



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas – FAJS

Núcleo de Pesquisa e Monografia – NPM

Monografia

Orientador: Rodrigo Pereira de Mello

NÚCLEO ESSENCIAL DO REGIME FEDERATIVO

**Uma análise dos elementos do Estado Federal sob a luz do Pacto Federativo
Brasileiro e da Teoria do Núcleo Essencial**

Ana Luisa Tarter Nunes

RA: 21010463

Brasília/DF

2014

Ana Luisa Tarter Nunes

NÚCLEO ESSENCIAL DO REGIME FEDERATIVO

**Uma análise dos elementos do Estado Federal sob a luz do Pacto Federativo
Brasileiro e da Teoria do Núcleo Essencial**

Monografia apresentada à Banca
Examinadora como requisito parcial para
conclusão do curso de bacharel em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais – FAJS do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Rodrigo Pereira de Mello

Brasília/DF

2014

Ana Luisa Tarter Nunes

NÚCLEO ESSENCIAL DO REGIME FEDERATIVO

**Uma análise dos elementos do Estado Federal sob a luz do Pacto Federativo
Brasileiro e da Teoria do Núcleo Essencial**

Monografia apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial para conclusão do curso de bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Rodrigo Pereira de Mello

Brasília/DF – 2014

BANCA EXAMINADORA:

Professor Orientador

Professor Examinador

Professor Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, por todo o apoio para realizar o meu sonho para um dia tentar ser, como ela, uma grande advogada.

Ao meu pai que sempre foi meu apoio e meu amigo, pelas discussões teóricas e principalmente pela paciência e amor.

Ao meu irmão, que mesmo sem dizer sempre esteve ao meu lado.

À Júlia, minha irmã por opção, sem ela não conseguiria passar por uma fase tão difícil. À você dedico todas minhas conquistas.

Ao meu professor e orientador, Rodrigo Mello, que desde o segundo semestre deste curso me fez apaixonar por direito e principalmente pelo Direito Constitucional. Suas explicações e paciência demonstram tanto sua inteligência e profissionalidade quanto sua humildade.

Aos meus professores, por todas as aulas ministradas e orientações fora de sala.

À Priscila Bittencourt, pelos conselhos, amizade e companheirismo de curso.

À Marina Czarneski, Fernanda Baracui e Marcela Gadelha pela paciência, amizade e incentivo.

Aos meus companheiros que levarei para a vida, todos meus amigos e colegas que me incentivaram, comemoraram as conquistas e permaneceram ao meu lado nos momentos difíceis.

Por fim, agradeço a Deus por todas as oportunidades e bênçãos, por manter-me consciente e pela proteção.

RESUMO

O modelo de Estado federativo não se apresenta de maneira igual em todos os Estados em que se manifestou, posto que a diversidade cultural, histórica e o meio material que uma sociedade vive determinam como tal sistema político será instaurado.

É inegável a existência de problemas relativos à Federação no Brasil, que podem levar à necessidade de adaptações do modelo. Deste modo, para não incorrer em alteração substancial da forma federada de Estado, cláusula pétrea protegida pela Constituição, imperativo se faz a análise detalhada do que seria o elemento essencial e determinante deste modelo de Estado.

A análise da Teoria do Núcleo Essencial, abordando as diferentes vertentes e posicionamentos doutrinários, juntamente com a análise detalhada das características da Federação demonstram a melhor forma de se chegar ao núcleo essencial desta forma de Estado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 – Núcleo essencial.....	10
1.1–Divergências teóricas.....	11
1.1.1 – Teoria Absoluta do conteúdo essencial.....	12
1.1.2 – Teoria Relativa do conteúdo essencial.....	13
1.1.3 – Das fragilidades das teorias.....	14
1.1.4 – Controvérsia: sentido objetivo e subjetivo.....	15
1.2 – Aspecto pluridimensional – aproximação das teorias.....	17
1.2.1 – Princípio da proporcionalidade.....	18
2. Federação.....	20
2.1 - Definição de Estado Federal – características singulares.....	22
2.2 – Existência de Constituição Federal.....	25
2.3 – Indissolubilidade do vínculo federativo.....	26
2.4 – Soberania e autonomia.....	27
2.5 - Repartição de competências.....	28
2.5.1 – Legislação concorrente e exclusiva.....	31
2.5.2 - Repartição de competências no Brasil.....	32
2.6 - Organização bicameral do Poder Legislativo da União.....	34
2.7 – Análise do elemento fundamental.....	35
3. Teoria do Núcleo Essencial e Elemento nuclear da Federação.....	38
3.1- Federação, elemento essencial e núcleo essencial no Brasil.....	38
3.2 - Aplicação das teorias do núcleo essencial à Federação.....	39
3.2.1 – Teoria Absoluta.....	40
3.2.2 – Teoria Relativa.....	41

3.3 – Sentido objetivo e subjetivo.....	43
3.4 – Problemática da fragilidade das teorias e divergências teóricas.....	43
3.5 – Da defesa da teoria mais cabível.....	44
CONCLUSÃO.....	46
BIBLIOGRAFIA.....	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico trata-se de estudo do modelo federativo de Estado em seus elementos caracterizadores e indispensáveis.

O modelo federativo de Estado não se manifesta de modo igual em todos os Estados que o adotaram posto que as tradições históricas, os elementos etnológicos e o meio material de uma sociedade influenciam decisivamente na forma em que o sistema político é instaurado.

A Constituição de 1988 consagra em seu texto a forma federativa do Estado Brasileiro, mas o federalismo brasileiro ainda sofre influências que o norteiam, podendo a evolução dos fatos sociais impulsionar uma necessidade de ajuste e modificação do texto constitucional, em especial, no modelo federativo ora em análise.

No entanto, o constituinte originário instituiu a forma federativa de Estado como cláusula pétrea. Trata-se de limite material.

Cláusulas pétreas são limites fixados para o exercício do poder constituinte reformador, que se traduz num esforço do constituinte em assegurar a integridade da Constituição. Entretanto, o objeto maior das cláusulas pétreas não é proteger a redação de uma norma do texto constitucional, mas evitar a ruptura de princípios e de estruturas essenciais à Constituição Federal. São essas estruturas essenciais que são imutáveis pelo poder reformador.

O presente trabalho visa estudar os limites materiais da forma federativa de Estado, a verdadeira essência do pacto federativo que nenhum projeto de emenda constitucional (PEC) pode suprimir ou violar sem que se altere substancialmente o núcleo essencial deste instituto.

Aqui procura-se identificar o núcleo essencial da Federação, ou seja, o conjunto das características sem as quais o próprio instituto ou princípio não existiria, demonstrando os limites e modificações que não desrespeitariam a qualidade fundamental de Federação e, portanto, não afrontaria a referente cláusula pétrea consagrada na Lei Maior.

Diante do cenário-problema, o presente trabalho se desenvolverá em três capítulos. No primeiro capítulo será abordada a ideia de núcleo essencial, qual o

objetivo de defini-lo. Ademais, serão analisadas as divergências teóricas entre a Teoria Absoluta e a Teoria Relativa, bem como suas críticas. Ademais, será demonstrada a controvérsia existente com relação a qual tipo de interpretação deve ser dada ao exato significado do princípio da proteção do núcleo essencial, indagando-se se deve sê-lo em sentido objetivo ou subjetivo.

No segundo capítulo o objeto em análise será a Federação, em suas características intrínsecas e gerais, buscando-se chegar ao(s) elemento(s) determinantes para a configuração desta forma de Estado analisando principalmente as colocações de Gilmar Mendes e de Raul Horta.

Ao analisar os aspectos apresentados, serão demonstrados quais são os pilares do Estado Federal, ou seja, quais as principais características da forma federativa de Estado e quais são as qualidades decorrentes ou dependentes das principais.

Por fim, no terceiro capítulo, serão utilizados os conhecimentos demonstrados nos capítulos precedentes, aplicando as teorias e entendimentos doutrinários acerca do conteúdo essencial do primeiro capítulo à definição de Federação, tratada no segundo capítulo.

Será analisada qual das teorias melhor se aplica segundo o entendimento doutrinário mais coerente, juntamente com qual sentido de interpretação deve ser dado ao núcleo essencial. Dos diversos entendimentos e teorias verificados ao longo do presente trabalho, além das possíveis interpretações que poderão ser feitas, restará demonstrado a vertente que se mostra mais adequada para determinar o núcleo essencial da Federação.

1 – Ideia de núcleo essencial

O núcleo essencial dos direitos fundamentais foi concebido na história constitucional alemã e recebe destaque também da afirmação de que tais direitos são, no Brasil, protegidos por cláusulas pétreas. A garantia em apreço representa uma limitação material à intervenção normativa do legislador (SILVA, C.O.P, 2010, p. 63).

O núcleo essencial é tema desenvolvido pela doutrina geralmente na matéria de direitos humanos/fundamentais que será correlacionada, no presente trabalho, para analisar e realizar considerações com o intuito de definir os limites objetivos definidos pelo art. 60, §4º, I da CF-88 que determina como cláusula pétrea a forma federada do Brasil (SILVA, C.O.P, 2010, p. 63).

O “conteúdo essencial”, aqui empregado no mesmo sentido de núcleo essencial, encara um problema conceitual. Cláudia Perotto Biagi formula indagações em sua tese sobre qual a parte do conteúdo do direito se mostra absolutamente necessária para que os interesses resultem real, concreta e efetivamente protegidos pela norma constitucional e no que, de fato, consistiria o conteúdo essencial de um direito fundamental (BIAGI, 2005, p. 88).

A resposta para tais questionamentos não se configura unívoca na doutrina e jurisprudência. É vislumbrada a existência de diferentes teorias que procuram solucionar a natureza e conceito do termo em comento (SILVA, C.O.P, 2005, p. 135,).

Em busca da definição do conceito da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, Christiane Peter Silva assevera que a teoria consiste como uma tentativa de apaziguar o esvaziamento dos institutos e direitos pela ação do legislador democrático (SILVA, C.O.P, 2005, p. 135,).

