estabelecidas pela alínea 2 do art. 72. Além disso, foi suprimido o art. 75, que previa o direito de a Federação estabelecer normas gerais para a legislação dos *Länder* nas matérias relacionadas no dispositivo, atendidas as condições do art. 72²⁸¹.

Foi inserida, ainda, uma nova alínea 3 no art. 72, pela qual, mesmo que a Federação faça uso de sua competência legislativa, os *Länder* podem adotar, nos seis domínios relacionados na 1ª frase dessa alínea²⁸², disposições legislativas que se desviem da legislação federal. A 2ª frase da alínea 3 estipula que a legislação federal nesses domínios somente entra em vigor após seis meses de sua promulgação, exceto se disposto diferentemente com autorização do *Bundesrat*. Nesses domínios, a 3ª frase

to dos hospícios); 11) direito econômico (minas, indústria, economia de energia, artesanato, profissões industriais e comerciais, bancos e bolsa, seguro de direito privado), salvo o direito dos horários de fechamento das lojas, dos restaurantes, das casas de jogo, dos espetáculos de pessoas, das feiras, das exposições e dos mercados; 12) direito do trabalho, compreendendo as relações no interior da empresa, a proteção dos trabalhadores e o emprego, assim como a segurança social e o seguro-desemprego; 13) regulamentação dos subsídios de formação e promoção da pesquisa científica; 15) utilização do solo, dos recursos naturais e dos meios de produção, sob um regime de propriedade coletiva ou de outras formas de gestão coletiva; 19a) financiamento dos hospitais e preços dos cuidados hospitalares; 20) direito dos produtos alimentares, incluindo o dos animais que servem à sua obtenção, direito dos produtos de lazer, dos produtos de uso corrente, dos alimentos para animais, assim como a proteção das sementes e das plantas agrícolas e florestais quando da sua colocação em circulação, proteção das plantas contra as doenças e os parasitas, assim como a proteção dos animais; 22) circulação rodoviária, veículos, automóveis, construção e manutenção de estradas para o tráfego de grande distância, assim como a cobrança e repartição das taxas ou remunerações para a utilização de vias públicas pelos veículos; 25) responsabilidade do poder público; 26) reprodução humana assistida pela medicina, levantamento e manipulação das informações genéticas, assim como a regulação relativas à transplantação de órgãos, de tecidos e de células; 27) direito e obrigações estatutárias dos funcionários dos *Länder*, comunas e outras coletividades públicas, assim, como dos juizes dos *Länder*, com exceção das carreiras, salários e pensões. (ALEMANHA, 1949, arts. 72, al. 2; e 74, al.1, tradução nossa).

²⁸¹ Com isso, o sistema alemão distancia-se do brasileiro, pois era o art. 75 da LF que estabelecia a sistemática de legislação concorrente não-cumulativa, por meio de normas gerais, tal qual adotado pelo art. 24 da Constituição de 1988 (muito embora, no Brasil, seu exercício nunca tenha sido dependente de condições equivalentes às do art. 72 da LF).

²⁸² Esses domínios são: 1) caça (salvo o direito de licença de caça); 2) proteção da natureza e conservação dos espaços (salvo os princípios gerais do direito de proteção da natureza, o direito de proteção das espécies ou dos espaços naturais marinhos); 3) distribuição das terras; 4) ordenamento territorial; 5) regimes das águas (salvo as regras relativas às substâncias e às instalações); 6) admissão ou estabelecimentos de ensino superior e diplomas de conclusão do ensino superior (ALEMANHA, 1949, art. 72, al. 3, 1ª frase, tradução nossa). [A maioria dessas matérias constava no art. 75 suprimido, mas de forma mais abrangente].

da alínea 3 determina que, entre a lei federal e a de um *Land*, prevalece a lei mais recente²⁸³. Hanschel (2007, p. 12-15) apresenta ressalvas quanto a essa solução, em relação a dois aspectos: *a)* pode-se estabelecer um jogo de “ping-pong”, ou uma corrida, entre a legislação federal e a dos *Länder*; *b)* a regra da *lex posterior* aplica-se, na doutrina da hierarquia das normas, entre normas do mesmo nível de hierarquia, e não entre uma norma federal e uma estadual. Por isso, o autor teme que esse esquema resulte em incerteza, imprecisão e falta de transparência no ordenamento jurídico alemão.

Embora restrita aos domínios nela relacionados, a alínea 2 do art. 72 mantém o critério de necessidade equivalente ao princípio da subsidiariedade, tal como na versão anterior. Esses critérios, porém, apresentam matizes distintos dos positivados no direito comunitário. Neste, a atuação da Comunidade ampara-se na necessidade de sua atuação por incapacidade do Estado-membro ou na sua maior eficiência, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista. Por sua vez, no direito constitucional alemão, a atuação da Federação tem em vista a necessidade de criar condições de vida iguais no território federal ou salvaguardar a unidade jurídica ou econômica, no interesse do conjunto. Essa diferença leva Quadros (1995, p. 23) a afirmar que, em termos estritamente jurídicos, o federalismo alemão não se encontra organizado em harmonia com o princípio da subsidiariedade.

No que diz respeito à aplicação da alínea 2 do art. 72, Götz e Hecker (1999, p. 61) observam que, inicialmente a jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã não permitiu que o princípio da subsidiariedade tivesse adequada conotação jurídica na Alemanha, pois reconhecia que a questão da necessidade de uma legislação federal ficava à discrição do legislador federal. Assim, a Corte não considerou que esse problema pudesse ser submetido à jurisdição constitucional e evitou substituir a avaliação feita pelo legislador federal por sua própria avaliação. Depois, a Lei de Modificação da Lei Fundamental nº 42, de 1994, acrescentou, entre as competências da Corte Constitucional, a de apreciar os casos de divergência de opinião acerca da conformidade de uma lei com as condições da alínea 2 do art. 72, por requerimento do Conselho Federal, do governo de um *Land* ou da representação do povo de um *Land* (ALEMANHA, 1949, art. 93, alínea 1, nº 2a). A partir dessa modificação, segundo

²⁸³ Trata-se de uma exceção ao art. 31 da Lei Fundamental, pelo qual a lei federal prevalece sobre a estadual.

Hanschel (2007, p. 9), a Corte Constitucional tornou mais restrito o escopo da legislação federal.

Para Götz e Hecker (1999, p. 62), as mudanças promovidas na Lei Fundamental pretenderam reconquistar para os *Länder* um pouco de terreno em matéria de competência legislativa concorrente, propósito que consideram difícil de ser realizado e nem sempre desejável²⁸⁴. As alterações constitucionais promovidas na repartição das competências concorrentes, em 1994 e 2006, e o movimento em favor da inscrição do princípio da subsidiariedade no art. 23 da Lei Fundamental vincularam-se a uma tentativa de manter a importância legislativa dos *Länder*²⁸⁵. No entender de Clergerie (1997, p. 38), porém, a subsidiariedade não foi capaz de proteger as coletividades inferiores dos excessos do poder central, cuja importância foi, ao contrário, cada vez mais reforçada. Isso, em grande parte, porque as decisões judiciais relativas aos conflitos de competência entre a Federação e os *Länder* foram favoráveis ao aumento do poder federal²⁸⁶.

Para Hanschel (2007, p. 9), na reforma de 2006, tanto a Federação quanto os *Länder* ganharam e perderam. A Federação ganhou novas matérias exclusivas. Alguns domínios de competência concorrente foram redistribuídos (para a competência exclusiva da Federação ou para a dos *Länder*), outros foram revisados e outros acrescentados, chegando a trinta e três áreas. Mas, agora, os critérios de necessidade para exercício da competência legislativa pela Federação não se aplicam a todos eles. Foi extinta a sistemática de normas gerais para a Federação (art. 75) e criada a possibilidade de, em determinadas

²⁸⁴ Lembram os autores, ainda, que muitas matérias são hoje reguladas por atos normativos da Comunidade Européia, no quadro da unificação e harmonização do direito no mercado comunitário, o que põe o legislador federal também em concorrência com os órgãos legislativos comunitários. Para eles, a posição de força dos *Länder* não deve se apoiar tanto na legislação concorrente, mas na forte soberania administrativa, organizativa e pessoal, assim como na força constitucional do Conselho Federal (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 62).

²⁸⁵ Para Groff (2001, p. 79), “apesar das opiniões contrárias, o novo artigo 23 não reforça a influência dos *Länder*, porque eles não conseguiram incluir uma cláusula de subsidiariedade que lhes favorecesse”.

²⁸⁶ Clergerie (1997, p. 38) registra também que revisões constitucionais serviram para estender as atribuições da Federação. A título de exemplo, verifica-se que as competências legislativas exclusivas cresceram de onze na redação original para dezessete domínios [até a data em que escreve] (ALEMANHA, 1949, art. 73).

matérias, os *Länder* adotarem legislação diversa da legislação federal (nova alínea 3 do art. 72).

Para o autor, alguns novos poderes dos *Länder*, como nas áreas de educação e conservação da natureza, provocam o temor de que os padrões sejam baixados para atenderem a interesses econômicos. Em outros, como na administração prisional, podem ocorrer tratamentos diferenciados dos presos, o que é criticado em outros países. Além disso, os *Länder* pobres podem ser os grandes perdedores da reforma, pois não conseguirão exercer os novos direitos de maneira efetiva. Desse modo, conclui Hanschel (2007, p. 19) que o propósito da reforma, que foi o de descomplicar a partilha de competências, foi apenas parcialmente atingido. Os resultados dependerão da forma como os *Länder* aproveitarão seus novos poderes e estarão conectados a duas outras reformas federativas, sobre a repartição financeira e a distribuição territorial, que deverão suceder essa primeira modificação.

De tudo o que foi visto sobre a Lei Fundamental alemã, verifica-se que o princípio da subsidiariedade tem aplicação expressamente prevista com respeito à relação entre a Alemanha e a União Européia (art. 23). A aplicação do princípio no âmbito interno da federação alemã é ainda controversa. Admite-se, porém, sua incidência implícita na repartição das competências legislativas concorrentes entre a Federação e os *Länder*, embora com diferença de aplicação dos critérios positivados na União Européia (art. 72, alínea 2).

3.5.5.4 O princípio da subsidiariedade e o federalismo de competição

Como visto, o federalismo dual experimentou um ressurgimento nos Estados Unidos, a partir dos anos 1980, com a devolução de competências aos Estados e o estabelecimento de condições mais flexíveis para as subvenções federais (SCHWARTZ, 1993, p. 65)²⁸⁷. Conforme observa Camargo (2001, p. 75), no pacto federativo dos Estados Unidos “prevalece a idéia de radical autonomia dos poderes e de plena liberdade institucional, em primeiro lugar”. Com isso, a unidade “resulta mais da competição do que da cooperação”. Nisso estaria uma grande distinção entre o federalismo norte-americano e o

²⁸⁷ Observa Camargo (2001, p. 80) que o *revival* do federalismo dual americano deve ser ligado a um novo ciclo de liberalismo republicano, nos governos Nixon e Reagan, caracterizados pela defesa do controle do déficit público, do ajuste fiscal e da contenção dos gastos orçamentários.

alemão, já que este se baseia na interpenetração de competências entre os entes federativos.

Mas, mesmo na Alemanha, Nagel (2002, p. 65) dá notícia de vozes que se levantam pela substituição do tradicional federalismo cooperativo por um federalismo de competição. Essa tendência implicaria o fortalecimento do rol de competências legislativas dos *Länder*, a limitação das competências concorrentes, além da redução dos mecanismos de partilha financeira e fiscal.

Na Alemanha, desde os anos 1970, tem-se um maior desenvolvimento do federalismo cooperativo²⁸⁸, com a transferência de competências dos *Länder* para as responsabilidades compartilhadas, a instauração de comitês de planificação conjunta entre a Federação e os *Länder* e a introdução do sistema de partilha financeira horizontal, entre os próprios *Länder*, e vertical, mediante cooperação da Federação (NAGEL, 2002, p. 68). Para o autor, o federalismo cooperativo na Alemanha resultou em uma dupla perda de capacidade inovadora. A primeira delas decorre da diminuição do potencial que radica na autonomia de cada Estado federado. A outra provém da falta de competição entre os partidos federalizados e a mudança periódica de governo. Desse modo, as regras do federalismo cooperativo e da competição entre partidos se bloquearam mutuamente para inibir experiências inovadoras (NAGEL, 2002, p. 71).

Mais recentemente, dois outros fatores contribuíram para as dificuldades do federalismo cooperativo alemão: a unificação (das partes ocidental e oriental) e a integração européia. A unificação trouxe consigo grande heterogeneidade econômica entre as regiões alemãs. Do processo, surgiram *Länder* pequenos e mais dependentes do sistema de partilha de recursos. Como consequência, essa partilha converteu-se em um dos problemas centrais do federalismo alemão. De um lado, o sistema aumentou a necessidade de uma política de inter-relação entre os entes federativos alemães. De outro, porém, resultou em mais controvérsias, pois os *Länder* mais ricos se puseram em desacordo com o sistema, que alegavam não incentivar os *Länder* mais pobres a desenvolver esforços próprios.

²⁸⁸ Nagel (2002, p. 69) lembra que Konrad Hesse chegou a criar a expressão, aparentemente paradoxal, do “Estado federal unitário”, para caracterizar a situação alemã.

Não obstante, o federalismo cooperativo manteve-se em evolução, passando a invadir áreas como cultura e segurança pública, tradicionalmente de domínio exclusivo dos *Länder*. Nagel (2002, p. 80) aponta como maiores perdedores, nesse processo, os parlamentos dos *Länder*, que vêm ainda mais diminuída suas competências legislativas. Para o autor, o federalismo cooperativo promove uma diminuição da autonomia dos *Länder* em troca de uma suposta capacidade de maior influência nas decisões federais (no *Bundesrat*, o Senado alemão). Entretanto, essa co-decisão se vê prejudicada porque o governo federal muitas vezes “compra” os votos dos *Länder* mais pobres. Além disso, as assimetrias econômicas criaram uma reafirmação de interesses regionais, especialmente dos *Länder* orientais, o que gerou uma conflituosidade crescente. Desse modo, “apesar da continuidade da tendência pela cooperação e unitarização, também existe uma corrente contrária, que é seguramente mais forte do que nunca” (NAGEL, 2002, p. 82).

Essa mesma tendência dupla pode ser observada quanto à influência da integração europeia no sistema federal alemão. De um lado, espera-se que a interligação política pode se estender tanto no âmbito da Alemanha quanto da Europa. De outro, porém, há os que acreditam que uma Europa sem fronteiras pode provocar uma diferenciação entre as regiões, com uma conseqüente vontade de seguir caminhos próprios. Ainda segundo Nagel (2002, p. 85), os mecanismos de participação dos *Länder* na União Europeia acabaram por dividi-los em grupos: os três mais ricos contra os cinco mais pobres (do antigo leste alemão), ocupando os demais uma posição intermediária. Segundo o autor, as razões que amenizaram a possibilidade de conflitos mais graves foram: o fato de que as competências exclusivas dos *Länder* (quando, então, podem atuar na UE) são poucas; e os altos custos políticos de os *Länder* não se colocarem de acordo com a Federação.

De qualquer modo, os mecanismos de integração resultaram em um reforço da participação dos *Länder* na decisão federal, por intermédio do *Bundesrat*, em prejuízo dos parlamentos estaduais. Nesse sentido, Nagel (2002, p. 88) caracteriza esses mecanismos como uma garantia da participação do nível dos *Länder* no processo de tomada de decisões alemã na União Europeia, e não na proteção da singularidade de cada *Land*. Embora isso force o acordo, os conflitos entre os *Länder* não se dissiparam, porque se posicionam por vezes em lados opostos. Tipicamente, os mais ricos privilegiam sua autonomia, enquanto os mais pobres pretendem estender a política de integração alemã até a instância europeia. Entretanto, como devem levar uma posição única,

acabam forçados a cooperar, mas já se verificam crescentes assimetrias econômicas, sociais e mesmo de identidade, mostrando sintomas de “sobrecarga e cansaço” do federalismo cooperativo alemão (NAGEL, 2002, p. 93).

Fiori (1995, p. 31) lembra, ainda, que um dos resultados da globalização na estrutura federativa foi o aumento do grau de competição entre as regiões. Seu raciocínio parte da homogeneização das políticas econômicas dos países, destinada a diminuir a intervenção do Estado, desregular o mercado e abrir as economias à competição. Para se preparar para uma competição de nível internacional, os países realizaram ajustes destinados a aumentar as vantagens relativas de seus territórios, reduzindo a regulamentação do trabalho, os salários e a carga fiscal. Essa mesma competição, porém, passa a se desenvolver dentro dos países, entre as regiões, Estados e Municípios, o que estimula também a redução da solidariedade econômica entre essas unidades e a fragmentação econômica e territorial dos países (FIORI, 1995, p. 32).

Para Abrucio (2001, p. 99), a chave para uma boa coordenação federativa está na combinação entre a cooperação e a competição. A cooperação é necessária porque reforça os laços entre os entes federativos e permite o compartilhamento de decisões sobre as políticas públicas. Para o autor, isso decorre de um paradoxo que marca os sistemas federais contemporâneos: “embora as ações governamentais sejam divididas entre unidades autônomas, tais políticas têm aumentado sua interconexão”, em razão da nacionalização de determinados programas ou metas ou da fragilidade financeira e administrativa dos governos locais. Isso resulta numa possível armadilha, segundo a qual as decisões são amplamente negociadas e dependem da intervenção de diversos agentes, o que resulta num aumento da racionalidade administrativa e na redução de conflitos, mas, em nome da uniformidade, pode causar o enrijecimento das relações intergovernamentais, a redução da inovação e o enfraquecimento dos controles mútuos.

É nesse último ponto que se apóia o federalismo competitivo, pela instalação de mecanismos de freios e contrapesos intergovernamentais, como forma de evitar a tirania, o paternalismo e o parasitismo (ABRUCIO, 2001, p. 99). Por seu turno, a competição reforça tendências centrífugas e assimétricas nas relações intergovernamentais, de que são exemplos a guerra fiscal, a busca por maior autonomia local e o aumento das desigualdades entre as regiões, podendo pôr em risco a própria unidade nacional. Contudo, o autor entende

que “a presença da cooperação não significa a ausência da competição, e vice-versa”, concluindo que é no equilíbrio delas que o sistema federal pode ser bem sucedido.

A cogitação de uma maior ênfase em um federalismo de competição, mesmo que combinado com mecanismos de cooperação, demanda mais uma vertente de reflexão sobre a pertinência do princípio da subsidiariedade no Estado federal. Embora um federalismo competitivo acentue ou, pelo menos, reforce a demanda por maior autonomia, ele enseja maior independência entre as instâncias. Ou seja, o federalismo competitivo demandaria uma leitura da subsidiariedade apenas em sua dimensão negativa, de não-intervenção. Ocorre que não se pode ler o princípio dessa forma, pois a dimensão positiva é inseparável do princípio.

Trata-se, então, de uma interessante comprovação. A de que não basta a autonomia – ou a decisão mais próxima do cidadão – para caracterizar o princípio da subsidiariedade. De certa forma, um excesso dela se põe até em contrariedade com ele. Ao exercício da autonomia até o limite da capacidade (terceiro parâmetro organizatório), vale lembrar que se deve contrapor a possibilidade de intervenção da coletividade superior em proveito de todos (quarto parâmetro organizatório). Esse elemento, que remete filosoficamente ao bem comum ou à solidariedade, e que se converte em cooperação no federalismo, mostra-se indissociável da autonomia na aplicação do princípio da subsidiariedade no Estado federal.

A idéia cooperativa tem, ainda, forte conexão com a simetria. Conforme lembra Camargo (2001, p. 75), a cooperação federativa, que ainda prevalece no federalismo alemão, tem por objetivo declarado garantir a mesma qualidade de vida para todos os cidadãos²⁸⁹. Como se pode inferir, um federalismo competitivo, que admita a assimetria, tem difícil ajustamento com o princípio da subsidiariedade.

A questão que resta é a de como promover a uniformidade sem centralização²⁹⁰. A conhecida fórmula-síntese do federalismo, a unidade na diversidade,

²⁸⁹ Igualmente, no Brasil, constitui objetivo fundamental da República Federativa

²⁹⁰ Para Bercovici (2004, p. 57), uniformização não significa centralização. Com esta, há a concentração de poderes na esfera federal. Já aquela “é baseada na cooperação, pois se trata do processo de redução das desigualdades regionais em favor de uma progressiva igualação das condições sociais de vida em todo o território nacional”. Ela não seria imposta pela União, mas resultado da vontade do conjunto da federação.

pende quase sempre mais para o primeiro termo, do que para o segundo. Traduzido para o princípio da subsidiariedade, o quarto parâmetro impera repetidamente sobre o terceiro. A resposta, muitas vezes sugerida, mas dificilmente obtida, está no equilíbrio, seja entre o federalismo cooperativo e o competitivo, seja entre o terceiro e o quarto parâmetro do princípio.

3.6 Considerações finais

Tendo em vista a multiplicidade de formas de Estado e de experiências constitucionais analisadas em confronto com o princípio da subsidiariedade, faz-se necessário realizar um inventário parcial das conclusões que este capítulo possibilita.

Quanto à aplicação do princípio da subsidiariedade às formas de Estado, apenas em dois casos se pode afastar sua possibilidade: no Estado unitário puro e na confederação. As demais formas admitem a aplicação do princípio, mas essa possibilidade se condiciona à garantia de um mínimo de autonomia para as unidades descentralizadas. De qualquer modo, não se pode afirmar que o princípio da subsidiariedade tenha aplicação exclusiva no Estado federal.

Realmente, após a utilização do princípio pela União Européia, pelo menos um Estado de cada tipo, entre os integrantes dessa Comunidade, o adotou em sua Constituição. Assim, Portugal e Itália fornecem a comprovação prática de que o princípio pode ser aplicado em modelos não-federais de Estado, o que desmente que a subsidiariedade seja inseparável ou indissociável da federação. Observe-se, porém, que tanto em um país, quanto no outro, o princípio ainda demanda maiores desenvolvimentos.

Em um aspecto, porém, o Estado federal está em vantagem com relação às outras formas de Estado, quanto ao princípio da subsidiariedade: na garantia da autonomia das unidades territoriais. Isso porque permite que, dentro dos limites traçados pela Constituição Federal, as coletividades territoriais disponham as normas próprias para a sua organização. Além disso, confere *status* constitucional a essa autonomia, o que lhe reveste de maior estabilidade. Observe-se, contudo, que não existe uma relação direta entre a forma de garantia da autonomia e sua extensão.

Não se pode, ainda, estabelecer uma relação de imprescindibilidade entre federalismo e princípio da subsidiariedade, nem uma equivalência ou

identidade entre eles, pois o Estado federal subsiste como tal mesmo que não devota respeito ao princípio. Assim, por exemplo, o federalismo norte-americano, paradigma originário do Estado federal, jamais fez aplicação do princípio da subsidiariedade.

A primazia de decisão conferida à coletividade mais próxima ao cidadão pelo princípio da subsidiariedade ganha contornos complexos nas federações. A organização federal desenvolve-se numa tensão entre forças centrífugas e centrípetas, que buscam promover a unidade na diversidade. Entretanto, considerar necessariamente aquela primazia poderia significar uma indesejável prevalência da diversidade em detrimento da unidade, embora esta seja, na verdade, a razão última da própria federação.

A repartição de competências no Estado federal pode seguir, basicamente, duas técnicas, a horizontal ou a vertical. A técnica da repartição horizontal, típica do federalismo dual norte-americano, não se coaduna com o princípio da subsidiariedade. Por outro lado, a técnica de repartição vertical, do federalismo cooperativo, é a que enseja a possibilidade de aplicação jurídica do princípio da subsidiariedade.

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn aplica expressamente o princípio da subsidiariedade na relação entre o país e a União Européia, desde 1994. A extensão da incidência do princípio para a estrutura organizativa do Estado federal alemão, contudo, ainda é controversa. Apenas a aplicação do princípio na repartição das competências legislativas concorrentes encontra maior aceitação, mas os critérios adotados diferem dos praticados pelo direito comunitário.

A dialética entre federalismo e subsidiariedade pode ser identificada, também, nas tendências de ressurgimento do federalismo dual ou de prevalência do federalismo competitivo. Esses movimentos resultam um menor grau de interdependência entre os entes federativos, uma divisão mais clara e distinta de competências e um uso restrito de mecanismos de partilha financeira. Na medida em que o federalismo se distancia da cooperação, também se afasta do princípio da subsidiariedade.

Os resultados obtidos, até aqui, sobre a relação entre federalismo e subsidiariedade demonstram a necessidade de uma investigação cuidadosa da possível aplicação do princípio no Estado brasileiro. Com efeito, se o modelo federal não guarda, necessariamente, correspondência com a aplicação do

princípio da subsidiariedade, é preciso analisar criticamente os elementos da federação brasileira para verificar se nela encontramos compatibilidade com o princípio. Esse o propósito do próximo capítulo.

4 FEDERAÇÃO BRASILEIRA E PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

4.1 Consideração inicial

Cumprir observar, inicialmente, que o princípio da subsidiariedade nunca ganhou expressa menção em uma Constituição brasileira, nem em sua modalidade sociopolítica, nem como princípio de organização do Estado, o que torna ainda mais oportuna a reflexão que ora se pretende desenvolver, voltada para esse segundo aspecto. Para conduzi-la, serão cumpridas três etapas, com especial ênfase para dois elementos do Estado federal que têm ressonância nos parâmetros organizatórios do princípio da subsidiariedade: a autonomia dos entes federativos e o sistema de repartição de competências.

A primeira etapa é conduzida a partir desses elementos na história constitucional da federação brasileira, até a Constituição pretérita, e tem por objetivo compreender a conformação que o modelo federal adotou na tradição nacional. As duas etapas posteriores têm o propósito de analisar cada um desses elementos, específica e separadamente, na Constituição Federal de 1988.

4.2 Histórico constitucional da federação brasileira

A história da federação brasileira não é retilínea. Ao contrário, caracteriza-se por períodos cíclicos de breves expansões e de longas restrições à autonomia dos entes federativos, com conseqüentes retrações ou alargamentos dos poderes e competências da União. Até a Constituição de 1988, podemos identificar pelo menos três desses ciclos, cada um descrito por uma das seções seguintes.

4.2.1 Da proclamação da República à Revolução de 1930

O Estado federal brasileiro tem reconhecida e indisfarçável inspiração na precursora federação norte-americana. A república e a federação foram consagradas conjuntamente, no Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, que inaugurou o Governo Provisório da República. Entretanto, enquanto os Estados Unidos da América experimentou o federalismo por agregação, em que os Estados, até então soberanos, já se encontravam constituídos e organizados por Constituições próprias, o Brasil vivenciou o federalismo por segregação, em que as unidades federadas, nunca antes soberanas, foram criadas e pautadas pelo poder central (FERRAZ, 1979, p. 82-83).

Com efeito, no Brasil, o Estado federal não se deu pela aglutinação histórica e real de Estados preexistentes, mas pela associação normativa das unidades federadas, operada pela Constituição de 1891, que instituiu a República Federal e gerou o simultâneo nascimento jurídico da União e dos Estados-membros. Os antecedentes desses Estados eram as províncias, nas quais se dividia territorialmente o Estado unitário do Império. A Constituição Republicana promoveu a transformação das províncias em Estados-membros (HORTA, 2002a, p. 321-322)²⁹¹. Na implantação da federação brasileira, conforme a avaliação de Ferrari (2003, p. 66), “salta aos olhos o mimetismo do modelo estadunidense *vis a vis* a inadequação à nossa realidade, seja na denominação Estados Unidos do Brasil, seja na imaginária reunião das províncias, que em verdade jamais estiveram separadas”.

A Constituição de 1891 adotou, na repartição de competências entre a União e os Estados-membros, o federalismo dual, inaugurado pela Constituição norte-americana, com a rígida separação de competências, atribuindo-se à União as competências expressamente enumeradas na Constituição e permanecendo os Estados-membros com as competências remanescentes (BRASIL, 1891, arts. 34 e 65)²⁹². Aos Municípios, conferiu-se autonomia “em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse” (BRASIL, 1891, art. 68).

²⁹¹ Nagel (2002, p. 67) conduz raciocínio semelhante ao descrever a federação alemã. Para o autor, desde o Império de Bismark, em 1871, “criada desde cima, esta federação não era o resultado da vontade popular, ainda que a população a aceitasse”. O mesmo se deu em 1949, pois muitos Estados-membros foram criados pelos aliados ocidentais, sendo que apenas Hamburgo, Bremen e Baviera tinham continuidade histórica.

²⁹² Dispõe a Constituição de 1891 que é facultado aos Estados “[...] 2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição” (BRASIL, 1891, art. 65, 2º).

A incorporação da técnica dual ensejou certo artificialismo jurídico, pois não havia competências estaduais preexistentes a serem cedidas à União e residualmente preservadas pelos Estados (FERRARI, 2003, p. 67). Porém, a Constituição de 1891 assinalou, na visão de Horta (2002a, p. 375), o início e o apogeu das atividades de auto-organização do Estado-membro no Brasil. Igualmente, destaca Almeida (2005, p. 41) que, nessa época, a autonomia estadual era exercida em suas últimas conseqüências, inclusive quanto à adoção de soluções diferenciadas nas constituições estaduais para a separação de poderes.

Quanto à repartição de competências, os poderes enumerados condensavam os poderes federais e os Estados-membros, em fase inicial de organização, não experimentavam os reflexos negativos advindos do deslocamento de poderes, que antes já se concentravam nas mãos do Império. Assim, ao invés da cessão de competências, que teoricamente poderia lhes diminuir o poder, os Estados viram-se contemplados com bom número de matérias que antes não lhes competiam.

A repartição horizontal também se aplicava ao poder tributário, na delimitação de ingressos estaduais e federais, devendo cada esfera se manter com os recursos que arrecadava. Aqui, mais uma vez se mostrou inadequado o arranjo federativo implantado, em face das disparidades de desenvolvimento entre os Estados. Os mais ricos conseguiam arrecadar recursos suficientes para as necessidades públicas e para investir na prosperidade, enquanto os mais pobres nem sequer atendiam às suas necessidades elementares (ALMEIDA, 2005, p. 42). A Constituição não oferecia possibilidade de cooperação entre a União e os Estados, pois somente admitia o socorro aos Estados em caso de calamidade pública (BRASIL, 1891, art. 5º).

Muito em função dessas inadequações, a autonomia estadual não restou incólume por muito tempo. Logo, o instituto da intervenção federal, previsto no texto constitucional para aplacar traumas ou desvios de conduta federativos, ultrapassou essas finalidades e tornou-se prática reiterada, movida por critérios políticos. Tanto assim que apenas os três Estados economicamente mais fortes e politicamente mais influentes – São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul – não sofreram intervenção federal, sob qualquer pretexto, até 1930 (BERCOVICI, 2004, p. 32).

As bases do regime político do início do século XX eram a Política dos Governadores e o coronelismo. A adoção de eleições para a escolha dos governadores tornou necessária a implantação de máquinas eleitorais nos Estados, baseadas no poder dos coronéis, donos de terra que dominavam o eleitorado, preponderantemente rural. O presidente da República, por sua vez, precisava compor-se com os governos estaduais para se firmar perante os demais componentes da União. Os políticos estaduais firmavam acordos com os donos de terra, por intermédio dos chefes políticos locais. Formava-se, então, o compromisso coronelista entre os governos estadual e municipal, descrito por Victor Leal (1997, p. 40), de índole semelhante à composição política firmada entre o líder estadual e o governo federal.

A manipulação de votos pelos coronéis e a dependência dos Municípios em relação aos Estados resultou no domínio dos votos pelo governador, que decidia a composição da bancada estadual no Congresso Nacional e qual seria o candidato da República eleito em seu Estado (BERCOVICI, 2004, p. 36). O Congresso era, então, expressão da direção política dos governos estaduais, que exigiam a fidelidade dos deputados e senadores ao presidente da República. Nas relações entre os Municípios e os Estados, atuava a política dos coronéis; nas relações entre os Estados e a União, operava a Política dos Governadores. Isso levou ao domínio do Poder Executivo, que subordinava o Congresso Nacional aos interesses das oligarquias estaduais em aliança com o presidente da República (BERCOVICI, 2004, p. 33).

