

COLEÇÃO  
MANUAIS **Dizer**  
**o Direito**

Coord.: MÁRCIO CAVALCANTE

**Mateus Pontalti**

Manual de  
**DIREITO**  
**TRIBUTÁRIO**

Prefácio  
**Dias Toffoli**

**5<sup>a</sup>** edição

revista,  
atualizada  
e ampliada

**2024**

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

Dizer  Direito  
[www.dizerodireito.com.br](http://www.dizerodireito.com.br)

## Capítulo 17

# PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL

### 17.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Por processo administrativo fiscal entende-se o conjunto de normas jurídicas que disciplinam o rito a ser adotado na solução administrativa de controvérsias entre o sujeito passivo e o fisco (processo administrativo contencioso), ou que disciplinam situações nas quais, embora não haja um litígio entre o contribuinte e o fisco, pende alguma solução para determinada questão que seja do interesse de ambos (processo administrativo não contencioso).

A competência para editar leis sobre o processo administrativo fiscal é concorrente, conforme enuncia o artigo 24, inciso XI, da Constituição Federal. Portanto, respeitadas as normas constitucionais, cada entidade federativa pode adotar uma lei própria que discipline a matéria.

No âmbito da União Federal, o processo administrativo fiscal é regulado pelos seguintes diplomas legais: i) Decreto nº 70.235/72, que foi recepcionado como lei ordinária pela Constituição Federal; ii) Decreto nº 7.574/2011, de natureza infralegal, que regulamenta, dentre outros aspectos, o processo de determinação e de exigência de créditos tributários da União e o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira.

### 17.2. PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO CONTENCIOSO NO ÂMBITO FEDERAL. CONSULTA TRIBUTÁRIA

Dentre as modalidades de processo administrativo não contencioso, merece destaque a consulta tributária.

De fato, conforme enuncia o parágrafo segundo do artigo 161 do Código Tributário Nacional, não incide juros moratórios e multa nos casos em que o sujeito passivo não recolher tributo quando existir pendência de consulta formulada dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

A consulta, no âmbito da União Federal, é regulamentada pelo Decreto nº 7.574/2011.

O artigo 88 esclarece quem são os legitimados para interpor uma consulta:

*Art. 88. O sujeito passivo poderá formular consulta sobre a interpretação da legislação tributária e aduaneira aplicável a fato determinado e sobre a classificação fiscal de mercadorias e a classificação de serviços, intangíveis e de outras operações que produzam variações no patrimônio, com base na Nomenclatura Brasileira de Serviços, Intangíveis e Outras Operações que Produzam Variações no Patrimônio. (Redação dada pelo Decreto nº 8.853, de 2016)*

*Parágrafo único. A consulta de que trata o caput é facultada aos órgãos da administração pública e às entidades representativas de categorias econômicas ou profissionais (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 46, parágrafo único).*

Portanto, a legitimidade é franqueada não só ao sujeito passivo individualmente considerado mas também aos órgãos da administração pública e às entidades de categorias econômicas ou profissionais.

O artigo 91, por sua vez, determina que a consulta deve ser formulada por escrito e apresentada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil do domicílio tributário do consulente

O artigo 89 estabelece os efeitos da consulta:

*Art. 89. Nenhum procedimento fiscal será instaurado, relativamente à espécie consultada, contra o sujeito passivo alcançado pela consulta, a partir da apresentação da consulta até o trigésimo dia subsequente à data da ciência da decisão que lhe der solução definitiva. (Decreto nº 70.235, de 1972, arts. 48 e 49; Lei nº 9.430, de 1996, art. 48, caput e § 3º).*

*§ 1º A apresentação da consulta:*

*I – não suspende o prazo:*

*a) para recolhimento de tributo, retido na fonte ou declarado (autolancado), antes ou depois da data de apresentação; e*

*b) para a apresentação de declaração de rendimentos; e*

*II – não impede a instauração de procedimento fiscal para fins de apuração da regularidade do recolhimento de tributos e da apresentação de declarações.*

*§ 2º No caso de consulta formulada por entidade representativa de categoria econômica ou profissional, os efeitos referidos no caput só alcançam seus associados ou filiados depois de cientificada a entidade consulente da decisão. (Redação dada pelo Decreto nº 8.853, de 2016)*

*Art. 90. Em se tratando de consulta eficaz e formulada antes do vencimento do débito, não incidirão encargos moratórios desde seu protocolo até o trigésimo dia subsequente à data da ciência de sua solução (Lei nº 5.172, de 1966 – Código Tributário Nacional, art. 161, § 2º).*

Portanto, como regra geral, realizada a consulta, não pode o fisco iniciar processo administrativo com o objetivo de cobrar o tributo que foi objeto da consulta, até o trigésimo dia subsequente à data em que o consulente foi cientificado da decisão que a solucionou. Da mesma forma, dentro desse prazo não incidem juros moratórios ou multas.

A suspensão do prazo, no entanto, não se aplica aos tributos retidos na fonte ou aos créditos que foram constituídos pelo próprio sujeito passivo, assim como em nada altera o prazo para apresentação de declaração de rendimentos, que se configura como uma obrigação acessória. Além disso, o inciso III explicita o óbvio: a consulta só tem o

condão de impedir a instauração do processo fiscal quanto àquele tributo que foi objeto de consulta. Quanto às demais obrigações, a consulta em nada lhes aproveita.

Quando a consulta for formalizada por uma entidade representativa de categoria econômica ou profissional, a consulta alcança os filiados e associados da entidade após aquela ter sido cientificada da decisão.

O artigo 94, por sua vez, traz as hipóteses em que a consulta não deve ser considerada eficaz, o que afasta as consequências ora analisadas:

*Art. 94. Não produzirá qualquer efeito a consulta formulada*

*I – em desacordo com o disposto nos arts. 88 e 91;*

*II – por quem tiver sido intimado a cumprir obrigação relativa ao fato objeto da consulta;*

*III – por quem estiver sob procedimento fiscal iniciado para apurar fatos que se relacionem com a matéria consultada;*

*IV – quando o fato já houver sido objeto de decisão anterior, ainda não modificada, proferida em consulta ou litígio em que tenha sido parte o consulente;*

*V – quando o fato estiver disciplinado em ato normativo, publicado antes de sua apresentação;*

*VI – quando o fato estiver definido ou declarado em disposição literal de lei;*

*VII – quando o fato for definido como crime ou contravenção penal; e*

*VIII – quando não descrever, completa ou exatamente, a hipótese a que se referir, ou não contiver os elementos necessários à sua solução, salvo se a inexatidão ou omissão for escusável, a critério da autoridade julgadora.*

O dispositivo é justificável. No caso do inciso I, os requisitos mínimos para realização da consulta não foram preenchidos. No caso dos incisos II e III, a vedação tem como objetivo evitar o comportamento malicioso por parte do sujeito passivo. Do contrário, o interessado poderia deliberadamente não cumprir com as obrigações tributárias e, uma vez cientificado de uma medida fiscalizatória, efetuar uma consulta, com o objetivo de ver-se livre dos encargos moratórios que incidiriam.

Os incisos IV, V, VI VIII bloqueiam a eficácia da consulta nos casos em que ela é desnecessária, em razão de inexistir dúvida razoável sobre a questão.

O inciso VIII, por sua vez, impõe ao contribuinte o ônus de explicitar os fundamentos da consulta. Quanto a essa hipótese, embora o dispositivo fale que a inexatidão ou omissão possa ser afastada a critério da autoridade julgadora, quando o erro for escusável, a melhor interpretação do dispositivo deve ser a de que, uma vez compreendido o objeto da indagação pelo fisco, ainda que a petição não tenha sido realizada de maneira escorreita, a autoridade administrativa deve analisá-la. Essa interpretação se coaduna melhor com o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, expressamente elencadas pelo artigo 2º da Lei 9.784/99.