O princípio da proteção do núcleo essencial, mesmo não sendo consagrado expressamente no texto constitucional, constitui postulado constitucional inerente e destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo fundamental em consequência de restrições eventuais descabidas, desproporcionais ou desmesuradas (SILVA, C.O.P, 2005, p. 135).

No mesmo sentido, Gilmar Mendes afirma que o princípio da proteção do núcleo essencial, consagrado expressamente no ordenamento constitucional ou

enquanto postulado constitucional imanente, é fundamento que se destina a prevenir o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições sem fundamento, desmesuradas ou sem proporção do legislador (MENDES, 2011, p. 240).

Peter Häberle, por sua parte, compreende os direitos fundamentais como como parte de um sistema único previsto que integra-se reciprocamente, posto que configuram-se também como elementos constitutivos do quadro integral da Constituição além de encontrarem-se numa relação de recíproco condicionamento com outros bens constitucionais. Neste sentido, a Federação não poderia ser analisada isoladamente, devendo ser compreendida no conjunto de circunstâncias em que está inserida, levando-se em conta os demais bens protegidos constitucionalmente, de modo a considerar como se condicionam reciprocamente (HÄRBELE, 2002, p. 41).

Desse modo, Häberle preceitua que o conteúdo essencial não se traduz como um elemento que pode ser definido por si próprio e independentemente do conjunto da Constituição e de outros bens constitucionalmente reconhecidos posto que apenas por meio do conhecimento dos conteúdos essenciais desses outros bens constitucionais é possível atingir a definição do conteúdo essencial de um direito fundamental, numa relação de reciprocidade (HÄRBELE, 2002, p. 41).

1.1 – Divergências teóricas: Teoria Absoluta; Relativa e Teoria Objetiva e Subjetiva

Diante da complexidade que o tema traz, Gilmar Mendes explicita que as posições dogmáticas sobre a proteção do núcleo essencial não são unívocas na doutrina e jurisprudência, fato este que explica a existência de dois modelos teóricos básicos e opostos: o modelo teórico absoluto e o relativo sobre os quais se passa a analisar (MENDES, 2011, p. 241).

Também no sentido de posicionar as teorias acerca do conteúdo essencial, Robert Alexy estabelece dois pares conceituais para sistematizar o tema: o primeiro relaciona a garantia do conteúdo essencial a uma situação subjetiva ou objetiva de regulação constitucional e o segundo par interpreta a garantia em um sentido absoluto ou relativo (ALEXY, 2012, p. 296).

1.1.1 – Teoria Absoluta do conteúdo essencial

Os adeptos à teoria absoluta, consistente na teoria dominante, defendem que o conteúdo essencial de um direito seria sempre o mesmo, independentemente das circunstâncias relativas de cada caso. O núcleo essencial dos direitos fundamentais é visto como unidade substancial autônoma, independente de qualquer situação concreta, estando a salvo de eventuais decisões legislativas (SILVA, C.O.P, 2005, p. 136).

Nesse entendimento, a existência do direito fundamental é garantida ainda que exista um interesse público em conflito, posto o que se busca é o respeito ao conteúdo essencial do direito (SILVA, C.O.P, 2005, p. 136).

De fato, tal como explicado por Gilmar Mendes, a teoria absoluta acolhe uma interpretação material da ideia de conteúdo essencial, afirmando que existe um espaço não suscetível a qualquer intervenção estatal, ou seja, não suscetível a regulações e limitações. Distintamente do que ocorre na teoria relativa, como se verá, a interpretação é puramente formal. (MENDES, 2011, p. 243).

Vislumbra-se, na teoria absoluta, um elemento permanente do direito fundamental, que é identificado como o núcleo essencial. Dessa forma, todo direito fundamental contaria com um núcleo resistente, mínimo, inalterável, determinável em abstrato, que não poderia ser afetado ou violado por qualquer decisão normativa, legislativa ou judicial, mesmo que essa medida fosse, em sentido estrito, adequada, necessária e proporcional (SILVA, C.O.P, 2005, p. 135).

Deste modo, é considerada ilegítima qualquer limitação que atinja o núcleo essencial sem sequer considerar a possível adequação e atendimento ao princípio da proporcionalidade que a situação possa exigir (SILVA, C.O.P, 2005, p. 135).

Por esta teoria, a restrição ao direito fundamental somente poderia ser feita na parte não identificada como do núcleo essencial, por esta ser insuscetível de limitações e, portanto, insuscetível de ingerências estatais. O conteúdo essencial consiste como “limite dos limites”, sendo que a restrição à parte suscetível de limitações do direito não pode ser arbitrária, mas sim, justificada, como assinala Ignácio de Otto y Pardo quando afirma que “o limite dos limites em que consiste o conteúdo essencial opera uma justaposição com a exigência de que a limitação do direito esteja justificada” (Apud BAQUER, 1988, p. 132).

1.1.2 – Teoria Relativa do conteúdo essencial

A essência da teoria relativa é embasada na rejeição de um conteúdo essencial com contornos fixos e definíveis para cada direito fundamental. Os adeptos à Teoria Relativa afirmam que o núcleo essencial deve ser delimitado caso a caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo (MENDES, 2011, p. 241).

A Teoria Relativa sustenta que a definição do que é essencial – e o que conseqüentemente deve ser protegido – subordina-se às condições fáticas e aos embates travados entre os diferentes direitos e interesses no caso concreto, implicando o entendimento de que o conteúdo essencial de um direito é variável de acordo com cada situação (SILVA, C.O.P, 2005, p. 136).

Isso porque, para os relativistas, não há um conteúdo essencial pré-estabelecido e fixo, já que não se configura como parte ou elemento autônomo dos direitos fundamentais (SILVA, C.O.P, 2005, p. 136).

Sob o enfoque da Teoria Relativa, só é possível conhecer o conteúdo essencial do direito fundamental com a análise de interesses e valores de cada situação, não havendo uma medida preestabelecida e fixa posto que o elemento essencial não consiste num elemento estável ou parte autônoma do valor do direito (LOPES, 2004, p. 08).

Possui, no entanto, valor constitutivo, obtido por meio do controle de constitucionalidade das normas. Nesse entendimento, seria possível a revogação de um direito fundamental na hipótese de afetação de outro direito, caso a situação demonstrasse que a medida é necessária diante das ponderações realizadas (LOPES, 2004, p. 08).

Contudo, qualquer limitação não pode ser arbitrária posto que a perspectiva relativa parte da constatação de que há uma justificação para toda restrição de direitos fundamentais, afirmando-se aqui que tal justificação coincide com o conteúdo essencial. Como afirma Robert Alexy, o conteúdo essencial é o que resta após a ponderação feita em face dos bens ou direitos que justificam a limitação (ALEXY, 2012, p. 302).

Nesses termos, conforme explica Gilmar Mendes, deve haver um processo de ponderação entre meios e fins fazendo uso do princípio da proporcionalidade para

aferição do núcleo essencial, de modo que este corresponderia ao mínimo não suscetível de restrição ou redução baseado nesse processo de ponderação. A proteção do núcleo essencial, para esta corrente, tem caráter essencialmente declaratório (MENDES, 2011, p. 242; SILVA, C.O.P, 2005 p. 136).

No mesmo sentido, Martínez-Pujalte esclarece que a noção de conteúdo de direito essencial é a indicação do juízo de justificação na hora de avaliar a constitucionalidade de um limite legislativo (MARTINEZ-PUJALTE, 1997, p. 22).

O juízo de justificação é amparado pelo princípio da proporcionalidade em sentido amplo, sendo o limite realizado pelo legislador a um direito fundamental considerado constitucionalmente correto quando razoavelmente se justifica na necessidade de preservação de outros bens protegidos constitucionalmente (MARTINEZ-PUJALTE, 1997, p. 22).

Também neste sentido, Robert Alexy sustenta que a garantia do conteúdo essencial reduz-se ao princípio da proporcionalidade, ou seja, ele afirma que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais pela Teoria Relativa e o princípio da proporcionalidade são princípios correlatos, intimamente conectados (ALEXY, 2012, p. 303).

Wilson Steinmetz, do mesmo modo, discorre que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade são princípios correlatos, intimamente conectados (STEINMETZ, 2001, p. 161).

1.1.3 – Das fragilidades das teorias

Em síntese, a teoria relativa proclama que a restrição a direito fundamental depende tão-somente dos interesses das partes em conflito, existindo a possibilidade de limitação parcial ou mesmo total do direito fundamental em análise no caso de algum interesse estatal ser afetado.

Diferentemente da teoria absoluta que afirma que a proteção ao núcleo essencial independe do caso concreto, vez que é o que efetivamente garante a existência do direito, ainda que haja conflito com interesse estatal.

Ambas teorias procuram assegurar a proteção dos direitos fundamentais contra uma ação legislativa desarrazoada. Contudo, a fragilidade da teoria absoluta

se deve ao fato que a busca de uma noção material do núcleo essencial, insuscetível de modificações pelo legislador, é convertida numa fórmula vazia, dada a extrema dificuldade ou impossibilidade de caracterizar, em abstrato, a existência de um mínimo essencial (MENDES, 2011, p. 242).

Ademais, tal teoria não compreende que o campo de proteção do direito exige a equação deste com outros bens que também possuem importância. Desse modo, a Teoria Absoluta não admite a possibilidade de relativização do direito ora analisado frente uma necessidade de proteção de outros bens (MENDES, 2011, p. 242).

Além disso, cabe compreender que a não afetação do núcleo essencial não implica, necessariamente, na garantia efetiva do direito, posto que as modificações na parte suscetível de limitações podem implicar na lesão do próprio direito, mesmo que não atinja o seu conteúdo essencial, assim determinado pela Teoria Absoluta (LOPES, 2001, p. 190).