Os casos de conflito entre os governos federal e estadual eram resolvidos por intermédio da intervenção federal. A presença federal nos Estados, por esse meio, a partir do repetido impulso do governo presidencial, exerceu gradativa deterioração da autonomia dos Estados-membros. Esse processo, intensificado pela combinação da política dos governadores com a intervenção federal e o presidencialismo exacerbado (HORTA, 2002a, p. 401), culminou na Reforma Constitucional de 1926, que reduziu a plenitude normativa dos Estados-membros mediante inclusão de princípios constitucionais enumerados da União no âmbito das normas sobre intervenção federal. Passou a ocorrer, então, a padronização da estrutura dos governos estaduais, com a fixação de regras de preordenação institucional e a expansão das competências da União, incluindo legislação sobre comércio interior e medidas de saneamento das finanças estaduais (ALMEIDA, 2005, p. 42).

O declínio da autonomia do Estado-membro completou-se com a Revolução de 1930. O período de duração do Governo Provisório “constituiu o interregno

da autonomia do Estado-membro no Direito Público” (HORTA, 2002a, p. 407). O Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, embora mantivesse em vigor as Constituições Federal e estaduais, as sujeitavam a modificações e restrições contidas nos atos do Governo Provisório. Com isso, consagrou o primado fático do Governo Provisório sobre a ordem constitucional preexistente e suprimiu a autonomia dos Estados-membros, ao prever a nomeação de um interventor federal para os Estados, que exerceria tanto o poder executivo quanto o poder legislativo, subordinado apenas ao chefe de Governo Provisório. Para Horta (2002a, p. 409), “a Revolução de 1930, durante o Governo Provisório, promoveu o regresso ao Estado unitário”.

4.2.2 Da Constituição de 1934 ao Estado Novo

A federação foi retomada pela Constituição de 1934, em molde mais ajustado ao figurino da Reforma Constitucional de 1926 do que à estrutura originária da Constituição de 1891. Segundo Horta (2002a, p. 414), essa Constituição “abriu a fase do amortecimento da autonomia do Estado-membro e inaugurou o período da plenitude da União Federal”, embora tenha também representado um sopro inovador, com soluções originais quanto à organização dos poderes, o sistema federal, a discriminação tributária e os princípios de ordenação econômica e social. Não obstante, essas mudanças “permaneceram como esboço de um retrato interrompido, obra inacabada pela efêmera duração” (HORTA, 2002a, p. 414).

A ampliação dos poderes federais é revelada pelo número considerável de competências materiais e legislativas atribuídas privativamente à União e pela limitação da autonomia estadual, que permaneceu contida por princípios constitucionais enumerados²⁹³, sob ameaça de intervenção (BRASIL, 1934, arts. 5º; 7º, I; e 12, § 1º). Nesse último ponto, destaca-se a submissão do constituinte estadual a numerosos princípios previamente fixados na Constituição Federal.

²⁹³ São eles: *a*) forma republicana representativa; *b*) independência e coordenação de poderes; *c*) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; *d*) autonomia dos Municípios; *e*) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; *f*) prestação de contas da Administração; *g*) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; *h*) representação das profissões. (BRASIL, 1934, art. 7º, I).

Proliferaram as *normas de reprodução* de textos da Constituição Federal, a serem compulsoriamente inseridas no ordenamento constitucional do Estado, por processo de transplantação²⁹⁴. Isso revela a expansão do modelo federal, que atraiu para si matéria anteriormente entregue à atuação originária do constituinte estadual, o que desqualificou sua obra e amorteceu a autonomia do ordenamento constitucional estadual (HORTA, 2002a, p. 422).

Contudo, conforme destaca Almeida (2005, p. 55), já se conheciam outros modelos de repartição de competências, além do federalismo dual. Inspirada nas Constituições da Alemanha (de Weimar) e da Áustria, a Constituição brasileira de 1934, a par de prever a competência privativa da União e a remanescente dos Estados, adotou a competência legislativa concorrente não-cumulativa, na qual se confere à União a fixação de normas gerais sobre certas matérias e aos Estados a possibilidade de estabelecer legislação supletiva ou complementar (BRASIL, 1934, arts. 5º, § 3º; 7º, III)²⁹⁵. No campo material, previu competências comuns atribuídas à União e aos Estados (BRASIL, 1934, art. 10).

A opção por um federalismo cooperativo fica evidente pela faculdade da União e Estados celebrarem acordos para a melhor coordenação e desenvolvimento dos respectivos serviços e, especialmente, para a uniformização de leis, regras ou práticas, arrecadação de impostos, prevenção e repressão da criminalidade e permuta de informações (BRASIL, 1934, art. 9º). A cooperação é reforçada pelo combate às endemias e às secas do Nordeste, ambos os esforços coordenados pela União (BRASIL, 1934, arts. 140 e 177).

Aos Municípios, a Carta de 1934 garantiu que seriam organizados de forma que lhes ficasse assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, em especial: a eletividade do prefeito e vereadores; a decretação e arrecadação dos tributos e taxas; e a organização de seus serviços (BRASIL, 1934, art. 13).

²⁹⁴ Horta (2002a, p. 422) distingue as normas de reprodução das *normas de imitação*, que “exprimem a cópia de técnicas ou de institutos, por influência da sugestão exercida pelo modelo superior”, mediante adesão voluntária do constituinte a uma determinada disposição constitucional.

²⁹⁵ A Constituição de 1934 utiliza a denominação de “normas fundamentais” para os domínios do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo (art. 5º, XIX, c), e de “normas gerais” para vários outros campos (art. 5º, XIX, i, e § 3º), mas admite a legislação estadual supletiva ou complementar em ambos os casos, para que as leis estaduais, atendendo às peculiaridades locais, possam suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta. (BRASIL, 1934, art. 5º).

A Constituição de 1934 definiu os tributos que caberiam privativamente à União, aos Estados e aos Municípios (BRASIL, 1934, arts. 6º, 8º e 13, § 2º). Mas admitiu também a competência concorrente entre a União e os Estados para a criação de impostos, vedada apenas a bitributação. Neste caso, a arrecadação caberia aos Estados, com partilha de seu produto com a União e os Municípios (BRASIL, 1934, arts. 10 e 11).

Dois fenômenos interligados podem ser observados a partir da Constituição de 1934. São eles o crescimento dos poderes federais e o início da implantação de um federalismo cooperativo no Estado brasileiro. A escalada dos poderes federais já havia sido iniciada na Reforma Constitucional de 1926, mas tomou forma com a Constituição de 1934, contemporânea da mutação do papel do Estado. No Brasil, alguns fatores contribuíram para esses fenômenos: a iniciativa dos próprios Estados, especialmente dos mais pobres, que necessitavam do concurso da União para desempenhar suas funções; e a ascendência do intervencionismo estatal, com acréscimo de competências da União, principalmente no plano econômico, e compressão das competências estaduais, pelo reconhecimento de um campo de autonomia própria dos Municípios (ALMEIDA, 2005, p. 42). Além disso, as normas eletivas do autogoverno local, antes no domínio da autonomia dos Estados-membros, foram deslocadas para a competência privativa da União (HORTA, 2002a, p. 419).

O novo perfil de intervenção no domínio econômico e social exigiu uma alteração na fisionomia do Estado, com a adoção de uma repartição de competências amplamente favorável ao poder central. Para tanto, a União concentrou não só mais competências enumeradas, de atuação privativa, como também deslocou matérias que antes permaneciam nas competências residuais dos Estados para o rol de competências concorrentes, onde teria atuação preponderante.

Horta (2002b, p. 470) identifica no sistema de repartição de competências implantado na Constituição de 1934 uma correspondência com o princípio da subsidiariedade, não obstante a terminologia diferenciada. Registra que a enumeração dos poderes legislativos da União se fez acompanhar da destinação aos Estados-membros da “legislação subsidiária”, pela qual receberam competência para elaborar leis supletivas ou complementares, para atender peculiaridades locais e suprir lacunas ou deficiências da legislação federal (BRASIL, 1934, arts. 5º, § 3º; e 7º, III).

Para o autor, “a legislação estadual supletiva ou complementar corresponderia, no caso, aos critérios da ‘realização suficiente’ ou da ‘melhor realização’, preconizados posteriormente pelo Tratado de Maastricht, para justificar a competência da Comunidade ou dos Estados-membros, no direito comunitário europeu” (HORTA, 2002b, p. 470). Contudo, é difícil reconhecer essa correspondência, uma vez que os preceitos atendem a objetivos distintos. No direito comunitário, embora o domínio seja de competência concorrente, os critérios determinam quando a Comunidade poderá disciplinar a matéria (até então, ela permanece com os Estados-membros). Na Constituição de 1934, a competência é da União, cabendo aos Estados-membros suplementar ou complementar a legislação federal para atender às peculiaridades locais e suprir lacunas ou deficiências.

De todo modo, a curta vigência da Constituição de 1934 não permitiu a consolidação do modelo federativo nela implantado. Já nos finais de 1935 a crise do regime político impossibilitou o exercício pleno da Constituição²⁹⁶. Os conflitos ocorridos entre 1934 e 1937 foram causados pela tentativa de institucionalizar um poder mais moderno sobre a estrutura política baseada na política dos Estados, tendo como centro das discussões a centralização contra a autonomia estadual (BERCOVICI, 2004, p. 41). Em 1937, sobreveio o Estado Novo, que representou, na imagem de Horta (2002a, p. 428), o eclipse da autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro.

A Constituição de 1937 acolheu os elementos do federalismo, mas de modo nominal. A autonomia dos Estados teve apenas existência formal. A estrutura federal foi substituída, na prática, por uma estrutura legal equivalente à de um Estado unitário descentralizado, pois os Estados encontraram sua fonte de organização na legislação governamental do Presidente da República, que submeteu os Estados e os Municípios, por meio de decretos-leis, a minucioso controle (HORTA, 2002a, p. 427). Desde o início do Estado Novo, todos os Estados foram submetidos a intervenção federal. Os interventores nomeavam os prefeitos e serviam de ligação entre os Estados, ministérios e presidente da República. Conforme Bercovici (2004, p. 41), para evitar o surgimento de máquinas políticas autônomas em Estados fortes, foi realizado um verdadeiro rodízio de interventores, que só se mantinham no cargo enquanto dispunham da total confiança do presidente da República.

²⁹⁶ O Decreto Legislativo nº 5, de 25 de novembro de 1935, autoriza o Presidente da República a declarar o estado de sítio. Um mês depois, o Decreto Legislativo nº 8, de 21 de dezembro de 1935, prorroga o estado de sítio e equipara a comoção intestina grave ao estado de guerra.

O sistema de repartição de competências também sofreu alterações de caráter centralizador, mais restritivo em relação à faculdade de os Estados participarem da legislação concorrente (ALMEIDA, 2005, p. 57). As oportunidades dos Estados legislarem para atender a especificidades locais ou suprir deficiências da legislação federal ficaram restritas a: delegação feita na própria lei federal, nas matérias de competências exclusiva da União, com posterior submissão da lei estadual à aprovação do governo federal (BRASIL, 1937, art. 17); ou, independente de autorização, em algumas matérias discriminadas, para aqueles fins ou para regular a matéria até que houvesse a lei ou regulamento federal, que derogaria a legislação estadual naquilo que fosse incompatível (BRASIL, 1937, art. 18).

Esboçou-se, ainda, um sistema de recíproca colaboração executiva entre os entes federados, pois a lei federal poderia estabelecer que serviços de competência da União seriam executados pelos Estados, observados regulamentos e instruções federais (BRASIL, 1937, art. 19), assim como, mediante acordo, os Estados poderiam delegar a funcionários da União a competência para a execução de leis, serviços, atos ou decisões do seu governo (BRASIL, 1937, art. 22). Contudo, a Constituição de 1937 sequer foi efetivamente aplicada, em virtude do autoritarismo do governo então vigente.

4.2.3 Da Constituição de 1946 à Emenda Constitucional 1/1969

A autonomia do Estado-membro foi restaurada na Constituição de 1946, embora com limites cada vez mais estreitos. O histórico centralizador do País e o intervencionismo do Estado social deixaram suas marcas no texto constitucional, apesar de seu espírito de retomada democrática.

Vários são os fatores e características que marcaram o retraimento da autonomia estadual. O constituinte estadual ficou vinculado aos princípios estabelecidos na Constituição, mas o texto não os relacionou expressamente (BRASIL, 1946, art. 18). Essa limitação não se esgotava nos princípios constitucionais enumerados²⁹⁷, para os quais se previa a intervenção federal (BRASIL,

²⁹⁷ São eles: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário (BRASIL, 1946, art. 7º, VII).

1946, arts. 7º, VII, e 8º). Os princípios estabelecidos abrangiam também as normas que se referiam, por antecipação, ao ordenamento do Estado-membro (competências, rendas, autonomia municipal, vedações, Justiça estadual) e percorriam os princípios fundamentais da ordem política (forma republicana, regime democrático, direitos fundamentais, sistema representativo), da forma de Estado, da ordem social, econômica e administrativa (HORTA, 2002a, p. 441).

Além disso, a Constituição de 1934 atribuía aos Estados os poderes remanescentes que “lhes não for negado explícita ou implicitamente por cláusula expressa desta Constituição” (BRASIL, 1934, art. 7º, IV). A Constituição de 1946 praticamente repetiu essa fórmula, retirando-lhe, porém, a referência à cláusula expressa (BRASIL, 1946, art. 18, § 1º), o que servia a interpretação ampliativa dos poderes da União.

Essas limitações da autonomia tiveram repercussão na atividade de auto-organização constitucional e na atividade legislativa. Nesta, sobraram ao Estado, praticamente, matérias acessórias, secundárias ou complementares da legislação federal. Já a autonomia constitucional dos Estados passou a lidar, quase que exclusivamente, com a organização dos seus poderes e com a organização política e administrativa dos Municípios, que, mesmo assim, já dispunha de diretrizes traçadas pela Constituição Federal. Além disso, recolheu as normas de reprodução e se inclinou, muitas vezes, à imitação de técnicas utilizadas na organização dos poderes da União (HORTA, 2002a, p. 440).

O texto constitucional de 1946 adotou a técnica da legislação concorrente, mas de forma mais tímida do que a da Constituição de 1934. Isso porque não se especificou, como anteriormente, domínios próprios de competência legislativa concorrente, utilizando-se a simples remissão a pequeno subconjunto de letras contidas no rol de matérias de competência legislativa da União, para as quais era admitida a legislação estadual supletiva ou complementar (BRASIL, 1946, art. 6º)²⁹⁸. Além disso, não foram previstas áreas de competências materiais comuns, embora, mediante acordo, a União pudesse cometer a funcionários estaduais a execução de suas leis e serviços, e vice-versa (BRASIL, 1946, art. 18, § 3º).

A autonomia dos Municípios, por sua vez, foi assegurada pela eleição do prefeito e dos vereadores e pela administração própria, no que concernia a seu

²⁹⁸ Horta (2002b, p. 470) considera que “a regra da legislação estadual supletiva ou complementar reproduziu-se na Constituição de 1946 (art. 6º), formada com as matérias da competência legislativa da União, na relação de subsidiariedade, supletividade e complementaridade, técnica também adotada na Constituição de 1967 [...]”.

peculiar interesse, especialmente para arrecadação de seus tributos, aplicação de suas rendas e organização dos serviços públicos locais (BRASIL, 1946, art. 28).

A competência tributária manteve a sistemática de destinação de tributos próprios a cada esfera federativa (BRASIL, 1946, arts. 15, 19 e 29). Mas, na criação de novos tributos, sempre arrecadados pelos Estados e distribuídos aos demais entes, o imposto federal excluiria o estadual idêntico (BRASIL, 1946, art. 21). Foi determinada a repartição de parcela da arrecadação de alguns impostos da União para os Estados (BRASIL, 1946, art. 15, § 2º) e destes para os Municípios (BRASIL, 1946, arts. 15, §§ 2º e 4º; 21 e 29). Essa repartição perdurou até a edição da Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, que proibiu a criação de novos tributos e redefiniu a distribuição dos percentuais de arrecadação.

Porém, antes de a Constituição de 1946 completar vinte anos, ela foi profundamente alterada por Emendas Constitucionais (seis até 1963 e quinze até 1966) e Atos Institucionais (quatro entre abril de 1964 e 1966), que ultrapassaram a normatividade constitucional sob a invocação fática de exercício do poder constituinte revolucionário (HORTA, 2002a, p. 444). Tal circunstância exigiu a instituição de uma nova ordem constitucional, que deu origem à Constituição de 1967.

Sob essa Carta, a organização federal demonstrou forte tendência centralizadora, com concentração na União de amplas competências materiais e legislativas (BRASIL, 1967, art. 8º) e recursos tributários (BRASIL, 1967, art. 22). À exacerbação dos poderes federais correspondeu a retração da autonomia estadual. O poder de auto-organização foi severamente limitado, mediante imposição de observância compulsória dos princípios estabelecidos, dos quais já se oferecia numeroso rol²⁹⁹, aos quais se somam os princípios que poderiam

²⁹⁹ São eles: I - os mencionados no art. 10, VII [princípios enumerados]; II - a forma de investidura nos cargos eletivos; III - o processo legislativo; IV - a elaboração orçamentária e a fiscalização orçamentária e financeira, inclusive a aplicação dos recursos recebidos da União e atribuídos aos Municípios; V - as normas relativas aos funcionários públicos; VI - proibição de pagar a Deputados estaduais mais de dois terços dos subsídios atribuídos aos Deputados federais; VII - a emissão de títulos da dívida pública fora dos limites estabelecidos por lei federal; VIII - a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, de limites máximos de retribuição estabelecidos, em lei federal [incluído pelo Ato Complementar 40/1968] (BRASIL, 1967, art. 13).

ensejar intervenção federal³⁰⁰. Conforme Horta (2002a, p. 445), “a autonomia constitucional do Estado reduziu-se ao exercício passivo das normas de reprodução, através do processo mecânico de transplantação para a Constituição do Estado das regras preexistentes na Constituição Federal”. A tal ponto chegou o amesquinamento da autonomia estadual que a Constituição Federal determinou a reforma das constituições dos Estados no prazo de sessenta dias, sob pena de incorporação automática das normas constitucionais federais às cartas estaduais (BRASIL, 1967, art. 188).

No que diz respeito à repartição de competências, foi mantido o arcabouço formal da Constituição de 1946. Foi prevista a competência estadual para legislar supletivamente em poucas matérias, referidas a apenas seis das mais de vinte alíneas que discriminavam as competências legislativas da União (BRASIL, 1967, art. 8º, § 2º). Sob o ponto de vista material, não foram relacionadas competências comuns, prevendo-se apenas a execução, mediante convênio, de leis, serviços ou decisões estaduais por funcionários federais ou municipais (BRASIL, 1967, art. 18, § 3º). A autonomia municipal manteve-se, formalmente, de modo semelhante, apenas com exigência de realização simultânea, em todo o país, das eleições municipais, dois anos antes das eleições para governador e deputados (BRASIL, 1967, art. 16). Assim, se repetiu na Constituição de 1967, ainda com maiores limitações, o modelo de repartição de competências que já não tinha se mostrado eficiente para a contenção da tendência centrípeta da federação (ALMEIDA, 2005, p. 59).

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, impôs, por decisão do poder central, a incorporação direta e automática das disposições contidas na Constituição ao direito constitucional legislado dos Estados (BRASIL, 1969, art. 200). Esse federalismo quase nominal impregnou as interpretações judiciais acerca da autonomia estadual, de modo que qualquer fuga do paradigma federal passou a constituir motivo suficiente para que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade da norma estadual. Tão severa limitação à capacidade dos Estados de elaborarem suas próprias Constituições chegou a causar perplexidade na doutrina jurídica, com a constatação de que não existia, em direito comparado, exemplo mais acabado de disciplina do poder constituinte decorrente (FERREIRA FILHO, 1974, p. 183).

³⁰⁰ São eles: a) forma republicana representativa; b) temporariedade dos mandatos eletivos, limitada a duração destes à dos mandatos federais correspondentes; c) proibição de reeleição de Governadores e de Prefeitos para o período imediato; d) independência e harmonia dos Poderes; e) garantias do Poder Judiciário; f) autonomia municipal; g) prestação de contas da Administração (BRASIL, 1967, art. 10, VII).

No Regime Militar, o governo federal promoveu uma forte centralização na esfera da União, que praticamente aniquilou com o federalismo, apesar de sua existência formal na Constituição. Sob o eufemismo de “federalismo de integração”³⁰¹, a União concentrou as competências que lhe permitiram condicionar, planejar, dirigir e controlar a atuação dos Estados (ALMEIDA, 2005, p. 43). Sob o pretexto de integração nacional, esse federalismo pretendeu ir além do cooperativo, atribuindo à União os poderes de dirigir a política nacional, evitar conflitos com as unidades federadas e promover o desenvolvimento econômico com o máximo de segurança coletiva. Na avaliação de Bercovici (2004, p. 51), porém, com essa formulação, “procuraram os juristas ligados à ditadura militar esconder a supressão do federalismo naquele período”.

4.2.4 O histórico da federação e o princípio da subsidiariedade

O percurso histórico da federação brasileira autoriza Almeida (2005, p. 44) a concluir que, pelo menos até antes da Constituição de 1988, se tratava “quase de um Estado unitário redivivo”. Com efeito, a tendência centralizadora das federações em geral teve, no Brasil, grande intensidade.

Proveniente da descentralização de um Estado unitário, a federação brasileira mostrou, desde seu nascedouro, certo artificialismo, que se traduziu em disposições constitucionais que acabavam por se confrontar com a realidade. Verifica-se, ainda, que a federação brasileira, em seu primeiro século de existência (1889-1988), contou com apenas metade desse tempo de efetividade e prática, sendo o restante coberto por períodos de vigência meramente formal nas Constituições.

Portanto, a história constitucional não nos permite associar a federação brasileira, em uma avaliação geral, com o princípio da subsidiariedade. Para comprovar tal assertiva, devem ser confrontados os elementos e as características da federação brasileira com os parâmetros do princípio da subsidiariedade.

Em primeiro lugar, a subsidiariedade tem como pressuposto a autonomia das coletividades (1º parâmetro organizatório), que pretende não só ver respeitada, como também reforçada pelo desempenho de suas competências

³⁰¹ A formulação do “federalismo de integração” é de Alfredo Buzaid, ministro da Justiça do Governo do General Emílio G. Médici.

até o limite de sua capacidade (3º parâmetro organizatório). Essa linha de raciocínio jamais presidiu a extensão das autonomias estaduais e municipais em nossas Constituições. Na verdade, como foi visto, o percurso histórico nacional é contrário a esses parâmetros, na medida em que oscila entre fases de quase supressão e períodos de limitação à autonomia das coletividades, que se verificou, no saldo final, gradativamente diminuída.

O segundo elemento da subsidiariedade a ser confrontado é o que determina a primazia de decisão e execução das atividades públicas nos níveis mais próximos do cidadão (2º parâmetro organizatório). Já mencionamos, anteriormente, que esse elemento enseja dificuldades de compatibilidade com o federalismo, por pelo menos três razões. Cumpre examiná-las na especificidade brasileira.

A primeira razão diz respeito ao processo de formação. No Brasil, o Estado federal formou-se pelo processo de segregação. Em tese, a aplicação desse parâmetro organizatório deveria conduzir a uma descentralização do antigo Estado unitário, mediante devolução de competências aos Estados e Municípios. Isso ocorreu nas primeiras décadas de prática federativa, de forma até um tanto descontrolada, mas foi interrompida a partir dos anos 1930 e jamais voltou a ter intensidade.

Assim, não se pode dizer que o objetivo a que se dirige o 2º parâmetro organizatório do princípio da subsidiariedade tenha sido atingido no federalismo nacional. O que esse parâmetro pretende é dar a voz e a decisão sobre as políticas públicas ao cidadão, preferencialmente ao mais próximo ou diretamente afetado pelo problema. Contudo, a prática federativa do início do século, apogeu da autonomia e da descentralização, ao invés de contribuir para a maior influência do cidadão nas decisões políticas, fez prosperar compromissos entre os senhores rurais e lideranças políticas locais e estaduais, vinculados pelo fenômeno do coronelismo, e destas com o Poder Executivo federal, por meio da Política dos Governadores, tomando para si o controle das políticas públicas e amesquinhando o papel dos cidadãos. Esse domínio chegou até mesmo ao Congresso Nacional, onde deveria estar presente com maior nitidez a representação popular. Desse modo, no breve período de descentralização das competências, o que se viu foi o controle dos poderes públicos pelas elites rurais e políticas, sem que os cidadãos tivessem real influência e participação em seus destinos, como pretenderia o parâmetro em exame.

A outra dificuldade de compatibilidade entre o 2º parâmetro organizatório e o federalismo situa-se no fato de que aquele privilegia as forças centrífugas de poder e a diversidade, enquanto este leva em consideração estas forças, mas em permanente tensão com as forças centrípetas e a unidade. Aliás, no Brasil, as forças centrífugas muito raramente lograram obter maior influência do que as forças centrípetas. O histórico do federalismo brasileiro é uma crônica de centralização de competências e de aprisionamento da autonomia dos Estados a um padrão federal. A figura do “Estado unitário redivivo” (ALMEIDA, 2005, p. 44) é mais do que suficiente para ilustrar essa realidade.

A terceira razão de desajuste entre o 2º parâmetro e o federalismo, especialmente no caso brasileiro, reside em que não se tem notícia de que a proximidade da decisão com o cidadão tenha sido, em alguma ocasião, considerada como o critério reitor da repartição de competências entre as esferas federativas. Na primeira fase do federalismo brasileiro adotou-se o federalismo dual, que não dá azo a compartilhamento de competências. As competências concorrentes foram esboçadas na Constituição de 1934, que não foi praticada, e depois retomadas na Constituição de 1946, embora de forma tímida.

Ao se tratar da repartição de competências, cabe trazer à discussão os 3º e 4º parâmetros do princípio da subsidiariedade, que representam, respectivamente, suas dimensões negativa e positiva. Em nenhum momento, as Constituições brasileiras contemplaram dispositivos que pudessem representar esses parâmetros no desempenho de competências compartilhadas: que os Estados-membros pudessem atuar até o limite de sua capacidade; e que a intervenção da União somente se justificasse em face das incapacidades dos Estados e em proveito do conjunto.

Como vimos, a Constituição de 1934 inaugurou a competência legislativa concorrente em nosso ordenamento constitucional. Entretanto, o texto deixa evidente que a competência era federal, o que “não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias”. Nestes casos, as leis estaduais “poderão, atendendo às peculiaridades locais, suprir lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta” (BRASIL, 1934, art. 5º, § 3º).

Desse modo, fica claro que não estão presentes nem a primazia do nível inferior (2º parâmetro organizatório), nem os critérios aptos à atuação das

dimensões negativa (3º parâmetro organizatório) e positiva (4º parâmetro organizatório) da subsidiariedade. Por essa razão, é difícil acatar a posição de Horta (2002b, p. 470), que vê coincidência entre a legislação estadual supletiva ou complementar e os critérios de realização insuficiente dos Estados ou mais eficiente da Comunidade, adotados no Tratado de Maastricht, para determinar o exercício da competência concorrente no direito comunitário.

Até se poderia cogitar que a subsidiariedade poderia ser aplicada, no regime constitucional de 1934, nas competências materiais comuns (BRASIL, 1934, art. 10) ou na faculdade de os entes federados estabelecerem acordos para melhor coordenação e desenvolvimento de seus serviços, para uniformização de leis ou práticas e para arrecadação de impostos (BRASIL, 1934, art. 9º), ou nas medidas de combate às endemias e às secas do Nordeste (BRASIL, 1934, arts. 140 e 177). Contudo, todas essas possibilidades ficaram inoperantes, tal qual a própria Constituição.

A Constituição de 1946, por sua vez, tornou mais restrita a competência legislativa concorrente. O texto limitou-se a indicar alguns poucos domínios, dentro da competência legislativa da União, nos quais não se excluía a legislação estadual supletiva ou complementar. Nem mesmo especificou, como fez a Carta Magna de 1934, para que propósitos ela seria praticada. Desse modo, ainda com mais dificuldade se poderia entender equivaler essa disposição a uma aplicação do princípio da subsidiariedade.

Por fim, cabe registrar que os textos constitucionais brasileiros a que nos referimos (1934 e 1946) são anteriores à Lei Fundamental de Bonn, de 1949, de onde se retira a argumentação mais consistente de equiparação da competência legislativa concorrente com o princípio da subsidiariedade. Além disso, a diferença entre o texto constitucional alemão e os brasileiros é muito grande. A Lei Fundamental estabelece a prevalência dos *Länder* no domínio da legislação concorrente, passando o direito de legislação à Federação desde que haja necessidade de regulamentação por lei federal em face de determinadas condições³⁰².

Como visto no capítulo anterior, os critérios determinados pela Lei Fundamental para que incidisse o direito da Federação legislar em matéria concor-

³⁰² Na redação original, são elas: 1ª) um assunto não poder ser regulamentado satisfatoriamente pela legislação dos diversos *Länder*; 2ª) a regulamentação de um assunto pela lei de um *Land* poder prejudicar os interesses de outros *Länder* ou os interesses gerais; ou 3ª) o exigir a manutenção da unidade jurídica e econômica, especialmente a manutenção da uniformidade das condições de vida para além do território de um dos *Länder* (ALEMANHA, 1949, art. 72).

rente admite correspondência com os critérios da subsidiariedade. Entretanto, a ausência dessas condições nos textos constitucionais brasileiros, aliado à prevalência da União no domínio da legislação concorrente, permite concluir que as Constituições nacionais sob exame não aplicaram o princípio da subsidiariedade, nem mesmo nessa área.

Resta analisar se o princípio da subsidiariedade ganhou aplicação na Constituição de 1988, que trouxe a esperança de implantação de um federalismo mais equilibrado, como mais um dos marcos de superação dos traços autoritários e centralizadores do regime precedente. As seções seguintes vão analisar, separadamente, como se configurou a Constituição de 1988 em relação aos elementos relacionados à aplicação do princípio da subsidiariedade: a autonomia dos entes federados e a repartição de competências.

4.3 A autonomia federativa na Constituição de 1988

4.3.1 A autonomia estadual e o princípio da subsidiariedade

A autonomia dos entes federados é um elemento essencial à configuração de uma federação. Essa autonomia se traduz na capacidade “de organizar a sua vida própria, política e administrativa, dentro dos princípios constitucionais da União” (FERRAZ, 1979, p. 53). Tal capacidade desdobra-se nas prerrogativas de auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração.

A auto-organização é a mais relevante delas e corresponde à capacidade da unidade federada de se dar uma Constituição particular. Para tanto, atua um poder constituinte derivado decorrente, cuja função dirige-se à estrutura e organização do ente federado, mediante institucionalização de sua ordem jurídica interna (FERRAZ, 1979, p. 58). Esse poder encontra seu fundamento na Constituição Federal e nela também deve buscar os limites impostos ao seu exercício.

4.3.1.1 A autonomia estadual e seus limites na Constituição e doutrina

As Constituições brasileiras oscilaram, conforme Ferrari (2003, p. 125-126), entre duas técnicas de limitação do poder constituinte decorrente: *a*) a enumeração dos princípios que o limitam no próprio dispositivo de que trata o poder

de auto-organização dos Estados-membros; ou *b*) a exigência de observância dos princípios da Constituição Federal, deixando de relacioná-los expressamente, mas trazendo um rol de princípios cuja inobservância ensejaria a intervenção federal. A Constituição de 1988 utilizou a segunda técnica, distinguindo-se da Carta de 1967, que adotara a primeira (BRASIL, 1967, art. 13).

Realmente, o art. 25 do texto constitucional vigente estabelece a capacidade de os Estados se organizarem e regerem por suas próprias Constituições e leis, exigindo-lhes a obediência aos princípios da Constituição Federal, sem especificá-los (BRASIL, 1988, art. 25). Já o art. 34, VII, admite a intervenção federal nos Estados para assegurar a obediência dos princípios que relaciona em seus cinco incisos: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública direta e indireta; e aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais no ensino e na saúde (BRASIL, 1988, art. 34, VII).

Ocorre que, conforme observa Ferraz (1979, p. 158), a identificação dos princípios que circunscrevem a ação do poder constituinte decorrente não obedece a critérios técnicos, o que dificulta muitíssimo a compreensão de quais deles devem ser respeitados pelo constituinte estadual. Além disso, a Carta de 1988, ao optar pela fórmula genérica de exigir a observância, pelas Constituições e lei estaduais, aos princípios da Constituição Federal, não ajudou a esclarecer a questão. A dificuldade de determinação desses princípios e, portanto, dos próprios limites às Constituições estaduais, ensejou inúmeras classificações na doutrina.