Quanto à solução da consulta, dispõe o artigo 95 do Decreto nº 7.574/2011:

*Art. 95. Os processos administrativos de consulta serão solucionados em instância única (Lei nº 9.430, de 1996, art. 48, caput).*

*Parágrafo único. Não cabe recurso nem pedido de reconsideração da solução da consulta ou do despacho que declarar sua ineficácia (Lei nº 9.430, de 1996, art. 48, § 3º). (Revogado pelo Decreto nº 8.853, de 2016)*

*§ 1º Não cabe recurso nem pedido de reconsideração da solução da consulta ou do despacho que declarar sua ineficácia. (Incluído pelo Decreto nº 8.853, de 2016)*

*§ 2º A consulta será solucionada no prazo máximo de trezentos e sessenta dias, contado da data de protocolo. (Incluído pelo Decreto nº 8.853, de 2016)*

*Art. 96. Na solução da consulta serão observados os atos administrativos, expedidos pelas autoridades competentes, relativos à matéria consultada (Lei nº 9.430, de 1996, art. 48, § 2º).*

*Art. 97. As soluções das consultas serão publicadas no Diário Oficial da União, na forma disposta em ato normativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Lei nº 9.430, de 1996, art. 48, § 4º).*

*Art. 98. O envio de conclusões decorrentes de decisões proferidas em processos de consulta sobre classificação fiscal de mercadorias para órgãos do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL será efetuado exclusivamente pela unidade indicada no inciso I do art. 92 (Lei nº 9.430, de 1996, art. 50, § 4º).*

Portanto, não cabe recurso quanto à decisão tomada, o que não impede o consulente de questionar no Judiciário a solução adotada pela Administração Pública.

## 17.3. PROCESSO ADMINISTRATIVO CONTENCIOSO NO ÂMBITO FEDERAL

### 17.3.1. Fases do processo administrativo fiscal contencioso

O fluxograma a seguir ajuda-nos a visualizar as fases do processo administrativo fiscal contencioso no âmbito federal:



Os artigos 7º a 9º do Decreto 70.235/72 regulamentam o início do processo administrativo contencioso. A formalização do início do procedimento fiscal é medida essencial não só para possibilitar o controle dos atos administrativos, mas também porque serve como marco temporal a partir do qual não é mais admissível a denúncia espontânea por parte do sujeito passivo.

Quanto aos prazos previstos naqueles dispositivos, deve-se observar o disposto no artigo 5º do Decreto nº 70.235/1972, que determina que sua contagem é contínua, excluindo-se o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento.

Após iniciado o processo administrativo, constada a existência de obrigação tributária que não foi formalizada, deve o fisco lavrar o auto de infração, que materializa a figura jurídica do lançamento de ofício:

*Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:*

*I – a qualificação do autuado;*

*II – o local, a data e a hora da lavratura;*

*III – a descrição do fato;*

*IV – a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;*

*V – a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;*

*VI – a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.*

*Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterá obrigatoriamente:*

*I – a qualificação do notificado;*

*II – o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;*

*III – a disposição legal infringida, se for o caso;*

*IV – a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.*

*Parágrafo único. Prescinde de assinatura a notificação de lançamento emitida por processo eletrônico.*

O não cumprimento dos requisitos acima pode ensejar a nulidade do auto de infração, sobretudo se a omissão ou inexatidão acarretar um prejuízo à ampla defesa e ao contraditório. Seria o caso, por exemplo, do auto de infração que omitisse os fatos que justificaram a sua lavratura ou que não informasse ao sujeito passivo o direito que ele possui de impugná-lo.

Como vimos no fluxograma acima, uma vez notificado o contribuinte do lançamento, abrem-se três possibilidades: i) o sujeito passivo concorda com o valor cobrado e efetua o seu pagamento, caso em que o crédito tributário é extinto; ii) o sujeito passivo se mantém inerte, o que acarreta a constituição definitiva do crédito tributário e o que autoriza a Fazenda Pública inscrever o crédito em dívida ativa e ingressar com a ação de execução fiscal; iii) o sujeito passivo impugna o auto de infração dentro do prazo legal de 30 dias, o que enseja o início da fase contenciosa.

A opção pela última hipótese atrai a incidência dos artigos 16 a 18 do Decreto nº 70.235/1972.

O artigo 16 exige que o impugnante fundamente o seu pleito, expondo as razões fáticas e jurídicas que, no seu entender, levam à insubsistência do auto de infração. Isso não significa, contudo, que a autoridade administrativa está vinculada aos motivos elencados pelo impugnante. O princípio da legalidade permite que a administração pública acolha o recurso do contribuinte, ainda que por outro motivo não suscitado.

Outro aspecto que merece menção diz respeito às provas que devem ser produzidas. A prova documental deve ser apresentada com a impugnação, sob pena de preclusão, salvo se presente alguma das situações elencadas pelo § 4º do artigo 16. Apesar do rigor legal, nada impede que a administração pública supere esse óbice e autorize prova documental, caso a questão seja importante para a elucidação dos fatos. Isso, porque é do interesse de ambas as partes que o lançamento tributário espelhe a realidade.

Caso o sujeito passivo deseje a realização de outras diligências ou mesmo a realização de exame pericial, deve dizer isso na impugnação, justificando sua necessidade e apresentando desde logo os quesitos e a qualificação profissional do seu assistente técnico. A não observância desses requisitos autoriza que o fisco considere o pedido como não formulado, conforme enuncia o § 1º do artigo 16.

O julgamento de primeira instância compete às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, conforme se observa do artigo 25 do Decreto nº 70.235/72:

*Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete:*

*I – em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal;*

*a) aos Delegados da Receita Federal, titulares de Delegacias especializadas nas atividades concernentes a julgamento de processos, quanto aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.*

*b) às autoridades mencionadas na legislação de cada um dos demais tributos ou, na falta dessa indicação, aos chefes da projeção regional ou local da entidade que administra o tributo, conforme for por ela estabelecido.*

Julgada a impugnação em primeira instância, deve-se observar o disposto nos artigos 33 a 36 do Decreto nº 70.235/1972<sup>1</sup>.

1. Decreto nº 70.235/72.

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão. [...]

Art. 34. A autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão:

I – exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

II – deixar de aplicar pena de perda de mercadorias ou outros bens cominada à infração denunciada na formalização da exigência.

§ 1º O recurso será interposto mediante declaração na própria decisão.

Portanto, podem ocorrer as seguintes situações: i) se o julgamento for contrário ao sujeito passivo, este pode interpor recurso voluntário, que possui efeito suspensivo, no prazo de 30 dias seguintes à ciência da decisão; ii) se a decisão, favorável ao sujeito passivo, implicar na dispensa do pagamento de tributo e encargos de valor total que não supere o montante fixado pelo Ministro da Fazenda, ocorre o trânsito em julgado administrativo da decisão; iii) se a decisão, favorável ao contribuinte, implicar na dispensa do pagamento de tributos e encargos em valor superior ao fixado pelo Ministro da Fazenda, deve a autoridade administrativa recorrer de ofício da decisão<sup>2</sup>.

O órgão de segunda instância encarregado de julgar o recurso voluntário e o recurso de ofício é o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme se observa do artigo 25, inciso II e seguintes do Decreto nº 70.235/1972.

Merece destaque que o parágrafo nono desse dispositivo atribui maior peso ao voto do presidente, representante da Fazenda Nacional, em caso de empate, dando a ele o voto de qualidade.

No entanto, esse dispositivo tinha sido alterado pela Lei 13.988/2020, que inseriu o artigo 19-E à Lei 10.522/2002, o qual possuía a seguinte redação:

*Art. 19-E. Em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolvendo-se favoravelmente ao contribuinte. (Incluído pela Lei nº 13.988, de 2020)*

Com objetivo de reduzir o alcance daquela inovação, o Ministério da Economia editou a Portaria de nº 260/2020, que deu uma interpretação bastante restritiva ao artigo 19-E. Segundo o documento, a interpretação mais adequada do dispositivo era a seguinte: i) de que a nova regra se aplicava apenas aos contribuintes, mas não aos responsáveis tributários; ii) de que a nova regra não se aplicava às matérias de natureza processual nem aos julgamentos de embargos de declaração; iii) de que a nova regra somente se aplicava aos lançamentos que constituíssem créditos tributários, não se aplicando às decisões administrativas que rejeitem compensações.