Já os críticos da Teoria Relativa, por sua vez, apontam que o conteúdo essencial não poderia ser determinado para todo e qualquer caso em definitivo e, por conta dessa flexibilidade exacerbada ao estatuto dos direitos fundamentais, acaba por descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional, havendo possibilidade de restrição permanente do direito (MENDES, 2011, p. 242).

Tanto a teoria absoluta quanto a relativa procuram assegurar uma maior proteção aos direitos fundamentais na medida em que buscam preservar a existência de um núcleo mínimo protegido contra a ação legislativa. Contudo, segundo as lições de Gilmar Mendes, a fragilidade da teoria absoluta coincide com a relativa, posto que nenhuma das concepções esclarecem o significado ou o conteúdo mais ou menos preciso do núcleo essencial (apud SILVA, C.O.P, 2005, p. 136).

1.1.4 – Controvérsia: Sentido Objetivo e subjetivo

Configura-se como outro ponto controvertido na doutrina referente ao tema o exato significado do princípio da proteção do núcleo essencial, sendo indagado se a interpretação deve se dar em sentido objetivo – em que o que se pretende assegurar é a intangibilidade objetiva de uma garantia dada pela CF/88 – ou deve se dar em

sentido subjetivo – em que se pretende proibir a supressão de um determinado direito subjetivo (MENDES, 2011, p. 243; SILVA, C.O.P, 2005, p. 136).

Em outros termos, questiona-se se a proteção do núcleo essencial destina-se a garantir os direitos fundamentais como direitos subjetivos individuais ou se deve tão somente proteger as normas constitucionais que reconhecem tais direitos (MENDES, 2011, p. 243; SILVA, C.O.P, 2005, p. 136).

Sob o enfoque da teoria objetiva, considera-se lícita a limitação ao direito fundamental em casos individualizados já que tal teoria não atua sobre o aspecto subjetivo do direito fundamental considerado, mas sim, sobre a instituição jurídica abstrata (ALEXY, 2012, p. 297; SILVA, C.O.P, 2005, p. 136).

Neste sentido, o princípio da proteção do núcleo essencial, sob o enfoque da teoria objetiva, protege os direitos fundamentais como instituição objetiva e não como proteção singular de cada indivíduo em especial, sendo possível a não aplicação de um direito fundamental a um caso individual sem que isso consista na afetação de seu conteúdo essencial, desde que o direito continue vigendo para os demais indivíduos (ALEXY, 2012, p. 297; SILVA, C.O.P, 2005, p. 136).

Já sob a perspectiva da teoria subjetiva, qualquer incidência sobre o conteúdo essencial é considerada inconstitucional, mesmo que a limitação ocorra apenas em casos individuais e em relação a concretos titulares de direitos fundamentais (MENDES, 2011, p. 243).

A ótica subjetiva é a mais aceita pela doutrina e compreende que a restrição ao direito fundamental deve ser considerada em face do indivíduo afetado (MENDES, 2011, p. 243).

Em síntese, a teoria objetiva protege o direito fundamental considerado como instituição, admitindo medidas de limitações individuais do direito, não sendo admitida, no entanto, as restrições de direito fundamental de caráter geral enquanto que a teoria subjetiva protege o direito fundamental em concreto, de modo individualizado de acordo com o sujeito (MARTINEZ-PUJALTE, 1997, p. 34).

Nesse sentido, é possível estabelecer uma correlação, em termos gerais, de que os defensores da teoria absoluta – que afirmam a existência de um núcleo essencial imutável dos direitos fundamentais – sustentam a teoria subjetiva e

consideram intransponível o núcleo essencial mesmo em casos individualmente considerados (MARTINEZ-PUJALTE, 1997, p. 34).

Do mesmo modo, é possível correlacionar que os defensores da teoria relativa – por entenderem que são admitidas restrições justificadas aos direitos fundamentais – sustentam a teoria objetiva, considerando os direitos fundamentais como instituto e defendendo tais direitos de modo abstrato admitindo a limitação individual do direito (MARTINEZ-PUJALTE, 1997, p. 34).

Considerando a aproximação das teorias acima demonstradas, é possível concluir que as mesmas fragilidades já destacadas da Teoria Absoluta também atingem a Teoria Subjetiva. No mesmo entendimento das fragilidades, a reciprocidade acontece na Teoria Relativa para a Teoria Objetiva.

1.2 – Aspecto pluridimensional: aproximação das teorias

No entendimento de Gilmar Mendes, afirmando o aspecto pluridimensional dos direitos fundamentais, por compreender que lhe são cometidas diferentes funções na ordem constitucional e reconhecendo que tanto o aspecto objetivo quanto o subjetivo podem ser verificados no direito fundamental, é possível concluir que as variantes de interpretação devem ser vistas conjuntamente num raciocínio de ampliação e não de exclusão (MENDES, 2011, p. 243).

Considera-se que os direitos fundamentais possuem uma dimensão subjetiva e uma institucional, de modo que a garantia do conteúdo essencial deva conciliar ambas dimensões, exigindo a preservação institucional dos direitos fundamentais bem como o seu respeito individualizado (MENDES, 2011, p. 243).

Esta fórmula conciliadora reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias e desarrazoadas, conforme preceito da teoria relativa, mas também contra lesão ao núcleo essencial de direito fundamental (SILVA, C.O.P, 2005, p. 137). Nas palavras de Gilmar Mendes:

“É que, observa Hesse, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida.” (MENDES, 2000, p. 245)

Ademais, deve-se levar em conta que a convicção da existência de direitos que não são relativizados nem sob circunstâncias mais extremas não pode ser válida a partir da perspectiva do direito constitucional. Desse modo, conclui-se que a garantia do conteúdo essencial fornece mais uma razão para a vigência da máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2012, p. 297).

Em conclusão, a solução para o problema não pode conduzir a alternativas radicais. Por conta da estreita relação entre as dimensões institucional e subjetiva dos direitos fundamentais, a melhor forma de resolver a questão da definição do núcleo essencial não pode ser em termos de alternativa entre a teoria objetiva e subjetiva, mas sim de complementariedade das mesmas (MENDES, 2011, p. 243).

1.2.1 – Princípio da proporcionalidade

Afigura-se como inegável que a aplicação do princípio da proporcionalidade é decorrente de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo. Tal princípio é invocado, quando órgãos, instituições, poderes ou outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais encontram-se em situação de conflito. (MENDES, 2011, p. 248)

O fundamento do princípio da proporcionalidade não é apreendido de maneira unânime pela doutrina e, no Brasil, identificam-se diversos impulsos de fundamentação do princípio. A referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi ligada à casos específicos, como o direito de propriedade, em que, de modo geral, o Tribunal revela a desproporcionalidade de uma situação, que se manifesta como afronta a outro preceito constitucional. (MENDES, 2011, p. 248)

O princípio da proporcionalidade era então considerado elemento integrante ou cláusula implícita de direitos fundamentais. De fato, a ênfase que vem sendo feita situa o fundamento do princípio da proporcionalidade no âmbito dos direitos fundamentais (MENDES, 2011, p. 253).

Contudo, decisões do STF consolidaram o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade como postulado constitucional autônomo, o que aponta a

compreensão de tal princípio como princípio geral de direito (MENDES, 2011, p. 254).

Gilmar Mendes ressalta a utilização do princípio da proporcionalidade na solução de conflitos federativos. A aplicação do princípio da proporcionalidade, também denominado princípio da proibição de excesso, no direito constitucional envolve a apreciação da necessidade e adequação da providência legislativa para consecução dos objetivos pretendidos. (MENDES, 2011, p. 257)

O subprincípio adequação exige que a medidas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos enquanto que o subprincípio da necessidade implica que nenhum meio menos gravoso revelar-se-á igualmente eficaz na consecução do objetivo pretendido. (MENDES, 2011, p. 257)

Desta forma, é possível verificar que existem duas teorias para verificar o núcleo essencial: a teoria absoluta e a teoria relativa. Ademais, essas teorias seguem linhas de interpretação, que podem se dar no sentido objetivo ou subjetivo. Como explica Gilmar Mendes, em verdade, as teorias objetiva e relativa não devem ser analisadas num sentido de exclusão, mas de complementariedade levando-se em conta o princípio da proporcionalidade, posto que o núcleo essencial apresenta um caráter multidimensional (MENDES, 2011, p. 243).

2. A Federação como ideia.

A apresentação do conceito de Federação, aqui formalmente tratado, visa mostrar as bases do que isto seria, quais os pontos fundamentais que o caracterizam e quais os pontos de grande importância, sem os quais os pilares dessa forma de Estado poderiam ser afetados.

Referida análise não se prenderá a modelos de organização assumidos nos diferentes Estados Nacionais desde a data de 1787 – momento a partir do qual a constituição norte-americana inaugurou o modelo de federação conhecido atualmente – mas sim às suas características singulares e necessárias reconhecidas pela doutrina jurídica e jurisprudência constitucional brasileira ou estrangeira.

Iniciando com a conceituação de Estado, conforme preceitua José Afonso da Silva, Estado é uma ordenação, aqui entendida como poder soberano e institucionalizado, cujo fim específico e essencial é realizar a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma população sobre um território. Identificando os quatro elementos essenciais que constituem o Estado – povo, poder, território e finalidade – a Constituição é definida como o conjunto de normas que organizam esses elementos (Silva, J.A., 2011, p1. 98; MENDES, 2011, p. 97).

Forma de Estado é o modo de exercício de poder político em função do território. Se existe a unidade de poder sobre as pessoas, bens e território, tem-se a definição de Estado unitário. Agora, Estado federal ou Federação de Estados é o modelo adotado quando o poder se reparte no espaço territorial gerando uma multiplicidade de organizações de governo que distribuem-se regionalmente (Silva, J.A., 2011, p. 98).

Gilmar Mendes, em suas lições, assevera que Estado Federal é “forma” pois expressa um modo de ser do Estado em que há uma organização descentralizada tanto política quanto administrativa, sendo consagrada pela Constituição uma repartição de competências entre governo central e locais em que os Estados federados participam das deliberações da União sem, no entanto, dispor do direito de secessão (MENDES, 2011, p. 831).