Uma das classificações mais aceitas é a de Ferraz (1979, p. 133). A autora extrai, da necessária conformidade que as Constituições estaduais devem guardar com a Constituição Federal, duas implicações que, juntas, consubstanciam a regra geral apta a nortear o exame das limitações do poder constituinte decorrente.

A primeira implicação, de ordem negativa, é a de que a Constituição estadual e as leis que dela tiram seu fundamento não podem contrariar as disposições da Constituição Federal. Consistem, assim, de vedações, que são expressas ou implícitas. As expressas podem ser diferenciadas, quanto ao objeto, em vedações de fundo (materiais, circunstanciais e temporais) ou de forma.

A segunda implicação, de ordem positiva, é a de que a Constituição estadual e o direito interno estadual devem, no espaço territorial de sua aplica-

ção, observar ou assimilar os preceitos, os fins e o espírito da Constituição Federal. Segundo a autora:

As limitações positivas concernem: *a*) à assimilação obrigatória, pelo constituinte estadual, de preceitos ou princípios, expressa ou implicitamente estabelecidos na Constituição Federal e que retratam o sistema constitucional do país; *b*) à observância de princípios federais, genéricos ou específicos, estabelecidos na Constituição Federal e que se estendem aos Estados, expressa ou implicitamente; e *c*) à absorção obrigatória de princípios consagrados pela Constituição Federal, cujo destinatário é, específica e exclusivamente o Estado-Membro, e que, para facilitar, são rotulados como princípios enumerados. Nos dois últimos casos (letras *b* e *c*), as limitações podem ser distinguidas em limitações de fundo (materiais, circunstanciais e temporais) e de forma, exceção feita às limitações genéricas implícitas, que só podem ser limitações de fundo. (FERRAZ, 1979, p. 134).

Por seu turno, Silva (2002, p. 592) lembra que é a Constituição Federal que fixa a zona de determinações e o conjunto de limitações à capacidade organizatória dos Estados, quando manda que suas Constituições e leis observem os seus princípios. Desde logo, porém, o autor esclarece que ela não indica, explicitamente, quais sejam eles. Entretanto, considera que tais princípios podem ser reunidos em dois grupos: *a*) os princípios constitucionais sensíveis, que dão ensejo à intervenção federal; e *b*) os princípios constitucionais estabelecidos, que limitam a capacidade organizatória dos Estados. Entende que a Constituição vigente praticamente eliminou os princípios constitucionais extensíveis, que reuniam, no regime anterior, as regras de organização da União cuja aplicação deveria estender-se aos Estados.

Para definir os princípios constitucionais estabelecidos, Silva (2002, p. 594) vale-se da lição de Horta (1964, p. 225-226), para quem a limitação da autonomia dos Estados-membros não se esgota na revelação antecipada de matéria que vai ser reproduzida na organização do Estado-membro, mas compreende também normas de outra natureza, como as de caráter vedatório e os princípios de organização política, social e econômica. Contudo, os princípios estabelecidos não estão claramente indicados nem localizados separadamente no texto constitucional federal.

Em esforço de sistematização, Silva (2002, p. 594-598) procura identificá-los na Constituição de 1988, “senão na sua totalidade, ao menos numa amostra

expressiva”, classificando-os nos seguintes agrupamentos: *a)* limitações expressas ao constituinte estadual, que são consubstanciados em dois tipos de regras – as vedatórias, que proíbem a adoção pelos Estados de determinados atos ou procedimentos, e as mandatórias, que determinam aos Estados, de maneira direta, a observância de princípios a serem adotados em sua organização constitucional e normativa; *b)* limitações implícitas ao constituinte estadual; e *c)* limitações ao constituinte estadual decorrentes do sistema constitucional adotado, como as que defluem do princípio federativo, dos princípios do Estado democrático de direito, do princípio democrático, e dos princípios da ordem econômica e social.

Em concepção distinta, Horta (2002a, p. 284) utiliza o conceito de normas centrais, que designam um conjunto de normas constitucionais “vinculadas à organização da forma federal do Estado, com a missão de manter e preservar a homogeneidade dentro da pluralidade das pessoas jurídicas, dos entes dotados de soberania na União e de autonomia nos Estados-membros e nos Municípios”. Servem, assim, aos fins da participação, da coordenação e da autonomia das partes constitutivas do Estado federal. Para tanto, as normas centrais distribuem-se em círculos normativos na Constituição Federal, para posterior projeção nas Constituições estaduais. No federalismo contemporâneo, essas normas abrangem a formulação ampliada dos direitos fundamentais, as novas dimensões da repartição de competências e a incorporação da ordem econômica e social na Constituição.

Horta (2002a, p. 333-336) apresenta a classificação das normas centrais, localizando-as na Constituição Federal, de forma que previne não ser exaustiva, reunidas em quatro grupos: *a)* os “Princípios desta Constituição”, que estão dispersos no corpo da Constituição e, às vezes, apresentam-se com a qualificação de objetivos e diretrizes; *b)* os “Princípios Constitucionais”, que ensejam a intervenção federal; *c)* as “Normas de competência deferidas aos Estados”; e *d)* as “Normas de preordenação”, que são aquelas que se dirigem diretamente aos Estados-membros, dispondo sobre sua organização previamente à Constituição estadual.

Como se vê, obter um consenso doutrinário acerca da classificação dos limites impostos ao constituinte estadual é bem difícil. Mas não exige esforço observar o quanto é reduzido o seu campo de atuação, tantos são os princípios da Constituição Federal que devem ser observados, a ponto de nem os mais abalizados doutrinadores arriscarem-se a precisar uma relação exaustiva (SILVA, 2002, p. 594; HORTA, 2002a, p. 333). O fato de a Constituição de 1988

não ter acompanhado a fórmula da Constituição de 1967 não surtiu o efeito aparentemente desejado, de conferir maior largueza à autonomia estadual. É verdade que não se repetiu expressamente o instituto da incorporação automática, introduzido pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, pelo qual as disposições da Constituição Federal ficavam incorporadas ao direito constitucional legislado dos Estados (BRASIL, 1969, art. 200). Entretanto, ele aparentemente foi assimilado como mais um dos princípios adotados de modo implícito no sistema federativo brasileiro (LEAL, Roger, 1997).

Vale aqui o registro de Garcia (1995, p. 48), de que as Constituições estaduais têm um terreno tão reduzido e minguado de área normativa que quase seriam dispensáveis, do que resulta uma autonomia estadual sem expressão e efetividade, que decorre da mesma inserção das normas de direito federal no âmbito do contexto estadual, cabendo pesquisar, um a um, os exatos limites da possibilidade de sua atuação. Esse o papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

4.3.1.2 As limitações à autonomia estadual na jurisprudência

Um bom ponto de partida para o exame dos limites do poder constituinte decorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é o julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn-MC) nº 216, Relator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, em que a Corte reconhece que a promulgação da Constituição de 1988 deveria ensejar uma nova postura perante a autonomia estadual:

[...] O perfil da federação brasileira, redefinido pela Constituição de 1988, embora aclamado por atribuir maior grau de autonomia dos Estados-membros, é visto com reserva por **alguns doutrinadores, que consideram persistir no Brasil um federalismo ainda afetado por excessiva centralização espacial do poder em torno da União Federal.** [...] A questão da necessária observância, ou não, pelos Estados-membros, das normas e princípios inerentes ao processo legislativo, provoca a discussão sobre o alcance do **poder jurídico da União Federal de impor, ou não, às demais pessoas estatais que integram a estrutura da Federação, o respeito incondicional a padrões heterônomos** por ela própria instituídos como fatores de compulsória aplicação. **Esse tema, que se revela essencial à organização político-administrativa do Estado brasileiro, ainda não foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.** Da resolução dessa questão central, **emergirá a definição do modelo de Federação a**

ser efetivamente observado nas práticas institucionais. Enquanto não sobrevier esse pronunciamento, impõe-se, **como medida de cautela, a suspensão liminar de preceitos inscritos em Constituições estaduais, que não hajam observado os padrões jurídicos federais,** de extração constitucional, concernentes ao processo legislativo. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1990, grifos nossos).

Entretanto, a cautela adotada na parte final da decisão acabou por consolidar-se como orientação do Tribunal, em reiterados julgamentos. Com isso, restou postergada a discussão sobre o novo modelo de federação e mantida a possibilidade de a União impor, aos entes federados, o respeito a tais “padrões heterônomos por ela próprio instituídos como fatores de compulsória aplicação”.

A questão envolve o poder constituinte decorrente que a Constituição de 1988 conferiu a cada assembléia legislativa, para elaboração da Constituição do respectivo Estado (BRASIL, 1988, art. 11 do ADCT). Para ilustrar o debate, vale rememorar as posições expostas no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 274/PE, concluído em 5 de fevereiro de 1992, que examinou a constitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado de Pernambuco que fixava o número de desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1992).

Na ocasião, três posições se confrontaram. A primeira, liderada pelos Ministros Ilmar Galvão e Paulo Brossard, entendia que a Constituição estadual não inaugurava uma estrutura institucional para os Estados, pois já encontrava uma coletividade organizada, cuja estrutura apenas se amoldaria aos princípios indicados pela nova Constituição Federal. Assim, a elaboração das Constituições estaduais corresponderia apenas a uma adequação do que já existia às linhas fundamentais do modelo federal. Uma segunda corrente, defendida pelos Ministros Néri da Silveira e Moreira Alves, preferia decidir a questão sob o argumento de que o Judiciário é um poder de natureza nacional, cujas linhas de organização estão previamente traçadas na Constituição Federal. Finalmente, uma terceira posição, do Ministro Sepúlveda Pertence, insurgia-se especialmente contra a primeira, cuja interpretação alegava servir para o regime constitucional anterior, que previa a incorporação automática das disposições da Carta Política federal às constituições estaduais, mas não para a Constituição de 1988. Argumentava, então, que esta Constituição não previu que as assembléias legislativas adaptassem o direito preexistente a coisa alguma, mas sim que elaborassem a respectiva constituição estadual, observados os

princípios da Carta federal, sendo função primordial do poder constituinte decorrente estruturar os poderes do Estado.

Ao final, por maioria, vencidos quatro Ministros, o STF declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, inclinándose pela primeira corrente, associada à segunda. Fica clara, na decisão, a perspectiva de restrição à autonomia estadual. O Tribunal, na vigência da nova Constituição, continua a pautar-se pelas interpretações do passado, como ressaltou o Ministro Sepúlveda Pertence. Com isso, a atuação do poder constituinte decorrente não serviu para dar organização a um dos Poderes do Estado, que já se considerou previamente organizado, não só no tempo, mas também como decorrência das disposições da Constituição Federal, tornando de pouca efetividade o art. 125, da mesma Carta Magna, segundo o qual “os Estados organizarão sua Justiça”, cuja competência “será definida na Constituição do Estado” (BRASIL, 1988, art. 125).

A visão do Tribunal torna-se ainda mais restritiva ao poder de auto-organização estadual quando se verifica sua firme posição de considerar inconstitucionais dispositivos das Constituições estaduais por ofensa à reserva de iniciativa de lei dos demais Poderes, em especial do Poder Executivo (BRASIL, 1988, art. 61, § 1º), sob justificativa de compulsória observância do modelo federal de processo legislativo. Com isso, aplica-se ao poder constituinte decorrente a regra de iniciativa exclusiva dos demais Poderes que, no plano federal, incide no envio ao Legislativo de projetos de leis complementares ou ordinárias. Desse modo, além de acatar os princípios que lhe são impostos pela Constituição Federal, o constituinte estadual ainda enfrenta o óbice de se deparar com uma interpretação do princípio da simetria do processo legislativo que ocasiona reiteradas inconstitucionalidades formais.

De início, o próprio STF vacilou quanto à aplicação da simetria do processo legislativo, pois a Constituição de 1988 não repetiu a norma da Constituição de 1967, que relacionava expressamente os princípios constitucionais a serem seguidos pelos Estados, entre eles o do processo legislativo (BRASIL, 1967, art. 13, III). Assim, foi indeferida, por exemplo, a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn-MC) nº 56/PB, pois entendeu o Tribunal, em 7 de junho de 1989, Relator o Ministro Célio Borja, que a matéria dependia de mais acurada indagação (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1989). Depois, contudo, firmou-se orientação no sentido da observância compulsória, pelos Estados,

do modelo federal do processo legislativo, em especial quanto à reserva de iniciativa, por força do princípio da separação de poderes³⁰³.

A extensão da reserva de iniciativa de lei ao poder constituinte decorrente sugere uma indistinção entre o poder constituinte decorrente (inicial ou de revisão) e o poder legislativo estadual, o que coloca em xeque a supremacia relativa da Constituição estadual. Essa é, contudo, a nota jurídica essencial de uma Constituição, mesmo a estadual, que reside na superioridade de sua força em relação às demais normas jurídicas internas (FERRAZ, 1979, p. 110).

O motivo dessa orientação talvez possa ser buscada no seguinte excerto do acórdão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.434/SP:

[...] 2. Essa orientação - malgrado circunscrita em princípio ao regime dos poderes constituídos do Estado-membro - **é de aplicar-se em termos ao poder constituinte local, quando seu trato na Constituição estadual traduza fraude ou obstrução antecipada ao jogo, na legislação ordinária, das regras básicas do processo legislativo**, a exemplo da área de iniciativa reservada do executivo ou do judiciário: **é o que se dá quando se eleva ao nível constitucional do Estado-membro assuntos miúdos do regime jurídico dos servidores públicos, sem correspondência no modelo constitucional federal**, como sucede, na espécie, com a equiparação em vencimentos e vantagens dos membros de uma carreira - a dos Procuradores Autárquicos - aos de outra - a dos Procuradores do Estado: é matéria atinente ao regime jurídico de servidores públicos, a ser tratada por lei de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, c). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1999, grifos nossos).

Ferrari (2003, p. 198) cogita que tal posição deve-se ao fato de o STF ter-se voltado para o passado, aplicando uma regra do antigo regime constitucional, que o atual não manteve, que reservava ao Presidente da República a iniciativa de leis que aumentassem a despesa pública (BRASIL, 1969, art. 57, II). Sem lhe tirar a possível razão, cabe observar que mesmo aquele dispositivo trata-

³⁰³ Como precedentes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade (ADIn-MC) nº 766/RS. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, 3 de setembro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 31 jul. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade (ADIn-MC) nº 774/RS. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, 7 de outubro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 31 jul. 2006.

va de iniciativa de lei, e não de normas constitucionais. Outra pertinente observação do autor é quanto ao fato de que “a distinção entre o que seja matéria constitucional ou matéria de lei ordinária, é bastante tormentosa, podendo dar margem a escolhas arbitrárias. Afinal, o modelo analítico da Constituição Federal em nada auxilia quanto à definição do que seja matéria constitucional” (FERRARI, 2003, p. 201).

Realmente, enveredar por esse rumo significa a retomada jurisprudencial da distinção entre normas materialmente e formalmente constitucionais, a partir de critérios segundo os quais determinada matéria poderia ou não ser objeto de norma constitucional estadual. Esse, contudo, foi o fundamento que presidiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 97/RO, Relator o Ministro Moreira Alves, cujo acórdão registra que a matéria objeto da ação – reposição de perdas salariais de servidores públicos – não se prendia à organização da estrutura do Estado-membro e, assim, dizia respeito a assunto tipicamente de legislação ordinária, razão pela qual cerceava a iniciativa legislativa exclusiva dos poderes constituídos (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1993).

Ora, são inúmeras as regras dispostas na Carta Federal sobre servidores públicos, e as Emendas Constitucionais acrescentaram outras tantas. Assim, cabe questionar quando se pode considerar que determinada disposição passou a tratar de “assuntos miúdos” do regime jurídico dos servidores públicos, ou que não deva ser objeto de norma constitucional, mas de legislação ordinária. A Constituição estadual não serve exatamente para fixar especificidades e o Estado não tem autonomia para estabelecer normas próprias sobre o regime jurídico de seus servidores?

A adoção de um critério de quase absoluta correspondência das constituições estaduais com o modelo constitucional federal resulta na permanência (implícita) da incorporação automática do regime constitucional de 1967/69 (BRASIL, 1969, art. 200), ou na mera repetição de dispositivos da Constituição Federal. Isso equivaleria a dizer que persiste a máxima aplicada por Roger Leal (1997) ao regime anterior, de que “valia, à época, dizer que os Estados reger-se-ão pelas leis e Constituições que adotarem, desde que estas sejam iguais à Constituição Federal”.

Contudo, a autonomia pressupõe um poder constituinte decorrente superior aos poderes constituídos do Estado, ou, então, cumpre assumir ser

mera formalidade jurídica ou somente abstração doutrinária sua denominação de constituinte. Com efeito, não faz sentido que o poder constituinte decorrente deva guardar reserva à iniciativa dos poderes por ele mesmo constituídos. Se ele deve guardar limitações não só ao poder de onde deriva, mas também aos poderes que ele próprio constitui, praticamente não lhe sobra razão de existir.

Não obstante, cumpre observar que ainda há um pequeno espaço para normas constitucionais estaduais autônomas. Essas normas podem ser divididas em normas *originais* de auto-organização, nas quais o constituinte estadual realmente exprime esforço de inovação, e normas constitucionais estaduais *de imitação*, que representam mera cópia do modelo federal por adesão voluntária do constituinte estadual (LEONCY, 2007, p. 31). Embora com menor frequência, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a existência desse espaço normativo constitucional estadual autônomo, de que é exemplo a decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 793 (julgado em 03/04/1997), relator o Ministro Carlos Velloso, pela qual se reconheceu que a vedação de recondução para o mesmo cargo na composição das Mesas das Casas do Congresso Nacional (art. 57, § 4º, da CF) não é de reprodução obrigatória para a formação das Mesas das Assembleias Legislativas nas Constituições estaduais (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1997).

4.3.1.3 A autonomia estadual à luz do princípio da subsidiariedade

Como vimos, a história constitucional brasileira apresenta um efeito cíclico, com alternância de períodos de moderada autonomia estadual (Constituições de 1891, 1934 e 1946) e outros de grave restrição dela (Revolução de 1930 e Constituições de 1937, 1967/1969), não só em virtude dos regimes autoritários, mas também da dilatação dos poderes da União. A Constituição de 1988 resgatou a normalidade democrática e, com ela, a expectativa da construção de um federalismo mais equilibrado, no qual se pudesse verificar maior autonomia para os entes federados.

Entretanto, o que se verifica é que a federação brasileira permanece, sob esse aspecto, presa ao passado, com a preservação da tradição de incorporação do modelo federal para as constituições estaduais. Sob a égide de uma Constituição Federal analítica como a brasileira, pouco espaço de normatividade própria sobrou para as constituições estaduais, do que se pode concluir que a autonomia dos entes federados continua excessivamente limitada.

Desse modo, a federação brasileira foi objeto de um novo artificialismo jurídico, dessa vez em prejuízo da autonomia estadual, qual seja a atribuição

de um poder constituinte decorrente às assembléias legislativas pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988, art. 11 ADCT), mas que praticamente nada constitui ou organiza, uma vez que, de um lado, acha-se jungido aos Poderes que ele foi chamado a constituir e organizar, e, de outro, deve limitar-se à mera transposição ou a uma simples adaptação do modelo constitucional federal ao Estado.

Por isso, é forçoso verificar que a Constituição de 1988 não conseguiu superar uma história constitucional de experiências federativas interrompidas. Como decorrência, pode-se presumir uma dificuldade de aplicação do princípio da subsidiariedade no Estado federal brasileiro, pois suas prescrições demandariam um maior respeito e uma mais larga extensão da autonomia dos entes federados, assim como a rejeição de modelos impostos “de cima para baixo”.

Ocorre que, no Brasil, a autonomia federativa teve reduzida a sua principal componente, a prerrogativa de auto-organização, pelos motivos que antes levantamos. Essa limitação afeta, igualmente, a capacidade de autolegislação, uma vez que o ordenamento jurídico estadual tem sua fonte em uma Constituição estadual tolhida de normatividade e com pouca amplitude de domínios legislativos.

O federalismo brasileiro funciona mais como um instrumento de equilíbrio do poder, pelo qual o governo federal – e, mais especificamente, o Poder Executivo federal – pode muito, mas não pode tudo, do que propriamente como um mecanismo de ampliação da autonomia dos entes federados. Assim, por exemplo, a livre escolha dos governantes nos diversos níveis da federação, muitas vezes de correntes opostas umas às outras, cada qual correspondendo a uma determinada orientação política e ideológica, possibilita o funcionamento de um sistema de freios e contrapesos em sentido vertical que, por si só, justifica e torna inestimável o federalismo na organização do Estado brasileiro.

Contudo, o princípio da subsidiariedade exige o respeito à autonomia das coletividades menores, não só em relação à livre escolha de seus governantes, mas em sua inteireza. Mas, para tanto, a autonomia federativa não pode estar subjugada ao modelo de organização da União, que se apresenta como um padrão de estruturação dos poderes a ser fielmente seguido. Não se pode negar que a história apresenta desvios na legislação e administração dos Estados, mas isso não é característica peculiar deles e não há porque

julgar que o modelo federal é a solução perfeita e ajustável a todos os tipos e tamanhos de Estados.

Trata-se, então, da prática de um federalismo que se poderia qualificar de desconfiado, com pouca crença na legitimidade e prudência do constituinte estadual, uma vez que o modelo constitucional federal impõe-se como um padrão de racionalidade às Constituições estaduais. Essa imposição, contudo, aproxima o sistema federal brasileiro da heteronomia e o distancia da aplicação do princípio da subsidiariedade.

Com efeito, a subsidiariedade exige que a coletividade seja o sujeito e não o objeto das decisões sobre sua organização e funcionamento, assim como que ela detenha a capacidade de traçar objetivos, conceber políticas públicas e executá-las, até o horizonte de sua capacidade. A intervenção da coletividade superior deveria vir justificada pelo esgotamento daquela capacidade ou pelo proveito do bem comum. No Brasil, contudo, esses critérios não são aferidos, pois a necessidade daquela atuação já vem predeterminada por um juízo político, construído historicamente, plasmado juridicamente na Constituição Federal e consolidado pela jurisdição constitucional.

4.3.2 A autonomia municipal e o princípio da subsidiariedade

A Constituição Federal de 1988 rendeu-se à tese municipalista e dirimiu a controvérsia sobre a posição do Município, declarando-o como ente integrante do Estado federal (BRASIL, 1988, art. 1º). No entanto, o reconhecimento constitucional da autonomia municipal, no Brasil, vem desde a Constituição de 1891, que dispunha que os Estados deveriam organizar-se de forma que ficasse assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeitasse ao seu peculiar interesse (BRASIL, 1891, art. 68).

Ocorre, porém, que a autonomia municipal foi, em grande parte, tutelada não só pela União, mas principalmente pelos Estados, durante todo o período republicano. É por isso que Ferreira Filho (1997, p. 204) afirma que os Municípios foram a única entidade política “viva” na colonização e no Império, mas que, durante boa parte da existência da República, desenvolveu-se no Brasil um “estadualismo”, somente substituído mais recentemente por uma visão nacional da vida político-administrativa.

Voltando à história, já se verifica, na Constituição de 1934, a preocupação em preservar a autonomia municipal da interferência dos Estados. Assim, dis-

punha o texto constitucional que os Municípios deveriam ser organizados de forma que lhes ficasse assegurada a autonomia em tudo quanto respeitasse a seu peculiar interesse, especialmente quanto à: eletividade do prefeito e dos vereadores, sendo que a câmara municipal poderia eleger aquele (exceto na capital do Estado e nas estâncias hidrominerais, em que os prefeitos eram nomeados pelo governo do Estado); a decretação de seus impostos e taxas (cujo rol apresenta), a arrecadação e aplicação das suas rendas; e a organização dos serviços de sua competência (BRASIL, 1934, art. 13).

Essas disposições revelavam uma intenção descentralizadora, que era reforçada pela consagração da autonomia municipal como princípio de respeito obrigatório pelos Estados, sob pena de intervenção federal (BRASIL, 1934, arts. 7º, I, *d*, e 12, V). Não obstante, de forma que Victor Leal (1997, p. 112) apontou como contraditória, a Constituição facultava ao Estado a criação de um órgão de assistência técnica e fiscalização financeira da administração municipal e admitia a possibilidade de intervenção nos Municípios a fim de lhes regularizar as finanças (BRASIL, 1934, art. 13, §§ 3º e 4º). Com isso, a preocupação com descontroles administrativos e financeiros poderia possibilitar a tutela dos Municípios.

Salvo os interregnos de autoritarismo e unitarismo, as linhas gerais da autonomia municipal se mantiveram nas constituições posteriores. A Constituição de 1946 manteve o órgão estadual de assistência técnica aos Municípios, mas ele não podia mais fiscalizar suas finanças (BRASIL, 1946, art. 24). Contudo, atribuiu às constituições estaduais dispor sobre a fiscalização da administração financeira dos próprios Estados e dos Municípios (BRASIL, 1946, art. 22). A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, contribuíram com novas disposições para o controle dos Municípios pelos Estados. Mas, a partir de então, verificou-se uma forte concentração de poder na União. O perfil tecnocrático de governo, a urbanização e a industrialização tornaram os Municípios carentes de investimentos de maior envergadura. Com isso, manteve-se, em novas bases, a dependência dos Municípios das esferas estadual e federal.

Conforme Almeida (2005, p. 112), a federação brasileira desenvolve-se, desde sua origem, em uma estrutura tríplice, na qual se conjugam as ordens central, estadual e municipal, diferentemente da estrutura tradicional, que contempla somente aquelas duas primeiras ordens. A novidade da Carta de 1988 foi, principalmente, conferir capacidade de auto-organização aos Municípios, que até então não ganhara previsão constitucional, na forma da elaboração

de sua própria lei orgânica (BRASIL, 1988, art. 29). Além disso, a Constituição vigente assegurou a eletividade do prefeito e vereadores e instituiu nova repartição de receitas tributárias, senão correspondente às atribuições municipais, pelo menos mais favorável do que nas constituições precedentes.

A análise quanto aos limites da autonomia municipal, porém, não se distancia do que dissemos sobre os Estados. Consolidou-se a tendência de retirar dos Estados a interferência sobre a organização municipal, mas, aparentemente, ao preço da definição de limites estreitos para a auto-organização dos Municípios, postos desde logo na Constituição Federal. Com efeito, a lei orgânica deve atender aos princípios estabelecidos na Constituição Federal, na Constituição do respectivo Estado e a um extenso rol de preceitos dispostos nos arts. 29 e 29-A (incluído pela EC 25/2000), além de outras normas constitucionais esparsas. Nos incisos desses dispositivos se incluem, especialmente, normas de preordenação institucional (FERREIRA FILHO, 1997, p. 205), que definem a estrutura dos órgãos municipais, com ênfase para o Poder Legislativo.

De início, há de se concordar com Horta (2002b, p. 469), de que a pluralidade de ordenamentos jurídicos, que no Estado federal brasileiro contempla como terceiro nível o municipal, favorece o desenvolvimento do princípio da subsidiariedade. O fortalecimento municipal, tanto para Medina (2002, p. 250) quanto para Baracho (1997, p. 51), encontra consonância com esse princípio porque demonstra uma preferência pela descentralização do poder. Esses autores registram que é na instância municipal que o cidadão tem maior influência, por sua proximidade com o órgão de governo, o que possibilitaria sua participação mais ampla e fiscalização mais efetiva.

Ocorre que um exame mais acurado deve atribuir razão à afirmação de Victor Leal (1997, p. 70) de que o problema verdadeiramente encontrado no Brasil não é o da autonomia, mas o da falta dela, tão constante em nossa história é o amesquinamento das instituições municipais. Também encontra ressonância o alerta de Tocqueville (2005, v. I, p. 70) de que, embora a comuna exista desde que os seres humanos existem, a liberdade comunal é rara e frágil, por ser mais exposta às invasões do poder. As instituições comunais, para se afirmarem, precisam ter-se desenvolvido plenamente e ter-se incorporado às idéias e aos hábitos nacionais, pois enquanto a liberdade comunal não estiver arraigada nos costumes é fácil destruí-la. Essa liberdade escapa ao esforço do homem, pois ela nasce de si mesma e se desenvolve no seio da sociedade. Para se arraigar nos costumes, ela deve subsistir por muito tempo nas leis, pois é pela ação contínua que ela se consolida.

Entretanto, como visto, a história brasileira é uma crônica de centralização, reforçada por interdependência política entre o governo federal e os estaduais, com mais ou menos poder para um dos lados, mas quase sempre em detrimento da autonomia do Município. Ainda conforme Victor Leal (1997, p. 72), a autonomia legal foi cerceada de diversas maneiras, de modo que o exercício de uma autonomia extralegal dependia inteiramente das concessões do governo estadual. Com isso, a autonomia municipal transformou-se não em um direito do eleitorado, mas em uma dádiva do poder.

Tocqueville (2005, v. I, p. 102) afirma que a centralização se sustenta na crença de que o poder central administra melhor as localidades do que elas seriam capazes de fazer. Admite que a centralização favorece a uniformidade, mas adverte que ela excede em impedir, não em fazer. Ela falha ao tentar chamar o cidadão em seu auxílio, sob condição que aja como ela determina. Para o autor, não se obtém assim o concurso da vontade humana, pois o homem prefere permanecer imóvel do que caminhar sem independência para um objetivo que ignora (TOCQUEVILLE, 2005, v. I, p. 103).

De certo modo, essa advertência pode servir ao Brasil. Após a Constituição de 1988, muito se tem falado em descentralização e em municipalização. Entretanto, raras são as vezes em que não se pretende impor uma política nacional, formulada a partir de legislação e diretrizes federais, a ser simplesmente executada pelos entes federados, sobretudo os Municípios. Nesse caso, há uma falsa impressão de autonomia, pois não se está diante da faculdade de governar por si próprio. É verdade que inúmeros fatores tornaram os problemas intermunicipais, mas há peculiaridades que justificam ações diferentes a serem aplicadas a realidades diversas. Contudo, na maioria das vezes, o que se pretende praticar é mais uma descentralização de índole administrativa do que política.

Desse modo, a singular posição do Município como integrante da federação brasileira, a partir da Constituição de 1988, ainda se configura uma disposição legal que tem sido colocada a duras provas, até que se incorpore às idéias e aos hábitos nacionais, como requer Tocqueville (2005, v. I, p. 70). Nunca é demais repetir que o respeito à autonomia é pressuposto do princípio da subsidiariedade e condição de seu pleno desenvolvimento. Com mais ênfase isso deve ser perseguido no nível municipal, para que as decisões sejam adotadas o mais próximo possível do cidadão. Por isso, a discussão sobre a posição do Município

quanto à subsidiariedade, na federação brasileira, será retomado no exame das competências que lhe foram conferidas pela Constituição de 1988.

4.4 A repartição de competências na Constituição de 1988

4.4.1 *Visão geral do sistema*

A Constituição de 1988 consolidou a redemocratização brasileira e ensejou, entre outras expectativas, a da restauração de um federalismo mais efetivo. Ocorre que, conforme registra Silva (2002, p. 475), a repartição regional e local de poderes depende da natureza e do tipo histórico de federação. No Brasil, em face da concentração de poder no governo central, de origem histórica e dimensão acentuada durante os governos militares, o esperado ressurgimento de um federalismo de equilíbrio passou a ser visto como um processo de descentralização do poder para os entes federados.

O imperativo de redistribuição de poder resultou em um intrincado sistema de repartição de competências, com “a combinação de praticamente tudo o que já se experimentou na prática federativa” (ALMEIDA, 2005, p. 74). O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades do Estado federal, segundo Silva (2002, p. 477), é o da predominância de interesse, pela qual cabe à União as matérias de interesse nacional, enquanto cabe aos Estados as matérias de interesse regional e aos Municípios as matérias de interesse local.

No sistema da Constituição de 1988, convivem a repartição horizontal e a repartição vertical de competências. Sob a orientação de repartição horizontal, foram relacionadas as competências da União, no campo material e legislativo, permanecendo os Estados com as competências remanescentes e os Municípios com as competências definidas indicativamente (BRASIL, 1988, arts. 21, 22, 25 e 30). O Distrito Federal acumula as competências estaduais e municipais, com poucas exceções³⁰⁴.