Em 12 de janeiro de 2023, no entanto, houve nova modificação no regramento da matéria. O Presidente da República editou a Medida Provisória de nº 1.160/2023, que revogou o artigo 19-E da Lei de nº 10.522/2002.

Portanto, a partir de então, voltou a vigor integralmente o artigo 25, parágrafo nono, do Decreto 70.235/72, o qual determina que, em caso de empate, prevalece o voto do presidente - que é representante da Fazenda Nacional.

---

§ 2º Não sendo interposto o recurso, o servidor que verificar o fato representará à autoridade julgadora, por intermédio de seu chefe imediato, no sentido de que seja observada aquela formalidade.

Art. 35. O recurso, mesmo perempto, será encaminhado ao órgão de segunda instância, que julgará a perempção.

Art. 36. Da decisão de primeira instância não cabe pedido de reconsideração.

2. A Portaria MF nº 63/2017 estabeleceu que o recurso de ofício é obrigatório quando o valor total for superior a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais)

## Capítulo 21

# REFORMA TRIBUTÁRIA: (IN) EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO FEDERATIVO

### 21.1. INTRODUÇÃO

Um dos principais argumentos daqueles que se opõem à Reforma Tributária é o de que a revogação de competências tributárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios implica em ofensa ao princípio federativo. Para quem defende essa posição, a Emenda Constitucional de nº 132/2023 incorreu em inconstitucionalidade ao revogar o ISSQN e o ICMS, em razão de o princípio federativo ser cláusula pétrea da Constituição Federal.

Neste capítulo, apresentaremos um ponto de vista sobre o tema. Para fazê-lo, percorreremos o seguinte percurso:

No item 21.2, falaremos das *Formas de Estados*, que são maneiras pelas quais os Estados se organizam para exercer o seu poder político; compararemos a *federação* com outras figuras semelhantes; apresentaremos explicações e justificativas para a adoção do modelo federativo; e, por fim, apresentaremos as características normativas da federação brasileira.

No item 21.3, defenderemos que é tarefa da Ciência do Direito se ocupar com problemas interpretativos complexos – como aquele que envolve o alcance dos limites materiais consagrados pela cláusula pétrea do artigo 60, parágrafo quarto, da Constituição Federal – ainda que não seja possível alcançar *uma única resposta correta*.

No item 21.4, investigaremos como a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm interpretado os limites materiais ao poder constituinte reformador. O objetivo é demonstrar a prevalência de uma posição que tenta equilibrar os vetores da permanência e da mudança, mediante a adoção da perspectiva segundo a qual são possíveis alterações nas regras que disciplinam o grau de autonomia das pessoas políticas, desde que tais alterações não atinjam o núcleo essencial do princípio federativo.

No item 21.5, argumentaremos em favor da tese de que o núcleo essencial do princípio federativo deve ser construído a partir da aplicação da regra da proporcionalidade.

No item 21.6, explicaremos como devem ser aplicados cada um dos critérios da regra da proporcionalidade no controle judicial de emendas constitucionais que reduzam a autonomia das pessoas políticas, e testaremos o modelo proposto com os enunciados constantes da Emenda Constitucional de nº 132/2023.

## 21.2. DO ESTADO FEDERAL

### 21.2.1. Características de um Estado Federal

Apesar de o Estado Federativo existir desde 1787, os autores divergem sobre o que caracteriza uma Federação. Duguit aponta a existência de dois governos no mesmo território como elemento característico. Hauriou, por sua vez, entende que a Federação se caracteriza pelo fato de existirem várias soberanias secundárias sob uma soberania comum. Jellinek enxerga a autonomia como a essência do Estado Federal<sup>1</sup>.

Amaro Cavalcante<sup>2</sup> entende que o caráter distintivo da Federação repousa na participação das entidades federativas na formação da vontade soberana da União. Paulo Bonavides concorda com esse requisito, mas acrescenta a autonomia dos entes estaduais como elemento essencial<sup>3</sup>.

Luiz Alberto David Araújo<sup>4</sup> arrola diversas características que entende como essenciais ao regime federativo, tais quais a autonomia, a repartição constitucional de rendas, a indissolubilidade, a participação das vontades parciais na vontade geral, a necessidade da existência de um órgão jurisdicional que resolva conflitos federativos e a previsão, no texto constitucional, de cláusulas que garantam a “sobrevivência” da Federação, como a intervenção federal.

Antônio Roberto Sampaio Dória<sup>5</sup> é mais comedido na identificação dos elementos essenciais, limitando-se a apontar como característica essencial *“aquele mínimo irredutível de autonomia política do centro e da periferia, exercida dentro do âmbito de competências próprias, estas sim dinâmicas e cambiantes [...]”*.

Essas divergências existem em razão de um paradoxo: a maior parte da doutrina toma o modelo americano como se fosse o modelo geral de Federação, ao mesmo tempo em que acrescenta outras características específicas dos Estados eleitos como objeto de estudo. No próximo tópico, pretendemos demonstrar que não é possível utilizar a experiência americana como um modelo de Federação universal, e subsequentemente comparemos realidades institucionais diversas com base em uma classificação que divide os modelos federativos em dual e de cooperação.

1. CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 137
2. CAVALCANTI, Amaro. Estado-Federal ou Federação. In: **Regime Federativo e República Brasileira**. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. p. 74
3. Bonavides, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed, 2000.
4. Araújo, Luiz Alberto David. O federalismo brasileiro, seus característicos e a vedação material contido no art. 60, § 4.º, I. In: Barroso, Luís Roberto; Clève, Clèmerson Merlin (org.). **Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional**: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/74363543/v3/document/74508158/anchor/a-74508158>. Acesso em: 11 nov. 2020.
5. Dória, Antonio Roberto Sampaio. **Discriminação de Rendas Tributárias**. São Paulo: J. Bushatsky, 1972, p. 11

### 21.2.2. Da impossibilidade da utilização da Federação americana como modelo explicativo.

Alfred Stepan defende que os trabalhos mais influentes da ciência política oferecem definições equivocadas de Estado Federal devido ao enfoque excessivo no modelo oferecido pelos Estados Unidos. Para demonstrar seu ponto de vista, o autor elege como objeto de críticas as ideias de Willian R Hiker, um dos mais prestigiados cientistas políticos da última metade do século XX, para o qual existem três elementos essenciais em qualquer Federação: o *primeiro* é que toda Federação é resultado de uma barganha em que Estados Soberanos desistem de sua soberania para reunirem recursos a fim de aumentarem sua segurança coletiva e alcançarem objetivos econômicos. O *segundo* é que o objetivo do Estado Federal é proteger os direitos individuais contra o risco de uma “tirania da maioria”, por meio de instituições como um Congresso Nacional bicameral - em que uma das casas é composta pelo mesmo número de representante de cada estado e com poderes exclusivos para dispor sobre determinados temas -- e através da atribuição de competências aos governos subnacionais. A Federação, nessa perspectiva, incorporaria mecanismos de “*demos-constraining*”, como forma de salvaguardar o regime democrático. O *terceiro* é que cada um dos Estados recebe as mesmas competências constitucionais<sup>6</sup>.

Alfred Stepan demonstra que nenhum desses três elementos é universal.

Nem toda Federação é resultado de uma barganha entre pretéritos Estados soberanos. Geórgia, Azerbaijão e Armênia, países até então independentes, não concordaram em perder sua soberania para fazerem parte da União Soviética, mas foram capitulados pelo Exército Vermelho. Ademais, muitas Federações democráticas emergiram de um contexto histórico e político completamente diferente daquele ocorrido nos Estados Unidos. A Índia até 1948, a Bélgica até 1969, e a Espanha até 1975 eram países que adotavam modelos fortemente centralizados de Estados Unitários. As lideranças políticas desses três países multiculturais concluíram que a melhor forma de manter a integridade territorial seria através da criação de poderes locais em um regime federativo<sup>7</sup>.