André Tavares, por sua parte, compreende que Federalismo é a unidade na pluralidade no sentido de entender que o Estado federal mostra-se como o conjunto de entidades autônomas unidas por um vínculo indissolúvel e, dessa integração,

surge uma entidade diversa das que incorporam a Federação: a União (TAVARES, 2010, p. 1070).

Há uma descentralização do poder no federalismo. Cria-se pela Constituição uma lista específica de poderes para limitar as funções do Governo Federal, de modo este não seja tão poderoso de modo a tragar os Estados-membros ou tão omissivo, de modo a enfraquecer o poder federal (TAVARES, 2010, p. 1070).

De modo mais minucioso, o autor Raul Machado Horta assevera que a construção normativa do Estado Federal pressupõe atender a determinados requisitos cuja reunião não se realiza de modo homogêneo ou até mesmo não integralmente atendida nas formas reais de Estados Federais. (HORTA, 2002, p. 307).

Em outras palavras, a configuração desses quesitos não é uniforme posto que a diversidade de organizações dá origem a múltiplos modelos de federalismo que amoldam-se à situação política, história e social do Estado (HORTA, 2002, p. 307).

Contudo, analisando o requisito da repartição de competências, verifica-se que é o que condiciona a fisionomia de Estado Federado. A repartição atende ao princípio corporativo territorial de modo que matérias determinadas terão incidência em todo o território da Federação enquanto que outras serão distribuídas aos ordenamentos parciais dos Estados-Membros e Municípios (HORTA, 2002, p. 307).

Observação – Municípios

Município é entidade política de existência necessária na CRFB/88, com autonomia, competência mínima estabelecida e rendas discriminadas na Constituição. Sendo considerado entidade federativa, seus poderes são enumerados pela Constituição. Sua autonomia passou a compreender a auto-organização de modo que a Lei Orgânica Municipal fixará sua organização desde que respeite os preceitos constitucionais e federais e municipais (FERREIRA, 2008, p. 73).

É quase-unânime a compreensão tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina sobre a inequívoca e plena configuração do Município como ente federado na Constituição Federal de 1988 (condição classicamente titularizada pelos Estados-

membros). Deste modo, a competência constitucionalmente expressa e exclusiva dos Municípios não está subordinada hierarquicamente aos demais entes federados (FERREIRA, 2008, p. 73).

Contudo, para efeitos deste estudo, as questões municipais não serão expressamente analisadas em face do singular objeto deste trabalho concernente ao “núcleo essencial” da federação. Assim sendo, aqui busca-se o pilar, o núcleo essencial que sustenta as Federações de modo geral.

A conceituação de Município como unidade da Federação somente ocorre no Brasil. Desse modo, como nos demais Estados que adotam esta forma de organização as unidades da Federação são os estados-membros e a União, não cabe aqui analisar conjuntamente os Municípios, posto se tratar de característica peculiar do Brasil.

2.1 - Definição de Estado Federal – características singulares

De modo geral, uma característica singular e necessária ao modelo de Estado Federal é a sua previsão e configuração de modo integral ou fundamental diretamente na constituição nacional. O pacto federativo nunca é presumido, sendo exigido, portanto, que a constituição nacional seja escrita além de ser caracteristicamente “rígida”, ou seja, não suscetível de ser alterada mediante deliberações político-administrativas do poder parlamentar ordinário central, a União, mas sim, de todos os entes conjuntamente à constituição nacional (MENDES, 2009, p. 849).

No caso brasileiro, é indubitável a previsão constitucional que determina forma de Estado Federal para o Brasil. É o que dispõe art.1º da Constituição Federal Brasileira de 1988, o que atende ao requisito da necessidade da previsão e configuração dessa forma de Estado de modo fundamental diretamente na constituição nacional.

Já para Raul Horta, ao analisar as regras típicas nas Constituições Federais que edificaram modelos diversificados do Estado Federal e com experiência organizatória do federalismo, permitiu-se o levantamento das características definidoras do Estado federal sendo elas:

- (1) Composição plural dos entes constitutivos,
- (2) Indissolubilidade do vínculo federativo;
- (3) Soberania da União e autonomia do Estado-Membro;
- (4) repartição constitucional e rígida de competências;
- (5) intervenção federal;
- (6) organização bicameral do Poder Legislativo da União;
- (7) repartição tributaria;
- (8) Dualidade do Poder Judiciário e existência de um Supremo Tribunal, para efetuar a função de Guarda da Constituição (HORTA, 2002, p. 477).

Como já afirmado, tais elementos gerais de Federação não são uniformes e o núcleo essencial da Federação do Estado brasileiro deve levar em conta as tradições históricas, os elementos etnológicos e o meio material que influenciaram decisivamente na forma que o sistema político é instaurado no Brasil e em outras Federações (HORTA, 2002, p. 477).

A análise a seguir se refere aos itens mencionados por Raul Horta. Em consideração ao item (1), falando-se em Federação já é instaurada a ideia de composição plural de entes constitutivos ou seja, se configura numa redundância afirmar que Federação é constituída por diferentes entes, não sendo portanto, considerada na análise para determinar o núcleo essencial da Federação.

Diferentemente do aspecto da indissolubilidade do vínculo federativo (item 2), que se configura como item essencial a toda e qualquer Federação – e o quadro federativo brasileiro não é exceção – sendo relevante a sua análise no objeto específico deste trabalho.

A intervenção federal (item 5) é instituto destinado a manter os princípios basilares da Constituição e a coesão nacional, contudo, possui caráter drástico e excepcional, além disso, este item está inserido no item da indissolubilidade do vínculo federativo, sendo aquele verificado quando da análise deste (MENDES, 2011, p. 833).

Já o item 8 trata sobre a existência da dualidade do Poder Judiciário e de um Supremo Tribunal para efetuar a função de Guarda da Constituição. Conforme entendimento de Paulo Gonet Branco, já é previsto pela CRFB/88, uma corte nacional com competência para dar manutenção à paz e à integridade do Estado

Federal quando conflitos existirem entre Estados-membros ou entre estes e a União (MENDES, 2011, p. 831).

Desse modo, depreende-se que tal característica será também apreciada no item referente à análise da indissolubilidade do vínculo federativo (MENDES, 2011, p. 831).

Já de acordo com a ementa do acórdão do STF que deu pela constitucionalidade da criação do CNJ pela EC-45/2004, do relator Cezar Peluso, em referência ao item 3 da ementa:

“3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça.” (grifo nosso)

(STF - ADI: 3367 DF , Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 12/04/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029)

Afirmando o caráter constitucionalmente nacional do Poder Judiciário sustentado pela referida ementa, o item 8 não seria caracteristicamente, em essência e no caso brasileiro, um item imprescindível à Federação, também não sendo analisado para definição do núcleo essencial aqui estudado.

Quanto ao item organização bicameral do Poder Legislativo da União, encontra-se o meio pelo qual os Estados-membros participam na vontade federal, o que classifica tal item de suma importância para a definição do núcleo essencial analisado. A repartição tributária (item 7) pode ser considerada a partir da análise da autonomia constitucional dos entes federados e também da repartição constitucional e rígida de competências (item 4).

Diante pois, desse quadro, a fórmula referente à garantia do núcleo essencial da Federação do Brasil – dentre os elementos definidores demonstrados – compreende a indissolubilidade do vínculo federativo (item 2), a soberania da União e autonomia dos Estados-Membros (item 3), a repartição constitucional e rígida de

competências (item 4) e a organização bicameral do Poder Legislativo da União (item 6).

Contudo, cabe reafirmar que a verificação da impenetrabilidade do núcleo essencial do princípio federativo não se limita a uma simples equação. A construção dogmática deste núcleo é tema instigante e não uníssona na doutrina e jurisprudência e que também leva em conta a verificação da relação de interdependência do princípio federativo dentro do sistema constitucional como um todo. No caso em estudo, procura-se verificar os elementos nucleares da estrutura federativa de modo sistemático.

Neste sentido, a lesão à forma Federada do Brasil – preceito constitucional – é verificada ao constatar lesão ao princípio federativo, notadamente em seus significados mais específicos. Tais quesitos, de modo resumido, são: a existência de uma Constituição Federal caracteristicamente rígida, a indissolubilidade do vínculo federativo, a autonomia dos governos subnacionais, a autonomia, a repartição constitucional de competências e a participação dos estados-membros na vontade federal (MENDES, 2011, p. 828).

Os subitens subsequentes revelarão uma análise mais aprofundada dos itens remanescentes supracitados, quais sejam os itens 2, 3, 4 e 6 mencionados por Raul Horta. Ademais, será analisada a existência de uma Constituição Federal, como exigido pela tese de Gilmar Mendes com o objetivo de descrever o núcleo essencial da Federação, escopo deste trabalho.

2.2 – Existência de Constituição Federal

Como fundamento de validade das ordens jurídicas parciais e central, a Constituição Nacional confere unidade à ordem jurídica do Estado Federal com o intuito de traçar compromisso entre as pretensões de cada região e os interesses comuns às esferas locais em conjunto (MENDES, 2011, p. 829).

A Constituição Nacional é fundamento jurídico e instrumento regulador da Federação. A Constituição Brasileira é caracteristicamente rígida – ou super-rígida, como afirmam certos doutrinadores como Alexandre Moraes – e o princípio federalista constitui-se como cláusula pétrea prevenindo que a União transforme a Federação em Estado unitário (MORAES, 2003 p. 39; MENDES, 2011, p. 829).

No mesmo sentido, o voto do relator Ministro Sepúlveda Pertence da ADI 2.024 (DJ de 1º-12-2000) afirma:

“à rigidez da Constituição Federal total, e à garantia de sua efetividade por um mecanismo eficaz – ao que parece, universalmente, de caráter jurisdicional – dedicado ao controle de constitucionalidade, perante ela, das normas do ordenamento central e dos ordenamentos territorialmente descentralizados”. ADI 2.024 (DJ de 1º-12-2000). Relator: Ministro Sepúlveda Pertence.”