Quanto à repartição vertical, ela se aplica onde possa haver atuação concorrente dos entes federativos. Foram previstos domínios de execução comum, em que pode ocorrer a atuação concomitante e cooperativa entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 1988, art. 23). No campo legislativo, foram definidos domínios de legislação concorrente, nos quais a União estabelece as regras gerais,

³⁰⁴ Essas exceções estão nos art. 21, XIII, XIV, e art. 22, XVII (BRASIL, 1988, arts. 21 e 22).

a serem suplementadas pelos Estados, Distrito Federal e pelos Municípios (BRASIL, 1988, arts. 24 e 30, II).

De forma não sistemática, também há previsão de competência legislativa concorrente em alguns domínios que a Constituição atribui como privativos da União (BRASIL, 1988, art. 22, IX, XXI, XXIV, XXVII). Ainda nas matérias privativas da União, admite-se a possibilidade de delegação aos Estados do poder de legislar sobre questões específicas (BRASIL, 1988, art. 22, par. único).

A repartição de competências da Constituição de 1988 seguiu as linhas do federalismo contemporâneo europeu, mais especificamente da Lei Fundamental de Bonn (HORTA, 2002a, p. 446), de onde buscou várias de seus preceitos³⁰⁵. Lembra Almeida (2005, p. 76) que a Constituição brasileira de 1934 também serviu como fonte de inspiração para o constituinte de 1987/88, particularmente quanto ao rol de competências materiais comuns (BRASIL, 1934, art. 10), cujo conteúdo foi parcialmente repetido pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988, art. 23).

O modelo adotado teve a pretensão de tirar o melhor proveito da utilização das competências concorrentes, que havia significado um avanço, na Alemanha, “no sentido de propiciar um relacionamento federativo melhor balanceado, principalmente em função do tratamento que deu à competência legislativa” (ALMEIDA, 2005, p. 76)³⁰⁶. Para Horta (2002a, p. 446), a “tarefa de reconstrução e de retificação não se limitou a repor o edifício demolido na sua arquitetura anterior”, mas se projetou “além da edificação reconstruída, para introduzir novos fundamentos e modernizar o federalismo constitucional brasileiro”. Desses novos fundamentos, o autor destaca a singular inclusão do Município como um dos entes que compõem a “união indissolúvel da República Federativa” (BRASIL, 1988, art. 1º) e a diversificação da repartição de competências, com inspiração na Lei Fundamental de Bonn, distribuída, a partir de então, em diversos domínios (HORTA, 2002a, p. 446).

Almeida (2005, p. 77) faz uma avaliação positiva, em tese, do sistema de repartição de competências configurado na Constituição de 1988, entendendo

³⁰⁵ Almeida (2005, p. 76) relaciona alguns dos institutos transplantados para a Constituição de 1988. Não obstante, registra que não há identidade plena entre as constituições alemã e brasileira, sobretudo quanto às regras relativas ao exercício da competência legislativa concorrente (ALMEIDA, 2005, p. 77).

³⁰⁶ Baracho (1997, p. 43) e Camargo (2001, p. 81) complementam que o modelo também se baseia na cooperação e no princípio da subsidiariedade.

ser “potencialmente hábil a ensejar um federalismo de equilíbrio”. Identifica nas competências compartilhadas (legislativas concorrentes e materiais comuns) mecanismos que podem levar à ampliação dos horizontes e ao incentivo da criatividade dos Estados. Argumenta, porém, que um juízo mais definitivo depende do conteúdo das competências privativas e compartilhadas previstas no sistema.

Cabe, por fim, um esclarecimento sobre o método de exame do sistema brasileiro de repartição de competências sob o prisma do princípio da subsidiariedade. Já foi referido que, quanto à repartição de competências, podem ser identificadas duas funções para o princípio da subsidiariedade: a atributiva e a de ajuste (CORNU, 1993, p. 147).

A função atributiva relaciona-se à atuação do constituinte quando determina as matérias afetas às esferas de competência, constituindo-se então em uma diretiva política de habilitação do titular de uma competência (DUARTE, 2000, p. 111). Neste sentido, interessa levantar as técnicas de repartição utilizadas e a própria delimitação das competências operada pela Constituição de 1988. Isso será feito, no caso das competências privativas da União e dos Municípios e das competências remanescentes dos Estados, em duas ou mais seções: as primeiras para descrever o modelo implantado; e a última para consignar algumas observações sob o prisma do princípio da subsidiariedade.

A função de ajuste do princípio da subsidiariedade incide no exercício dinâmico das competências atribuídas. Nesse sentido, seu campo de aplicação são as competências concorrentes, porque é nelas que se pode dar o equilíbrio de poderes entre as esferas de competência, atribuindo-se a competência ora àquelas mais próximas do cidadão, ora à de maior abrangência, se houver justificativa para isso. Aqui, interessa verificar se o sistema adotado pela Constituição Federal admite ou possibilita essa forma de ajuste. Para tanto, cumpre analisar as competências materiais e legislativas, para depois realizar o exame das competências concorrentes à luz do princípio da subsidiariedade.

4.4.2 As competências privativas da União

Desde a origem do federalismo, constam nas constituições federais a enumeração dos poderes da União. Esse rol se fez necessário porque ali se continham as competências conferidas pelos Estados ao poder federal que constituíam, permanecendo as competências remanescentes com os próprios Estados. Entretanto, os poderes federais foram gradativamente estendidos, não só pela enumeração de competências, mas também por mecanismos como a teoria dos poderes implícitos.

Não obstante, jamais deixou de ser necessária a enumeração das competências da União. As constituições federais brasileiras não fogem a essa regra. Apesar de toda a largueza que os poderes federais assumiram na história, sempre houve nos textos constitucionais um rol que delimitava (ou procurava delimitar) os poderes da União. Tradicionalmente, porém, as constituições brasileiras reuniram, em um só dispositivo, tanto as competências materiais quanto as legislativas. Por exemplo, no regime constitucional anterior, elas estavam juntas no art. 8º (BRASIL, 1967, art. 8º). A novidade da Constituição de 1988 foi cindir a enumeração de competências privativas da União em dois artigos³⁰⁷: o art. 21 para as competências materiais e o art. 22 para as legislativas (BRASIL, 1988, arts. 21 e 22).

4.4.2.1 As competências materiais privativas da União

O art. 21 reúne as competências materiais da União, isto é, as atividades e encargos que a União está habilitada a desempenhar, sejam elas de cunho político, administrativo, econômico ou social (ALMEIDA, 2005, p. 84). Ou seja, reúnem-se nesse dispositivo as competências de índole executiva ou não-legislativa da União.

Ferreira Filho (1997, p. 151) vê uma tênue tendência de reversão da centralização na Constituição de 1988, embora constata que o art. 21, mais do que nenhum outro, revela a realidade da federação brasileira, ao mostrar, “insofismavelmente, a vastidão da competência da União, que não deixa muito para os Estados”. Comparando-o com os preceitos equivalentes nas Constituições de 1891 e 1946, revela-se o acentuado processo de centralização pelo qual passou o Estado federal brasileiro.

Em comparação com o regime constitucional precedente, Almeida (2005, p. 91) registra que as competências materiais da União foram ampliadas na Constituição de 1988. Avalia que essa não era a intenção dos constituintes, a julgar pelo desejo de descentralização dos poderes que foi divulgado à época dos trabalhos, mas o que resultou da elaboração da nova Carta Política foi um reforço dos poderes da União³⁰⁸. Acredita, então, que os constituintes de

³⁰⁷ Almeida (2005, p. 76) indica esse procedimento como influência do sistema constitucional alemão.

³⁰⁸ Comparando as competências materiais do art. 8º da Constituição de 1967 com o art. 21 vigente, Almeida (2005, p. 86) identifica três competências que não foram expressamente transpostas: organizar as forças armadas; organizar e manter a polícia federal (com suas atribuições) e estabelecer planos nacionais de educação e saúde. Contudo verifica que essas competências defluem de outros dispositivos constitucionais.

1987/88 se deram conta de que os poderes que a União detinha no regime constitucional anterior deveriam, realmente, estar sob seu encargo.

Confrontando essa realidade com uma máxima semelhante ao princípio da subsidiariedade³⁰⁹, a autora conclui que “a grande maioria dos poderes arrolados não poderia deixar de estar ali”, ora porque se enquadravam na categoria dos poderes que somente poderiam ser exercidos por quem representa a unidade do Estado federal, ora porque articulam soluções para problemas que afetam mais de um ou todos os Estados-membros (ALMEIDA, 2005, p. 91). Com efeito, justificam-se como sendo da União as competências reunidas nos três agrupamentos³¹⁰ a seguir:

Agrupamento	Incisos do artigo 21 da Constituição Federal
Autoridade do Estado no plano internacional, guerra e paz, e defesa do território	I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; II - declarar a guerra e celebrar a paz; III - assegurar a defesa nacional; IV - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico; XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (redação dada pela EC 19/1998);
Proteção da ordem constitucional em momentos de crise	V - decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal;
Moeda e câmbio	VII - emitir moeda; VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;

³⁰⁹ Essa máxima, sugerida por Celso Bastos, seria a regra de ouro do federalismo: “nada será exercido por um poder de nível superior desde que possa ser cumprido pelo inferior” (ALMEIDA, 2005, p. 91).

³¹⁰ As competências relacionadas no art. 21 estão agrupadas segundo conjuntos temáticos. Para tanto, foram consideradas, como base, classificações sugeridas por Almeida (2005, p. 85-89) e Silva (2002, p. 494-499).

Também devem ser da União as competências referentes ao Distrito Federal, pelas especificidades que este ente federativo apresenta em termos institucionais e de segurança³¹¹. Igualmente, são de índole federal os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional. Esses grupos estão representados abaixo:

Agrupamento	Incisos do artigo 21 da Constituição Federal
Distrito Federal	XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio (redação dada pela EC 19/1998).
Serviços oficiais	XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

O próximo agrupamento, porém, enseja alguma polêmica acerca de sua inserção entre as competências privativas da União:

Agrupamento	Incisos do artigo 21 da Constituição Federal
Planos de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, calamidades públicas, desenvolvimento urbano.	IX – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; XVIII – planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações; XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

Almeida (2005, p. 91) sugere que algumas dessas competências poderiam compor o rol de competências comuns. Uma delas seria a de planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas (inc. XVIII), especialmente as secas e inundações. O socorro aos Estados em caso de

³¹¹ Para Ferreira Filho (1997, p. 159), porém, não há mais razão lógica e objetiva que justifique a competência da União, nem mesmo a penúria de recursos, uma vez que o Distrito Federal foi equiparado a um Estado.

	<p>a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;</p> <p>b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais (redação dada pela EC 49/2006);</p> <p>c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; (redação dada pela EC 49/2006);</p> <p>d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa (redação dada pela EC 49/2006);</p>
--	--

calamidade pública foi o primeiro (e único, à época) instrumento de cooperação entre eles e a União (BRASIL, 1891, art. 5º) e serviu, muitas vezes, como instrumento de interferência federal nos assuntos de economia interna dos Estados. Para Ferreira Filho (1997, p. 161), o apelo à União para que prestasse socorro às secas do Nordeste “foi um fator importantíssimo que ponderavelmente contribuiu para a centralização no federalismo brasileiro”. Apesar da relevância da atuação da União, especialmente na função de planejamento, não se justifica que essa competência não seja compartilhada com os próprios entes federativos envolvidos nas reiteradas ocorrências.

Outra competência privativa da União que se pode questionar refere-se à área do planejamento nacional e regional. Almeida (2005, p. 92) lembra que o planejamento é informado pelos princípios da “unidade por integração” e da “globalidade”, o que resulta em dificuldade de conciliação com a autonomia das unidades federadas. Contudo, argumenta a autora, embora possa utilizar-se de processos de centralização autocráticos, o planejamento pode valer-se de medidas de coordenação com a forma federativa, por meio da concertação dos planos federal e estaduais. Isso dependeria do desenvolvimento que se desse à lei que “estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento” (BRASIL, 1988, art. 174, § 1º).

A competência para “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (inc. IX) coloca a União em posição de força em relação aos demais entes federativos, sobretudo se for considerado que serão buscadas ações em prol da eficiência

das medidas, que muitas vezes demandam uniformidade para obtenção de ganhos de economia de escala. Vale observar que a competência envolve não só a elaboração, mas também a execução de planos nacionais e regionais, o que enseja evidente interferência na economia interna dos entes federativos. Pondera Ferreira Filho (1997, p. 156) que a União não poderá obrigar os Estados a observar o plano regional, “embora não lhe faltem maneiras de induzi-los a tanto, especialmente por expedientes financeiros”. O autor também vislumbra problemas nos planos de ordenação do território, já que esbarram na autonomia estadual e municipal. Inclusive, lembra que a própria Constituição defere aos Municípios a competência para dispor sobre o que for de interesse local e nisso se inclui o plano diretor (BRASIL, 1988, arts. 30, I e 182).

A interferência da União também se manifesta na competência de “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos” (inc. XX). Nesse domínio, pelo menos, encontra-se restrita à concepção de diretrizes, embora aquele que as elabora possa impor e controlar padrões de comportamento, tal como demonstrou a experiência norte-americana. Não obstante, Ferreira Filho (1997, p. 162) identifica na disposição um “inegável sentido centralizador”, pois essas matérias eram, tradicionalmente, de peculiar interesse municipal.

Algumas das competências materiais deferidas à União têm relação com a sua competência legislativa. Um exemplo é a concessão de anistia, que decorre da competência de legislar sobre direito penal, pois ela “consiste ato que apaga para todos os efeitos uma infração penal” (FERREIRA FILHO, 1997, p. 160). Além disso, ela é usualmente aplicada a crimes políticos. Outro caso é o da atividade de garimpagem, que se relaciona com a disciplina legal, a cargo da União, das jazidas, minas e outros recursos minerais (BRASIL, 1988, art. 22, XII). O mesmo se pode dizer com relação à inspeção do trabalho, pois a legislação sobre direito do trabalho é exclusiva da União³¹². Nesse aspecto, contudo, se poderia cogitar de uma atuação conjunta dos entes federativos, o que resultaria em melhor desempenho da atividade de fiscalização do trabalho.

³¹² Em um país continental como o Brasil, é de se questionar a própria competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho. Certamente, há atividades desenvolvidas regionalmente que poderiam demandar, por suas especificidades, legislação própria, a ser melhor desenvolvida pelos Estados.

Em alguns casos, a competência legislativa da União foi determinada porque se entendeu necessário constituir sistemas de caráter nacional, para fomentar uma ação ordenada e uniforme na área. Esses grupos estão relacionados a seguir:

Agrupamento	Incisos do artigo 21 da Constituição Federal
Anistia	XVII - conceder anistia;
Inspeção do trabalho	XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;
Garimpo	XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.

Outras tantas competências se referem a diretrizes, exploração, concessão ou permissão de serviços públicos que o constituinte entendeu deverem ter uniformidade de tratamento em nível nacional, seja por sua natureza, por razões de relação custo-investimento ou de conveniência estratégica. São as referentes às seguintes áreas:

Agrupamento	Incisos do artigo 21 da Constituição Federal
Comunicações (serviço postal e telecomunicações)	X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais (redação dada pela EC 8/1995);
Rádio e televisão	XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (redação dada pela EC 8/1995); XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;

Água e energia elétrica	<p>XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:</p> <p>b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;</p> <p>XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;</p>
Transporte, navegação e viação	<p>XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:</p> <p>c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;</p> <p>d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;</p> <p>e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;</p> <p>f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;</p> <p>XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;</p>
Serviços e instalações nucleares	<p>XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:</p>

O elenco do art. 21, porém, não esgota as competências materiais privativas da União, que podem ser encontradas também em outros dispositivos da Constituição de 1988. Entre eles, podem ser lembrados: art. 164 (emitir moeda); art. 176 (pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento de energia hidráulica); art. 177 (petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos); art. 184 (desapropriação para fins de reforma agrária); art. 194 (organizar a seguridade social); art. 198 (organizar o sistema único de saúde); art. 214 (estabelecer o plano nacional de educação).

4.4.2.2 As competências legislativas privativas da União

Há uma correspondência entre as competências materiais da União e as suas competências legislativas (FERREIRA FILHO, 2007, p. 62), porque, na maior parte das vezes, a execução da atividade deve basear-se em uma norma

legal emanada do próprio ente. Por isso, existe uma correlação entre o art. 21 (competência material) e o art. 22 (competência legislativa) da Constituição (BRASIL, 1988, arts. 21 e 22). Isso ocorre nos casos seguintes:

Agrupamento	Incisos do artigo 22 da Constituição Federal
Competências legislativas com equivalência nas competências materiais do art. 21, ou conexas a elas.	IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; V - serviço postal; VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;
	IX - diretrizes da política nacional de transportes; X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes; XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza; XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional.

O mesmo se dá com algumas competências materiais da União que estão previstas, de modo esparsa, no texto constitucional. Nessa hipótese, o quadro a seguir indica os dispositivos correspondentes em colchetes que se seguem à transcrição dos incisos:

Agrupamento	Incisos do artigo 22 da Constituição Federal
Competências legislativas com equivalência nas competências materiais da União esparsas na Constituição, ou conexas a elas.	XIV - populações indígenas [ver art. 231]; XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais [ver art. 144, §§ 1º a 3º] ¹ . XXIII - seguridade social [ver art. 194]; XXIV - diretrizes e bases da educação nacional [ver art. 211]; XXV - registros públicos [ver art. 236]; XXIX - propaganda comercial [ver art. 220, §§ 3º, II e 4º]

Outros domínios, embora não tenham correspondência imediata com as competências materiais do art. 21 ou de normas esparsas, são assuntos tipicamente disciplinados pela instância federal, porque dizem respeito à nação e sua relação com o exterior e os estrangeiros:

Agrupamento	Incisos do artigo 22 da Constituição Federal
Competências legislativas tipicamente federais	VIII - comércio exterior e interestadual; XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização; XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;

Agrupamento	Incisos do artigo 22 da Constituição Federal
Sistemas de caráter nacional	XI - trânsito e transporte ² ; XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular; XX - sistemas de consórcios e sorteios;

Mas o art. 22 vai além das competências legislativas da União que se dirigem às suas próprias competências de execução ou coordenação. Ele também contempla domínios de legislação que têm incidência sobre todos os cidadãos ou entes da federação. Nesse caso, a Constituição Federal acaba, muitas vezes, por proceder a limitação na autonomia dos entes federativos, principalmente quanto à prerrogativa de autolegislação. Em geral, a motivação para isso é conferir um único tratamento para o tema em todo o País, evitando desigual-

dades e distorções que poderiam ser provocadas por disciplinas distintas nos entes federados. Esse o caso típico das matérias jurídicas, relacionadas no quadro abaixo:

Agrupamento	Incisos do artigo 22 da Constituição Federal
Jurídicas	I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

As competências da União na área do direito, que contempla cada vez mais domínios desde a Constituição de 1934, dão ensejo ao que se pode chamar de centralização jurídica (FERREIRA FILHO, 1997, p. 165). Para Almeida (2005, p. 102), é adequado que o direito substantivo provenha de fonte única, pois a disparidade de ordenamentos provocaria incerteza e insegurança nas relações jurídicas estabelecidas entre partes domiciliadas em Estados distintos. A autora concorda com Ferreira Filho (1997, p. 165) no sentido de que o direito processual deveria ser adaptado às condições de cada região, para que atendessem melhor à sua finalidade, mas observa que, pelo menos, foram passados para a legislação concorrente os “procedimentos em matéria processual” e a “criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas” (BRASIL, 1988, art. 24, inc. X e XI).

Dois incisos do art. 22 tratam da disciplina de institutos que promovem interferência no direito de propriedade: a desapropriação e a requisição civil ou militar. Por tratar de assuntos previstos nos direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 1988, art. 5º, XXIV e XXV), o constituinte houve por bem defini-los como de competência da União:

Agrupamento	Incisos do artigo 22 da Constituição Federal
Interferência na propriedade	II - desapropriação III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;

Finalmente, quatro incisos do art. 22 prevêem a competência privativa da União para editar “diretrizes” ou “normas gerais” nas matérias que menciona. Conforme Almeida (2005, p. 103), sua colocação nas competências privativas enseja uma inadequação técnica, porque aquelas expressões impõem uma repartição vertical de competências. São os seguintes os incisos:

Agrupamento	Incisos do artigo 22 da Constituição Federal
Normas gerais	IX - diretrizes da política nacional de transportes; XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares; XXIV - diretrizes e bases da educação nacional; XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (redação dada pela EC 19/1998).

Os incisos IX e XXIV constam nos quadros anteriores, relacionados entre as matérias legislativas que têm conexão com competências materiais da União. A competência da União para dispor sobre normas gerais de organização das polícias militares e corpos de bombeiros, segundo Ferreira Filho (1997, p. 175), tem origem na ameaça que essas forças representam para o nível federal, conforme comprova a história – e de que é exemplo a Revolução Constitucionalista de 1932 –. Por isso, consagrou-se a tradição constitucional de a União exercer controle, aumentado progressivamente, sobre as forças militares estaduais.

Quanto à competência para editar normas gerais de licitação e contratação, ela tem origem na interpretação, sob o regime constitucional anterior, de que a licitação se enquadrava como matéria de direito financeiro, para concentrá-la na União (ALMEIDA, 2005, p. 102; FERREIRA FILHO, 1997, p. 177). A Constituição de 1988 reconheceu tratar-se de matéria de direito administrativo e, como tal, integrante da competência de cada ente federado. Contudo, o constituinte preferiu que a União editasse normas gerais sobre o tema, tendo em vista a conveniência de uniformização da matéria e suas conexões com os princípios da impessoalidade e da moralidade (BRASIL, 1988, art. 37).

Almeida (2005, p. 104) sugere que os dispositivos apontados deveriam constar no art. 24 e não no art. 22. Para a autora, a competência legislativa suplementar, nesses casos, já é dos Estados “por direito próprio”, pois compete

à União apenas a normatividade geral (ALMEIDA, 2005, p. 106)³¹³. A interpretação do Supremo Tribunal Federal, contudo, considera que o Estado-membro atua, nessas situações, por intermédio do exercício de sua competência remanescente (ARAÚJO, 2001, p. 115)³¹⁴. Essa posição evita que seja deslocada, por via de interpretação, uma competência que a Constituição consagrou como privativa da União para o sistema de legislação concorrente.

Sundfeld (1993, p. 277) indica como motivo de inclusão do tema das licitações no art. 22 o fato deste dispositivo conferir a competência legislativa de normas gerais para a União, sem outorgar competência suplementar aos Estados, tal como ocorreria no art. 24. Para o autor, permite-se, com isso, que os Municípios exerçam poderes equivalentes aos dos Estados com relação à matéria³¹⁵, o que não poderia ocorrer se o tema fosse contemplado nas competências concorrentes entre União e Estados do art. 24.

Uma questão relacionada é saber se a previsão de legislação sobre normas gerais no art. 22 resulta na impossibilidade de os Estados exercerem a competência legislativa plena, se não existir lei federal sobre o tema (art. 24, § 3º). E, nesse caso, se os Municípios poderiam dispor livremente sobre a matéria, no âmbito do interesse local (art. 30, I), ou se somente poderiam suplementar as disposições estaduais (art. 30, II). O que se mostra adequado, no caso, é que cada ente disponha suas normas particulares, sem legislar supletivamente sobre normas gerais, devendo então recorrer a outros instrumentos de preenchimento de lacuna, como a analogia e os princípios gerais de direito³¹⁶.

³¹³ Almeida (2005, p. 105) rejeita que se possa aplicar a esses casos a delegação de competências privativas da União, prevista no parágrafo único do art. 22, pois se este dispositivo “faculta que se delegue aos Estados competência para legislar sobre questões específicas de matérias incluídas na esfera privativa da União, só pode estar se referindo a matérias em relação às quais a União possa legislar em toda a linha, também na das especificidades”, o que não ocorreria nesses casos porque sua competência restringe-se às normas gerais.

³¹⁴ O autor baseia-se no voto do Ministro Moreira Alves, Relator, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar (ADInMC) nº 2.338-SC (julgada em 23.05.2001), que se refere ao “campo de competência residual implícita reservada aos Estados-membros”.

³¹⁵ Observe-se, contudo, que o art. 30, II, impõe aos Municípios, no âmbito da sua competência legislativa concorrente, a observância das normas federais e estaduais.

³¹⁶ Essa solução é sugerida por Ferraz Júnior (1995, p. 251) para o Município, no caso da ausência de normas gerais, da União ou do Estado. O autor dá o exemplo da necessidade do Município criar distritos, sem que exista a legislação estadual correspondente (art. 30, IV).

Por fim, é necessário registrar que as competências legislativas da União não estão integralmente previstas no art. 22. Existem inúmeros outros dispositivos constitucionais que prevêem a edição de lei para regular assuntos de competência da União. O exemplo mais marcante disso é o art. 48, que, ao dispor sobre as atribuições do Congresso Nacional, relaciona quinze incisos contendo domínios de legislação federal. Não é à toa que existe, reconhecidamente, legislação em profusão na área federal.

4.4.2.3 Delegação de competências legislativas privativas da União

Provavelmente para compensar a concentração de domínios legislativos na área federal, a Constituição de 1988 admite que lei complementar autorize os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no art. 22 (BRASIL, 1988, art. 22, par. único). É uma tentativa de resguardar algum campo de normatização para os Estados, para disciplinarem sobre suas particularidades.

Essa possibilidade não é uma inovação do constituinte de 1987/88. Desde a Constituição de 1937 já se previa faculdade equivalente aos Estados, “quando se trate de questão que interesse, de maneira predominante, a um ou alguns Estados” (BRASIL, 1937, art. 17). Mas, na época, a lei estadual dependia da aprovação do governo federal.

Essa regra foi modificada nas Constituições seguintes, dando forma à legislação supletiva ou complementar dos Estados, prevista tanto no art. 6º da Carta de 1946, quanto no art. 8º, § 2º, da Carta de 1967. Em ambas, essa possibilidade somente incidia para algumas poucas competências legislativas privativas da União, mas serviu como o germe da legislação concorrente no direito constitucional brasileiro. A Constituição de 1988 não indicou quais matérias, entre as listadas no art. 22, podem ser objeto da delegação. Algumas delas não a admitem, como no caso das que regulam atividades executadas pela União, ou daquelas que não possam ter desdobramentos específicos nos Estados.

Questão interessante diz respeito à possibilidade ou não de a delegação dirigir-se apenas a um ou alguns Estados. Ferreira Filho (1997, p. 178) admite essa hipótese, “caso em que a norma assim editada apenas terá eficácia no território deste”. Almeida (2005, p. 110), entretanto, rejeita que tal delegação

seja feita de forma desigual, em face do princípio da igualdade de tratamento tradicionalmente assegurado às entidades federadas, o que mantém a simetria de nosso federalismo. Lamenta que não tenha sido utilizada a fórmula da Constituição de 1937, que admitia a delegação apenas quando se tratasse de questão de interesse de um ou alguns Estados, porque aí estaria possibilitado o tratamento diferenciado, o que poderia contribuir para reduzir as desigualdades regionais e sociais brasileiras.

4.4.2.4 Observações quanto ao princípio da subsidiariedade

A realidade social, econômica e tecnológica moderna exige que a regulação de inúmeras atividades e setores se faça ao nível nacional. Por isso, tem razão Almeida (2005, p. 91) ao afirmar que os constituintes de 1987/88, apesar da pressão pela descentralização, constataram que “a recomposição do equilíbrio federativo é problema muito mais complicado do que se pode imaginar à primeira vista”.

O exame do princípio da subsidiariedade, em confronto com essa realidade, nos leva a duas considerações. Uma delas é quanto ao segundo parâmetro organizatório do princípio, pelo qual as decisões devem ser tomadas no nível mais próximo dos cidadãos. É de se questionar o cabimento e a validade dessa orientação, em face das dificuldades de atuação descentralizada do poder público em setores cuja escala transpassa, muitas vezes, até mesmo as fronteiras nacionais.

Uma outra observação é que fica clara, até pelas razões antes expendidas, uma certa preponderância do quarto parâmetro em detrimento do terceiro. Ou seja, a dimensão e os efeitos dos problemas enfrentados presentemente apontam para a incapacidade das coletividades locais ou regionais oferecerem solução adequada para os problemas e a conseqüente necessidade de intervenção da autoridade de maior nível (a União).

Nesse contexto, o princípio da subsidiariedade serve mais para uma modulação do poder federal do que, propriamente, para ensejar uma “localização” de competências. Enfocá-lo apenas com este último objetivo, além de desprezar sua dupla dimensão, resulta praticamente em concluir por sua inutilidade.

O exame das competências legislativas privativas da União confirma a conclusão sobre a preponderância dessa esfera de poder. Nas competências legislativas, mais que nas materiais, essa tendência coloca em xeque o parâ-

metro da tomada de decisões mais próximas do cidadão, uma vez que lidamos com decisões legislativas que regulam diretamente a vida do cidadão e não só com atividades de execução do poder público.

O que se percebe é que aumentam as pressões pela padronização e uniformidade de comportamentos e a instituição de sistemas que abrangem todas as unidades federadas, mais em prol da eficiência, que muitas vezes decorre da unidade, do que da diversidade. Com isso, tem-se a preponderância da intervenção superior. Sob o ponto de vista da subsidiariedade, isso equivale a dizer que a Constituição entendeu justificável a intervenção da coletividade mais elevada (federal) na grande maioria dos assuntos, retirando-os da livre disposição das coletividades menores.

Por sua vez, a delegação de competências legislativas privativas da União poderia servir para aproximar as decisões do cidadão, atuando como uma contrapartida a essa excessiva padronização e sistematização dos domínios, da mesma forma que se argumenta pela maior utilização da legislação concorrente com o mesmo propósito.

De outro lado, porém, trata-se de uma subsidiariedade “às avessas”, na medida em que a decisão sobre até onde vai a capacidade do ente federado para regular o tema fica com o legislador federal, que pode inclusive jamais optar pela delegação. Assim, é o nível superior que tem a precedência para regular o assunto, delegando ao nível inferior as questões específicas que, porventura, não tenha interesse ou condições de disciplinar.

4.4.3 As competências remanescentes dos Estados

4.4.3.1 Descrição e análise

O art. 25, § 1º, da Constituição Federal traz a norma de atribuição de competências remanescentes, ao dispor que “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição” (BRASIL, 1988, art. 25). Essa disposição se estende ao Distrito Federal (BRASIL, 1988, art. 32, § 1º).

A cláusula de atribuição das competências remanescentes aos Estados está presente, com variações de redação, desde a primeira Constituição Federal brasileira, com inspiração no modelo norte-americano. Por causa do processo

de formação por segregação da federação brasileira, Ferreira Filho (1997, p. 197) defende que era mais adequada a redação de 1967, que dizia serem “conferidos” aos Estados os poderes remanescentes, do que as de 1946 e de 1988, que utilizaram o verbo “reservar”, porque os Estados-membros não detinham poderes que pudessem ser reservados, mas, ao contrário, receberam aqueles que o ente central lhes atribuiu.

Tradicionalmente, os Estados permaneciam com as competências que não eram conferidas à União. Como os Municípios foram erigidos a entes federativos, as competências estaduais passaram não só a ser comprimidas por cima, mas também por baixo. Atualmente, cabem aos Estados as competências que não se incluem entre as competências que a Constituição confere, explícita ou implicitamente, à União ou aos Municípios. Assim, Ferreira Filho (1997, p. 197) tem razão quando afirma que os Estados tiveram suas competências bastante reduzidas em extensão e em importância.

Essas observações sobre a competência remanescente dos Estados valem tanto para o campo material quanto para a área legislativa, uma vez que nem uma nem outra se encontra discriminada na Constituição Federal.

Fugindo à regra das competências enumeradas estaduais, o § 2º do art. 25 prevê caber aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços de gás canalizado (BRASIL, 1988, art. 25). A razão dessa menção expressa é que o setor interessa aos Estados e à União, em vista do monopólio de pesquisa e lavra de jazidas de gás natural (BRASIL, 1988, art. 177, I), mas também aos Municípios, por se referir a serviços locais. O constituinte encarregou-se de evitar conflitos e atribuiu a competência aos Estados. Trata-se, aparentemente, de uma “liberalidade” que a União e os Municípios fizeram aos Estados, deixando-lhes, pelo menos, essa área de competência.

Fora essa, as competências materiais privativas dos Estados resumem-se, na verdade, a competências administrativas e financeiras. E a disciplina dessas matérias, por sua vez, forma quase todo o conjunto das suas competências legislativas privativas (ALMEIDA, 2005, p. 128).