Situação semelhante ocorreu no Brasil. A Federação foi criada em 1889 pelo Decreto nº 1 do Governo Provisório. As antigas províncias souberam da criação da federação por telegrama<sup>8</sup>. Nas palavras de Rui Barbosa<sup>9</sup>, “Tivemos União antes de ter estados, tivemos o todo antes das partes, a reunião das coisas reunidas...”.

Assim, o primeiro dos elementos identificados por Willian R Hiker não pode ser generalizado.

O segundo elemento, do “*demos-constraining*”, possui três dimensões: a representação de cada Estado na câmara alta deve ser a mesma para todos; o Senado deve ter

6. Stepan, Alfred. Federalism and Democracy: Beyond The U.S Model. In: Karmis, Dimitrios; Norman Wayne (org.). Theories of Federalism. 1. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 232-234.

7. Ibid, p. 234

8. Torres, João Camilo de Oliveira. **A formação do federalismo no Brasil**. 1. ed., 1. reimpr. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017, p. 25

9. BARBOSA, RUI. Apud. TORRES, João Camilo de Oliveira. **A formação do federalismo no Brasil**. 1. ed., 1. reimpr. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017, p. 30

poderes exclusivos; os entes federativos devem ter uma ampla autonomia com relação ao governo central.

No que tange à representação no Senado, apenas o Brasil e a Argentina adotaram o modelo americano em que todos os Estados possuem o mesmo número de assentos no Senado. Outros países democráticos adotaram fórmulas distintas na composição da Câmara Alta. Na Alemanha, os estados mais populosos têm seis assentos, os intermediários quatro e os menos populosos três. Áustria, Bélgica e Índia adotam modelos nos quais o número de representantes de cada estado na Câmara Alta fica muito próximo da proporção de habitantes de cada entidade federativa em relação ao total da população do país. Com relação a esse ponto, o Brasil é o país mais *demos-constraining* que existe, uma vez que um voto de um cidadão de Roraima tem peso 144 vezes maior do que o voto de um cidadão do Estado de São Paulo<sup>10</sup>.

No que tange ao papel do Senado, também existe uma grande variabilidade. Nos Estados Unidos, a Câmara dos Representantes tem um papel mais importante do que o Senado em temas orçamentários, mas o Senado tem competências exclusivas como a de decidir sobre indicações realizadas pelo Poder Executivo para cargos do Poder Judiciário, cargos de embaixadores e altos cargos da administração pública. O Brasil, nesse aspecto, também é o país mais *demos-constraining*, porque não existe área importante na qual o Senado não atue, ao passo que há mais de uma dezena de assuntos de competência exclusiva dessa casa legislativa. Outros países, no entanto, são bem menos *demos-constraining*. Na Alemanha, por exemplo, a Câmara Alta não participa na formação do governo. Trata-se de matéria de competência exclusiva da Câmara Baixa. Ademais, a Câmara Alta pode atrasar, mas não tem poderes para vetar leis que não envolvam diretamente os estados. Modelos semelhantes a esse são adotados na Bélgica, Índia, Áustria e Espanha<sup>11</sup>.

Por fim, quanto aos poderes atribuídos às unidades subnacionais, igualmente existe uma grande diversidade. Na Índia há quinze línguas distintas faladas por pelo menos vinte milhões de pessoas, e as fronteiras dos estados não correspondem necessariamente às fronteiras linguísticas. Como forma de permitir rearranjos, a Constituição Indiana prevê que a Câmara Baixa, por maioria simples de votos, pode eliminar qualquer estado, separar novos estados dos existentes ou alterar seus nomes.<sup>12</sup>

Assim, o segundo elemento elencado por Willian R Hiker não é universal.

Quanto ao terceiro elemento, todos os países multiculturais, com exceção da Suíça, possuem federações assimétricas, em que alguns dos entes federativos possuem maior autonomia do que outros. São os casos da Índia, Bélgica, Canadá e Espanha<sup>13</sup>.

Portanto, não é verdadeira a afirmação de que toda Federação se caracteriza pela igualdade na distribuição das competências constitucionais aos estados-membros.

10. Stepan, Alfred. *Federalism and Democracy: Beyond The U.S Model*. In: Karmis, Dimitrios; Norman Wayne (org.). **Theories of Federalism**. 1. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 232-236-237.

11. *Ibid*, p. 240.

12. *Ibid*, p. 241

13. *Ibid*, p. 241

### 21.2.3 Federalismo Dualista e Federalismo Cooperativo.

A classificação da Federação em *dual* e *cooperativa*, além de permitir que captemos a multiplicidade das experiências históricas, é uma das mais utilizadas na doutrina brasileira, sendo elencada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Fernanda Dias Menezes de Almeida e José de Oliveira Baracho<sup>14</sup>.

O federalismo dual se caracteriza pelo fato de as competências serem repartidas entre os governos que atuam sobre o mesmo território. Cada ente exerce as funções que lhe foram designadas pelo texto constitucional de maneira autônoma ou concorrente, sem qualquer relação de coordenação ou subordinação.

Robin Boadway e Anwar Shad classificam o federalismo dual em duas categorias: *layer cake* or *coordinate-authority*. Na primeira, que é praticada no México, Malásia e Rússia, existe hierarquia entre as várias ordens de governo. O governo federal ocupa o topo, e pode manter relações com os governos locais tanto diretamente quanto por intermédio dos governos estaduais. No modelo *coordinate-authority*, adotado pela Austrália, Canadá, Índia, Paquistão e Estados Unidos, os entes estaduais possuem significativa autonomia com relação ao governo federal, que não mantém relação direta com os governos locais<sup>15</sup>.

O exemplo mais significativo de federalismo dual é o americano. A Constituição arrola os poderes que são exclusivamente nacionais – como o de manter relações exteriores, o de declarar guerra e o de celebrar tratados – ao passo que confere aos Estados-Membros poderes residuais, que podem ser sintetizados na fórmula incorporada pela Décima Emenda: “os poderes não delegados aos Estados pela Constituição, nem vedados por ela aos Estados, são reservados aos Estados respectivamente, ou ao povo”. Os poderes concorrentes, por seu turno, permitem que tanto a União quanto os Estados possam instituir impostos, regulamentar atividades comerciais e exercer outras atividades consignadas pelo texto<sup>16</sup>.

A Constituição Federal brasileira de 1891 também se enquadrava nessa categoria, tendo o Texto reservado à União somente a disciplina das matérias expressamente consignadas, e aos Estados-membros os poderes remanescentes<sup>17</sup>.

Modernamente, o federalismo dual foi abrandado por uma maior interação entre os entes federativos. Mesmo nos Estados Unidos, berço desse modelo organizacional, tem-se percebido o fenômeno. Ilustram essa afirmação as técnicas de legislação recíproca (*reciprocal legislation*), por meio da qual dois ou mais Estados ajustam concessões recíprocas; a legislação uniforme na disciplina de matéria que seja do interesse comum

14. Zago, Mariana Augusta dos Santos. Federalismo no Brasil e na Alemanha: Estudo comparativo da repartição de competências legislativas e de execução. 2016. 569 f. – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 35

15. Boadway, Robin W.; Shah, Anwar. **Fiscal federalism: Principles and practices of multiorder governance**. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2009, p. 6

16. Baracho, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 133

17. Borja, Célio. Federalismo Brasileiro. In: Barroso, Luís Roberto; Clève, Clèmerson Merlin (org.). **Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional: Revista dos Tribunais**, 2011. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/74363543/v3/document/74504470/anchor/a-74504470>. Acesso em: 15 nov. 2020.

(*uniform legislation*) e a legislação paralela (*parallel legislation*), que ocorre quando dois ou mais Estados promulgam simultaneamente leis com idêntica finalidade e conteúdo<sup>18</sup>.