2.3 – Indissolubilidade do vínculo federativo

Na medida em que os Estados-membros não são soberanos, a inexistência de direito de secessão ou seja, a impossibilidade do desligamentos dos Estados da União é assertiva encontrada frequentemente em textos constitucionais, não sendo diferente do caso brasileiro cujo art. 1º, *caput* da Constituição Federal Brasileira de 1988 afirma (MENDES, 2011, p. 831):

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela **união indissolúvel** dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:” (grifo nosso)

Uma vez que são desprovidos de soberania, os Estados-membros não podem se desligar da União. A constituição prevê uma corte nacional com competência para dar manutenção à paz e integridade do Estado quando surgirem conflitos entre Estados-membros ou entre estes e a União. O Estado Federal, falhando a solução judiciária, ou não sendo conflito de ordem jurídica, ainda dispõe do instituto da intervenção federal com o intuito de se autopreservar da desagregação e garantir a autoridade da Constituição. A intervenção federal traduz-se na suspensão temporária das normas constitucionais que asseguram a autonomia da unidade que é atingida pela medida (MENDES, 2011, p. 831).

2.4 – Soberania e autonomia

Em julgamento da ADI 2.2024-2, DJ de 1-12-2000, no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sepúlveda Pertence, cuidando da cláusula pétrea da forma federativa de Estado, asseverou que esta “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” (MENDES, 2011, p. 828).

A soberania é atributo do Estado Federal como um todo, mas os Estados-membros dispõem de característica distinta: a autonomia, que importa, necessariamente, na descentralização de poder tanto administrativa como política. A autonomia política de cada Estado-membro lhe concede o poder de conceber uma Constituição, devendo, contudo, por não ser soberano, atender as diretrizes da Constituição Federal, que atua como fundamento de validade das ordens jurídicas parciais e instrumento regulador da Federação (MENDES, 2011, p. 828).

Regra fundamental do Estado Federal consiste em atribuir aos Estados federados o poder de auto-organização para exercer a autonomia constitucional nesta atividade organizatória (HORTA, 2002, p. 469).

A Constituição Federal defere ao Estado o poder de auto-organização ao expedir normas que configuram a organização federal, designando como fontes do poder autônomo de organização a Constituição estadual e as leis estaduais. É neste cerne de organização própria que situa-se a autonomia do Estado-Membro (HORTA, 2002, p. 329).

Os Estados-Membros não são apenas partes constituintes da República Federal, posto que o conceito básico de autonomia que detém pressupõe o poder de direito público mas não soberano, em virtude de direito próprio para estabelecer regras jurídicas obrigatórias. Ademais, os Estados Federados possuem personalidade de direito público, vontade independente e capacidade de ação (HORTA, 2002, p. 329).

No mesmo sentido, José Afonso afirma que a autonomia política dos entes federados se configura como extremamente necessária e significa a capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências determinado pelo poder

soberano. A autonomia do Estado-membro é caracterizada por sua capacidade de auto-organização, autogoverno e autolegislação (SILVA, 2011, p. 100).

A auto-organização dos Estados membros, consagrada no art. 25, *caput*, CF, compreende a sua capacidade de elaborar a sua própria norma fundamental respeitando os ditames da Constituição Federal de 1988 (MENDES, 2011, p. 871).

No entendimento de José Afonso, admite-se um “espaço constitucional subnacional”, ou seja, existe um constitucionalismo dual dado a possibilidade de existência da Constituição Federal e, limitada por esta, de uma Constituição Estadual (SILVA, 2011, p. 100).

Como decorrência direta da auto-organização, está a capacidade de autolegislação que permite aos Estados editar e reger-se por leis próprias respeitando, sempre, os princípios da Constituição Federal de modo a esperar-se certa simetria com o modelo federal (SILVA, 2011, p. 101).

A capacidade de autolegislação somente pode ocorrer de acordo com as divisões de competência delineadas pela Constituição Nacional, ou seja, a autolegislação compreende o exercício das competências constitucionais próprias abrangendo a edição de normas próprias cuja competência é atribuída constitucionalmente (SILVA, 2011, pág. 101). Já autogoverno compreende a capacidade da população de eleger seus dirigentes políticos centrais (TAVARES, 2010, p. 1273).

2.5 - Repartição de competências

Como sustentado acima, na Federação a soberania é atributo do Estado Federal como um todo enquanto que os Estados-membros dispõem de autonomia. A autonomia política de cada Estado-membro lhe concede o poder de conceber uma Constituição, devendo, contudo, atender a diretrizes da Constituição Federal, que atua como fundamento de validade das ordens jurídicas e instrumento regulador da Federação (MENDES, 2011, p. 829).

Desse modo, há mais de uma ordem jurídica incidente sobre o mesmo território e as mesmas pessoas no Estado Federal, o que torna a repartição de competências entre as esferas da Federação instrumento para favorecer a eficácia

da ação estatal e evitar conflitos. A Constituição estabelece a atribuição a cada ordenamento da matéria que lhe é própria e o modo como se repartem as competências indica que tipo de federalismo o país adota (MENDES, 2011, p. 829).

A repartição de competências é determinante para acentuar a centralização mantendo na União a concentração da maior soma de poderes e competências (federalismo centrípeto) ou consagrar a descentralização, ampliando os poderes estaduais e reduzindo os centrais (federalismo centrífugo) ou, ainda dosar as competências federais, estaduais e municipais de modo a instaurar o equilíbrio entre o ordenamento central da Federação e os ordenamentos parciais (federalismo de equilíbrio), como é a tendência dominante na Constituição Federal de 1988 (HORTA, 2002, p. 456).

Nos dizeres do autor Raul Machado Horta, a repartição de competências reclama algumas modificações que visem ampliar o campo da legislação concorrente eliminando, desta forma, as contradições que subsistem no quadro da competência legislativa da União (HORTA, 2002, p. 457).

Como fundamento do Estado Federal, a repartição de competências entre a União e os Estados-membros origina uma estrutura estatal complexa que apresenta aspectos unitário e federativo (SILVA, 2011, p. 101). Unitário posto que possui um único território submetido ao poder da União no exercício da competência federal, ainda que seja dividido entre os Estados membros (SILVA, 2011, p. 101).

Ademais, possui aspecto federativo ou associativo porque cabe aos Estados federados participar na formação da vontade dos órgãos federais e também porque lhes é outorgada competência para dispor das matérias definidas pela Constituição para incidir nos respectivos territórios e pessoas que o habitam. (SILVA, 2011, p. 101)

Desse modo, é instituído no Estado federal um sistema dual, ou seja, duas esferas governamentais sobre o mesmo território e sobre a mesma população: da União e de cada Estado federado. No Brasil, há ainda a esfera governamental dos Municípios (SILVA, 2011, p. 101).

Na vigente constituição nacional, a repartição de competências observa essencialmente dois sistemas que opõem modelos relevantes para a análise. De um lado, há o modelo vertical e horizontal, neste (“horizontal”) se verifica a ocorrência

entre os entes federativos posto que cada ente exerce as atribuições nos limites fixados pela Constituição sem relação hierárquica ou de subordinação.

Já no modelo vertical, uma mesma matéria é partilhada entre os diferentes entes federativos havendo, no entanto, uma relação de subordinação no que tange a sua atuação (ex.: *competência da União para fixar normas gerais*) (MENDES, 2011, p. 830).

Por outro lado, tem-se o sistema que configura os modelos de “interesse peculiar/predominante” e “expressa indicação constitucional” em que, no primeiro, a competência para atuar em determinada matéria decorre da compreensão de sua específica dimensão para o caso, ou seja, se é de predominante interesse geral da nação (competência será da União), ou regional (competência estadual) ou mesmo local (competência local), seguindo, portanto, o princípio político-filosófico geral de qualquer federação (MORAES, 2004, p. 293).

No segundo, é estabelecido um sistema expresso de distribuição das diversas competências, que se materializam independentemente de qualquer eventual controvérsia sobre a natureza predominante do interesse subjacente (MORAES, 2004, p. 293).

Na Constituição Federal de 1988, embora operem de modo eventual ambos os modelos referidos, é observada uma nítida predileção ao modelo horizontal em face do vertical, e pelo modelo de “expressa indicação constitucional” em face do modelo de “interesse peculiar/predominante” que pode ser verificado no próprio texto constitucional. (SILVA, J.A, 2011, p. 478)

No plano jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, em AC-1.255 do relator Ministro Celso de Mello, DJ, 22.06.2006 afirma que:

“a corte Suprema fixou ausente a presença de norma constitucional inequívoca sobre a fixação de competência entre os entes federados e, havendo conflito de interesses federativos, tem-se a “aplicação do critério preponderante de interesse” como campo próprio para a resolução do caso”.

2.5.1 – Legislação concorrente e exclusiva

A importância da repartição de competências reside no fato de que ela vai desencadear as regras de configuração da União e dos Estados. A forma mais

evoluída de repartição de competências no moderno Estado federal compreende dois segmentos fundamentais: a legislação exclusiva da Federação e a legislação concorrente, de competência mista explorada pela União e Estados-Membros conforme regras estabelecidas pela Constituição (HORTA, 2002, p. 313).

Neste caso, a legislação federal, pela terminologia jurídica de serem “normas gerais”, não é exaustiva sendo, conceitualmente, uma legislação incompleta. Desse modo, permite-se que a legislação estadual expeça normas autônomas, partindo da legislação federal de normas gerais e ajustando-se às exigências variáveis e as peculiaridades locais do ordenamento jurídico de cada Estado-membro (HORTA, 2002, p. 347).