As Constituições precedentes atribuíam aos Estados a competência de criarem e organizarem os Municípios e os distritos. Agora, a criação de Município, embora ainda exija lei estadual, tem sua disciplina geral no art. 18 da Constituição Federal e, depois da Emenda Constitucional nº 15, de 1996, também depende de lei complementar federal. Esta norma veio conter o aumento do

número de Municípios, ocorrido após a Constituição de 1988, por meio de um controle centralizado na União.

Com a elevação a ente federativo, o próprio Município dispõe sobre sua organização, por meio de lei orgânica (BRASIL, 1988, art. 29). Quanto à criação, organização e supressão de distritos, trata-se agora de uma competência material dos Municípios, que deverão observar a legislação estadual pertinente (BRASIL, 1988, art. 30, IV). No regime constitucional anterior, a criação dos Municípios e a sua divisão em distritos dependiam de lei estadual (BRASIL, 1969, art. 14, par. único).

Como novidade, a Constituição faculta aos Estados a instituição, por lei complementar, de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (BRASIL, 1988, art. 25, § 3º). Assim, a criação das regiões metropolitanas, antes deferida à União, hoje cabe aos Estados.

Além das regiões, os Estados podem optar pela criação de outros entes intra-estaduais, como as aglomerações urbanas e as microrregiões. O objetivo volta-se ao planejamento, organização e execução de funções públicas de interesse comum. Entretanto, Ferreira Filho (1997, p. 199) vislumbra dificuldades na compatibilização dessa finalidade com a autonomia municipal, especialmente pela condição de entes federativos dos Municípios. Por isso, entende que as regiões, aglomerações urbanas e microrregiões deverão desempenhar um papel de coordenação, a ser exercido basicamente pela persuasão junto aos Municípios.

4.4.3.2 Observações quanto ao princípio da subsidiariedade

Um exame das competências estaduais à luz do princípio da subsidiariedade remete à importância das associações intermédias, valorizadas na filosofia de Althusius. Também a doutrina social católica firmou a relevância dos corpos intermédios, dotados de poder e nos quais os indivíduos pudessem participar sem que o poder público e as coletividades maiores impedissem sua formação e atuação.

Na verdade, a aplicação da subsidiariedade induziria a que os poderes permanecessem, o tanto quanto possível, na base e nas associações intermédias,

com atuação residual para as camadas superiores. Poderíamos representar essa prevalência como um “empuxo de competências para baixo”, no sentido de que o maior número possível de competências permanece com os Municípios, uma parte delas passa pelos Estados e outra chega à União. Entretanto, o que se observa no federalismo é um “empuxo de competências para cima”, com maior concentração de poderes no topo do que na base.

No federalismo brasileiro, aparentemente, os empuxos se combinam em detrimento do nível estadual. Assim, o municipalismo conseguiu a inédita posição de ente federativo para os Municípios brasileiros e, com isso, a atribuição de algumas competências para esse nível federativo, fazendo as vezes do “empuxo para baixo”. A tendência à centralização, por sua vez, não foi contida pela Constituição de 1988 e desempenhou, no percurso histórico da federação brasileira, o papel de “empuxo para cima”. Esses movimentos, associados, representaram o esvaziamento das competências estaduais, a ponto de restar ao Estado somente o necessário para não deixar de subsistir como ente dotado de autonomia federativa.

Por isso, o campo exíguo das competências estaduais apresenta-se como um elemento de grande desafio ao reconhecimento e aplicação do princípio da subsidiariedade na federação brasileira.

4.4.4 As competências privativas dos Municípios

4.4.4.1 Descrição e análise

Na atribuição das competências municipais, a Constituição de 1988 adotou um sistema misto (BRASIL, 1988, art. 30)³¹⁷. Nas competências materiais, preferiu relacioná-las. Nas legislativas privativas, adotou a tradicional forma de não enumerar, dizendo-a circunscrita ao “peculiar interesse do Município”, substituída, agora, para “interesse local”. Atribuiu ao Município, ainda, competências legislativas concorrentes para suplementar a legislação federal e a estadual (serão descritas em outra seção, adiante).

³¹⁷ Observe-se que “ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios” (BRASIL, 1988, art. 32, § 1º).

Agrupamento	Incisos do artigo 30 da Constituição Federal
Competência legislativa privativa	I - legislar sobre assuntos de interesse local;
Competência legislativa concorrente	II - complementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Para definir as competências legislativas privativas dos Municípios, a Constituição Federal diz caber-lhes legislar sobre assuntos de interesse local (BRASIL, 1988, art. 30, I). Em linhas gerais, esse é o critério adotado para a delimitação das competências municipais: o do “peculiar interesse” ou do “interesse local”. Aquela primeira expressão foi adotada desde a primeira Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1891, art. 68); esta última foi utilizada apenas na mais recente, provavelmente apenas para veicular de modo diferente o mesmo conceito. De todo modo, não se identifica uma distinção entre elas, devendo prevalecer o entendimento de que se referem ao interesse predominante do Município³¹⁸, e não do exclusivo, até porque este seria atualmente de difícil possibilidade.

Quanto às competências materiais privativas do Município, elas estão exemplificadas em alguns incisos do art. 30, mas podem ser buscadas no próprio conceito de “interesse local” e, eventualmente, em dispositivos esparsos da Constituição Federal. São as seguintes as competências explicitamente enumeradas dos Municípios:

Agrupamento	Incisos do artigo 30 da Constituição Federal
Tributária	III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
Distritos e ordenamento territorial	IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

³¹⁸ No mesmo sentido, Almeida (2005, p. 115), Moreira Neto (1988, p. 140) e Sundfeld (1993, p. 273).

Serviços públicos	V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
Social (educação e saúde)	VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental (redação dada pela EC 53/2006); VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
Proteção do patrimônio histórico-cultural	IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

A menção à competência tributária do Município não tem equivalente na União e no Estado. Ela decorre da descrição que a própria Constituição Federal faz do sistema tributário e, em especial, dos impostos do Município (BRASIL, 1988, art. 156). Também, não constitui novidade, visto que a Constituição de 1934 já previa a autonomia municipal em especial para “a decretação dos seus impostos e taxas, a arrecadação e aplicação das suas rendas” (BRASIL, 1934, art. 13, II). De qualquer modo, conferiu destaque à transparência na prestação de contas, prevista na parte final do dispositivo.

Como já foi abordado, a elevação do Município a ente federativo ensejou a transferência para ele da competência, anteriormente pertencente ao Estado-membro, de criar, organizar e suprimir os distritos, que são circunscrições administrativas municipais. Mas como a criação de distritos continua a ter repercussões para o Estado-membro, a Constituição exige que os Municípios atendam à legislação estadual.

Cabe ao Município, ainda, promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Embora a matéria seja de evidente interesse local, o Município deverá compatibilizar seu plano diretor com os planos nacionais e regionais de ordenação do território, de competência privativa da União (BRASIL, 1988, art. 21, IX), assim como aos ditames do direito urbanístico, cuja competência é concorrente entre União e Estados (BRASIL, 1988, art. 24, I). O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, cujo objetivo é ordenar o pleno

desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (BRASIL, 1988, art. 182).

Também no que diz respeito aos serviços públicos, vale o interesse local como critério de distinção da competência municipal. Cumpre registrar que, desde a Constituição de 1934, atribui-se ao Município “a organização dos serviços de sua competência” (BRASIL, 1934, art. 13, III). O Município poderá organizar e prestar os serviços de interesse local diretamente ou sob regime de concessão. O dispositivo exemplifica, como de competência municipal, o transporte coletivo, inclusive para acentuar seu caráter essencial. Não obstante, vale lembrar que à União compete privativamente instituir diretrizes para os transportes urbanos, as quais deverão ser seguidas pelos Municípios.

As demais competências, relativas a educação, saúde e patrimônio histórico-cultural são, na verdade, de atuação comum dos entes federativos, tanto assim que constam do art. 23 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, art. 23, II, III e V). Contudo, elas vêm relacionadas como competências dos Municípios para reforçar a atuação específica que a esfera municipal desempenha nessas áreas.

Na área de educação, compete aos Municípios manter programas de educação infantil³¹⁹ e de ensino fundamental, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado. A disposição se compatibiliza com o art. 211, que determina a organização, em regime de colaboração, dos sistemas de ensino da União, Estados e Municípios, garante assistência técnica e financeira e estabelece uma divisão de atribuições aos entes federados, cabendo aos Municípios atuação prioritária no ensino fundamental e na educação infantil.

Situação equivalente existe na área de saúde, em que cabe ao Município prestar os serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado. A atuação do Município segue as diretrizes do sistema único de saúde, do qual participam, de forma integrada, todos os entes federados (BRASIL, 1988, art. 198).

³¹⁹ A Emenda Constitucional nº 53, de 2006, substituiu a antiga expressão “pré-escolar”, por “infantil”, no inciso VI do art. 30.

Por fim, cabe aos Municípios proteger o patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Trata-se de atuar, em seu âmbito, na proteção das obras e bens de valor histórico, artístico e cultural, impedindo-lhes a evasão, a destruição e a descaracterização (BRASIL, 1988, art. 23, III e IV).

Como se vê, o rol do art. 30 da Constituição Federal não acrescenta muito, uma vez que apenas procura sistematizar – mesmo assim, de forma incompleta – as competências materiais municipais. Além disso, mistura competências privativas com parcelas de competências comuns dos Municípios.

4.4.4.2 Observações quanto ao princípio da subsidiariedade

Da análise precedente, pode-se observar que aos Municípios, na maior parte das vezes, cabe apenas desenvolver ou se ajustar a diretrizes, sistemas ou normas elaboradas pelos níveis superiores na escala federativa. Tal como ocorre com os Estados, as competências municipais têm incidência mais independente apenas nos aspectos administrativos e financeiros, mesmo assim presas aos estreitos limites traçados pela Constituição Federal.

Essa constatação enseja a dificuldade de identificação do princípio da subsidiariedade também na esfera municipal da federação brasileira. Afinal, atendidas as orientações do princípio, esse seria o nível federativo que concentraria o maior número de decisões e a maior liberdade de atuação, até o limite de sua capacidade.

Não é o que se verifica na realidade nacional. De um lado, as competências municipais são minguadas. De outro, aquelas que os Municípios podem exercer estão encapsuladas em diretrizes e normas gerais que lhes dão pouca margem de manobra e liberdade de ação. Isso nos leva a questionar, principalmente, a noção de “interesse local”, base da formação das competências municipais. O que pode ser circunscrito, na atualidade, como um interesse preponderantemente local? Na moderna sociedade em rede, ainda existirão interesses circunscritos apenas a uma localidade?

O tema suscita amplas especulações e divergências. Basta, entretanto, constatar que a última indagação coloca em xeque não só o conceito de “interesse local”, mas a própria aplicação do princípio da subsidiariedade à organização do Estado. Afinal, se a resposta for negativa, estará quebrado o argumento de resistência das coletividades menores em relação à intervenção

das maiores, que encontrarão justificativa para dominar todos, ou praticamente todos, os assuntos. Não será exatamente uma resposta nessa linha que serve para justificar, em grande parte, a centralização na federação brasileira?

A questão enseja, ainda, uma reflexão sobre a distinção do princípio da subsidiariedade no Estado federal e na União Européia. O ponto crucial para a possibilidade de aplicação do princípio é a capacidade de resistência de uma instância à intervenção em sua autonomia e ao “empuxo de competências para cima”. No caso da União Européia, os Estados-membros se valem do princípio da subsidiariedade como mecanismo capaz de reforçar essa sua capacidade de resistência, que subsiste ligada à sua soberania e ancorada na decisão popular (como no voto “não” dos franceses e holandeses ao Tratado Constitucional). Por isso, os Estados-membros europeus ainda são capazes de exercer o “empuxo de competências para baixo”, propagado pelo princípio da subsidiariedade.

No caso dos Estados federais, porém, essa capacidade de resistência é vencida pela atração centralizadora do poder federal, que molda a autonomia dos entes federativos e cumpre a função de “empuxo de competências para cima”, centralizando na União as decisões públicas, em dissonância com a orientação de proximidade com o cidadão.

4.4.5 As competências comuns (materiais concorrentes)

A repartição de competências no Estado federal mostrou-se, na realidade, mais complexa do que a classificação em poderes enumerados e poderes remanescentes seria capaz de apreender. Embora boa parte dos poderes se constituísse de competências exclusivas da União ou dos Estados, constatou-se a existência de poderes compartilhados entre os entes da federação, que levou à noção de competências concorrentes.

Tal como procedeu quanto às competências da União, a Constituição de 1988 tratou em dispositivos separados as competências concorrentes de natureza material, que qualifica como “comum” aos três níveis da federação (BRASIL, 1988, art. 23) e as competências concorrentes legislativas para a União e os Estados (BRASIL, 1988, art. 24)³²⁰.

³²⁰ A Constituição de 1988 dispõe, ainda, competir aos Municípios “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (BRASIL, 1988, art. 30, II).

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, [...] e à ciência;	<i>Comum:</i> Art. 24, IX - educação, cultura, ensino e desporto;
VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;	<i>Comum:</i> Art. 24, VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
	<i>Comum:</i> Art. 24, VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente [...]

4.4.5.1 Enumeração das competências comuns

A competência material comum aos níveis da federação enseja uma corresponsabilidade entre elas, de modo que atuem de forma cooperada para a consecução desses encargos atribuídos ao poder público. Se, por um lado, a competência comum admite a capacidade de ação de todos os níveis federativos nos domínios contemplados, de outro exige a participação deles no desempenho conjunto das competências.

Contudo, na visão de Ferreira Filho (1997, p. 178), isso não significa que os entes federativos estejam em pé de igualdade em relação às competências concorrentes. Argumenta o autor que, sendo a Administração sujeita ao princípio da legalidade, a lei é que definirá a tarefa de cada um desses entes. Em decorrência da legislação pertinente, em sua maioria também de natureza concorrente, haverá uma delimitação de esferas entre a União e os demais entes federativos.

Conforme lembra Almeida (2005, p. 133), o desempenho das competências materiais deverá pressupor a regulamentação normativa das matérias, que, por sua vez, seguirá as regras de competência legislativa. Observa que “essas regras sinalizam, no caso, para a preponderância da União”.

Realmente, é interessante buscar a competência normativa de cada um dos domínios de competência material comum. Isso porque serão essas normas que deverão determinar a forma de atuação comum dos entes federativos, respeitadas as suas respectivas autonomias. Essa comparação, com efeito, demonstra uma forte correlação entre as competências concorrentes material e legislativa, com participação preponderante da União.

Em apenas dois casos a competência material comum não encontra imediata correspondência com as competências relacionadas nos arts. 21 e 22 (privativas material e legislativa da União) e 24 (concorrente):

Competência material comum	Competência legislativa correspondente
I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;	[não enumerada]
X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;	[não enumerada]

O primeiro inciso define mais uma obrigação de todos os entes federativos do que, propriamente, uma competência de execução³²¹. O inciso X, por sua vez, não delimita exatamente um domínio material, mas um fim a ser perseguido, em conexão com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é o de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (BRASIL, 1988, art. 3º, III).

As demais competências materiais encontram ligação com a legislação privativa da União ou com a legislação concorrente, na qual cabe à União dispor sobre normas gerais. Por isso, o acerto em se afirmar que é a União que, na verdade, disciplinará a forma de atuação conjunta dos entes federativos, respeitados os contornos básicos da própria Constituição e das autonomias estadual e municipal.

Há um dos domínios de competência material concorrente que se submete inteiramente à competência legislativa privativa da União, qual seja o relativo à pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais:

³²¹ Almeida (2005, p. 140) vê, nessa hipótese, uma competência legislativa concorrente implícita.

Competência material comum	Competência legislativa correspondente
XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;	<i>Da União:</i> Art. 22, IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; <i>Da União:</i> Art. 22, XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

Além da competência para legislar sobre águas, energia, jazidas, minas e recursos minerais (BRASIL, 1988, art. 22, IV e XII), à União cabe “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso” (BRASIL, 1988, art. 21, XIX), assim como explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os “serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos” (BRASIL, 1988, art. 21, XII, *b*).

A exploração desses recursos hidráulicos e minerais beneficia, inicialmente, a União. Dispõe o art. 176 da CF que os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. Para tanto, essas atividades são realizadas mediante autorização ou concessão da União. Nos termos da lei, é assegurada aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como aos órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração dos recursos no respectivo território, ou compensação financeira por essa exploração (art. 20, § 1º). Nesse sentido é que se admite a competência concorrente comum de “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios” (BRASIL, 1988, art. 23, XI).

Duas outras competências materiais concorrentes baseiam-se em diretrizes traçadas pela União:

Competência material comum	Competência legislativa correspondente
V – proporcionar os meios de acesso à [...] à educação [...];	<i>Da União:</i> Art. 22, XXIV - diretrizes e bases da educação nacional [ver art. 211]; <i>Comum:</i> Art. 24, IX - educação, [...];

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;	<i>Da União:</i> Art. 21, XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; <i>Comum:</i> Art. 24, I - direito [...] urbanístico;
--	---

No inciso V do art. 23 figura a importante área da educação, na qual a União legisla sobre as diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV). Nesse setor, a própria Constituição Federal traçou uma divisão vertical de competências, ao dispor que os Estados atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio e os Municípios, no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, §§ 2º e 3º).

Outra área em que deverão ser seguidas as diretrizes da União é a de desenvolvimento urbano, inclusive habitação e saneamento básico (art. 21, XX). Desse modo, os “programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básicos” (BRASIL, 1988, art. 23, IX), a serem promovidos por todos os entes federativos, deverão estar coerentes com aquelas diretrizes, além de seguir as normas gerais estabelecidas pela União na legislação sobre direito urbanístico (BRASIL, 1988, art. 24, I).

As demais competências materiais comuns do art. 23 estão todas vinculadas a competências legislativas concorrentes:

Competência material comum	Competência legislativa correspondente
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;	<i>Comum:</i> Art. 24, XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; <i>Comum:</i> Art. 24, XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;	<i>Comum:</i> Art. 24, VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; <i>Comum:</i> Art. 24, VIII - responsabilidade por dano [...] a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;	<i>Comum:</i> Art. 24, V - produção e consumo; <i>Da União:</i> Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção [...] § 1º - Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agro-industriais, agropecuárias, [...].
XII – estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito	<i>Comum:</i> Art. 24, IX - educação, cultura, ensino e desporto; <i>Da União:</i> Art. 22, XI - trânsito e transporte;

Nesses domínios, cabe à União estabelecer as normas gerais e aos Estados e Municípios editar as normas suplementares, relacionadas às suas respectivas peculiaridades (arts. 24, §§ 1º e 2º; e 30, II).

4.4.5.2 Formas de cooperação

Ainda no terreno das competências materiais comuns, cabe analisar a possibilidade que abre o parágrafo único de art. 23, segundo o qual leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. De início, a redação original do dispositivo previa apenas uma lei complementar. A Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, substituiu a expressão “lei complementar” por “leis complementares”, para que as normas de cooperação possam ser fixadas para cada domínio, em virtude da dificuldade de se estabelecer uma regra única para todos eles³²².

Como era antes, Ferreira Filho (1997, p. 182) e Almeida (2005, p. 133) não tinham muita esperança que a lei complementar contribuísse muito para a colaboração entre os entes federativos, pois ela não poderia desatender as normas constitucionais de repartição de competência que já comandam e limitam a cooperação entre aqueles. E, como foi visto, essa cooperação se impõe com preponderância da União, sob a égide da legislação federal.

Assim, a alteração do parágrafo único do art. 23 poderá ainda não ser suficiente para incrementar a cooperação entre os entes federativos. A simples

³²² A Emenda nº 20, oferecida à PEC 536-A/1997 (que resultou na EC 53/2006) pelo Deputado Carlos Abicalil, justifica a mudança pela “conveniência de haver mais de uma lei complementar, em função do alcance específico de cada um dos doze incisos” do art. 23. Acrescenta, ainda, que “permite que a dificuldade da legislação complementar seja superada de forma distinta, para cada uma das competências, que poderá disciplinar as relações que estabeleçam os entes federados entre si, de maneira a cumprirem, adequadamente, o mandamento constitucional” (BRASIL, Câmara dos Deputados, 1997).

pluralidade de leis complementares pode não trazer o impulso suficiente ao instituto porque a União, provavelmente, deverá preferir legislar sobre os domínios comuns mediante leis ordinárias, cujo quorum de aprovação é de maioria simples, no exercício de sua competência legislativa privativa ou concorrente (de estabelecer normas gerais). Afinal, tanto em uma espécie normativa quanto na outra a União tem como limite a autonomia estadual e municipal, fixada pela Constituição Federal, não servindo a lei complementar, apesar do quorum qualificado de maioria absoluta, para alargar mais limites ou impor obrigações mais rigorosas para os Estados e Municípios.³²³

Interessante questão é suscitada por Almeida (2005, p. 135-137) quanto à possibilidade de execução de leis e serviços de uma esfera federativa por servidores de outra. Lembra a autora que a Constituição de 1988 não repetiu, em sua redação original, a norma contida na Constituição anterior, que permitia aos entes federativos celebrar convênios para a execução suas leis, serviços e decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais (BRASIL, 1969, art. 13, § 3º). Havia controvérsia sobre se o parágrafo único do art. 23 poderia, ou não, estabelecer norma equivalente, em face do silêncio da Constituição.

A propósito do sistema de execução de serviços, Silva (2002, p. 480) distingue três sistemas: *a)* imediato, segundo o qual cada ente federativo mantém sua própria administração, com funcionários próprios, independentes uns dos outros e subordinados aos respectivos governos (EUA, Argentina); *b)* mediato, pelo qual os serviços federais são executados, em cada Estado, por funcionários deste, mantendo a União pequeno corpo de servidores incumbidos da vigilância e fiscalização (Alemanha, Índia); *c)* misto, que permite que serviços de um ente sejam executados por servidores de outro, e vice-versa (Suíça, Áustria). Registra o autor que o sistema brasileiro é o de execução imediata. Entretanto, via no parágrafo único do art. 23 a possibilidade de estabelecer cooperação entre as entidades.

³²³ O Poder Executivo, contudo, mostra-se aparentemente disposto a dar efetividade ao novo parágrafo único do art. 23. Tanto que enviou ao Congresso Nacional, em 24 de janeiro de 2007, no âmbito das medidas do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), o Projeto de Lei Complementar nº 388, de 2007, que fixa normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição e à preservação das florestas, fauna e flora.

Contudo, para afastar dúvidas, a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, deu nova redação ao art. 241 da Constituição Federal, para estabelecer que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão disciplinar, por meio de lei, os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Silva (2002, p. 481) esclarece que os convênios de cooperação veiculam acordos de entes federativos de espécies distintas, enquanto os consórcios públicos são acordos firmados entre entes federativos da mesma espécie.

A Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum. Não obstante, Abrucio (2001, p. 103) identifica certa fragilidade institucional nesse instrumento jurídico, pois os consórcios “ficam à mercê das mudanças políticas e do apoio social de mais de uma cidade, que tem de se manter ao longo do tempo”.

Os convênios baseados no art. 241 da Constituição Federal, por sua vez, têm como primeiro exemplo a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007 (decorrente da conversão da Medida Provisória nº 345, de 2007), que dispõe sobre a cooperação federativa no âmbito da segurança pública. Esta norma prevê a possibilidade da União firmar convênios com os Estados e o Distrito Federal para executar atividades e serviços imprescindíveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. A cooperação compreende ações conjuntas, transferências de recursos e desenvolvimento de atividades de capacitação de profissionais, instituindo, para tanto, a Força Nacional de Segurança Pública.

4.4.6 As competências legislativas concorrentes

4.4.6.1 Classificação das competências legislativas concorrentes

A competência legislativa concorrente possibilita que mais de um ente federativo legisle sobre um mesmo domínio. As competências concorrentes podem ser de duas espécies: cumulativas (ou clássicas); e não-cumulativas (ou limitadas).

Conforme Ferreira Filho (1997, p. 182), a concorrência cumulativa existe quando não há limites prévios para o exercício da competência por parte dos

entes federativos envolvidos. Mas, havendo choque entre a norma estadual e a federal, prevalece a norma da União. Por isso, Moreira Neto (1988, p. 131) caracteriza a concorrência cumulativa clássica “pela disponibilidade ilimitada do ente central de legislar sobre a matéria, até mesmo podendo esgotá-la”. Aos Estados remanescem os poderes de suprir a ausência de norma federal, ou de complementá-la, se existir, para preencher lacunas.

Essa espécie de competência concorrente supõe a prevalência da norma de maior abrangência, de modo que o direito nacional tem preferência sobre o direito local. Essa preferência se justifica, sobretudo, pelo “primado do *interesse nacional*, prestigiando-se sua expressão política máxima com vistas aos efeitos integradores sobre a nação como um todo” (MOREIRA NETO, 1988, p. 130, grifos do autor).

A competência concorrente não-cumulativa (ou limitada) implica uma repartição vertical, em que se verifica uma correspondência entre o nível federativo e a abrangência da legislação, de modo que cabe à União dispor sobre normas gerais e aos Estados adotar normas suplementares, dirigidas para o seu âmbito e especificidade de atuação³²⁴.

Conforme demonstra Moreira Neto (1988, p. 132), as Constituições brasileiras não trataram de forma sistemática a distinção entre a competência concorrente cumulativa e a não-cumulativa (que o autor prefere denominar, respectivamente, de clássica e limitada). Em 1891, nem uma nem outra recebeu acolhida.

A Constituição de 1934 inaugurou a competência concorrente, das duas espécies, misturando-as no artigo 5º, que arrolava as competências privativas da União, mas cujo § 3º admitia, em diversos domínios, a “legislação estadual supletiva ou complementar” para atender “às peculiaridades locais, suprir lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta” (BRASIL, 1934, art. 5º). A distinção entre as espécies de legislação concorrente era possível porque, no caso da não-cumulativa (limitada), a

³²⁴ Esse é o termo adotado pela Constituição de 1988. Ferreira Filho (1997, p. 183) prefere o termo “complementar”, mas verifica ambigüidade entre esta expressão e as competências “supletiva” e “suplementar”. A Constituição de 1988 adota esta última como gênero e aquelas como espécies.

matéria foi precedida pelas expressões “diretrizes”, “normas fundamentais” ou “normas gerais”.

A mesma forma foi adotada pela Constituição de 1946. O art. 6º apontava as alíneas do inciso XV do art. 5º, que relacionava as matérias de competência privativa da União, nas quais não estava excluída “a legislação estadual supletiva ou complementar” (BRASIL, 1946, arts. 6º). Entre essas, duas alíneas continham domínios de competência concorrente limitada: “*b) normas gerais* de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário”; e “*d) diretrizes* e bases da educação nacional” (BRASIL, 1946, arts. 5º, XV, grifos nossos).

Tanto a Constituição de 1967 quanto a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, mantiveram a sistemática anterior. No texto constitucional de 1969, o parágrafo único do art. 8º remete às alíneas do inciso XVII do mesmo dispositivo, que contempla as matérias de competência legislativa privativa da União, nas quais “não exclui a [competência] dos Estados para legislar supletivamente [...], respeitada a lei federal” (BRASIL, 1969, art. 8º). Entre essas alíneas, quatro são de competência cumulativa. As duas não-cumulativas são: “*c) normas gerais* sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registro públicos e notariais; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário” (redação da EC 7/77); e “*q) diretrizes e bases* da educação nacional; *normas gerais* sobre desportos” (BRASIL, 1969, art. 8º, grifos nossos).

Como observa Moreira Neto (1988, p. 135), o instituto da competência legislativa concorrente não-cumulativa generalizou-se na Constituição de 1988, a ponto de primar sobre a feição clássica da legislação concorrente cumulativa.

4.4.6.2 Enumeração das competências legislativas concorrentes

A Constituição Federal relacionou, no art. 24, os domínios de competência legislativa concorrente não-cumulativa. São eles, agrupados por temas:

Agrupamento	Incisos do artigo 24 da Constituição Federal
Direito e orçamento	I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II - orçamento;
Produção, consumo e comércio	III - juntas comerciais; V - produção e consumo; VIII - responsabilidade por dano [...] ao consumidor [...];
Justiça e assistência judiciária	IV - custas dos serviços forenses; X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - procedimentos em matéria processual; XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;
Meio Ambiente; solo e recursos naturais	VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente [...];
Patrimônio cultural, turístico e paisagístico	VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano [...] a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
Educação, cultura e desporto	IX - educação, cultura, ensino e desporto;
Previdência social e saúde;	XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
Pessoas portadoras de deficiência	XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
Infância e juventude	XV - proteção à infância e à juventude;
Polícia civil	XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

Não obstante a possibilidade de prevalência da União, imposta por sua capacidade de editar normas gerais, o exame desse rol de competências faz alguma justiça à intenção descentralizadora dos constituintes de 1987/88. Em

relação ao direito anterior, houve razoável inovação de matérias incluídas nas competências legislativas concorrentes.

Do grupo “Direito e orçamento”, já constavam os direitos tributário, financeiro e a matéria orçamentária. Os direitos econômico e urbanístico são novidade e o direito penitenciário ganhou referência mais ampla (antes, a menção era ao regime penitenciário).

Do grupo “Produção, consumo e comércio”, a legislação sobre as juntas comerciais e a produção e consumo eram concorrentes cumulativas, passando agora a limitadas. Não havia previsão de legislação concorrente sobre a responsabilidade por dano ao consumidor.

Apenas as custas dos serviços forenses integravam a competência concorrente não-cumulativa no texto constitucional de 1969. O restante do grupo “Justiça e assistência judiciária” constitui inovação, no sentido de uma maior adequação do processo judicial às realidades estaduais.

O maior avanço da legislação concorrente situa-se nos grupos “Meio Ambiente; solo e recursos naturais” e “Patrimônio cultural, turístico e paisagístico”. É de grande relevância que os Estados possam participar na legislação ambiental, especialmente em um país de grandes dimensões e variedades como o Brasil. A proteção ao patrimônio histórico-cultural, antes de competência cumulativa (BRASIL, 1969, art. 180), passa a ter limites para cada esfera federativa.

No grupo de “Educação, cultura e desporto”, apenas a cultura é novidade na legislação concorrente não-cumulativa, pois a educação e o desporto já tinham suas diretrizes e normas gerais delineadas pela União desde 1969. Também não são novidades os domínios da “Previdência social e saúde”. Mas a proteção das pessoas portadoras de deficiência e a proteção da infância e da juventude formam novos domínios concorrentes não-cumulativos.

Quanto à “Polícia civil”, porém, verifica-se uma centralização, pois a matéria era antes integralmente regulada pelos Estados. Desde 1988, a União pode estabelecer normas gerais sobre a organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

Por fim, cumpre registrar que o rol do art. 24 não é exaustivo. Assim, existem outras hipóteses³²⁵ de competência legislativa concorrente não-cumulativa ao longo do texto constitucional de 1988.

³²⁵ Almeida (2005, p. 143) registra os seguintes exemplos: arts. 21, XX e XXI; 22, IX, XXI, XXIV, XXVII;

4.4.6.3 Normas gerais e normas suplementares

A competência legislativa concorrente não-cumulativa institui uma verdadeira repartição vertical do poder de legislar (FERREIRA FILHO, 1997, p. 183). A forma dessa repartição, na Constituição de 1988, assenta-se nos parágrafos do art. 24.

Pelo dispositivo, a União limita-se a estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º). Aos Estados, cabe editar a legislação suplementar (art. 24, § 2º)³²⁶. Inexistindo a lei federal sobre normas gerais, os Estados podem exercer a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (art. 24, § 3º). Sobrevindo a lei federal sobre normas gerais, suspende-se a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º).

Esse mecanismo impõe uma série de conceitos que devem ser esclarecidos. O primeiro, e mais polêmico, é o de **normas gerais**. Não se trata de uma novidade em nosso direito constitucional, pois a Constituição de 1934 já se referiu a normas gerais na competência da União (BRASIL, 1934, art. 5º, XIX, i), utilizando-se, ainda, de expressões equivalentes, como “normas fundamentais” e “diretrizes”. Desse modo, as “normas gerais” impõem um limite à legislação federal, mas de precisão duvidosa. Com efeito, há uma margem de incerteza sobre até que ponto a legislação ainda é “geral”, não está particularizando o tema e, com isso, invadindo a esfera de competência estadual.