O federalismo cooperativo, por seu turno, é um modelo caracterizado por uma maior coordenação e cooperação entre os entes federativos. Nos temas de competência comum ou de competência concorrente, há regras de coordenação vertical e horizontal.<sup>19</sup> Raul Machado Horta<sup>20</sup> inclui nessa categoria a Constituição da Áustria de 1920, a Constituição da Alemanha de 1949 e a Constituição Federal brasileira de 1988.

De acordo com Robin Boadway e Anwar Shad, o federalismo cooperativo pode assumir três formas distintas: *esferas interdependentes*, *esferas independentes* e *marble cake*<sup>21</sup>. Do nosso ponto de vista, a terceira categoria – *marble cake* – é apenas uma especificação da segunda – esferas independentes. Como a sua análise não possui relevância para fins deste trabalho, concentraremos atenção apenas nas duas primeiras.

No *federalismo cooperativo de esferas interdependentes*, praticado na Alemanha, o governo federal tem proeminência sobre os estados no que tange ao estabelecimento das políticas públicas, mas cabe aos estados-membros implementá-las. Para melhor compreender as características desse modelo de federalismo cooperativo, teceremos breve considerações sobre as regras de repartição de competências da Constituição da Alemanha.

O artigo 73 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha arrola mais de três dezenas de matérias que são de *competência concorrente* entre o Bund e o Länder. A particularidade dessa modalidade de distribuição de competência reside no seguinte aspecto: Como regra geral, os Estados somente podem legislar se a União não tiver esgotado a competência legislativa, conforme determina o artigo 72. Em outros termos, isso significa que o exercício da competência plena pela União – que não é limitada na sua profundidade, diferentemente do que ocorre no Brasil – impede os estados-membros de disporem sobre as matérias. Nas palavras de Maria Augusta dos Santos Zago<sup>22</sup>, “exatamente por isso a doutrina alemã entende que o artigo 72 GG contempla na verdade uma falsa concorrência (*unechte Konkurrenz*), pois ela sempre se resolve em favor da União”.

Como forma de contrabalancear o predomínio da União na formulação das políticas públicas, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha adota dois instrumentos distintos.

O *primeiro* é a atribuição aos Estados da tarefa de executar as leis federais, conforme enuncia o artigo 83, sendo permitido a eles estabelecerem a organização administrativa e

18. Horta, Raul Machado. O Federalismo no direito constitucional contemporâneo. **Academia Brasileira de letras jurídicas**, v. 19 e 20, p. 223-249, 2001, p. 237/238.

19. Zago, Mariana Augusta dos Santos. **Federalismo no Brasil e na Alemanha**: Estudo comparativo da repartição de competências legislativas e de execução. 2016. 569 f. – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 37

20. Horta, Raul Machado. O Federalismo no direito constitucional contemporâneo. **Academia Brasileira de letras jurídicas**, v. 19 e 20, p. 223-249, 2001, p. 234

21. Boadway, Robin W.; Shah, Anwar. **Fiscal federalism**: Principles and practices of multiorder governance. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2009, p. 6.

22. Zago, Mariana Augusta dos Santos. **Federalismo no Brasil e na Alemanha**: Estudo comparativo da repartição de competências legislativas e de execução. 2016. 569 f. – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 281.

o respectivo processo administrativo, conforme determina o artigo 84. Essa dissociação entre competência legislativa e competência administrativa caracteriza a interdependência das esferas política.<sup>23</sup>

O *segundo* instrumento é a adoção de um modelo institucional de representação dos Estados mais representativo do que aquele existente no Brasil. Diferentemente do que ocorre aqui, os representantes dos Estados na Câmara Alta – Conselho Federal – não são eleitos pelo voto popular, mas escolhidos pelos governos estaduais.<sup>24</sup>

Portanto, a inclusão da Alemanha no modelo de federação alcunhado de *esferas interdependentes* se justifica pelos seguintes motivos: primeiro porque a Lei Fundamental atribui grande parte da competência legislativa ao Bund, e a maior parte da competência executiva ao Länder. Por um lado, essa circunstância garante maior liberdade à União na formulação de políticas públicas, mas por outro lado a faz necessitar da colaboração e cooperação das entidades estaduais na execução dos atos federais. Segundo, porque como contraponto a esse desequilíbrio nas competências legislativas, a Constituição garante a participação da instância representativa dos Länder no Poder Legislativo Federal<sup>25</sup>.

Na segunda modalidade de federalismo cooperativo – esferas independentes -- os entes políticos são iguais e autônomos, e relacionam-se uns com os outros segundo regras de coordenação horizontal e vertical, tanto no bojo da competência legislativa concorrente quanto no âmbito da competência administrativa comum. O Brasil se enquadra nessa categoria<sup>26</sup>.

Diferentemente do que ocorre com o modelo alemão, a regra de *competência concorrente* prevista pela Constituição Brasileira autoriza à União apenas a edição de normas gerais. Aos Estados foi reservada à competência supletiva e aos municípios a competência para editar leis sobre assuntos de interesse local.

No que tange à *competência administrativa*, o artigo 23 arrola assuntos que são de atribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, podendo a União editar leis complementares com o objetivo de regular a forma de cooperação entre todos.

Toda essa variabilidade de experiências históricas nos faz concordar com Misabel Abreu Machado Derzi<sup>27</sup>: “é difícil, senão impossível, definir estado federal. [...] as variações quantitativas são quase infinitas, e em termos ideais, não se pode dizer qual modelo seria correto para o Estado A ou B”.

23. Ibid, p.38.

24. Derzi, Misabel Abreu Machado. Federalismo, Liberdade e Direitos Fundamentais. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 4, n. 1, p. 130.

25. Zago, Mariana Augusta dos Santos. **Federalismo no Brasil e na Alemanha: Estudo comparativo da repartição de competências legislativas e de execução**. 2016. 569 f. – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 266.

26. Ibid.

27. Derzi, Misabel Abreu Machado. Federalismo, Liberdade e Direitos Fundamentais. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 4, n. 1, p. 126

### 21.2.4. O que explica o Estado Federal

Por *explicação* do Estado Federal referimo-nos às circunstâncias sociais, políticas e econômicas que levam à sua criação.

Vanessa Elias de Oliveira aponta como fatores mais corriqueiros as heterogeneidades socioculturais das diferentes regiões do país; a existência de tendências separatistas; e a necessidade de garantir a segurança nacional<sup>28</sup>.

Alfred Stepan categoriza as Federações em dois grupos quanto a suas origens históricas: “Federações para unir” e “Federações para manter a União”.

A primeira categoria serve para designar Federações que foram formadas por unidades até então soberanas para realizar objetivos comuns como a segurança nacional e o desenvolvimento econômico. É o caso dos Estados Unidos da América<sup>29</sup>.

A segunda categoria é utilizada para abarcar as Federações que foram criadas a partir de sistemas políticos com fortes traços unitários, com o objetivo de evitar o progresso de tendências separatistas. É o caso da Índia, da Bélgica e da Espanha<sup>30</sup>. No Brasil, costuma-se utilizar os termos *Federação centrípeta* e *Federação centrífuga* para designar essa ordem de ideias<sup>31</sup>.

Dimitrios Karmis<sup>32</sup>, ao tratar desse tema, informa que tradicionalmente tem-se explicado a Federação pela fórmula do “melhor dos dois mundos”, utilizada explícita ou implicitamente por Montesquieu, Tocqueville, Mill e pelos autores de “Os Federalistas”. Essa fórmula defende que a Federação tem as vantagens de um território pequeno com os benefícios de um Estado territorialmente largo. A vantagem de o Estado ser pequeno reside na existência de um regime democrático mais efetivo. Os benefícios de ser “grande” são de ordens militar e econômica.