É da natureza das normas gerais a não exaustão de seus preceitos a fim de permitir seu preenchimento pela via da legislação complementar estadual. A ampliação do campo da legislação comum é adequada aos Estados Federais de dimensão continental, como o Brasil, em que as unidades federadas não se apresentam homogêneas e exibem grandes disparidades de estrutura econômica, social, financeira e administrativa (HORTA, 2002, p. 314).

A importância da legislação concorrente reside no fato de propiciar um efetivo exercício da autonomia dos Estados-membros sem afetar a unicidade da Federação, desde que sejam respeitadas normas gerais estabelecidas pela Constituição Nacional.

Deste modo, as normas gerais visam manter a unicidade do Estado Federal sem que se retire o exercício efetivo da autonomia dos Estados-membros. Este entendimento reforça papel determinante que o item repartição de competências possui, posto que possibilita um dos propósitos da forma Federada de Estado, que seja a pluralidade dos Estados-membros na unidade Federal.

2.5.2 - Repartição de competências no Brasil

A repartição de competências é técnica que, a serviço da pluralidade dos ordenamentos do Estado Federal, mantém a unidade de duas tendências contraditórias: a tendência à unidade e à diversidade (HORTA, 2002, p. 341).

É coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal e sua reformulação no Brasil reclamou uma descentralização legislativa que, à época, se concentrava de modo exagerado na União. De modo técnico, essa descentralização se realizaria ampliando-se as matérias da legislação comum à União e aos Estados-Membros, sendo deferido à União a legislação de normas gerais e aos Estados a legislação complementar da legislação federal. O constituinte federal brasileiro se inspirou no federalismo de equilíbrio de modo que o exercício dos poderes federais não inibissem o florescimento dos poderes estaduais (HORTA, 2002, p. 311).

Como exigência da estrutural federal, a repartição de competências assegura o convívio dos ordenamentos que compõem o Estado Federal. Conforme as normas estabelecidas na Constituição Federal, a forma federal corresponde ao Estado composto e plural, fundado na composição de vários Estados, cada um possuindo ordenamento jurídico, político e constitucional próprio.

A reformulação da repartição de competências, realizada na Constituição Federal de 1988, introduziu no federalismo brasileiro a repartição de competências em caráter inaugural que abrange cinco distintos planos, transcrito in verbis, (HORTA, 2002, p. 348)

“I – competência geral da União (art. 21, I até XXV); **II** – competência de legislação privativa da União (art. 22, I a XXIX, parágrafo único); **III** – competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, I a XII, parágrafo único); **IV** – competência de legislação concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, I a XVI, §§ 1º, 2º, 3º e 4º); **V** – competência dos poderes reservados aos Estados (art. 35, §1º, e 125, §§ 1º, 2º, 3º e 4º);” (HORTA, 2002, pág. 348)

Neste modelo, a repartição de competências abrange o conjunto orgânico da República Federativa, ultrapassando o campo de organização da União e atingindo também os Estados (HORTA, 2002, p. 348).

A competência geral da União é amplíssima por conta da múltipla dimensão dos poderes federais e da diversidade da matéria que depende da atividade e impulso do titular do ordenamento central. A competência legislativa da União

integra os preceitos autorizativos e declaratórios da competência geral – através da lei e da norma por meio dos órgãos de manifestação da vontade legislativa – de modo que a competência geral permaneceria inânime, desprovida de ação e vontade sem a correspondência da competência de legislação (HORTA, 2002, p. 348).

O terceiro plano de repartição de competências é ocupado pela competência comum. Esta exerce a lista de obrigações e deveres indeclináveis do Poder Público em relação às instituições, condensando preceitos e recomendações direcionados à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, manifestando as intenções programáticas do constituinte. São regras reunidas num conjunto não uniforme, não são exclusivas nem dotadas de privatividade devendo constituir objeto de preocupação dos quatro níveis de Governo (HORTA, 2002, p. 354).

Já a repartição no plano da competência de legislação concorrente da União, dos Estado e do Distrito Federal, tratou-se de inovação relevante ao lhe ser conferido autonomia material e formal, o que superou a tímida competência supletiva ou complementar das Constituições anteriores à de 1988 (HORTA, 2002, p. 354).

A legislação concorrente amplia a competência legislativa dos Estados. Deste modo, fica encarregada de afeiçoar a legislação estadual às particularidades locais superando a uniformização simétrica da legislação federal (HORTA, 2002, p. 356).

Ademais, repartição de competências concorrentes cria outro plano jurídico dentro do Estado Federal, gerando o ordenamento misto, constituído pela legislação do titular do ordenamento central e do titular dos ordenamentos centrais, na sua área de competência (HORTA, 2002, p. 356).

A nova repartição de competências da Constituição de 1988 fortaleceu os poderes estaduais mas sem conduzir ao enfraquecimento dos poderes federais. Além disso, constitui numa tentativa para superar o federalismo hegemônico da Constituições de 1934, 1946 e de 1967, data esta em que alcançou seu apogeu (HORTA, 2002, p. 360).

Se a superação do federalismo hegemônico se concretizar, a nova repartição de competências implantará o federalismo de equilíbrio, transformando em real a concepção federal modelada pela Constituição normativa. Tal anseio para assegurar a permanência estável da concepção constitucional, depende da obediência comum

da União e dos Estados ao **princípio da fidelidade federal**, ao qual a doutrina alemã considera como o princípio central da ordem constitucional federal (HORTA, 2002, p. 360).

2.6 - Organização bicameral do Poder Legislativo da União

A participação dos Estados-membros na vontade federal, que se expressa por meio das lei, historicamente foi concebida no Senado Federal que, em atendimento ao princípio da igualdade jurídica dos Estados-membros, tem representação paritária dos Estados-membros, servindo também para balancear a vantagem dos Estados mais populosos na Câmara dos Deputados (MENDES, 2011, p. 830).

A necessária representação das vontades parciais na feitura de lei de alcance federal ocorre no Senado Federal. Contudo, pelo fato de haver o “esquecimento” quanto à necessidade da proximidade entre o senador e o governador para se tornar efetiva a participação dos Estados nas decisões tomadas pela Federação, a essencialidade do federalismo é afetada já que a integração do legislativo central pelos estados membros é essencial para que a Federação não seja uma declaração meramente formal (TAVARES, 2010, p. 1315).

O senador é agente dos interesses estaduais, mas ao ser eleito pelo povo, podendo ser de partido diferente ou até oposto ao do governador, há uma quebra de seu efetivo papel em que o mesmo senador termina agindo como um representante da vontade popular (TAVARES, 2010, p. 1315).

2.7 – Análise do elemento fundamental

Em vista dos cinco elementos analisados dos itens 2.1 a 2.5, cabe ressaltar as considerações acerca da repartição de competências, que demonstra ser o pilar essencial da conceituação da Federação de modo geral, como também do caso brasileiro pelos argumentos a seguir apresentados.

Com relação à exigência de uma Constituição Federal rígida, esta configura-se como fundamento de validade e instrumento regulador da Federação além de

traçar compromissos entre as pretensões de cada região e interesses comuns das esferas locais (MENDES, 2011, p. 829).

É inegável a importância de uma Constituição para a manutenção da Federação, contudo, apesar de ser elemento fundamental para a continuidade desta forma de Estado, a Constituição Nacional apresenta-se como elemento que assegura, protege, coordena e torna obrigatória os institutos do Estado Federal, apresentando-se, portanto, como instrumento e não como fundamento ou núcleo essencial da forma federada de Estado.

Ademais, a exigência de uma Constituição não se encontra dentre os oito elementos gerais de Raul Horta, apesar de ser apontada como elemento de elevada importância por Gilmar Mendes. Contudo, a importância da Constituição se deve essencialmente à instituição da forma federada de Estado e não à essência da Federação (MENDES, 2011, p. 829; HORTA, 2002, p. 348).

Cabe ressaltar que não se ignora a importância deste instituto para a continuidade da Federação. Como afirma o relator Ministro Sepúlveda Pertence na ADI 2.024 (DJ de 1º-12-2000), a rigidez da Constituição federal e a garantia de sua efetividade por um mecanismo eficaz é essencial para a manutenção da continuidade do vínculo federativo e como modo de conjugar e compromissar as pretensões de cada região, mas a conclusão que se chega é que a exigência da Constituição é essencial à *manutenção* da Federação, ou seja, não se configura como elemento essencial, posto que sua importância reside na manutenção deste.

O item indissolubilidade do vínculo federativo também não aparenta configurar-se como elemento essencial da Federação, posto que, havendo interesse em desligamento dos Estados-membros da União, já fica configurada a clara intenção de optar por outra forma de Estado, seja da unidade que queira desligar-se ou de um conjunto delas.

A impossibilidade do desligamento dos Estados-Membros da União é assertiva encontrada frequentemente em textos constitucionais e, apesar de relevante para a história do Brasil, que passou por tentativas sem sucesso de desligamentos de Estados, tal item apresenta-se voltado para a *manutenção* do vínculo federativo, e não como item *essencial* à Federação em si.

Já a autonomia dos Estados-membros consiste em elemento característico da Federação. É deferido pela Constituição Federal o poder de auto-organização aos Estados e, neste cerne de organização própria, situa-se a autonomia do Estado-Membro (HORTA, 2002, p. 329).

Como afirma Raul Horta, o poder de auto-organização é deferido pela Constituição Federal e traduz-se num conjunto de determinações ou delegações de competências dadas pela Constituição, ou seja, a autonomia dos Estados-Membros constitui-se como elemento característico do Estado Federal. Contudo a repartição de competências constitucionalmente prevista é a forma que *garante e torna possível* a autonomia dos Estados-Membros de acordo com as atribuições estabelecidas na Lei Maior (HORTA, 2002, p. 329).

No mesmo sentido, José Afonso afirma que a autonomia política dos entes federados se configura como extremamente necessária e significa a capacidade de autodeterminação dentro de um círculo de competências determinado pelo poder soberano (SILVA, 2011, p. 100).