Ainda sob a égide da Constituição pretérita, Ramos (1986, p. 129) observa que o conceito de normas gerais “contém uma considerável zona de indeterminação, aclarável somente pelo aplicador da lei, no deslinde do caso concreto”. Afirma que “não pode haver normatividade genérica se a preocupação não é a de regular os caracteres jurídicos básicos, fundamentais, da situação subjacente”, de modo que se deve repelir, com veemência, a idéia de que a União pode, por lei, transformar em geral todo e qualquer aspecto da matéria em foco. Conclui que o conceito de normas gerais “não faculta ao legislador federal a regulação exaustiva da matéria, posto que importa em circunscrever as normas federais ao campo da generalidade, dos princípios básicos” (RAMOS, 1986, p. 129).

146, IV; 236, par. único; 61, § 1º, “d” e 134, par. único.

³²⁶ Observe-se que “ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados [...]” (BRASIL, 1988, art. 32, § 1º).

Conforme Moreira Neto (1988, p. 140), “a dificuldade está em precisar o critério distintivo do que sejam normas gerais e do que sejam normas específicas”. O autor lembra que essa discussão teve maior desenvolvimento, no Brasil, no âmbito do direito financeiro. Nessa seara, é famosa a formulação de Carlos A. C. Pinto (1949, p. 24, apud Almeida, 2005, p. 148), que procura identificar as normas gerais por meio de excludentes. Desse modo, afirma que não são normas gerais: *a*) as que objetivem especialmente uma ou algumas dentre as várias pessoas congêneres de direito público, participantes de determinadas relações jurídicas; *b*) as que visem, particularizadamente, determinadas situações ou institutos jurídicos, com exclusão de outros, da mesma condição ou espécie; *c*) as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes.

Em busca de um ângulo positivo, após amplo inventário da doutrina, Moreira Neto (1988, p. 149) sintetiza as seguintes características das normas gerais: *a*) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestres e regras jurídicas; *b*) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado; *c*) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos; *d*) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas; *e*) só cabem quando preencham lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito; *f*) devem referir-se a questões fundamentais; *g*) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados; *h*) são normas de aplicação direta.

Há, ainda, uma “sobrecaracterística” de grande relevância, qual seja o fato de as normas gerais se caracterizarem como “conceito-limite”, o que as torna peculiares no contexto do poder organizado de uma federação. Segundo o autor, elas “endereçam limites, ao mesmo tempo, para os legisladores federais e estaduais, embora possam estendê-los para os aplicadores federais e, eventualmente, os estaduais [...]” (MOREIRA NETO, 1988, p. 152).

Essa peculiaridade, por sua vez, leva à caracterização das normas gerais como um terceiro gênero normativo, intermediário entre as normas-princípios, que se situam no extremo de abstração e generalização dos princípios, e as normas-particularizantes, que se colocam no outro extremo, de concreção e particularização dos atos jurídicos. As normas-princípios dirigem-se predominantemente aos legisladores e as normas-particularizantes voltam-se à disciplina das relações jurídicas substanciais entre os indivíduos. As normas gerais, embora se destinem ordinariamente ao legislador, se dirigem extraordinariamente ao aplicador. Na primeira hipótese, têm eficácia jurídica indireta

e mediata; na última, têm eficácia direta e imediata (MOREIRA NETO, 1988, p. 158).

Moreira Neto (1988, p. 159) chega, enfim, à seguinte definição:

[...] Normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos (MOREIRA NETO, 1988, p. 159).

Para Ferraz Júnior (1995, p. 249), dois critérios auxiliam na caracterização das normas gerais. O primeiro é o lógico e enseja a classificação das normas quanto ao conteúdo e quanto ao destinatário. Quanto ao conteúdo, as normas são gerais quando a matéria prescrita se reporta a toda e qualquer ocorrência da espécie, distinguindo-se das normas singulares (um só caso) e particulares (alguns casos). Quanto ao destinatário, uma norma é geral quando se aplica à universalidade deles, distinguindo-se das normas especiais, que se destinam a uma coletividade ou categoria de destinatários.

Contudo, segundo o autor, o critério mais útil é o teleológico, pois a caracterização das normas gerais há de se reportar ao interesse prevalecente na organização federativa. Como o federalismo cooperativo vê na necessidade de uniformização de certos interesses um ponto básico da colaboração, toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade “porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral” (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p. 249).

Por fim, vale ressaltar uma característica das normas gerais mencionada por todos, que é o fato de serem nacionais. Conforme observa Cambi (1998, p. 252), na elaboração das normas gerais, a União desempenha atividade diversa daquela que exerce quando elabora a legislação federal (dirigida somente à União). Ao dispor sobre as normas gerais, o Congresso Nacional exerce o poder de prescrever normas nacionalmente uniformes, vinculantes a todos

os entes federativos³²⁷. Na síntese de Moreira Neto (1988, p. 158), “seu fim é a uniformização do essencial sem cercear o acidental, peculiar das unidades federadas”.

Diz o § 2º do art. 24 que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência **suplementar** dos Estados. Esse é outro termo a ser esclarecido, especialmente porque não foi utilizado pelas Constituições brasileiras anteriores, que preferiram, desde 1934, os termos “supletiva” e “complementar”.

Antes, podia-se entender que a competência supletiva se referia a suprir, substituir ou fazer as vezes de algo; enquanto a competência complementar significaria acrescentar pormenores, desdobrar ou detalhar o conteúdo de uma regra geral. Agora surge um novo termo, a competência suplementar, que tem um sentido abrangente, que compreende tanto a competência supletiva quanto a complementar (Almeida, 2005, p. 152).

No caso de existirem as normas gerais da União, os Estados permanecem, então, com a competência complementar de pormenorizá-las, pela elaboração de suas normas específicas. Se as normas gerais fixam o que é uniforme a todos, as normas complementares virão, exatamente, dispor sobre as necessidades e especificidades de cada Estado.

Faltando, porém, as normas gerais da União, os Estados podem exercer a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (art. 24, § 3º), o que equivale a dizer que passam a exercer a competência supletiva. Trata-se de uma competência que o Estado exerce em caráter excepcional. Nesse caso, o Estado disporá da competência legislativa plena, vale dizer, poderá até mesmo estabelecer normas gerais ou princípios, que servirão de base para o seu desenvolvimento próprio e específico da matéria, mas deve se ater ao necessário para atender a suas peculiaridades.

Conforme Ferraz Júnior (1995, p. 250, grifo do autor), trata-se de uma competência legislativa plena com “função *colmatadora* de lacuna”, pois o legislador estadual pode “legislar sobre normas gerais naquilo que elas constituem condições de possibilidade para a legislação própria sobre normas particulares”. Por essa razão, acrescenta o autor, “só podem ser gerais quanto ao conteúdo, mas não quanto aos destinatários: só obrigam nos limites da autonomia estadual”. Ou seja, a norma elaborada pelo Estado, no desempenho

³²⁷ No mesmo sentido, ver Sundfeld (1993, p. 277).

da competência supletiva, somente tem validade no âmbito de seu território, não se podendo estender suas disposições (gerais ou específicas) para outros Estados.

Por fim, sobrevindo a lei nacional sobre normas gerais, suspende-se a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário (art. 24, § 4º). Tanto as normas estaduais decorrentes da competência supletiva quanto as provenientes da competência complementar que se coloquem em choque com as normas gerais da legislação nacional terão sua eficácia suspensa. Isso resulta na inaplicabilidade da lei estadual, e não em sua revogação, de forma que se, no futuro, houver a revogação da lei federal, a lei estadual recobrará sua eficácia e voltará a incidir.

Sobre a aplicação do disposto no art. 24, § 4º, Cambi (1998, p. 257) faz uma interessante advertência: “antes de se averiguar se a legislação nacional contraria a legislação estadual, é preciso verificar se o exercício da competência concorrente por parte da comunidade total [União] foi legítima”. Com razão o autor, pois somente estará suspenso aquilo que contrariar as normas gerais da União, não se podendo admitir que a legislação nacional trate de especificidades e, com isso, acabe por suspender normas estaduais estabelecidas no regular exercício do direito de legislar dos Estados.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.098/SP, o Relator, Ministro Carlos Velloso, defende que os §§ 1º e 2º do art. 24 compreendem uma competência concorrente não-cumulativa, enquanto os §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo compreendem uma competência cumulativa, porque, na inexistência de normas gerais da União, os Estados exercem uma competência legislativa plena, e a posterior incidência da legislação federal afasta a legislação estadual (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2005). Embora respeitável, não se mostra inteiramente adequada essa posição. Como vimos antes (e o Ministro também informa), na competência cumulativa os entes políticos legislam sobre a mesma matéria, sem limitações. Ora, não é isso o que se verifica no § 3º, pois a competência legislativa plena é exercida pelos Estados apenas “para atender a suas peculiaridades” e colmatar a lacuna (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p. 250). Mesmo que depois sobrevenha a legislação federal, esta ainda estará limitada a “estabelecer normas gerais” (§ 1º), afastando a legislação estadual apenas nesse campo, conforme adverte Cambi (1998, p. 257).

4.4.6.4 A competência suplementar dos Municípios

Diz a Constituição Federal que os Municípios podem suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (BRASIL, 1988, art. 30, II). Observa-se, porém, que os Municípios, embora partícipes da competência material comum, não foram contemplados na competência legislativa concorrente.

Com isso, pode-se afirmar que os Municípios não compartilham da repartição vertical de competências legislativas fixada pelo art. 24 da Constituição Federal. Ou seja, no caso dos Municípios, a competência suplementar é cumulativa e, portanto, sujeita ao primado tanto da legislação da União quanto da legislação estadual. Além disso, a competência legislativa suplementar do Município está circunscrita aos assuntos de interesse local (art. 30, I), pois não se pode admitir legislação municipal que fuja a seu âmbito de atuação (ALMEIDA, 2005, p. 157).

Verifica-se, portanto, que o espaço de regulação do Município pode ser bem restrito. Com efeito, Sundfeld (1993, p. 278) observa que “a União só edita normas gerais, de modo que à norma suplementar estadual é reservada toda regulação que não for geral. A norma suplementar estadual pode [...] regular exaustivamente o tema, donde caber ao Município tratar apenas do que ainda restar”. Por isso, conclui o autor que a diferença entre a competência suplementar dos Estados e a dos Municípios é que aquela se exerce num campo reservado e esta num campo residual.

Como bem argumenta Almeida (2005, p. 159), a questão da competência suplementar municipal mereceria um tratamento constitucional mais adequado, para não prejudicar a articulação do sistema de repartição de competências, especialmente quanto à competência legislativa concorrente, na qual o constituinte apostou para chegar à descentralização de poderes na federação brasileira. Essa necessidade é acentuada pelo fato de a maioria das competências materiais municipais, inclusive as arroladas no art. 30, terem correspondência com as competências legislativas concorrentes, de modo que deveria ser mais bem ajustada a compatibilidade entre os arts. 24 e 30, II.

4.4.6.5 As competências concorrentes à luz do princípio da subsidiariedade

Em estudo sobre o tema, Horta (2002b, p. 469) sugere, de início, que o princípio da subsidiariedade poderia ser introduzido, de forma expressa, na Constituição Federal, o que permitiria a “esquematisação, pelo poder consti-

tuíte, de nova repartição de competências, para, incorporando a experiência histórica da técnica da repartição, redimensionar os poderes da União, dos Estados-membros e dos Municípios na Federação Brasileira”. Seria, em seu entendimento, a oportunidade de estabelecer a reformulação entre a legislação dos entes federativos, conferindo à repartição um maior grau de descentralização, mediante deslocamento de competências, criação de competências novas e intensificação da participação de ordenamentos parciais nas decisões do ordenamento central, atendendo a regras decorrentes da aplicação do princípio da subsidiariedade.

Entretanto, para o autor, o direito constitucional federal brasileiro dispõe da preexistência de “técnica de repartição de competências, dotada de correspondência com o princípio da subsidiariedade, não obstante a terminologia diferenciada” (HORTA, 2002b, p. 470). O autor se refere ao que denomina “legislação subsidiária”, relativa a previsão de leis supletivas ou complementares da legislação federal, para atender peculiaridades locais e suprir lacunas ou deficiências desta, inaugurada com a Constituição de 1934 e mantida nas Constituições de 1946 e 1967. Afirma que “a legislação estadual supletiva ou complementar corresponderia, no caso, aos critérios da ‘realização suficiente’ ou ‘da melhor realização’, preconizados [...] pelo Tratado de Maastricht, para justificar a competência da Comunidade ou dos Estados-membros, no Direito Comunitário europeu” (HORTA, 2002b, p. 470).

Acrescenta, ainda, que, com nítida inspiração no federalismo cooperativo formulado pela Lei Fundamental de Bonn, a Constituição de 1988 adotou uma forma ainda mais avançada de inclusão da subsidiariedade, pois a legislação complementar e supletiva adquiriu novas dimensões, no plano da competência concorrente, em cujo domínio se estabelece um condomínio legislativo, no qual os ordenamentos parciais dos Estados e do Distrito Federal desdobram, subsidiariamente, a legislação federal de normas gerais. Observa que, no federalismo contemporâneo, a legislação concorrente tornou-se a técnica predileta para a ampliação dos poderes legislativos dos Estados-membros e dos Municípios, procurando desfazer a tendência do federalismo centrípeto e explorar as perspectivas do federalismo cooperativo e de equilíbrio.

A conclusão do autor é a seguinte:

O princípio da subsidiariedade, na formulação jurídica, proveio do Tratado de Maastricht, que instituiu a União Européia. No quadro institucional do federalismo, o princípio poderá advir da Constituição Federal, por

decisão do poder constituinte, dispensando sua introdução na via do Tratado Internacional ou Comunitário. No caso específico do federalismo brasileiro, a preexistência da competência supletiva ou complementar, prevista nas Constituições de 1934, 1946 e 1967, e da competência da legislação concorrente ou mista, adotada na Constituição Federal de 1988, [...] por equivalência da legislação supletiva ou complementar, anteriormente, e da legislação concorrente, atualmente, com os objetivos e finalidades do princípio da subsidiariedade, **concluo pela desnecessidade, em tese, da atividade do poder constitucional de revisão para introduzir no texto constitucional brasileiro o princípio constitucional da subsidiariedade** [...]. O princípio da subsidiariedade projetou-se na autonomia da subsidiariedade constitucional, dispensando o Tratado ou a Revisão (HORTA, 2002b, p. 472, grifo nosso).

Não obstante, procedendo-se a comparação tanto do direito comunitário quanto do direito constitucional alemão com o sistema de repartição de competências brasileiro, em seu histórico e composição atual, verifica-se não haver uma correspondência direta e imediata entre aqueles modelos e a competência legislativa concorrente adotada pelo ordenamento constitucional pátrio. Em conseqüência, caso se pretenda ver adotado o princípio da subsidiariedade no direito constitucional brasileiro, afigura-se necessária a sua expressa aplicação.

Para comprovar essa assertiva, é imprescindível perquirir sobre a equivalência entre os critérios e parâmetros que presidem a repartição de competências pelo princípio da subsidiariedade, nos modelos alemão e comunitário, e a sistemática adotada pela legislação concorrente no direito constitucional brasileiro.

De início, não se pode concluir, a partir da admissão do princípio da subsidiariedade na disciplina da legislação concorrente alemã, que aquele também se aplica à legislação concorrente brasileira, porque o esquema brasileiro de competências concorrentes não reproduz, com exatidão, o sistema alemão. Conforme informa Moreira Neto (1988, p. 131), a Constituição de Weimar instituiu duas “novas imaginativas modalidades” de legislação concorrente: a legislação de necessidade e a legislação concorrente limitada (normas gerais). Essas modalidades foram assimiladas pela Lei Fundamental de Bonn (LF), que originalmente as contemplou, respectivamente, em seus arts. 72 e 75.

A admissão do princípio da subsidiariedade no direito constitucional alemão prende-se, com mais vigor e consenso, à interpretação da alínea 2 do art. 72, que institui a legislação concorrente de necessidade. A alínea 1 do

dispositivo declara que, no domínio da legislação concorrente, cabe aos *Länder* a faculdade de legislar, desde que a Federação não faça uso de sua faculdade legislativa. A alínea 2 determina caber à Federação, nesse domínio, o direito de legislar desde que haja necessidade de uma regulamentação por lei federal, discriminando em seguida os motivos para que isso ocorra. Esses motivos já passaram por duas versões: a original, de 1949; e a de 1994, reproduzida na reforma de 2006³²⁸. A ocorrência dos motivos previstos dá ensejo à legislação federal, que afasta então a possibilidade de legislação estadual.

Na redação vigente da alínea 2 do art. 72 da LF, a legislação federal uniforme somente é admitida em alguns domínios da legislação concorrente se e na medida em que a criação de condições de vida iguais no território federal ou a salvaguarda da unidade jurídica ou econômica a tornarem necessária, no interesse do Estado na sua totalidade. O dispositivo encontra correspondência com o princípio da subsidiariedade, pois busca uma prevalência do direito estadual, admitindo a intervenção da legislação federal apenas em vista da necessidade de uniformização, nas condições expressamente estabelecidas. Não obstante, vale observar que essas condições diferem dos critérios fixados no direito comunitário, segundo os quais a atuação da Comunidade fundamenta-se na necessidade decorrente da incapacidade do Estado-membro de atingir os objetivos almejados ou na maior eficiência comunitária, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista.

Cumprido, então, verificar a possibilidade de equiparação dos esquemas alemão e comunitário com as duas modalidades de competência legislativa concorrente adotadas na história do direito constitucional brasileiro: a cumulativa, que prevaleceu nas Constituições de 1934, 1946 e 1967/69; e a não-cumulativa, implantada na Constituição Federal vigente.

Sobre a competência legislativa concorrente cumulativa, cumpre lembrar dois aspectos: *a*) nela, não há limites prévios para o exercício da competência pelos entes habilitados; e *b*) o direito nacional tem preferência sobre o direito local, especialmente em face do primado do interesse nacional. A grande diferença com o sistema alemão, porém, é que nas Constituições brasileiras esse mecanismo foi utilizado no âmbito das competências *privativas* da União,

³²⁸ O tema foi tratado na seção 3.5.5.3 desta dissertação.

o que reforçou o que Moreira Neto (1988, p. 131) caracterizou como a “disponibilidade ilimitada do ente central de legislar sobre a matéria, até mesmo podendo esgotá-la”. Aos Estados foram conferidos apenas os poderes para suprir a ausência da norma federal, ou de complementá-la para preencher lacunas ou deficiências. Nesses casos, talvez se pudesse qualificar essa competência suplementar dos Estados de legislação “decorrente” (e não de “concorrente”), pois se trata somente de uma “legislação de regulamentação”³²⁹.

A alínea 2 do art. 72 da LF também não encontra equivalência com a legislação concorrente não-cumulativa, tal como fixada pelo art. 24 da Constituição Federal brasileira. Na verdade, este artigo encontraria mais semelhança com a competência legislativa estabelecida no antigo art. 75 da LF³³⁰, que admitia, nas mesmas condições da alínea 2 do art. 72, o direito de a Federação dispor normas gerais para a legislação dos *Länder*, nos domínios que relacionava³³¹. Nessa espécie, há limites predeterminados para a legislação federal (normas gerais) e para a legislação estadual (normas específicas) nos domínios contemplados. Frise-se, porém, que essa atuação legislativa da Federação, na Alemanha, também se sujeitava à existência das condições estipuladas na alínea 2 do art. 72.

Contudo, o art. 24 da Constituição Federal brasileira não estabelece uma prevalência da legislação estadual (implica, até, o contrário disso), nem apresenta qualquer condição para que se admita a intervenção da legislação federal, com vistas a dar tratamento uniforme às matérias. A condição de exercício da competência da União foi preestabelecida pelo constituinte, não a partir da ocorrência de determinadas condições ou critérios, mas a partir somente da própria natureza da matéria objeto da legislação. Disso se extrai que o art. 24 da Constituição pátria não institui uma dinâmica que demande a incidência do princípio da subsidiariedade como condição de exercício da competência concorrente.

Importa aqui resgatar os parâmetros organizatórios do princípio da subsidiariedade, para confrontá-los com os dispositivos examinados. O segundo

³²⁹ Essa qualificação é inspirada em Ferraz Júnior (1995, p. 250), que a utiliza em outro contexto.

³³⁰ O art. 75 foi suprimido em agosto de 2006, pela Lei de Modificação da LF nº 52.

³³¹ Nesse sentido, Moreira Neto (1988, p. 131, grifos do autor) identifica no dispositivo da Constituição de Weimar, que autorizava o *Reich* a fixar normas gerais sobre certos domínios, “a origem e o modelo do instituto da *competência concorrente limitada*, tal como veio a fincar raízes e a se expandir em nosso País”.

parâmetro estabelece uma primazia da decisão nos níveis mais próximos do cidadão. A isso corresponde, no caso da legislação concorrente, a preferência do direito estadual em face do federal. Isso é o que pretendem impor as alíneas 1 e 2 do art. 72 da LF, tornando a competência estadual uma atuação ordinária e a competência federal uma atuação extraordinária, submetida a determinadas condições de exercício. No caso do art. 24 da CF, contudo, a atuação da União é ordinária (na verdade, se aproxima de um dever de legislar) e não está submetida a qualquer condição, a não ser situar-se dentro do domínio legislativo e dos limites das normas gerais.

Cumprido, então, verificar se os terceiro e quarto parâmetros, que se constituem nos critérios de incidência do princípio da subsidiariedade, encontram (ou não) correlação com o art. 24 da Constituição Federal brasileira. Transplantados para a linguagem da competência concorrente, eles significam que os Estados-membros devem atuar até o limite de sua capacidade, justificando-se a intervenção da União apenas se isso se fizer necessário para o proveito do conjunto da nação. Entretanto, a competência legislativa concorrente do art. 24 da Constituição não faz aplicação desses parâmetros, pois determina *a priori* a competência da União para as normas gerais e a competência dos Estados para as normas específicas nas matérias contempladas.

Em confronto com esse preceito, o direito constitucional alemão e o direito comunitário adotam uma aplicação dinâmica do princípio da subsidiariedade em sua função de ajuste. Embora com suas correspondentes condições de aplicação, os terceiro e quarto parâmetros organizatórios atuam para distinguir a que ente cabe o exercício da competência legislativa: se o Estado-membro permanece com a capacidade para exercê-la ou se é a União que está habilitada a atuar. Para essa decisão, contudo, as condições de exercício são verificadas em face de uma determinada realidade e não estão preestabelecidas no texto de uma Constituição ou tratado.

É bem verdade que essa aferição se viu atenuada na Alemanha, pelo menos até 1994, em virtude da orientação da Corte Constitucional de reconhecer que a necessidade de uma legislação federal ficava à discricção do legislador federal (GÖTZ e HECKER, 1999, p. 61). Na União Européia, porém, esse exame ganhou contornos mais rígidos, inclusive com perspectiva de controle pelos parlamentos nacionais.

Dois são as possíveis razões para essa aplicação mais tenaz do princípio da subsidiariedade no direito comunitário europeu. A primeira é que a legislação comunitária contempla objetivos (e não domínios) e esse esquema se mostra mais dinâmico do que a tradicional repartição de competências conforme a matéria. Trata-se de possibilitar que a União cumpra as finalidades definidas pelos tratados comunitários, o que pode atravessar diversos domínios legislativos, numa espécie de transversalidade temática. Isso facilita a aferição da necessidade de intervenção comunitária, a partir dos critérios de incapacidade dos Estados ou da maior eficácia da União para atingir os objetivos almejados.

Mas em segundo lugar, e mais importante, a dinâmica da subsidiariedade serve muito à União Europeia porque lá ainda não se deu a transferência definitiva da soberania dos Estados-membros, como ocorreria em um modelo federativo. A estratégia dinâmica de exercício de competências concorrentes exige o aporte do princípio da subsidiariedade, porque ele serve como o mecanismo que freia ou acelera a integração com vistas a um determinado objetivo. De certo modo, esse mecanismo ainda se mantém sob controle dos Estados-membros (até com possibilidade de intervenção dos parlamentos nacionais). Na federação, diferentemente, a integração já se deu de forma definitiva e o tal mecanismo, se existir, já se encontra integralmente (ou quase) sob controle da própria União. Nesse contexto, torna-se muito difícil impedir que as competências fluam preponderantemente para o centro e a União, enfim, prevalece.

4.5 Considerações finais

O exame do federalismo nacional autoriza a conclusão de que o princípio da subsidiariedade, em linhas gerais, ainda não ganhou assimilação na organização do Estado brasileiro. Nem a elevação do Município a ente federativo, nem a modelagem do federalismo cooperativo, baseado nas competências concorrentes, permite afirmar que a Constituição Federal de 1988 amolda-se, com adequação, ao princípio da subsidiariedade.

Então, é preciso questionar se o princípio da subsidiariedade poderia servir para remediar alguns dos males da federação brasileira. Zimmermann (1999, p. 212) acredita que sim, pois sua aplicação “contribuiria para a reformulação do confuso universo político-institucional deste País”. Para tanto, o autor tem esperança de que o princípio possa concretizar duas finalidades primordiais: a “reformulação do pacto federativo brasileiro (com a redefinição de um modelo político mais cômico das pluralidades naturalmente existente neste

País”); e a “recusa do excessivo *providencialismo* do Estado, e em espacial da União (com a redefinição de sua atuação e a participação da sociedade civil nas decisões governamentais)” (ZIMMERMANN, 1999, p. 212, grifo do autor). Conclui que um federalismo democrático deveria se assentar em três pilares: a descentralização política, o pluralismo federativo e o princípio da subsidiariedade.

As possíveis contribuições positivas do princípio da subsidiariedade à federação brasileira dificilmente poderão advir simplesmente de uma alteração do texto constitucional que o contemplasse formalmente. Conforme alerta equivalente ao que faz Tocqueville (2005, v. I, p. 71) quanto às instituições comunais, o princípio somente logrará uma efetiva aplicação se puder se desenvolver plenamente e se incorporar às idéias e aos hábitos nacionais. As experiências constitucionais portuguesa e italiana demonstram que a constitucionalização do princípio não é bastante para contrapô-lo às tradições, práticas e princípios adotados historicamente na organização interna de cada Estado.

A subsidiariedade traz consigo duas dimensões e nada garante que a interpretação a ser dada pelas instituições nacionais seja preponderantemente de índole negativa (pela autonomia dos entes federativos). Ao contrário, tudo indica que a dimensão positiva (pela intervenção da União) tem forte possibilidade de prevalecer, fazendo persistir a histórica centralização da federação nacional. Afinal, mesmo a Constituição de 1988, de propagadas esperanças centrífugas, privilegiou a concentração de competências na União, valendo-se inclusive de institutos típicos de legislação concorrente, como diretrizes, sistemas nacionais ou normas gerais, que a prática tratou de configurar como capazes de regular, quase em sua inteireza, domínios legislativos relevantes.

Cumprido lembrar, ainda, que a “forma federativa de Estado” integra o rol de princípios cuja abolição está vedada até mesmo por emenda constitucional (BRASIL, 1988, art. 60, § 4º, I). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra que tal forma federativa “não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2007). Complementa a Corte que as limitações materiais do poder constituinte de reforma “não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina

na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”.

Ocorre que o STF reconhece um “modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2007), o que enseja o reconhecimento da tradição centralizadora do Estado federal brasileiro, perante a qual o princípio da subsidiariedade se colocaria em contraposição. Observe-se, também, que essa posição jurisprudencial torna ainda mais difícil a possibilidade de reconhecimento, desde já, da adoção implícita do princípio da subsidiariedade no atual texto constitucional.

Para Abrucio (2001, p. 100), a história federativa brasileira pode ser resumida à dificuldade de adequação dos princípios da autonomia e da interdependência entre os entes federativos. A autonomia foi muitas vezes utilizada para uma descentralização que não se associou à responsabilidade ou à capacidade dos entes federativos, dominada por interesses patrimoniais e pela ausência de controle público sobre os governantes. Já a interdependência se revelou, na maioria das vezes, como uma imposição centralizadora e autoritária do governo federal, colocada por uma força situada acima do pacto federativo.

Embora tenha introduzido alterações na estrutura federativa brasileira, a Constituição de 1988 não conseguiu romper fortemente com essas tradições. O autor aponta pelo menos dois avanços e alguns vícios que persistem. Os avanços, obtidos especialmente após a estabilização econômica, são: o reordenamento das finanças federativas, de que é o maior exemplo e instrumento a Lei de Responsabilidade Fiscal; e a descentralização de algumas políticas públicas, associadas a recursos vinculados a fundos constitucionais.

Como vícios, perduram entre outros: uma ampla centralização tributária; a pouca coordenação intergovernamental, pela ausência de fóruns ou mecanismos de participação e deliberação de todos os níveis de governo; uma visão fiscalista de ajuste financeiro³³², que não leva à transformação futura de estruturas administrativas e políticas dos governos subnacionais; e a instauração de uma competição selvagem e predatória entre os entes federativos, de que é

³³² Fiori (1995, p. 34) registra que, atualmente, a governabilidade tem base, quase sempre, em fatores localizados fora das fronteiras dos governos nacionais e regionais. Isso impõe aos países uma agenda federativa que inclui o pagamento ou consolidação das dívidas mútuas, o policiamento de suas gestões financeiras e a tentativa de transferência para terceiros de suas respectivas responsabilidades.

expressão mais clara a guerra fiscal, com conseqüente adiamento da redução das desigualdades regionais no país (ABRUCIO, 2001, p. 104).

Nagel (2002, p. 93) mostra que o federalismo cooperativo apresenta uma tendência de reforçar mais a função co-determinante dos Estados-membros em nível federal, mediante participação nas decisões nacionais, do que a preservar ou expandir suas autonomias. Essa característica é reforçada pelo fato de que, na Alemanha, a União prevalece nas competências legislativas, mas os *Länder* são encarregados da execução das leis, sob supervisão daquela, do que resulta uma necessária cooperação entre as esferas federativas³³³. No mesmo sentido, Renzsch (1995, p. 40) observa que o federalismo na Alemanha se baseia numa divisão das tarefas públicas, nas quais a Federação cuida da maior parte da legislação³³⁴ e os *Länder* da implementação das políticas.

No Brasil, contudo, cada esfera federativa executa os seus próprios serviços, mediante administração própria, o que diminui ainda mais a perspectiva da cooperação. Na realidade, pode-se identificar, nesse aspecto, outro descompasso entre a legislação concorrente alemã e a brasileira. Na Alemanha, a preponderância da legislação federal justifica-se por esse esquema de divisão de tarefas, em que os padrões de gestão são decididos na esfera federal, para conferir homogeneidade às condições de vida no país, cabendo aos *Länder* as ações necessárias para execução das políticas definidas. No Brasil, a própria União, em regra, executa as suas políticas, de modo que a legislação concorrente acaba por servir como mais um fator de concentração de poderes no nível federal.

É preciso reconhecer que a complexa e intrincada realidade dos dias atuais conduz a uma universalização das demandas por políticas públicas, de uma forma que leva os problemas e desafios do Estado a serem encarados quase sempre na maior instância possível, ou seja, no nível nacional. Isso ameaça erodir as competências locais e regionais. Essa constatação traz consigo dilemas tais como o da universalização *versus* focalização das políticas públicas,

³³³ Essa característica, proveniente da origem da federação alemã, é definida pelo autor como um federalismo “executivo” (NAGEL, 2002, p. 93).

³³⁴ Registra Renzsch (1995, p. 40) que a legislação dos *Länder* restringe-se a polícia, governo local, educação e assuntos culturais.

da uniformidade *versus* diversidade na configuração das medidas de solução, e da cooperação *versus* competição na relação entre os entes federativos.

Tal como demonstra sua origem, que o vincula à solidariedade e ao bem comum, o princípio da subsidiariedade conjuga-se com medidas de incentivo à cooperação entre os entes federativos. Nesse sentido, embora seja aparentemente inescapável a presença orientadora do nível federal, a centralização federativa poderia ser modulada pelo reforço nos instrumentos de cooperação previstos constitucionalmente.

Desse modo, o acolhimento do princípio da subsidiariedade deveria ensejar o aprimoramento e a prática mais freqüente de institutos como: *a*) a cooperação entre os entes federativos para desempenho das competências comuns (BRASIL, 1988, art. 23, par. único); *b*) os convênios de cooperação e os consórcios públicos entre os entes federados, para gestão associada de serviços públicos e conseqüente transferência de encargos, serviços, pessoal e bens (BRASIL, 1988, art. 241). Verifica-se, no Brasil, um uso ainda tímido desses instrumentos de cooperação federativa. Nesse campo, o princípio da subsidiariedade poderia contribuir como um critério dinâmico de distribuição de atribuições entre os entes federativos no âmbito das competências comuns ou da gestão associada de serviços.