Celina Souza<sup>33</sup>, com base nas ponderações de Riker, aponta os seguintes motivos que levam países a se federarem: existência de ameaça militar; maior eficiência econômica pela possibilidade de os bens e serviços circularem de forma competitiva em vastos espaços territoriais em um mercado unificado; e razões de ordem política. Esse último grupo abarca uma infinidade de situações, como a necessidade de repartição dos poderes para evitar a desintegração territorial; o desejo por um maior controle das instituições; e vontade de tornar a governança mais próxima do cidadão, minimizando problemas de

28. Vanessa Elias de Oliveira. Federalismo e políticas públicas: interações e suas consequências. In: Wang, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia: Aproximações entre direito e ciência política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. (Cátedra de Cultura Jurídica). p. 224.

29. STEPAN, Alfred. **Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: federações que restringem ou ampliam o poder do Demos**. Dados, Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, p. 00, 1999. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52581999000200001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000200001&lng=en&nrm=iso)>. Último acesso em 15 Feb. 2021.

30. Ibid.

31. Doria, Antonio Roberto Sampaio. **Discriminação de Rendas Tributárias**. São Paulo: J. Bushatsky, 1972, 10.

32. Karmis, Dimitrios; Norman Wayne. The Revival of Federalism in Normative Political Theory. In: Karmis, Dimitrios; Norman Wayne (org.). **Theories of Federalism**. 1. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 1

33. Souza, Celina. Federalismo: Teorias e conceitos revisitados. **BIB**, v. 65, p. 27-48, 1º semestre de 2008, p. 29

informação e *accountability*; a importância de agregar indivíduos e grupos com demandas similares; a necessidade de minimizar conflitos em sociedades multiculturais.

Essa última perspectiva tem a vantagem de explicitar os principais motivos identificados pela literatura sem desconsiderar a existência de outros que sejam específicos a um determinado contexto histórico.

No Brasil, um dos dilemas constitutivos da formação nacional foi a dicotomia Centralização *versus* Descentralização do poder. A colonização portuguesa não atingiu o objetivo de criar uma centralização capaz de ordenar os diversos grupos que estavam instalados no território brasileiro, tampouco de criar o inter-relacionamento entre essas regiões. Com a independência, a solução unitária se sagrou vencedora e foi capaz de evitar que o Brasil se desintegrasse e seguisse o caminho da América hispânica. Contudo, com o enfraquecimento do império, o conflito entre centralização e descentralização tomou a forma de reivindicações federativas<sup>34</sup>.

Fernando Luiz Abrucio<sup>35</sup> aponta duas razões como causas principais da derrocada do império e da instauração da Federação.

A primeira é de ordem financeira. Havia um descontentamento das províncias com a centralização fiscal existente, embora não houvesse consenso sobre as soluções a serem adotadas. Existiam acusações mútuas de quem se beneficiava da estrutura tributária do Império, o que, já no nascedouro da República, impossibilitou um projeto comum de Reforma Tributária. Mais tarde, a inexistência de um consenso acabaria por beneficiar desigualmente os Estados-Membros, pois o projeto que saiu vitorioso na Assembleia Constituinte trouxe ganhos aos Estados exportadores – São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Bahia, Pará e Amazonas<sup>36</sup>.

A segunda é de ordem política. Em razão de o Estado Nacional não conseguir controlar todo o território brasileiro, o Império fez do Presidente da província o elo entre o Governo Central e as bases políticas locais. A elite monárquica nomeava o Presidente da província, que tinha a atribuição de garantir a maioria política ao grupo que estivesse no poder. Para fazê-lo, utilizava vários instrumentos, como a designação das autoridades municipais e a indicação dos nomes para escolha, pelo Poder Central, daqueles que poderiam ocupar cargos da Guarda Nacional e obter os títulos nobiliárquicos<sup>37</sup>.

No entanto, esses grupos políticos locais ansiavam pela instituição de eleições nas províncias, não só pelo poder que aquele cargo possuía, mas pelo fato de o sistema então vigente acarretar alta rotatividade da administração provincial. Em outras palavras, a autonomia política das províncias significava o controle seguro do processo de eleição e a manutenção da elite local<sup>38</sup>.

34. Abrucio, Fernando Luiz. **Os barões da federação**: Os governadores e a redemocratização brasileira. São Paulo: Hucitec; USP, Departamento de Ciência Política, 1998. 253 p. (Coleção Comentário), p. 32-33

35. *Ibid*, p. 30-34

36. *Ibid*, p.32

37. *Ibid*, p. 33-34

38. *Ibid*, p. 34

Nas palavras de João Camilo de Oliveira Torres<sup>39</sup> “A federação era o nome, a figura e o rótulo ideológico para esta aspiração concreta e objetiva: a eleição dos presidentes de província”.

### 21.2.5. O que Justifica o Estado Federal

Do ponto de vista analítico, a interpretação envolve três estágios: *primeiro*, individualizamos as práticas interpretativas (estamos interpretando um poema, uma lei ou um fato histórico); *segundo*, atribuímos uma justificativa ao gênero ou subgênero interpretativo; *terceiro*, definimos qual interpretação promove melhor esse objetivo num determinado caso particular<sup>40</sup>.

O primeiro estágio normalmente não oferece dificuldades porque quase sempre existe um consenso acerca da identificação e qualificação do objeto da interpretação. Os juristas não discordam sobre o fato de a Constituição Federal ser um documento jurídico, assim como os críticos não divergem sobre o fato de a obra “Crime e Castigo” ser um romance, e não um poema.

O segundo estágio envolve duas dimensões: a primeira impõe que a justificação deve adequar-se àquilo que pretende justificar. Assim, em um Estado laico, não é adequada a justificativa de que a norma de imunidade religiosa existe para agradar a Deus, porque essa proposição não é coerente com as outras normas que compõem o direito positivo. Ela não se ajusta minimamente às explicações compartilhadas de o porquê a Constituição Federal ter impedido as entidades federativas de exigirem impostos dos templos religiosos. No entanto, é adequada a afirmação de que essa imunidade existe para promover a liberdade religiosa. Trata-se de uma afirmação que é compatível com o artigo 5º, inciso VI<sup>41</sup>, da Constituição Federal, e que tem sido utilizada pela doutrina e pela jurisprudência para explicar os fundamentos teleológicos do instituto. A segunda dimensão exige que a justificação descreva algum valor suficientemente importante que é servido por meio daquela prática que se pretende justificar, ou seja, que apresente essa prática sob a sua melhor luz<sup>42</sup>, ou que apresente os objetivos que se quer atingir por meio dela. Enquadra-se nessa dimensão a proposição segundo a qual a imunidade de imprensa existe para salvaguardar a liberdade de expressão. Essa proposição, que é calcada em uma interpretação teleológica do artigo 150 da Constituição Federal, explica que aquela regra de imunidade não existe como um fim em si, mas como forma de promover o valor liberdade, tutelado pelo artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal.

39. Torres, João Camilo de Oliveira. **A formação do federalismo no Brasil**. 1. ed., 1. reimpr. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017. 332 p. (Coleção João Camilo de Oliveira Torres, n. 4, p. 148

40. *Ibid*, p. 199/200

41. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

42. DWORKIN, Ronald. **Justiça de Toga**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 23.

O terceiro estágio é o que envolve a aplicação do conceito. Se o valor promovido pela imunidade religiosa é a liberdade religiosa e a laicidade do Estado, é possível que uma lei ou uma emenda limite a fruição do direito apenas às entidades religiosas de menor poder econômico? Se a finalidade da imunidade de imprensa é promover a liberdade de expressão, a regra se aplica aos livros eletrônicos ou apenas aos livros físicos?

Fizemos essas considerações pelo seguinte motivo: antes de chegarmos ao terceiro estágio para afirmarmos ou infirmarmos a possibilidade de uma Emenda Constitucional suprimir competências tributárias sem ofender a cláusula pétrea insculpida no artigo 60, parágrafo quarto, inciso I, da Constituição Federal, precisamos passar pelo segundo estágio e compreender quais são os *princípios* e os *objetivos* promovidos por meio da Federação. Trata-se de recurso fundamental para a criação de argumentos em defesa de uma ou de outra tese.

*Objetivos* são estados de coisas que contam a favor ou contra uma decisão política que tenha a probabilidade de promovê-los ou de enfraquecê-los<sup>43</sup>. Em outros termos, objetivos são metas genéricas, como a eficiência econômica, a redução dos acidentes de trânsito e o aumento do índice de alfabetização.