A autonomia-política dos Estados-Membros é característica que lhe concede o poder de conceber uma Constituição própria e leis estaduais. Deve, contudo, atender a diretrizes da Constituição Federal, que atua como fundamento de validade das ordens jurídicas e instrumento regulador da Federação. A Constituição estabelece a atribuição da matéria que lhe é própria a cada ordenamento. O modo como se repartem as competências indica que tipo de federalismo o país adota.

Desse modo, é possível concluir que a autonomia dos Estados-membros é, inegavelmente, elemento característico e relevante dos Estados Federais, contudo, não apresenta-se como elemento do núcleo essencial do regime federativo posto que a atribuição constitucional de matérias próprias de cada ordenamento configura-se como diretrizes que devem ser atendidas por todos os Estados-Membros. Em outras palavras, a repartição de competências estabelecida constitucionalmente atua como fundamento de validade das ordens jurídicas estaduais.

Conclui-se que a autonomia dos Estados-Membros está inserida na repartição de competências prevista constitucionalmente, ou dela depende, pois, como afirma Raul Horta, a repartição de competências constitucionalmente prevista

é a forma que garante e torna possível a autonomia dos Estados-membros posto que aquela é o que garante e também torna esta possível. (HORTA, 2002, p. 329).

Já a soberania, atributo do Estado Federal como um todo, não é elemento exclusivo da Federação. Soberania não é elemento intrínseco e exclusivo da forma federada de Estado Nacional, posto que significa a não dependência ou subordinação de um Estado a outro. Como exemplo, a Confederação, outra forma política de Estado, é a união de Estados soberanos. Desse modo, soberania também é elemento que não constitui elemento nuclear e essencial do regime federativo.

Neste entendimento, a repartição de competências é o elemento nuclear da Federação, no sentido de ser o elemento pilar do regime federativo em que todos os demais elementos característicos dessa forma de Estado nele se inserem, dele dependem ou por meio dele se apresentam.

3. Teoria do Núcleo Essencial e Federação

Cabe agora relacionar a teoria do núcleo essencial apresentada no capítulo 1, juntamente com o elemento nuclear da Federação apontado no capítulo 2, de modo a chegar à conclusão do objeto deste trabalho, que seja, identificar o núcleo essencial do pacto federativo.

Tendo em vista a cláusula pétrea estabelecida no art. 60, §4º, I CFRB/88, uma das grandes relevâncias do assunto é observada diante da análise da constitucionalidade de projetos de emendas constitucionais, pois proíbe-se a apreciação de qualquer emenda tendente a abolir, mas, como assentado pela doutrina majoritária, não proíbe-se a apreciação de qualquer emenda que trate do assunto.

Isto posto, identificando o núcleo essencial da Federação é possível identificar o elemento nuclear sem o qual não existiria esta forma de Estado e, conseqüentemente, qual o limite e modificações que são possíveis de serem tratadas, de modo a não suprimir, violar ou alterar substancialmente o núcleo essencial do regime federativo, ou seja, sem desrespeitar a qualidade fundamental de Federação.

Este trabalho possui o mesmo escopo definido por Christine Peter Silva, que em sua obra procura determinar ou ao menos se aproximar do conteúdo essencial como uma tentativa de apaziguar o esvaziamento do conteúdo substancial do nosso Estado Constitucional de Direito, no nosso caso, a Federação, pela ação desmedida do legislador democrático (SILVA, C.O.P, p. 135, 2005).

3.1- Federação, elemento essencial e núcleo essencial no Brasil

Na ADI 2.2024-2, DJ de 1-12-2000, o Ministro Sepúlveda Pertence, do STF, cuidando da cláusula pétrea da forma federativa de Estado asseverou que esta “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” (MENDES, 2011, p. 828).

Como princípio constitucional relativo ao Estado Brasileiro, a forma federada do Brasil é constitucionalmente concebida como a união indissolúvel constituída por

Estados-membros dotados de autonomia, notadamente quanto ao exercício da capacidade normativa relativa às matérias reservadas à sua competência. O modo como ocorrerá a repartição de poderes depende da natureza da federação que o Estado Federal pretende adotar (SILVA J.A, 2011, p. 101).

Diante da análise do capítulo 2, a repartição de competências entre os membros da Federação apresenta-se como o fundamento que origina uma estrutura estatal complexa, podendo esta apresentar aspectos unitário e federativo (SILVA, 2011, p. 101).

Diante da complexidade do tema, serão a seguir analisadas as visões das teorias explicadas no capítulo 1 de modo a verificar qual delas se aproxima mais da exata definição do que seria o núcleo essencial da Federação.

3.2 - Aplicação das teorias do núcleo essencial à Federação

A repartição de competências, segundo a visão de Raul Horta e conforme anteriormente analisado no capítulo 2, é o elemento essencial da construção federal, a chave de sua estrutura e, devido à sua complexidade e importância, é o típico problema do Estado Federal. A Constituição Federal é a responsável pela repartição e esta definirá se o modelo federal terá uma tendência centralizadora, advinda da amplitude de poderes da União, ou descentralizadora, decorrente da atribuição de maiores competências aos Estados-membros (HORTA, 2002, p. 308).

Como postulado constitucional inerente, o núcleo essencial, no particular objeto deste trabalho, destina-se a evitar o esvaziamento constitucional do conteúdo fundamental da Federação em decorrência de restrições sem fundamento, desmesuradas ou sem proporção e, como já demonstrado no capítulo 1, a complexidade sobre a proteção do núcleo essencial gera posições dogmáticas não unívocas na doutrina e jurisprudência. Tais teorias serão abaixo demonstradas. (MENDES, 2011, p. 240)

3.2.1 – Teoria Absoluta

Pela Teoria Absoluta, o núcleo essencial da Federação é visto como unidade substancial autônoma que independe de qualquer situação concreta e estaria a salvo das eventuais decisões legislativas (SILVA, C.O.P, 2005, p. 136).

Seguindo a interpretação material adotada pela Teoria Absoluta, o núcleo essencial da Federação corresponderia à repartição de competências descrita na Constituição e esta seria um espaço não suscetível a qualquer intervenção estatal, regulação ou limitações (MENDES, 2011, p. 243).

Contudo, em correspondência ao conteúdo do capítulo 1, a fragilidade dessa teoria se deve ao fato que definir a repartição constitucional de competências como elemento mínimo essencial já se mostra desarrazoada pela própria afirmação, já que diversas modificações e a própria evolução constitucional demonstram que tal assunto não é insuscetível a regulações ou limitações (SILVA, C.O.P, 2005, p. 135).

Pela teoria absoluta, a repartição de competências seria um elemento permanente da Federação, consistindo num núcleo essencial resistente, inalterável, que não poderia ser afetado por qualquer decisão normativa, legislativa ou judicial mesmo que a medida, em *strictu sensu*, fosse adequada, necessária ou proporcional. (SILVA, C.O.P, 2005, p. 135)

Por esta teoria, a restrição aos elementos da Federação somente poderia ser realizada na parte não identificada como do núcleo essencial, sendo, portanto, insuscetível de ingerências estatais. A repartição de competências consistiria como “limite dos limites”, sendo que qualquer outra limitação à parte suscetível teria de ser justificável (BAQUER, 1988, p. 132).

De todo modo, mesmo que se tentasse buscar, dentro da repartição constitucional de competências, um elemento imutável e independente de eventuais decisões legislativas, o resultado seria uma fórmula vazia, dada a dificuldade – ou impossibilidade - em caracterizar, em abstrato, a existência desse mínimo essencial (MENDES, 2011, p. 242).

Dessa forma, por considerar como ilegítima qualquer limitação que atinja a repartição de competências constitucional sem atendimento a possíveis adequações que uma situação possa exigir, a teoria absoluta se mostra desarrazoada sob a justificação de que ela não compreende o campo de proteção

do direito que exige a adequação do conteúdo essencial com outros bens constitucionais que também possuem importância (MENDES, 2011, p. 242).

Além disso, como já afirmado, cabe compreender que a não afetação do núcleo essencial determinado por esta teoria não implica, necessariamente, na garantia da forma federada, posto que as modificações na parte “suscetível” podem implicar na lesão da própria forma de Estado, uma vez que a repartição de competências, apesar de se apresentar como elemento base da Federação, dele dependem ou decorrem outros elementos que também são de suma importância para caracterização e efetiva existência da Federação (LOPES, 2001, p. 190).

Sendo a repartição considerada o núcleo essencial imutável e único para qualquer situação, os outros elementos que compõem a Federação estariam suscetíveis à quaisquer modificações, o que poderia acarretar na própria descaracterização da forma de Estado (LOPES, 2001, p. 190).

3.2.2 – Teoria Relativa

Já de acordo com a Teoria Relativa, o núcleo essencial da Federação deve ser definido caso a caso por meio de um processo de ponderação entre meios e fins fazendo uso do princípio da proporcionalidade para aferir o exato núcleo essencial para cada caso (MENDES, 2011, p. 241).

Dessa forma, não haveria um núcleo essencial pré-estabelecido e imutável, já que esta teoria rejeita a ideia de um conteúdo essencial com contornos fixos e definíveis para o direito fundamental. Segundo este entendimento, seria por meio do processo de ponderação que chegaria-se ao mínimo não suscetível de restrição ou redução (MENDES, 2011, p. 241).

A proteção do núcleo essencial da Federação, segundo a Teoria Relativa, possui caráter meramente declaratório. A repartição constitucional de competências não se configuraria como elemento autônomo e fixo da Federação (MENDES, 2011, p. 241; SILVA- PETER, p. 136, 2005).

Esta linha de pensamento segue uma interpretação puramente formal, em que somente é possível conhecer o conteúdo essencial através da análise de interesses e valores de cada situação. Assim sendo, a repartição de competências,

apesar de inegável a sua condição de pilar de Federação, não consistira num elemento estável ou parte autônoma (LOPES, 2004, p. 08).

Seria possível a restrição e até mesmo a revogação do elemento essencial, que aqui seria a repartição de competências, na hipótese da medida se demonstrar necessária diante das ponderações realizadas (LOPES, 2004, p. 08).