Não há dúvida, porém, que o grande aporte que o princípio da subsidiariedade poderia trazer para o Estado federal brasileiro seria na reformulação das competências legislativas concorrentes. O sistema vigente mostrou-se apto à centralização, pautando-se quase por uma indistinção entre as competências legislativas privativas da União e a sua competência para dispor sobre normas gerais nos domínios de legislação concorrente. Por isso, seria bem-vinda uma reforma da disciplina da competência legislativa concorrente.

De lege ferenda, a adoção explícita do princípio da subsidiariedade poderia substituir a atual sistemática de legislação concorrente, baseado no esquema de normas gerais para a União e normas específicas para os Estados. Para tanto, o novo modelo deveria contemplar também os Municípios, não só pela peculiaridade da federação brasileira em enquadrá-los como integrantes da federação, mas principalmente porque são os entes que se situam mais próximos do cidadão.

Desse modo, nos domínios de competência legislativa concorrente, ficaria estabelecida a prevalência da menor até a maior instância da escala federativa brasileira para o exercício da competência legislativa concorrente, somente se

<p>4º) a intervenção da unidade maior justifica-se em face das incapacidades da menor unidade e em proveito do bem comum.</p>	<p>4º) a intervenção do nível superior justifica-se em face das incapacidades do nível inferior e em proveito do conjunto.</p>
---	--

afastando tal prioridade em face de determinadas condições e mediante comprovação específica para o domínio objeto da proposta legislativa.

Não são de fácil determinação os critérios de incidência da subsidiariedade. É oportuno lembrar que esses critérios diferenciam-se na solução do direito comunitário e do direito alemão³³⁵. No primeiro, a atuação da Comunidade se justifica na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam, por conseguinte, ser melhor alcançados ao nível comunitário, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista. No direito alemão, a União exerce a prerrogativa de legislar para a criação de condições de vida iguais em todo o território ou a salvaguarda da unidade jurídica ou econômica, no interesse do conjunto.

A solução do direito comunitário é a que mais se ajusta aos parâmetros do princípio da subsidiariedade, uma vez que adota uma associação de critérios de necessidade e de eficiência para justificar a intervenção da instância superior. A adoção desse esquema permitiria que a configuração das políticas públicas se desse prioritariamente a partir das demandas locais, passando a adotar maior abrangência na medida em que assim justificassem as necessidades e os objetivos a serem perseguidos. Não se pode olvidar, porém, que essa solução implica não só uma alteração de natureza jurídica, mas também a implantação de uma nova forma de conceber, planejar e executar políticas públicas.

Não basta, porém, que sejam estabelecidos tais critérios para o exercício da competência legislativa concorrente. Impõe-se a criação de mecanismos que assegurem sua comprovação e observância. Para tanto, a legislação concorrente deveria vir sempre acompanhada de fundamentação suficiente, na exposição de motivos ou justificação da proposição, específica quanto ao atendimento dos critérios da subsidiariedade. O exame dessa fundamentação deveria consistir em preliminar ao exame do mérito da proposta. Isso corresponderia ao controle pré-legislativo para aplicação do princípio da subsidiariedade. O controle

³³⁵ Conforme, respectivamente, o art. 5º do Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia, na redação que lhe deu o Tratado de Maastricht, e a alínea 2 do art. 72 da Lei Fundamental de Bonn.

repressivo do princípio seria possível perante o tribunal competente para a ação direta de inconstitucionalidade, de modo a aferir se a Casa Legislativa adotou os procedimentos necessários à consideração das condições do princípio da subsidiariedade no decorrer do processo legislativo. Isso equivaleria a um controle jurisdicional de natureza processual, semelhante ao concebido para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

No caso do Congresso Nacional, poderia se cogitar, ainda, de atribuir a função de aferir os critérios do princípio da subsidiariedade preponderantemente ao Senado Federal. O atual processo legislativo conduz a pouca diferenciação entre a atuação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal na elaboração legislativa, mantendo-se a distinção mais no que diz respeito à composição das Casas. O controle do princípio da subsidiariedade poderia enfatizar a missão, própria do Senado Federal, de Casa da federação.

A proposta que ora se apresenta não corresponde à única solução possível para a aplicação do princípio da subsidiariedade na disciplina das competências legislativas concorrentes. Sua intenção é mais apontar alguns desafios que adviriam da adoção do princípio. Na complexa configuração da federação brasileira, o princípio da subsidiariedade pode ser um instrumento de modulação da atribuição e exercício de competências entre os entes federativos. Para isso, seus parâmetros, dimensões e critérios de aplicação devem ser mais bem compreendidos e ajustados aos aspectos da realidade nacional. De um lado, não se pode reduzi-lo a um simples comando de descentralização ou de devolução de competências aos Estados e aos Municípios. De outro, não se deve associá-lo a uma fórmula vazia, entendendo-o automática e implicitamente associado ao federalismo. A aplicação do princípio da subsidiariedade à federação brasileira deverá levar em conta as suas variadas características, que constituíram o objeto deste trabalho.

CONCLUSÃO

– I –

A noção de subsidiariedade, na filosofia social, representa uma forma específica de concepção e regulação das relações que constituem a vida do homem em sociedade. Como tal, é resultado da contribuição de filósofos como Aristóteles, São Tomás de Aquino e Johannes Althusius. Essa concepção conserva a individualidade do homem, mas justifica a organização social, cuja formação ocorre da base para o topo, com o fim de realizar o bem comum. Para tanto, deve-se garantir a autonomia do homem e das coletividades intermediárias, mas se justifica a intervenção de uma coletividade superior em uma instância inferior, se isso vier em proveito do conjunto.

Nessa tensão entre autonomia e intervenção, o princípio da subsidiariedade apresenta uma dupla dimensão: negativa, pela qual a comunidade mais ampla deve abster-se de agir nos domínios em que a instância inferior tenha capacidade suficiente para atuar; e positiva, pela qual se justifica a intervenção da comunidade mais ampla em prol do bem comum, seja porque a instância inferior se mostrou insuficiente, seja porque a superior se mostra mais eficiente para alcançar o objetivo almejado.

A subsidiariedade foi adotada pela Igreja Católica como um dos pilares de sua doutrina social, no início do século XX. Essa doutrina pretendia colocar-se à distância tanto do liberalismo quanto do socialismo, retomando valores como o bem comum e a solidariedade no enfrentamento da crise social então vigente. O princípio da subsidiariedade tem a sua mais conhecida formulação na Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931), do Papa Pio XI, segundo a qual é injusto retirar dos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa, para o confiar à coletividade, assim como é um grave dano passar a uma sociedade maior o que a sociedade menor pode conseguir.

A partir de suas bases filosóficas e teológicas, o princípio da subsidiariedade estendeu sua aplicação para o direito público, no qual ganha uma acepção específica, de princípio orientador da repartição de competências. Apesar das controvérsias sobre sua ambigüidade, juridicidade e polissemia, o princípio ganhou desenvolvimento no âmbito jurídico, no qual tem duas modalidades de aplicação: sociopolítica e organizatória.

A aplicação sociopolítica diz respeito às relações entre o Estado e os particulares (subsidiariedade horizontal), tanto na distinção entre as atribuições do Estado e da sociedade, grupos sociais e indivíduos, quanto na delimitação das áreas de atuação do Estado e da iniciativa privada, especialmente nos limites à intervenção do Estado no campo econômico. Na outra modalidade, o princípio da subsidiariedade aplica-se à organização do Estado, para nortear a repartição de competências entre níveis de autoridade e decisão, em geral associados a coletividades territoriais (subsidiariedade vertical).

O princípio da subsidiariedade pode ser desdobrado nos seguintes parâmetros³³⁶, configurados a partir das modalidades de aplicação:

Parâmetros sociopolíticos	Parâmetros organizatórios
1º) a organização social compõe-se de coletividades que se expandem progressivamente, em uma formação que tem na base o ser humano, desenvolve-se por sociedades intermédias e chega ao Estado;	1º) a organização do Estado compõe-se de múltiplos níveis de decisão ou autoridade, com um mínimo de autonomia e crescente amplitude territorial;
2º) deve haver uma primazia da pessoa e das coletividades menores em relação às coletividades maiores;	2º) deve haver uma primazia dos níveis mais próximos do cidadão, de modo que as decisões devem ser tomadas e as atividades públicas devem ser desempenhadas, preferencialmente, pela autoridade mais próxima do destinatário da ação;
3º) deve-se respeitar a autonomia da menor unidade (pessoa ou coletividade), que merece dispor da liberdade de atuar até o limite de sua capacidade;	3º) deve-se respeitar a autonomia do menor nível, que deve dispor da competência de atuar até o limite de sua capacidade;

³³⁶ O desdobramento do princípio em parâmetros tem objetivo meramente didático e não significa que elas podem ser consideradas isoladamente. Ao contrário, os parâmetros devem ser tomados de modo integrado, não se podendo reduzir o princípio a apenas um ou outro deles.

Uma vez que o princípio tem por objeto precípuo a repartição de competências, podem ser identificadas duas funções nas quais ele tem incidência na modalidade organizatória. Na função atributiva, o princípio serve ao constituinte quando determina as matérias afetas à competência de cada nível de autoridade na Constituição. Nesse caso, a subsidiariedade atua como um princípio político, para subsidiar a decisão sobre a delimitação e atribuição das competências aos diversos titulares.

Contudo, há competências que devem ser compartilhadas entre os níveis de autoridade e que, portanto, são atribuídas como concorrentes. Nesse caso, a subsidiariedade cumpre uma função de ajuste, na determinação do nível de autoridade adequado ao exercício da competência. Nessa hipótese, a subsidiariedade configura-se como um princípio jurídico, pois é pelo atendimento de seus critérios que um determinado titular torna-se habilitado ao exercício de uma competência concorrente anteriormente atribuída.

– III –

O princípio da subsidiariedade consolidou-se como um princípio jurídico, na sua modalidade organizatória, no processo de integração europeia. No direito comunitário, o princípio ganhou uma significação própria, voltada à habilitação para o exercício de competências concorrentes entre a Comunidade e os Estados-membros. A dupla dimensão e a ambigüidade do princípio permitiram que ele se tornasse um conceito-chave na integração, configurando-se como um compromisso entre as posições “integracionistas”, defensoras de um federalismo europeu, e as “eurocéticas”, que procuravam conter a erosão das competências nacionais.

O Tratado de Maastricht, de 1992, que instituiu a União Europeia, contemplou o princípio de duas formas. Como um princípio geral do direito comunitário, de feição política, serve de suporte à declaração das Partes Contratantes quanto à sua disposição de criar uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos (Preâmbulo e artigo 1º). Como um princípio específico, de natureza jurídica, é assegurado no artigo 2º do Tratado de Maastricht e definido no artigo 5º (originalmente, artigo 3º-B) que este fez inserir no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (TCE), pelo qual se declara que, nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação encarada não

possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam, por conseguinte, ser melhor alcançados em nível comunitário, por causa da dimensão ou dos efeitos da ação prevista.

A União Européia é resultado de uma modelagem institucional *sui generis*, fruto de uma integração que segue uma estratégia incremental e voltada a objetivos comuns. Esse modelo exigiu a adoção de um mecanismo dinâmico e flexível de exercício de competências concorrentes, que encontrou no princípio da subsidiariedade a conjugação adequada de critérios. Esses critérios são: o da necessidade, tendo em vista a incapacidade dos Estados-membros de realizar suficientemente os objetivos da ação esperada; e o da maior eficiência do nível comunitário em alcançar esses objetivos, seja por causa da dimensão, seja em decorrência dos efeitos da ação prevista. As ações dos Estados-membros têm precedência sobre as da Comunidade e somente se justifica o exercício da competência pela Comunidade se incidirem ambas as condições. O duplo teste deve ser realizado de forma sucessiva: primeiro se aplica o teste da necessidade e, caso pertinente, se passa ao teste da eficiência, para comprovar o valor agregado pela ação comunitária. O ônus da prova recai sobre as instituições comunitárias, que devem atestar serem os dois testes favoráveis à intervenção.

A evolução da aplicação do princípio resultou no desenvolvimento de procedimentos pré-legislativos de aferição, representados especialmente pela obrigação de a Comissão justificar todas as propostas legislativas quanto aos critérios da subsidiariedade e submetê-las ao exame do Conselho Europeu e do Parlamento Europeu. Esses procedimentos formam a base do Protocolo nº 30, anexo ao Tratado de Amsterdã, firmado em outubro de 1997 (em vigor a partir de maio de 1999).

Posteriormente, o Tribunal de Justiça pode, ainda, julgar uma possível violação do princípio. Contudo, o princípio adequa-se mais a um controle procedimental do que substantivo. Desse modo, sua justiciabilidade não deve se prender ao mérito da decisão sobre a alocação das competências entre a Comunidade e os Estados-membros, mas deve se basear em salvaguardas processuais que garantam a observância de um procedimento, adotado pelas instituições legislativas comunitárias, que leve em consideração o princípio.

Após o fracasso da tentativa de instituição de uma “Constituição” para a Europa, os dirigentes dos Estados-membros optaram pela convocação de uma Conferência Intergovernamental para elaborar um Tratado de Reforma para

a União Européia. Segundo as diretrizes que conduzirão esse trabalho, ficam mantidas as linhas gerais do controle do princípio da subsidiariedade, mas ele ganha reforço político, com a participação dos parlamentos nacionais. Com isso, o controle da subsidiariedade configura-se como de caráter preventivo (mais do que repressivo) e enseja um novo perfil de atribuições para os parlamentos nacionais, que perdem a prerrogativa de legislar sobre certas matérias e dirigem sua atuação ao controle dos critérios da subsidiariedade no processo legislativo europeu.

– IV –

A partir do desenvolvimento do princípio na União Européia, foi retomada a discussão acerca da aplicação da subsidiariedade, na modalidade organizatória, também no plano interno dos Estados europeus. O princípio, antes relacionado ao federalismo, passou a ganhar aplicação em outras formas de Estado. Isso rompe com uma possível interdependência necessária entre o princípio e a forma federativa.

O princípio admite aplicação no Estado unitário descentralizado, embora dependa da atribuição de um mínimo de autonomia às coletividades territoriais. A propósito, observa-se que a desconcentração não enseja o atendimento à subsidiariedade, pois os órgãos locais permanecem vinculados ao poder central, sem desenvolverem objetivos próprios. A descentralização, por sua vez, compartilha com a subsidiariedade do objetivo de manter ou reforçar os poderes das coletividades locais e regionais, atenuando a tendência de progressiva centralização do poder e procurando tornar mais próximas do cidadão as decisões sobre as políticas públicas. Contudo, esses processos têm lógicas distintas. A descentralização obedece à idéia de entrega ou devolução de competências às coletividades territoriais e, em geral, é descendente (do topo para a base). A dinâmica do princípio da subsidiariedade, que é representada por suas dimensões negativa e positiva, procura o equilíbrio entre as tendências ascendente e descendente, não se podendo atribuir a ele apenas uma das direções, embora se possa observar que ela é preponderantemente ascendente (da base para o topo).

Entretanto, verifica-se que os processos de descentralização raramente constituem uma cessão de autoridade plena, sobre uma determinada política pública, do poder central para os poderes locais. Na maioria das vezes, são constituídos controles e domínios conjuntos de ação. Essa característica enseja

a oportunidade de exercício de competências concorrentes e, portanto, da associação dos critérios da subsidiariedade a um processo de descentralização, o que daria a este uma configuração peculiar.

Quanto ao Estado unitário descentralizado, primeiramente é preciso registrar que a forma de manifestação da autonomia das coletividades territoriais, submetida a simples lei ordinária do poder central, não determina necessariamente a medida dessa autonomia. A autonomia significa, nesse contexto, a autogestão dos interesses da coletividade, associado a um poder normativo. Essas características estão presentes nos arranjos modernos de descentralização do Estado unitário, de modo que não é inviável a aplicação do princípio da subsidiariedade nessa forma de Estado.

A constitucionalização do princípio da subsidiariedade em Portugal tornou realidade sua aplicação em um Estado unitário descentralizado. Em 1992, o princípio foi consagrado apenas para o plano externo. Depois, em 1997, sua adoção expressa estendeu-se ao plano interno, como um dos princípios que presidem a organização do Estado português. Sua simples menção, contudo, ainda deixou remanescer dúvidas sobre a sua articulação com os princípios da unidade, da autonomia e da descentralização, desde antes acatados. Além disso, o princípio não foi capaz de provocar alterações significativas na jurisprudência portuguesa. Isso mostra que a previsão expressa do princípio não é suficiente, por si só, para alterar as interpretações e os critérios nos quais se fundamentam a organização de um país, em geral solidamente edificados pela tradição.

–V –

O Estado regional e o Estado autonômico situam-se a meio termo entre o Estado unitário descentralizado e o federal, no que diz respeito à organização e à garantia da autonomia dos entes territoriais. Naqueles, mantém-se a unidade do ordenamento jurídico, por meio de uma só Constituição, mas esta relaciona as linhas gerais dos poderes e competências das coletividades territoriais, que ganham posterior desenvolvimento no estatuto de cada região ou comunidade autônoma. O estatuto é elaborado pelo próprio ente regional, mas depende da aprovação do poder central para ter vigência. O Estado regional italiano e o Estado autonômico espanhol tomaram caminhos distintos quanto à constitucionalização do princípio da subsidiariedade. A Itália o adotou explicitamente em sua Constituição. A Espanha, não.

Uma possível adoção implícita do princípio no regime constitucional espanhol é tema sujeito a controvérsias. A corrente favorável enxerga sua presença nos tradicionais princípios da autonomia e da descentralização, além de identificar seus vestígios em dispositivos da Constituição (ESPANHA, 1978, arts. 149.3 e 150.2). A corrente adversa argumenta que o princípio teve desenvolvimento próprio no direito comunitário, não admitindo extensão imediata para a organização do Estado espanhol, pois os critérios de repartição de competências são distintos. A descentralização do Estado espanhol foi um processo extremamente complexo, permeado pelo passado autoritário e por embates plurinacionais, de modo que se torna difícil admitir uma aplicação implícita da subsidiariedade, embora alguns de seus vestígios possam realmente ser identificados em trechos da Constituição.

A Itália contemplou expressamente o princípio da subsidiariedade em sua Constituição a partir de 2001, tanto na modalidade sociopolítica (subsidiariedade horizontal) quanto na organizatória (subsidiariedade vertical). Por estarem previstas em um mesmo dispositivo (art. 118), embora em alíneas distintas, as duas acepções do princípio devem ser compreendidas de forma integrada, com a finalidade de realizar a proximidade das instituições aos cidadãos e formações sociais.

Contudo, o princípio da subsidiariedade coloca-se em sobreposição com o princípio da autonomia, tradicionalmente adotado na Constituição de 1947, o que exige uma releitura deste último. Do ponto de vista da subsidiariedade horizontal, sob as influências da União Européia e da globalização, trata-se de promover um enfoque mais “privatístico” dessa autonomia, primitivamente de índole “publicista”. Um ajuste de compreensão também deve ser realizado na autonomia pública, afetada pela adoção da subsidiariedade vertical, cuja aplicação refere-se às funções administrativas. Para tanto, ficou estabelecido que as funções públicas devem ser atribuídas prioritariamente às comunas, admitindo-se sua transferência para as coletividades mais amplas somente para assegurar seu exercício unitário, com base nos princípios da subsidiariedade, diferenciação e adequação.

A jurisprudência italiana deu interpretação inovadora à cláusula da subsidiariedade em ambas as modalidades. Para a subsidiariedade horizontal, conferiu aplicação preponderante na área das instituições privadas, sem fins lucrativos, de finalidade pública. Para a subsidiariedade vertical, seus primeiros precedentes são no sentido de estender a aplicação do princípio, prevista

apenas para as funções administrativas, também para as competências legislativas, mas no sentido de privilegiar as competências do Estado central, admitindo-as em setores não previstos, sob justificativa de necessária intervenção de caráter unitário nacional. Embora se possa considerar essa posição como centralizadora, ela tem base na dimensão positiva da subsidiariedade e demonstra o quanto pode ser enganoso o discurso que difunde somente a dimensão negativa do princípio, associando-o unicamente à descentralização e ao reforço da autonomia local.

– VI –

Embora tradicionalmente enquadrada como uma das formas de Estado, a confederação é, em verdade, uma associação de Estados, que conservam sua soberania, sob forma estável e mediante órgãos interestatais, para consecução de objetivos comuns. Esses órgãos interestatais não se inserem em uma estrutura de natureza estatal e as deliberações adotadas não têm poder de *imperium* perante os Estados, além de não alcançar diretamente os cidadãos. Desse modo, a confederação não institui uma estrutura de níveis de autoridade e competências em matérias ou responsabilidades que se comuniquem no interior dos Estados, do que resultam desatendidos os parâmetros organizatórios do princípio. Por essa razão, afigura-se inaplicável o princípio da subsidiariedade nas confederações.

–VII –

A origem do Estado federal encontra-se na Constituição dos Estados Unidos da América, na qual os Estados norte-americanos (antigas colônias) se reuniram para formação de uma nova e única organização estatal. A grande inovação da federação situa-se na convivência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos em um mesmo território. A reunião dos Estados-membros tem esteio em uma Constituição Federal, que assegura a soberania do Estado federal e confere autonomia aos entes federados. Essa autonomia tem sua maior expressão na capacidade de auto-organização, que se constitui na prerrogativa de adotar uma Constituição particular, dentro dos limites traçados pela Constituição Federal. O Estado federal demanda uma repartição de competências entre o ente central, a União, e os demais entes federativos, Estados-membros e Municípios. Essa repartição, que condiciona o grau de centralização da federação, pode se valer de duas técnicas, a horizontal e a vertical, cuja aplicação configura, respectivamente, o modelo dual e o modelo cooperativo de federalismo.

Quanto à relação entre federalismo e subsidiariedade, verifica-se que não se pode estabelecer uma relação de imprescindibilidade nem de equivalência entre eles, pois o Estado federal subsiste mesmo que não devote respeito ao princípio. Mas há de se reconhecer que a estrutura federativa é aquela que oferece a maior garantia da autonomia das coletividades territoriais, o que favorece a aplicação do princípio (1º e 3º parâmetros organizatórios). Não obstante, a primazia de decisão conferida à coletividade mais próxima ao cidadão pelo princípio da subsidiariedade (2º parâmetro organizatório) ganha contornos complexos nas federações. A organização federal desenvolve-se numa tensão entre forças centrípetas e centrífugas, que buscam promover a unidade na diversidade. Considerar aquela primazia poderia significar a prevalência, no arranjo federativo, das forças centrífugas em prejuízo das forças centrípetas. Ocorre que essa prevalência nem sempre será desejável, ainda mais se considerarmos que a unidade constitui a razão de ser da própria federação. Importa observar, ainda, que o princípio da subsidiariedade impõe critérios muito particulares para a repartição de competências, que se baseiam no exercício de competências compartilhadas. Entretanto, nem sempre são os critérios representados nos 3º e 4º parâmetros organizatórios do princípio que presidem a repartição de competências nos Estados federais.

–VIII –

Com efeito, o Estado federal norte-americano, fonte histórica da federação e paradigma do federalismo dual, não faz aplicação do princípio da subsidiariedade. A evolução do sistema de repartição de competências nos Estados Unidos da América permitiu a existência de competências implícitas, que reforçaram o poder federal e sua intervenção nas políticas estaduais, mas nunca o desenvolvimento das condições necessárias para acolhimento dos 3º e 4º parâmetros organizatórios do princípio. Ainda se procurou estabelecer um paralelo entre o princípio e a Décima Emenda. Contudo, as fórmulas utilizadas são bem distintas. Enquanto o princípio da subsidiariedade vale-se dos critérios de necessidade e eficiência para justificar a atuação do poder de maior nível, a Décima Emenda pretende delimitar esse poder atribuindo-lhe competências cedidas pelo nível inferior e expressamente enumeradas. Na verdade, a repartição de poderes entre a União e os Estados norte-americanos configura-se como uma questão política que não se prende à adoção de critérios preestabelecidos, como os da subsidiariedade, levando em conta uma

grande variedade de considerações para obter um balanceamento global de poder, a despeito de uma determinada alocação de competências.

– IX –

Já a controvérsia sobre a aplicação implícita do princípio da subsidiariedade na Alemanha tem origem na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e experimentou seu ápice nas décadas de 1950 e 1960. O tema ficou estacionado nas décadas seguintes, até o processo de elaboração do Tratado de Maastricht, que fez ressurgir o princípio no debate europeu. Logo após a ratificação desse Tratado, uma modificação constitucional deu nova redação ao art. 23 da LF, em dezembro de 1992, que dispõe sobre o ingresso e forma de participação da Alemanha na União Européia. Nesse dispositivo, os *Länder* conseguiram assegurar posição de força para participar na União Européia e fizeram com que o princípio da subsidiariedade fosse expressamente mencionado, pela primeira vez, no direito constitucional alemão. Entretanto, sua admissão refere-se apenas ao plano externo, deixando suscitar novos embates sobre sua aplicação na organização do Estado federal alemão.

Sob um ponto de vista geral da repartição de competências no plano interno alemão, ainda é muito controversa a aplicação do princípio, mas as dúvidas arrefecem quando se analisam, especificamente, as competências concorrentes. Originalmente, a Lei Fundamental admitia as duas formas de legislação concorrente, a cumulativa (art. 72) e a não-cumulativa (art. 75). Em ambos os casos, presumia-se a competência dos *Länder*, que somente era afastada pela presença de determinadas condições, fixadas na alínea 2 do art. 72 (o art. 75 remetia a elas). Essas condições foram objeto de uma modificação constitucional, em 1994. Desde então, a Federação somente tem o direito de legislar se e na medida em que a realização de condições de vida iguais no território federal ou a salvaguarda da unidade jurídica ou econômica tornarem necessária, no interesse do conjunto do Estado, uma regulamentação legislativa federal. A modificação de 2006 manteve essas condições, mas restringiu sua aplicação a apenas alguns domínios de legislação concorrente. Além disso, foi suprimida a legislação concorrente não-cumulativa, pela qual a Federação poderia estabelecer normas gerais em certos assuntos (art. 75), mas criada a possibilidade de, em determinadas matérias, os *Länder* adotarem legislação diversa da legislação federal (alínea 3 do art. 72).

A prevalência de legislação dos *Länder* e a submissão do exercício da competência legislativa concorrente, pela Federação, a condições que determinam

a necessidade da legislação federal demonstram consonância com o princípio da subsidiariedade. Essas condições, porém, não equivalem aos critérios da eficiência e necessidade utilizados no direito comunitário, valendo-se de matizes próprios, relacionados aos objetivos da federação alemã. A jurisprudência da Corte Constitucional não permitiu, inicialmente, um adequado desenvolvimento desses critérios, ao reconhecer que a necessidade da regulamentação federal ficava à discrição do legislador federal. Com a alteração de 1994, que deu à Corte a competência para dirimir controvérsias sobre a alínea 2 do art. 72, tornou-se mais restrito o escopo da legislação federal. Contudo, pode-se avaliar que a aplicação implícita do princípio da subsidiariedade na legislação concorrente não foi suficiente para conter os poderes centrais, cuja força tem sido aumentada ao longo do tempo.

– X –

A tendência de concentração de poderes do federalismo cooperativo, seja na versão norte-americana, seja na alemã, ensejou reivindicações pela adoção de um federalismo competitivo, com autonomia mais ampla para os Estados-membros, redução de mecanismos de partilha financeira e fiscal e maior ênfase em competências próprias para os entes descentralizados. Embora a tendência seja a manutenção do federalismo cooperativo, verifica-se que esse modelo vem fazendo prevalecer mais a participação dos Estados-membros nas decisões gerais do que o respeito à autonomia desses entes.

A cogitação de um federalismo de competição coloca em xeque o princípio da subsidiariedade, que tem seu fundamento nos mecanismos de cooperação. A competição traria consigo maior relevo na autonomia dos entes federados e independência em relação aos níveis superiores, o que demandaria uma leitura essencialmente negativa da subsidiariedade. A autonomia, por si só, não garante a subsidiariedade e pode até, no extremo, se colocar contra ela. Outro elemento vinculado à cooperação é a simetria, conforme demonstra a aplicação alemã do princípio, que tem por finalidade o desenvolvimento de condições de vida iguais em todo o seu território. A ênfase na cooperação, ainda prevalente, remete à dimensão positiva da subsidiariedade e se mostra inseparável deste conceito. Resta, porém, a questão de como promover a uniformidade e a cooperação sem produzir a centralização, desafio que o federalismo cooperativo tem mostrado dificuldade em enfrentar.

Considerando não haver uma relação de equivalência entre o federalismo e o princípio da subsidiariedade, é preciso analisar criticamente as características da federação brasileira para verificar sua compatibilidade com o princípio. A subsidiariedade nunca ganhou menção expressa em uma Constituição nacional, o que torna ainda mais oportuna essa análise.

A história federativa brasileira caracteriza-se por ciclos de breves expansões e de longas restrições à autonomia dos entes federativos, com conseqüentes retrações ou alargamentos dos poderes e competências da União. Verifica-se uma nítida tendência centralizadora, que chegou quase a descaracterizar o Estado brasileiro como federal. Fruto de um processo de formação por segregação, a federação brasileira enfrentou, desde sua origem, certo artificialismo e dificuldades em lidar com a autonomia dos Estados-membros. Basta lembrar que, em seu primeiro século de existência, contou com apenas metade desse tempo de efetividade e prática, sendo o restante coberto por períodos de vigência meramente formal da federação nas Constituições.

O exame histórico não nos permite associar a federação brasileira aos parâmetros do princípio da subsidiariedade. Em primeiro lugar, a autonomia dos entes federados (1º e 3º parâmetros organizatórios) nunca obteve desenvolvimento efetivo e duradouro. Ao contrário, oscilou entre fases de quase supressão e períodos de limitação à autonomia das coletividades, que se verificou, no saldo final, gradativamente diminuída.

Um segundo aspecto, a primazia da decisão e execução das atividades públicas nos níveis mais próximos do cidadão (2º parâmetro organizatório), demonstra igual dificuldade para se compatibilizar com o federalismo brasileiro. Embora a formação por segregação da federação pretendesse levar a uma descentralização das decisões, esse processo somente se verificou nas primeiras décadas de prática federativa. Mesmo no breve período do apogeu da autonomia, o que ocorreu foi o estabelecimento de compromissos entre os senhores rurais e lideranças políticas locais e estaduais, vinculados pelo fenômeno do coronelismo, e destas com o Poder Executivo federal, por meio da Política dos Governadores, tomando para si o controle das políticas públicas e amesquinhando a influência dos cidadãos nas decisões. A partir da década de 1930, o que se viu foi o agigantamento das funções federais, com reiterada preponderância das forças centrípetas. A história federativa brasileira caracteriza-se

como uma crônica de centralização de competências e de aprisionamento da autonomia dos Estados a um padrão federal.

Não se pode considerar, ainda, que uma orientação equivalente aos 3º e 4º parâmetros organizatórios tenha servido como critério da repartição de competências entre as esferas federativas no Brasil. Em nenhum momento, as Constituições brasileiras contemplaram dispositivos que pudessem representar tais parâmetros. A primeira fase do federalismo brasileiro adotou o federalismo dual, que não possibilita o compartilhamento de competências. A Constituição de 1934 inaugurou a competência legislativa concorrente em nosso ordenamento constitucional. Mas essa concorrência era cumulativa, o que permitia a regulação integral da matéria pela União, restando aos Estados a competência supletiva ou complementar para atender a peculiaridades locais, suprir lacunas ou deficiências da legislação federal. Por essa razão, mostra-se difícil acatar a posição de Horta (2002b, p. 470), que vê coincidência entre essa sistemática e os critérios de necessidade e eficiência para determinação de competências, pelo princípio da subsidiariedade, no direito comunitário. A Constituição de 1946 tornou mais restrita a competência legislativa concorrente, limitando-a a poucos domínios, dentro da competência legislativa exclusiva da União. Nem sequer especificou, tal como anteriormente, os propósitos a que aquela se destinava, tornando ainda mais difícil encontrar uma correspondência entre a legislação concorrente de então e o princípio da subsidiariedade. A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1, de 1969, mantiveram o arcabouço formal da repartição de competências anterior.