O termo *princípio*, por seu turno, é ambíguo, servindo para designar: a) as normas jurídicas portadoras de valor significativo; b) as normas jurídicas que estipulam limites objetivos; c) os valores insertos em regras jurídicas considerados independentemente das estruturas normativas; d) os limites objetivos estipulados em normas jurídicas considerados independentemente da estrutura da norma<sup>44</sup>.

No contexto deste capítulo, adotamos a primeira acepção de princípios, para reconhecer a eles o caráter de normas jurídicas. Assim, os princípios se diferenciam dos objetivos por descreverem direitos e não apenas metas; também não se confundem com os valores, que por si só são desprovidos de coercibilidade.

Os objetivos que animam o regime federativo são variáveis, mantendo afinidade com as circunstâncias históricas identificadas como propulsoras do Estado Federal. Assim, todas as razões que elencamos no item 21.2.4 se amoldam a essa categoria. Uma Federação pode existir para aumentar o poderio militar do Estado, para incrementar a eficiência econômica, para facilitar a gestão governamental, etc.

Os princípios que são promovidos pela Federação são a *democracia* – tanto na sua dimensão de participação como na sua dimensão de garantia da pluralidade – e a *liberdade*. Em “Os artigos Federalistas”, Madison<sup>45</sup> já apontava a existência de ligação entre a forma de Estado Federal, a preservação do regime democrático e a manutenção da liberdade dos cidadãos:

43. Dworkin, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed., 5. tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 141.

44. Carvalho, Paulo de Barros. **Direito tributário: Linguagem e método**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2011, p. 265

45. Madison, James; Hamilton, Alexander.; Jay, John. **Os artigos federalistas: 1787 - 1788** : edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 351

Numa república simples, todo o poder concedido pelo povo é submetido à administração de um governo único, e usurpação é evitada por uma divisão do governo em braços independentes e separados. Na república composta da América, o poder concedido pelo povo é primeiro dividido entre dois governos distintos e depois a porção que coube a cada um é subdividida por braços independentes e separados. **Disto provém uma dupla segurança para os direitos do povo.** Os diferentes governos vão se controlar um ao outro, ao mesmo tempo em que cada um será controlado por si mesmo. (grifo nosso)

Jéssica Bulman Pozen explica que desde Madison os tribunais e juristas norte-americanos reconhecem a ligação entre a Federação e a democracia, sob o fundamento de que a tensão entre os governos estaduais e Federal tende a promover um governo democraticamente mais responsável<sup>46</sup>.

Também Bobbio<sup>47</sup> comunga desse entendimento. Nas palavras do jurista italiano, “a atribuição de poderes soberanos aos Estados-membros constitui o freio mais eficaz contra o abuso de poderes por parte do Governo central e a mais sólida garantia contra os perigos da ditadura”.

Canotilho<sup>48</sup>, com base nessa ordem de ideias, afirma que a Federação é uma modalidade de *repartição vertical dos poderes*, e que a divisão das funções estatais em poderes autônomos encarna a *repartição horizontal dos poderes*.

Além de o Estado Federal promover a democracia nessa dimensão – como óbice ao arbítrio e escudo da liberdade – também o faz em um outro contexto, para garantir a pluralidade em estados multiculturais.

Atualmente, existem cerca de cinco mil a oito mil grupos etnoculturais, e a maior parte deles são minorias em seus estados e se diferenciam da maioria por idioma, dialeto, religião ou etnia. Dimitrios Karmis afirma que um décimo desses grupos desenvolveu uma identidade nacional ou quase nacional, o que significa que eles não se consideram meramente como etnicamente distintos, eles sentem que constituem uma nação ou um povo com direito a autodeterminação. Com base nessa estimativa realizada pelo autor, existem cerca de três ou quatro “nações” para cada estado do mundo. Alguns estados, como a Rússia ou a Índia, têm dezenas dessas nações<sup>49</sup>.

É quase inconcebível que todas essas comunidades nacionais possam receber um Estado próprio, até porque a maioria desses povos estão entrelaçados geograficamente. A alternativa mais razoável para grupos desse tipo – isto é, grupos com identidades nacionais ou quase-nacionais, que normalmente vivem em uma pátria histórica que foi

46. Pozen, Jéssica Bulman. Federalism as a Safeguard of the Separation of Powers. **Columbia Law Review**, v. 112, abr.2012. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/230160927.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021, p. 460

47. Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco; Varriale, Carmen C.; Lo Mônaco, Gaetano; Cacais, Luís Guerreiro Pinto; Dini, Renzo; Ferreira, João. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: UNB, 2008, p. 481

48. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 556.

49. Karmis, Dimitrios; Norman Wayne. The Revival of Federalism in Normative Political Theory. In: Karmis, Dimitrios; Norman Wayne (org.). **Theories of Federalism**. 1. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 6.

incorporada a um Estado maior – é algum tipo de autodeterminação e autonomia dentro de um sistema federal<sup>50</sup>.

Nesse contexto, nas palavras de Raul Machado Horta<sup>51</sup>, “o federalismo contém a fórmula que assegura a coexistência da unidade na diversidade”.

Portanto, a compreensão jurídica do regime federativo não deve se limitar ao aspecto formal, mediante a análise das regras de competência de cada entidade federativa. O Estado Federal não é um modo de organização dos poderes estatais desprovido de qualquer finalidade. Ao contrário, trata-se de um arranjo institucional que existe para promover *objetivos e princípios*, que não podem ser desprezados no processo de interpretação da constituição federal em casos envolvendo conflitos federativos.

Encerrada essa breve análise sobre o Estado Federal, passaremos agora a focar a atenção sobre a nossa experiência institucional.

### 21.2.6. Da Federação Brasileira

A identificação das características da Federação Brasileira depende da perspectiva sob a qual o fenômeno seja analisado.

Uma análise do ponto de vista econômico pode enfatizar o desequilíbrio na relação entre as receitas obtidas por cada entidade federativa ou investigar as ineficiências e externalidades negativas do modelo de repartição de competências adotado pela Constituição Federal. A obra de Fernando Rezende se enquadra nessa perspectiva<sup>52</sup>.

Uma investigação sob o ponto de vista político pode centrar sua atenção na atuação das entidades federativas e dos atores políticos ao longo do tempo, a fim de identificar empiricamente se existe proeminência de um ente político com relação ao outro. Nessa categoria, enquadram-se os diversos trabalhos de Marta Arretche<sup>53</sup> e de Onofre Alves Batista Júnior<sup>54</sup>.

Uma análise sob a perspectiva jurídica toma o direito positivo como objeto para investigar as permissões, obrigações e proibições existentes nas relações jurídicas entabuladas entre as entidades federativas com relação a outras entidades federativas e entre as entidades federativas e os cidadãos.

O presente trabalho adota a perspectiva jurídica. O intento é investigar os enunciados constitucionais para identificar quais são as características da Federação Brasileira.

50. Ibid.

51. Horta, Raul Machado. O Federalismo no direito constitucional contemporâneo. **Academia Brasileira de letras jurídicas**, v. 19 e 20, p. 223-249, 2001, p. 224

52. DA SILVA, Fernando Antonio Rezende. **O federalismo brasileiro em seu labirinto**: Crise e necessidade de reformas. 1a edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

53. Arretche, Marta. **Democracia, federalismo e centralização no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2012.

54. JÚNIOR, Onofre Alves Batista; MARINHO, Marina Soares. Do Federalismo de cooperação ao federalismo canibal. **Revista de informação legislativa**, São Paulo, v. 55, p. 157-180, jan./mar.2018. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/543090>. Acesso em: 10 jan. 2021.

### 21.2.6.1. Das características da federação brasileira

A doutrina adota perspectivas diversas para descrever a federação brasileira sob o ponto de vista normativo. Célio Borja associa a forma federativa do Estado a três atributos: autonomia, compreendida como o poder de fazer sua própria ordem jurídica; autarquia, que é poder de se autoadministrar; e autotutela, que é poder de aplicar o seu direito através de órgãos jurisdicionais próprios<sup>55</sup>.