Observe-se que os textos constitucionais de 1934 e de 1946 são anteriores à Lei Fundamental de Bonn, de 1949, no qual se funda a argumentação mais consistente de aplicação do princípio da subsidiariedade na competência legislativa concorrente. Além disso, os regimes brasileiro e alemão de legislação concorrente são díspares. As alíneas 1 e 2 do art. 72 da Lei Fundamental estabelecem a prevalência dos *Länder* no domínio da legislação concorrente, passando o direito de legislação à Federação desde que haja necessidade de regulamentação por lei federal em face da incidência de determinadas condições. Nos textos constitucionais brasileiros anteriores a 1988 a competência legislativa concorrente se aplicava nos domínios inseridos no rol de competências privativas da União, que não se submetia a qualquer condição, restando aos Estados apenas suprir ou complementar a legislação federal. Desse modo,

conclui-se que as antigas Constituições nacionais não aplicaram o princípio da subsidiariedade, nem mesmo na disciplina da legislação concorrente.

– XII –

Para analisar se o princípio da subsidiariedade teve aplicação na Constituição Federal de 1988, dois aspectos merecem ser examinados: a autonomia dos entes federados e o sistema de repartição de competências. A Constituição vigente instaurou a normalidade democrática e trouxe consigo a expectativa de maior autonomia para os entes federados. Entretanto, o que se verifica é que a federação brasileira permanece presa ao seu passado, com a preservação da tradição de incorporação do modelo federal às Constituições estaduais, que mantêm pouco espaço de normatividade própria.

Sob esse prisma, não se pode identificar uma aplicação implícita do princípio da subsidiariedade na Constituição de 1988, ainda mais diante de um modelo imposto de cima para baixo, com conseqüente limitação à capacidade de auto-organização dos entes federados. Embora se possa pretender justificar as limitações à autonomia por desvios na legislação e administração dos Estados, cumpre observar que essas mazelas não são características peculiares deles e não há porque julgar o modelo federal como uma solução perfeita e ajustável a todos os Estados-membros. A subsidiariedade exige que a coletividade seja o sujeito e não o objeto das decisões sobre sua organização e funcionamento, assim como que detenha a capacidade de traçar objetivos, conceber políticas públicas e executá-las até o limite de sua capacidade. Somente com o esgotamento desta se justificaria a intervenção da autoridade superior. No Brasil, contudo, a necessidade de atuação da União já vem predeterminada por um juízo político construído historicamente, plasmado juridicamente na Constituição Federal e consolidado pela jurisdição constitucional.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter reconhecido o Município como ente integrante do Estado federal, uma análise quanto aos limites da autonomia municipal não se distancia da avaliação sobre a autonomia estadual. Inicialmente, os Municípios foram tutelados principalmente pelos Estados. A Carta Magna vigente praticamente retirou dos Estados a interferência sobre a organização municipal, mas o fez mediante definição de limites estreitos para a auto-organização dos Municípios, postos desde logo na Constituição Federal. A aplicação da subsidiariedade exigiria que as decisões fossem tomadas preponderantemente em nível municipal, em atenção às peculiaridades e diversidades locais. Isso, entretanto, não tem sido praticado, não só porque

fatores tecnológicos, políticos e econômicos tornaram os problemas intermunicipais, mas também porque uma concepção de desenvolvimento de políticas públicas da base para o topo não se incorporou às tradições nacionais.

– XIII –

O segundo aspecto de relevo para o exame da subsidiariedade na Constituição de 1988 é o sistema de repartição de competências, que se configurou como uma combinação complexa das técnicas de repartição horizontal e vertical. Na elaboração da Constituição, a expectativa era de que os constituintes optassem pela descentralização das competências.

As competências privativas da União, embora constem de dois artigos (no art. 21, as materiais; no art. 22, as legislativas), são bastante amplas, podendo-se considerar até que aumentaram em relação às constituições precedentes, a despeito das intenções dos constituintes. A tradição e a estrutura federativa impuseram essa configuração, pois muitas dessas competências decorrem da unidade do Estado federal ou articulam soluções para problemas e questões que afetam mais de um ente federativo. Outras tantas competências se referem a assuntos que o constituinte entendeu deverem ter uniformidade de tratamento em nível nacional, seja por sua natureza, por razões de relação custo-investimento ou de conveniência estratégica, tais como no caso dos serviços de infra-estrutura.

A dificuldade de atuação descentralizada do poder público em setores cuja escala transpassa, muitas vezes, até mesmo as fronteiras nacionais, leva à reflexão sobre a pertinência e validade, no contexto atual, da orientação de que as decisões devem ser tomadas no nível mais próximo dos cidadãos. Isso indica, também, que o princípio da subsidiariedade deve servir mais como uma modulação do poder federal do que, propriamente, para ensejar uma “localização” das competências.

As demandas de padronização, uniformidade e instituição de sistemas nacionais reforçam a eficiência, que decorre mais da unidade do que da diversidade. Esse argumento serve para justificar a preponderância da intervenção do nível superior (União) na grande maioria dos assuntos, retirando-os da livre disposição dos níveis inferiores. A delegação de competências legislativas privativas da União poderia servir para aproximar as decisões do cidadão, servindo como uma contrapartida a essa excessiva uniformização. Isso, porém,

significa uma subsidiariedade às avessas, na medida em que a decisão sobre até onde vai a capacidade do ente federado para regular o tema fica com o legislador federal, que pode inclusive jamais optar pela delegação, ou deixar para os níveis inferiores apenas questões muito específicas que, porventura, não tenha interesse ou condições de disciplinar.

– XIV –

Quanto aos Estados, a Constituição Federal valeu-se da tradicional norma de atribuição de competências remanescentes, acrescentando-lhes outras poucas competências expressas. Pode-se estabelecer uma equivalência dos Estados com as associações intermédias, valorizadas na noção da subsidiariedade como entidades que auxiliam a retenção dos poderes na base. Contudo, no Brasil, os Estados vêm sofrendo uma erosão de suas competências, pela combinação da municipalização, que atua como um empuxo de competências para baixo, e da centralização, que funciona como um empuxo de competências para cima. A combinação dessas forças produz o esvaziamento das competências estaduais, que subsistem com funções mínimas, de natureza administrativa e tributária, capazes de manter o Estado como ente dotado de autonomia federativa. Esse aspecto constitui um grande desafio à aplicação da subsidiariedade na federação brasileira.

Na atribuição das competências dos Municípios, a Constituição de 1988 adotou um sistema misto: enumeração das competências materiais; adoção da fórmula genérica do “interesse local” para as competências legislativas; e previsão de competência legislativa suplementar. A adoção do princípio da subsidiariedade ensejaria que grande parte das competências ficasse retida no nível municipal. Na realidade brasileira, contudo, cabe aos Municípios, na maioria das vezes, apenas desenvolver ou se ajustar a diretrizes, sistemas ou normas elaboradas pelos níveis superiores na escala federativa. Isso permite questionar se não há uma inadaptação do princípio da subsidiariedade à moderna sociedade em rede, na qual dificilmente se identificam interesses restritos a apenas uma localidade.

O esmaecimento das competências dos Estados e Municípios leva a uma comparação entre a aplicação da subsidiariedade na União Européia e no Estado federal. Na realidade comunitária, o princípio é utilizado para reforçar a resistência à intervenção da União, de modo a promover uma transferência lenta e gradual das competências para a instância supranacional. No Estado federal, porém, essa capacidade de resistência foi, em grande medida, vencida pela decisão originária de formação da federação, do que resulta que a atração centralizadora do poder

federal molda a autonomia dos entes federados e se converte em instância decisória preponderante.

– XV –

A Constituição de 1988 definiu um conjunto de competências compartilhadas entre os entes federativos, que denominou de competências comuns (de índole material) e de competências concorrentes (de natureza legislativa). Embora situadas em dispositivos distintos, verifica-se que boa parte das competências materiais encontra ligação com a legislação concorrente, na qual cabe à União dispor sobre normas gerais, ou mesmo com a legislação privativa da União. Por isso, a União também prevalece na disciplina da atuação conjunta dos entes federativos.

A Constituição de 1988 adotou o sistema de competência legislativa não-cumulativa (art. 24): a União estabelece normas gerais e os Estados editam legislação suplementar. A competência suplementar abrange tanto a competência supletiva quanto a competência complementar. Embora aos Municípios esteja deferida a competência de suplementar a legislação federal e estadual (art. 30, II), eles não são partícipes da sistemática do art. 24. A competência suplementar municipal é cumulativa, sujeitando-se ao primado da legislação federal e estadual, de modo que é exercida de forma residual.

Não se pode considerar que a Constituição vigente faça uma aplicação implícita do princípio da subsidiariedade ao disciplinar as competências legislativas concorrentes. Sob esse aspecto, a legislação concorrente nacional não encontra equivalência nem com o direito comunitário nem com o direito constitucional alemão.

Na Lei Fundamental alemã, a adoção da subsidiariedade é reconhecida de forma implícita na alínea 2 do art. 72, que estabelece critérios de exercício da legislação concorrente cumulativa. A alínea 1 do dispositivo determina a preferência da competência legislativa dos *Länder* em relação à Federação e a alínea 2 submete a possibilidade de legislação federal à ocorrência de determinadas condições de necessidade: a criação de condições de vida iguais no território federal ou a salvaguarda da unidade jurídica ou econômica. Há uma correspondência entre essas condições e os parâmetros do princípio da subsidiariedade. Em 2006, foi suprimida a modalidade não-cumulativa de competência concorrente na Lei Fundamental (antigo art. 75), que tinha maior semelhança com a sistemática brasileira de normas gerais, embora até

mesmo aquela se submetesse às condições de necessidade previstos na alínea 2 do art. 72. De modo diverso, o art. 24 da Constituição brasileira de 1988 não estabelece a preferência pela legislação dos Estados nem apresenta qualquer condição para a edição de legislação federal. O exercício da competência legislativa concorrente pela União foi estabelecido *a priori* pelo constituinte, a partir da natureza da matéria. Desse modo, não se pode cogitar da incidência da subsidiariedade para habilitação do exercício das competências concorrentes, que já vem predeterminado no texto constitucional, apenas limitando-se ao estabelecimento de normas gerais.

A ausência de condições de exercício também impede uma correspondência da competência concorrente brasileira com os critérios fixados no direito comunitário, segundo os quais a atuação da Comunidade fundamenta-se na necessidade decorrente da incapacidade do Estado-membro de atingir os objetivos almejados ou na maior eficiência comunitária, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista. Isso enseja uma estratégia dinâmica de exercício das competências concorrentes, na qual o princípio da subsidiariedade serve como o mecanismo que freia ou acelera a integração com vistas a determinado objetivo.

– XVI –

O exame do federalismo nacional autoriza, portanto, a conclusão de que o princípio da subsidiariedade ainda não ganhou assimilação na organização do Estado brasileiro. As possíveis contribuições positivas de sua aplicação dificilmente poderão advir simplesmente de uma alteração do texto constitucional que o contemple formalmente. Conforme demonstram as experiências portuguesa e italiana, a constitucionalização do princípio não é bastante para contrapor-lo às tradições, práticas e princípios adotados historicamente na organização de cada Estado. O princípio somente logrará efetiva aplicação se puder se desenvolver plenamente e se incorporar às idéias e hábitos nacionais.

A subsidiariedade traz consigo as dimensões negativa e positiva. Na federação brasileira, a dimensão positiva (pela intervenção da União) tem forte possibilidade de prevalecer, fazendo persistir a histórica centralização. Até mesmo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece o modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela Constituição de 1988, contra o qual o princípio da subsidiariedade deverá atuar para conferir maior equilíbrio às relações federativas.

O princípio da subsidiariedade conjuga-se com medidas de incentivo à cooperação entre os entes federativos. Nesse sentido, a centralização federativa poderia ser

modulada pelo reforço nos instrumentos de cooperação previstos constitucionalmente, tais como a cooperação entre os entes federativos para desempenho das competências comuns (art. 23, par. único, da CF), os convênios de cooperação e os consórcios públicos para gestão associada de serviços públicos pelos entes federativos (art. 241 da CF). Nesses institutos, a subsidiariedade poderia contribuir como um critério dinâmico de distribuição de atribuições entre os entes federativos.

Porém, a maior contribuição que o princípio da subsidiariedade poderia trazer para o Estado federal brasileiro seria na reformulação das competências legislativas concorrentes, pela substituição da atual sistemática de normas gerais. *De lege ferenda*, sugere-se, nos domínios de competência legislativa concorrente, a preferência da menor até a maior instância para o exercício da competência, somente se afastando tal prioridade em face de critérios de necessidade e urgência, equivalentes aos do direito comunitário. Seria imprescindível, ainda, a comprovação do atendimento desses critérios para o domínio específico objeto da proposição legislativa, efetivada mediante fundamentação suficiente, cujo exame deveria ser realizado preliminarmente ao mérito. No caso do Congresso Nacional, poderia se cogitar de atribuir essa aferição preponderantemente ao Senado Federal, no desempenho de sua missão de Casa da federação. Posteriormente, seria possível o controle repressivo jurisdicional quanto à consideração dos critérios de incidência do princípio da subsidiariedade no curso do processo legislativo.

Contudo, mais do que oferecer uma determinada solução, esta dissertação pretendeu fornecer subsídios para uma maior compreensão dos parâmetros, dimensões e critérios de aplicação do princípio da subsidiariedade. Na complexa configuração da federação brasileira, o princípio pode ser um instrumento de modulação da atribuição e exercício de competências entre os entes federativos. Para tanto, não pode ser confundido com uma simples orientação de descentralização ou devolução de competências aos Estados e Municípios. Nem se pode entendê-lo como equivalente a qualquer modelo federal, reduzindo-o a uma fórmula vazia, já implicitamente adotada na realidade nacional. Isso levaria a anular quaisquer de suas contribuições.

REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, Fernando Luiz. A reconstrução das funções governamentais no federalismo brasileiro. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Org.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 95-105.
- ALEMANHA. Constituição (1949). Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <<http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz/>>. Acesso em: 10 jul. 2007. Inclui as modificações até 28 de agosto de 2006.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2005.
- ALTHUSIUS, Johannes. *Política*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- AMEAL, João. *São Tomás de Aquino*: iniciação ao estudo da sua figura e da sua obra. Porto: T. Martins, 1961.
- ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *O condomínio legislativo*: um estudo sobre a possibilidade de aplicação do princípio da subsidiariedade na repartição de competências legislativas concorrentes entre a União e Estados-membros prevista na Constituição Federal brasileira de 1988. Recife, 2001. Dissertação (Mestrado)-Universidade Federal de Pernambuco.
- ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.
- _____. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2002.
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *El principio de subsidiariedad y la administración local*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 1999.

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982.
- BARBER, N. W. Subsidiarity in the Draft Constitution. *European Public Law*, New York, v. 11, n. 2, p. 197-205, jun. 2005a. Disponível na base de dados Academic Search Premier. Acesso restrito.
- _____. The limited modesty of subsidiarity. *European Law Journal*, Oxford, v. 11, n. 3, p. 308-325, maio 2005b. Disponível na base de dados Academic Search Premier. Acesso restrito.
- BAUDIN-CULLIÈRE, Frédéric. *Principe de subsidiarité et administration locale*. Paris: Université Panthéon-Assas (Paris II); L.G.D.J., 1995.
- BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- BERMANN, George A. Subsidiarity as a principle of U.S. constitutional law. *The American Journal of Comparative Law*, Michigan, v. 42 (supl.), part II, p. 555-566, jul./ago. 1994a. Disponível na base de dados HeinOnline. Acesso restrito.
- _____. Taking subsidiarity seriously: federalism in the European Community and the United States. *Columbia Law Review*, New York, v. 94, n. 2, p. 332-455, mar. 1994b.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOTHE, Michael. Federalismo: um conceito em transformação histórica. In: FUNDAÇÃO KONRAD-ADENAUER STIFTUNG. *O federalismo na Alemanha*. São Paulo, 1995. p. 3-14. (Série Traduções, n. 7).
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 536-A, de 1997. Emenda nº 20, do Deputado Carlos Abicalil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2007.
- BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 28 jul. 2007.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 28 jul. 2007.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 29 jul. 2007.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 29 jul. 2007.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 29 jul. 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2007.

BRASIL. Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 29 jul. 2007.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 24 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) nº 56/PB – Medida cautelar. Requerente: Governador do Estado da Paraíba. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba. Relator: Ministro Célio Borja. Tribunal Pleno. Brasília, 7 de junho de 1989. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) nº 97/RO. Requerente: Governador do Estado de Rondônia. Requerida: Assembléia Constituinte do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. Brasília, 25 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) nº 216/PB – Medida cautelar. Requerente: Governador do Estado da Paraíba. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba. Relator para o Acórdão: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, 23 de maio de 1990. Disponível em:<<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em:13 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) nº 274/PE. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco. Relator para o Acórdão: Ministro Paulo Brossard. Tribunal Pleno. Brasília, 5 de fevereiro de 1992. Disponível em:<<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em:13 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) nº 793/RO. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Requerida: Assembléia Constituinte do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Brasília, 3 de abril de 1997. Disponível em:<<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.434/SP. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Brasília, 10 de novembro de 1999. Disponível em:<<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em:31 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) nº 2.024-2/DF. Requerente: Governador do Estado do Mato Grosso do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Brasília, 3 de maio de 2007. Disponível em:<<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em:17 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) nº 3.098/SP. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Brasília, 24 de novembro de 2005. Disponível em:<<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em:13 ago. 2007.

BRAULT, Philippe; RENAUDINEAU, Guillaume; SICARD, François. Le principe de subsidiarité. Paris: La Documentation Française, 2005.

CAMARGO, Aspásia. Federalismo cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Org.). *Federalismo na*

- Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 69-94.
- CAMBI, Eduardo. Normas gerais e fixação da competência concorrente na federação brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 244-261, out.-dez. 1998.
- CARAVAJAL, Jose M. de Arielza. El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 15, n. 45, p. 53-93, set./dez. 1995.
- CARNEY, Frederick S. Introdução do tradutor da edição americana. In: ALTHUSIUS, Johannes. *Política*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003. p. 47-63.
- CAROZZA, Paolo G. Subsidiarity as a structural principle of international human rights law. *American Journal of International Law*, Washington, p. 38-79, 2003. Disponível na base de dados HeinOnline. Acesso restrito.
- CHICHARRO LÁZARO, Alicia. El principio de subsidiariedad em la Unión Europea. Navarra: Aranzadi, 2001.
- CLERGERIE, Jean-Louis. Le principe de subsidiarité. Paris: Elipses, 1997.
- CONSELHO DA EUROPA. Carta Europeia de Autonomia Local. 1985. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-15-10-985-ets-122.html>>. Acesso em: 17 jun. 2007.
- CORNU, Marie. Competénces culturelles em Europe et principe de subsidiarité. Bruxelas: Bruylant, 1993.
- CUNHA, Paulo de Pitta e. Os impulsos federais na construção europeia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 41, n. 1, p. 7-15, 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. São Paulo: Ática, 1986.
- DE MARCO, Eugenio. Sussidiarietà e autonomia nell'attuale quadro normativo costituzionale. In: _____ (Org.). *Problemi attuali della "sussidiarietà"*. Milão: Giuffrè, 2005. p. 3-18.
- DELCAMP, Alain. Droit constitutionnel et droit administrative: principe de subsidiarité et décentralisation. *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Paris, Press Universitaires de France, n. 23, p. 609-624, 1995.

- DELPÉRÉE, Francis. Justice constitutionnelle et subsidiarité: observations liminaires. In: _____ (Org.). Justice constitutionnelle et subsidiarité. Bruxelas: Bruylant, 2000. p. 11-25. XVII^{es} Journées Juridiques Jean Dabin - Centre d'études constitutionnelles et administratives.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DRAGO, Guillaume. Le principe de subsidiarité comme principe de Droit Constitutionnel. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris, n. 2, p. 583-594, abr./jun. 1994.
- DUARTE, Maria Luísa. La Constitution portugaise et le principe de subsidiarité: de la positivation à son application concrète. In: DELPÉRÉE, Francis (Org.). Justice constitutionnelle et subsidiarité. Bruxelas: Bruylant, 2000. p. 107-135. XVII^{es} Journées Juridiques Jean Dabin - Centre d'études constitutionnelles et administratives.
- DURAND, Charles. El Estado federal en el derecho positivo. In: BERGER, Gaston *et al.* El federalismo. Madrid: Tecnos, 1965. p. 171-213. (Colección de Ciencias Sociales n 41).
- EDWARDS, Denis J. Fearing federalism's failure: subsidiarity in the European Union. *The American Journal of Comparative Law*. Berkeley, v. 44, n. 4, p. 537-583, 1996.
- ELAZAR, Daniel J. Grande projeto de Althusius para uma comunidade federal. In: ALTHUSIUS, Johannes. *Política*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003. p. 47-63.
- ESPANHA. Constituição (1978). Constituição española. 1978. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/laconstitucion.html>>. Acesso em: 25 jun. 2007.
- FARRERES, Germán Fernández. Reflexiones sobre el valor jurídico de la doctrina de la subsidiariedad em el derecho administrativo español. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 491-529.

- FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 90, p. 245-251, 1995.
- FERREIRA, Antonio Gomes. *Dicionário de latim-português*. Porto: Porto, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Direito constitucional comparado 1: o poder constituinte*. São Paulo: Bushatsky, 1974.
- FIORI, José Luís. O federalismo diante do desafio da globalização. In: AFFONSO, Rui B. A; SILVA, Pedro L. B. (Org.). *A federação em perspectiva: ensaios selecionados*. São Paulo: FUNDAP, 1995. p. 19-38.
- FOLLESDALL, Andreas. Subsidiarity. *Journal of Political Philosophy*. Oxford, v. 6, issue 2, p. 190-219, jun. 1998. Disponível na base de dados Academic Search Premier. Acesso restrito.
- FORMENT, Eudaldo. Introdução. In: SÃO TOMÁS DE AQUINO. *El orden del ser: antologia filosófica*. Madrid: Tecnos, 2003. p. 17-191. (Los Essenciales de la Filosofía).
- FOSSAS, Enric. Asimetría y plurinacionalidade. In: FOSSAS, Enric; REQUEJO, Ferran (org.). *Asimetria federal y Estado plurinacional: el debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*. Madrid: Trotta, 1999. p. 275-301.
- GARCIA, Maria. Exercício do poder constituinte derivado: noções de um poder constituinte não originário; o poder constituinte instituído; poder constituinte de revisão ou reformador; o poder constituinte decorrente. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 31-48, abr./jun. 1995.

- GÖTZ, Volkmar; HECKER, Michael. Il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale tedesco com particolare riferimento allá sua dimensione federale. In: RINELLA, Angelo; COEN, Leopoldo; SCARCIGLIA, Roberto. (Org.). Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto. Padova: CEDAM, 1999. p. 45-64.
- GROFF, Paulo Vargas. Princípio da subsidiariedade: fundamentos e aplicações. *Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis*. São Paulo, v. 4, n. 5, p. 61-62, ago./dez. 2001.
- GRUPENMACHER, Betina Teiger. Poder constituinte decorrente e autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 4, n. 16, p. 268-291, jul./set. 1996.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984..
- HANSCHERL, Dirk. Mechanisms of Conflict Resolution in Federalist States: The Redistribution of Legislative Powers as a Viable Means? In: VII World Congress of the International Association of Constitutional Law (IACL), 7, 2007, Atenas. (Versão preliminar interna para a Conferência).
- HENKEL, Christoph. The allocation of powers in the European Union: a closer look at the principle of subsidiarity. *Berkeley Journal of International Law*, Berkeley, v. 20, n. 2, p. 359-386, 2002.
- HORBACH, Carlos Bastide. *Administração pública e democracia representativa*. Porto Alegre, 2001. Dissertação (Mestrado)-Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
- HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1964.
- _____. *Direito constitucional*, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002a.
- _____. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002b. p. 461-472.
- HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- HRBEK, Rudolf. Federalismo e processo de integração na Europa. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Org.). *Federalismo na*

Alemanha e no Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 109-119.

HUEGLIN, Thomas O. Federalism, subsidiarity and the European tradition: some clarifications. **Telos**, Madrid, issue 100, p. 37-55, Summer 1994. Disponível na base de dados Academic Search Premier. Acesso restrito.

ITÁLIA. Constituição (1947). Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2007.

JOÃO PAULO II. Carta Encíclica Centesimus anno. Cidade do Vaticano: 1991. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/

[hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html)>. Acesso em: 17 jan. 2007.

_____. Carta Encíclica Sollicitudo rei socialis. Cidade do Vaticano: 1987. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis_po.html>. Acesso em: 20 jan. 2007.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: M. Fontes, 2003.

KUHNHARDT, Ludger. Federalism and subsidiarity. **Telos**, Madrid, issue 91, p. 77-86, spring 1992. Disponível na base de dados Academic Search Premier. Acesso restrito.

LA PERGOLA, Antonio. Regionalismo, federalismo e poder externo do Estado: o caso italiano e o Direito Comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 632, ano 77, p. 7-25, jul. 1988.

LEAL, Roger Steifermann. A autonomia do estado-membro e o papel do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre, [1997]. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal3.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2007.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LEÃO XIII. Carta Encíclica Rerum novarum. Cidade do Vaticano: 1891. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 17 jan. 2007.

- LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: J. Oliveira, 2004.
- LIMONGI, Fernando Papaterra. O Federalista: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política 1*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 243-255.
- LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. *Manual de direito comunitário: a ordem jurídica da União Européia*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. In: LÓPEZ GUERRA, Luis *et al.* Derecho constitucional. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. v. II. p. 323-341.
- MEDINA, Paulo. O princípio da subsidiariedade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 243-252.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do Estado federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937.
- MESSNER, Johannes. *Ética social: o direito natural no mundo moderno*. São Paulo: Quadrante/Edusp, 1970.
- MILLON-DELSOL, Chantal. Le principe de subsidiarité. Paris: Press Universitaires de France, 1993.
- MONTEBELLO, Marianna Souza Soares. O princípio da subsidiariedade e a redefinição do papel do Estado no Brasil. Rio de Janeiro, 2001. Dissertação (Mestrado)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
- MORAIS, Carlos Blanco de. O princípio da subsidiariedade na ordem constitucional portuguesa. In: BARROS, Sérgio R.; ZILVETI, Fernando A. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 31-66.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 100, p. 127-162, abr.-dez. 1988.
- NAGEL, Klaus. El federalismo alemán: más cooperación o nueva asimetría? *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 118, p. 65-99, out./dez. 2002.
- PASTORI, Giorgio. Il principio di sussidiarietà fra legislazione e giurisprudenza costituzionale. In: DE MARCO, Eugenio (Org.). Problemi attuali della "sussidiarietà". Milão: Giuffrè, 2005. p. 43-56.
- PIO XI. Carta Encíclica 'Quadragesimo anno'. Cidade do Vaticano: 1931. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html>. Acesso em: 17 jan. 2007.
- PINTO, Carlos Alberto de Carvalho. *Normas gerais de direito financeiro*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1949.
- PONTIER, Jean Marie. La subsidiarité em droit administratif. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*. Paris, v. 5, p. 1515-1537, 1986.
- PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa. Disponível em:<http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/06Revisao/>. Acesso em:19 jun. 2007. (Texto atualizado até a sexta revisão constitucional, de 2004).
- QUADRA-SALCEDO. Tomás de la. Nota sobre el principio de subsidiariedad. In: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. El principio de subsidiariedad y la administración local. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 83-91.
- QUADROS, Fausto de. O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Européia. Coimbra: Almedina, 1995.
- RAMOS, Elival da Silva. Federação - competência legislativa: normas gerais de competência da União e competência supletiva dos Estados: a questão dos agrotóxicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XIX, v. 19, n. 77, p. 126-130, jan.-mar. 1986.

- REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e Constituição: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- REQUEJO, Ferran. La acomodación “federal” de la plurinacionalidad: democracia liberal y federalismo plural em España. In: FOSSAS, Enric; REQUEJO, Ferran (Org.). *Asimetría federal y Estado plurinacional: el debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*. Madrid: Trotta, 1999. p. 303-346.
- RENOUX, Thierry S. O federalismo e a União Européia. A natureza da comunidade: uma evolução na direção de um Estado federal? “Um federalismo sem federação?” In: BARROS, Sérgio R.; ZILVETI, Fernando A. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 263-287.
- RENZSCH, Wolfgang. German federalism: under the challenge of european integration and German unity. In: AFFONSO, Rui B. A; SILVA, Pedro L. B. (Org.). *A federação em perspectiva: ensaios selecionados*. São Paulo: FUNDAP, 1995. p. 39-46.
- RINELLA, Angelo. Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d’analisi. In: RINELLA, Angelo; COEN, Leopoldo; SCARCIGLIA, Roberto. (Org.). *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto*. Padova: CEDAM, 1999, p. 3-44.
- ROBERT, Eric. La subsidiarité: principe juridique et concept politique. *Revue Hellenique de Droit International*, Atenas, n. 48, p. 183-208, 1995.
- RODDEN, Jonathan. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, p. 9-27, jun. 2005.
- SALGADO, Argemiro Rojo. Globalización, integración mundial y federalismo. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 109, p. 29-72, jul./set. 2000.
- SÃO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. 2. ed. Tradução de Alexandre Costa. Organização de Rovílio Costa e Luis A. De Boni. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço dos Brindes; Livraria Sulina, Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 1980.
- SARAIVA, Francisco Rodrigues dos Santos. *Novíssimo dicionário latino-português*. Rio de Janeiro: Garnier, 1993.

- SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOMMERMANN, Karl-Peter. El federalismo cooperativo. In: SEGADO, Francisco Fernández (Ed.). *The spanish constitution in the European constitutional context*. Madrid: Dykinson, 2003. p. 2279-2294.
- STELZER, Joana. *União Européia e supranacionalidade: desafio ou realidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 272-281, 1993.
- TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 334, p. 11-18, abr./jun. 1996.
- TATSCH, Simone. O princípio da subsidiariedade: deveres de abstenção e de atuação estatal na atividade econômica. São Paulo, 2005. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- TEASDALE, Anthony L. Subsidiarity in the post-Maastricht Europe. *Political quarterly*, Oxford, v. 64, issue 2, p. 187-197, abr./jun. 1993. Disponível na base de dados Academic Search Premier. Acesso restrito.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. 2. ed., Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: M. Fontes, 2005.
- TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PÉREZ TREMPES, Pablo. Principios generales de la organización territorial del Estado. In: LÓPEZ GUERRA, Luis *et al.* *Derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. v. II. p. 293-321.
- UNIÃO EUROPÉIA. Ato Único Europeu. 1986. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/treaties_other.htm>. Acesso em: 18 jul. 2007.
- _____. Conclusões da Presidência do Conselho da União Européia. 2007. Disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/pt/ec/94941.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2007.

- _____. Tratado da União Européia. Maastricht, 1992. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>>. Acesso em: 9 jun. 2007.
- _____. Tratado de Amsterdã. Amsterdã, 1997. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>>. Acesso em: 19 jul. 2007.
- _____. Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. 2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2004:310:SO M:PT:HTML>>. Acesso em: 26 jul. 2007.
- _____. Tratado que institui a Comunidade Européia. Roma, 1957. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12002E/htm/12002E.html>>. Acesso em: 18 jul. 2007.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge. Subsidiariedad, orden publico econômico y seguridad nacional em la Constitucion de 1980. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 16, n. 2, p. 379-390, jun./ago. 1989.
- VATICANO. Conselho Pontifício Justiça e Paz. *Compêndio da doutrina social da Igreja*. Cidade do Vaticano, 2004. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html>. Acesso em: 19 jan. 2007.
- VAUSE, W. Gary. The subsidiarity principle in European Union law: American federalism compared. *Case Western Reserve Journal of International Law*, Cleveland, v. 27, issue 1, p. 61-81, Winter 1995. Disponível na base de dados Academic Search Premier. Acesso restrito.
- VAZ, Audrey Choucair. *Princípio da subsidiariedade e democracia no paradigma da União Européia*. Belo Horizonte, 2002. Dissertação (Mestrado)-Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
- VIOLINI, Lorenza. Brevi considerazioni su un principio che non smette di rivelare aspetti nuovi e di grande interesse. In: DE MARCO, Eugenio (Org.). *Problemi attuali della "sussidiarietà"*. Milão: Giuffrè, 2005. p. 57-72.
- WEBER, Albrecht; GAS, Tonio. *Republique Fédérale d'Allemagne: justice constitutionnelle et subsidiarité*. In: DELPÉRÉE, Francis (Org.). *Justice constitutionnelle et subsidiarité*. Bruxelas: Bruylant, 2000. p. 137-177.

WRIGHT, Benjamín Fletcher. Introdução. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984. p. 1-98.

YSERN, Enrique Rivero. El principio de subsidiariedad. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 483-490.

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

_____. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SENADO FEDERAL



ISBN 978-85-7018-337-8