Raul Machado Horta<sup>56</sup>, por seu turno, defende a existência de quinze características que conformam o modelo federativo adotado pela Constituição Federal. Bernardo Gonçalves<sup>57</sup> afirma que as diversas características da federação brasileira podem ser agrupadas nas seguintes categorias: direito à auto-organização, direito ao autogoverno e direito à autoadministração. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mtidieiro<sup>58</sup> adotam perspectiva semelhante.

O modelo explicativo que adotamos é o de que as principais características do nosso modelo federativo podem ser agrupadas em três conceitos: o de *autonomia política*, o de *autonomia administrativa* e o de *autonomia financeira*.

#### Autonomia Política

A autonomia política é a aptidão dada pela Constituição Federal às entidades federativas para se *organizar, governar e editar leis* com o intuito de disciplinar as relações jurídicas para as quais tenha competência.

A *auto-organização* é uma característica que permite que às entidades federativas introduzam enunciados que disciplinem o seu modo de atuação. A União se auto-organiza pela Constituição Federal e por leis federais; os estados-membros, pelas Constituições Estaduais e pelas leis estaduais; o Distrito Federal, pela Lei orgânica e pelas leis distritais; e os municípios, pelas Leis Orgânicas e pelas leis municipais.

O *autogoverno*, por seu turno, é um predicado que reconhece às entidades federativas a existência de um governo próprio. Na União, nos Estados-Membros e no Distrito Federal, o autogoverno envolve um executivo próprio, um legislativo próprio e um Poder Judiciário próprio. Nos municípios, o autogoverno abarca os poderes executivo e legislativo.

Como corolário do autogoverno e da auto-organização, as entidades federativas têm competência para introduzir enunciados prescritivos no ordenamento jurídico.

55. Borja, Célio. *Federalismo Brasileiro*. In: Barroso, Luís Roberto; Clève, Clèmerson Merlin (org.). **Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional**: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/74363543/v3/document/74504470/anchor/a-74504470>. Acesso em: 15 nov. 2020.
56. Horta, Raul Machado. Tendências atuais da federação brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 16, p. 7-19, Jul./Set.1996. Disponível em: [https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rI&srguid=i0ad6adc600000175d16aab4ab6e76afc&-docguid=l154a6a50f25311dfab6f0100000000000&hitguid=l154a6a50f25311dfab6f0100000000000&spos=9&epos=9&td=14&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rI&srguid=i0ad6adc600000175d16aab4ab6e76afc&-docguid=l154a6a50f25311dfab6f010000000000&hitguid=l154a6a50f25311dfab6f010000000000&spos=9&epos=9&td=14&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1). Acesso em: 16 nov. 2020
57. Fernandes, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 12. ed., rev., atual., ampl. Salvador: Jus-PODIVM, 2020, p. 1126
58. Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva jur, 2021, p. 408

Assim, por exemplo, a União tem a competência privativa para dispor sobre as matérias relacionadas no artigo 21 da Constituição Federal, assim como para editar leis tributárias concernentes aos impostos mencionados pelo artigo 153. Os Estados-membros têm a competência legislativa residual elencada pelo artigo 32, assim como a competência para editar leis tributárias relacionadas aos impostos mencionados pelo artigo 155. Os Municípios têm a competência legislativa para editar leis sobre assuntos de interesse local, assim como para editar leis tributárias relacionadas aos impostos mencionados no artigo 156. O Distrito Federal tem a competência tanto para dispor sobre as matérias atribuídas aos Estados-Membros quanto para dispor sobre as matérias atribuídas aos municípios.

### Autonomia Administrativa

A autonomia administrativa é a aptidão dada pela Constituição Federal às entidades federativas para exercer atividades materiais.

Assim, exemplificativamente, a União tem a competência para realizar as atividades mencionadas pelo artigo 21 da Constituição Federal; os Estados-membros e os municípios, para estruturar e manter os órgãos administrativos com vistas à consecução das atividades para as quais tenha competência legislativa; e todas as entidades federativas, para exercerem as atividades relacionadas pelo artigo 23 da Constituição Federal.

### Autonomia Financeira

A autonomia financeira é a aptidão que as entidades federativas possuem de obter receitas e de efetuar despesas. Para esse trabalho, tem relevância o primeiro aspecto, atinente à obtenção de recursos.

Com relação a esse ponto, pode-se categorizar as receitas do Estado em *originárias*, *derivadas* ou *transferidas*, segundo a origem da qual provenham. *Receitas originárias* são aquelas que advêm da atuação do Estado como agente particular. São exemplos as receitas provenientes da exploração do patrimônio do Estado e as receitas angariadas em razão da prestação de serviços públicos por concessionário<sup>59</sup>. *Receitas derivadas* são aquelas cuja origem repousa no poder de imposição do Estado em face do particular. Enquadra-se nessa categoria os valores angariados pelas entidades federativas em virtude do exercício da competência tributária<sup>60</sup>.

Por fim, receitas transferidas são aquelas que decorrem da transferência de recursos entre os entes da federação. Podem ser obrigatórias, quando a origem é uma norma legal ou constitucional que assim o determine; ou voluntárias, quando a origem é um ato de liberalidade da entidade federativa.

Fazem parte do conceito de autonomia financeira as receitas originárias, as receitas derivadas e as receitas transferidas de cunho obrigatório. As transferências voluntárias,

59. Piscitelli, Tathiane. **Direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597022728/>. Acesso em: 31 mai. 2021.

60. *Ibid.*

por não se consubstanciarem em um direito dos entes políticos, escapam da definição que adotamos.

Da interdependência entre as autonomias política, administrativa e financeira.

A categorização da autonomia das entidades federativas em três modalidades é tão somente um modelo que tem como objetivo captar as principais prerrogativas dadas pela Constituição Federal. Não é um recurso que esgota todas as regras que conformam o modelo federativo brasileiro, tampouco uma explicação que defende a existência de uma independência de uma categoria com relação às demais.

Ao contrário, pensamos existir uma forte sinergia entre as autonomias política, administrativa e financeira no nosso modelo institucional.

A autonomia política é essencial ao pleno exercício da autonomia administrativa, uma vez que a existência de órgãos administrativos e a realização de atividades materiais depende da edição de leis que disciplinem a estrutura dos órgãos administrativos e a competência dos agentes estatais. Também é essencial ao desempenho da autonomia financeira, em virtude de a arrecadação de recursos pressupor a edição de leis tributárias ou financeiras.

A autonomia administrativa, por seu turno, é imprescindível ao pleno exercício da autonomia política. Sem um aparato administrativo, não há como tornar realidade os planos governamentais elaborados pelo legislativo ou pelo executivo. Também é imprescindível ao exercício da autonomia financeira, uma vez que as atividades de arrecadação e fiscalização de tributos depende de órgãos estatais e de agentes públicos com competência para realizá-las.

Por fim, a autonomia financeira é necessária à autonomia política e à autonomia administrativa. Sem garantias de que as entidades federativas possuam recursos próprios, o direito das entidades federativas de possuírem governos autônomos não passa de uma promessa constitucional

Assim, há uma relação de interdependência entre o exercício das autonomias política, financeira e administrativa.

### 21.2.7. Princípio Federativo

Em razão da sua importância axiológica para interpretação do texto constitucional, a doutrina costuma empregar a expressão princípio federativo para se referir ao conjunto de normas jurídicas que moldam a forma de ser do Estado Federal Brasileiro.

Dentre os autores que utilizam essa nomenclatura, destacamos o professor Paulo de Barros Carvalho<sup>61</sup>, para quem:

Ambos [princípio republicano e federativo] são atributos indissociáveis, fundamento da forma atual da Nação, e, juntos, determinam como os outros princípios devem

61. Carvalho, Paulo de Barros. **Direito tributário: Linguagem e método**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2011, p. 291