Segundo Roberto Alexy, o conteúdo essencial, buscado em cada caso dentro da repartição de competências, corresponderia ao que resta após a ponderação feita em face de bens ou direitos que justificam a limitação (ALEXY, 2012, p. 302).

No mesmo entendimento, Gilmar Mendes afirma que o conteúdo é variável caso a caso devendo haver um processo de ponderação entre meios e fins por meio do uso do princípio da proporcionalidade para correta aferição do núcleo essencial (MENDES, 2011, p. 242).

Desse modo, a repartição de competências possuiria um elemento essencial diferente a depender de cada situação apresentada e a limitação e o conteúdo poderia ser limitado sob o amparo do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, sendo tal limite considerado correto desde que razoavelmente justificável na necessidade de preservação de outros bens protegidos constitucionalmente. (MARTINEZ, 1997, p. 22).

A fragilidade da Teoria Relativa é facilmente verificada pela sua extrema flexibilidade posto que, ao se verificar o núcleo essencial da Federação caso a caso, poderia descaracterizar o próprio instituto como princípio central do sistema constitucional (MENDES, 2011, p. 242).

Com a possibilidade da limitação total da repartição de competências, elemento essencial da Federação, fica claro que esta forma de Estado ficaria descaracterizada. A possibilidade de restrição do conteúdo essencial dependente tão somente dos interesses das partes em conflito se mostra claramente desarrazoada (MENDES, 2011, p. 242).

Ademais, a crítica à teoria relativa aponta que o conteúdo essencial não pode ser determinado para todo e qualquer caso em definitivo. Havendo a possibilidade de restrição permanente do elemento apontado, a flexibilidade exacerbada à determinação do conteúdo essencial acaba por descaracteriza-lo como princípio central do sistema constitucional. (MENDES, 2011, p. 242).

3.3 – Sentido Objetivo e Subjetivo

Aqui verifica-se qual interpretação deve ser dada quanto ao exato significado do princípio da proteção do núcleo essencial. A interpretação em sentido objetivo pretende assegurar a intangibilidade objetiva de uma garantia dada pela Constituição, em que é considerado, conforme anteriormente analisado, lícita a limitação ao elemento fundamental em casos individualizados (SILVA, C.O.P, 2005, p. 136).

De modo objetivo, a proteção do núcleo essencial pretende proteger a instituição objetiva abstrata – de modo que se aproxima à teoria relativa – e não como proteção singular, individualizada. Desse modo, seria possível a afetação da instituição em um caso individual sem que isso consista na afetação do núcleo essencial da Federação, desde que a instituição de modo objetivo continue vigendo (MENDES, 2011, p. 243)

Já a teoria subjetiva, por igual conforme já analisamos, se correlaciona com a teoria absoluta, por considerar que qualquer incidência sobre o conteúdo essencial é inconstitucional mesmo que a limitação se manifeste apenas em casos individuais em situações concretas (MENDES, 2011, p. 243).

3.4 – Problemática da fragilidade das teorias e divergências teóricas

Apesar das teorias procurarem assegurar uma maior proteção aos direitos fundamentais na medida em que buscam preservar a existência de um núcleo mínimo protegido contra a ação legislativa, segundo afirmação de Gilmar Mendes, a fragilidade da teoria absoluta coincide com a relativa, posto que nenhuma das concepções efetivamente esclarece com segurança o significado ou o conteúdo mais ou menos preciso do núcleo essencial (SILVA-PETER, 2005, p. 136).

Pelo fato das referidas acepções não lograrem êxito em esclarecer o conteúdo preciso do núcleo essencial, diante da complexidade que o tema traz e as posições dogmáticas não unívocas na doutrina e jurisprudência sobre a proteção do núcleo essencial, Gilmar Mendes, afirmando o aspecto pluridimensional do tema, reconhece tanto o aspecto subjetivo quanto o aspecto objetivo na análise do núcleo

essencial, concluindo que as variantes de interpretação devem ser vistas conjuntamente num raciocínio de ampliação e não de exclusão (MENDES, 2011, p. 243).

Ademais, a convicção da existência de direitos que não são relativizados nem sob circunstâncias mais extremas não pode ser válida a partir da perspectiva do direito constitucional. Desse modo, conclui-se que a garantia do conteúdo essencial fornece mais uma razão da vigência da máxima da proporcionalidade (MENDES, 2011, p. 243).

3.5 – Da defesa da teoria mais cabível

Diante de toda a análise descrita, cabe determinar que, a despeito da teoria absoluta ser a mais adotada pelos doutrinadores, segundo dispõe Christiane Peter em sua obra, a teoria relativa parece ser a mais adequada para atingir o objetivo de determinar o núcleo essencial da Federação (SILVA, C.O.P, 2005, p. 136).

Contudo, cabe determinar que tal teoria deve ser aplicada segundo a visão de Gilmar Mendes e Robert Alexy, ou seja, deve ser feito um processo de ponderação fazendo uso do princípio da proporcionalidade, sendo que o núcleo essencial corresponderia ao mínimo não suscetível de modificação baseado em tal processo de ponderação (MENDES, 2011, pág. 242 ; ALEXY, 2012, p. 302).

Além de fazer uso do princípio da proporcionalidade no processo de análise, tanto a interpretação objetiva quanto a subjetiva devem ser usadas para aferição do núcleo essencial, posto que, no entendimento de Gilmar Mendes, afirmando o aspecto pluridimensional do objeto em análise e reconhecendo que tanto o aspecto objetivo quanto o subjetivo podem ser verificados na Federação, é possível concluir que as variantes de interpretação devem ser vistas conjuntamente num raciocínio de ampliação e não de exclusão.

Já é possível aferir que o núcleo essencial da Federação encontra-se dentro do elemento repartição de competências, posto que esta característica, segundo afirma o renomado autor Raul Horta, é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal.

Desse modo, a repartição de competências deve ser analisada de acordo com a Teoria Relativa, através do processo de ponderação pelo uso do princípio da

proporcionalidade, juntamente com as interpretações subjetiva e objetiva numa relação de complementariedade.

CONCLUSÃO

Como conclusão deste trabalho, considera-se a posição de Christine Peter, ao afirmar que o princípio da proteção do núcleo essencial não é consagrada expressamente no texto constitucional, mas constitui postulado constitucional inerente que se destina a apaziguar o esvaziamento do, no caso em estudo, conteúdo fundamental da forma Federativa do Estado Brasileiro por consequência de eventuais restrições descabidas ou desproporcionais (SILVA, C.O.P, 2005, p. 135).

Não há dúvida de que forma federada de Estado considerada como cláusula pétrea consagrada pelo art. 60, §4º, I da CRFB/88 não obsta modificações, alterações da redação do texto constitucional, posto que o que a cláusula pétrea objetiva evitar é a ruptura desta estrutura. Desse modo, seria possível que o poder reformador incidisse e modificasse os elementos característicos da Federação, desde que seu conteúdo essencial não fosse alterado de modo a descaracterizar tal forma de Estado.

Como afirma José Afonso da Silva, a repartição de competências apresenta-se como elemento pilar da Federação. Do mesmo modo, o renomado autor Raul Horta considera tal elemento como essencial para construção da Federação mas também afirma que, devido a sua complexidade, é o típico problema do Estado Federal. (SILVA, 2011, p. 101; HORTA, 2002, p. 308)

Contudo, no decorrer do presente trabalho, fica demonstrado que a repartição de competências, apesar de ser elemento central da Federação – posto que todos os demais elementos dela dependam ou decorram – não apresenta-se em sua totalidade como o núcleo essencial, posto que são possíveis modificações na distribuição de competências constitucionalmente definidas.

Ao serem apresentadas as teorias, Christine Peter Silva considera a teoria absoluta como a posição dominante, defendendo que o conteúdo essencial seria sempre o mesmo, não suscetível a intervenções estatais. (SILVA, C.O.P, 2005, p. 136).

No entanto, núcleo essencial não deve ser visto de forma unicamente absoluta ou objetiva pela difícil delimitação, em abstrato, de um conteúdo fixo de núcleo essencial e pelo fato da convicção extrema e impossível de ser relativizada

do núcleo essencial identificado afastar-se da perspectiva constitucional de validade. (SILVA- PETER, 2005, p. 137)

Como não é possível descartar a possibilidade de existir um interesse público em conflito no caso concreto que justificasse a modificação do que seria definido como imutável, não parece ser possível a adoção integral deste posicionamento, levando-se em conta as fragilidades já demonstradas.

Seguindo o entendimento de Peter Häberle, o conteúdo essencial não se traduz como elemento que pode ser definido por si próprio e independentemente do conjunto da Constituição e outros bens constitucionalmente reconhecidos. Uma vez que é apenas através do conhecimento dos conteúdos essenciais desses outros bens constitucionais é que seria possível atingir a definição do conteúdo essencial, numa relação de reciprocidade.

Destarte, a Teoria Relativa demonstra ser a mais adequada por considerar que somente é possível conhecer o conteúdo essencial diante da análise do caso concreto, de modo a ser mais flexível no caso de surgir um conflito de interesses que justifique uma determinada limitação.

No entanto, também não se demonstra possível considerar a posição unicamente relativista ou subjetiva por estas deixarem de sobremaneira flexível a possibilidade de afetação do instituto da Federação, de modo que acaba por descaracterizar tal princípio e instituto central definido na constituição. (MENDES, 2011, p. 242)

Tal fragilidade da Teoria Relativa, caracterizada por sua flexibilidade exacerbada, pode ser em tese corrigida pelo uso da correta interpretação.

A posição mais adequada para o caso demonstra ser a de Gilmar Mendes, por concluir que as variantes de interpretação – o sentido objetivo e subjetivo – devem ser vistas conjuntamente num raciocínio de ampliação e não de exclusão. (MENDES, 2011, p. 243)

Desse modo, considera-se que a garantia do conteúdo essencial deve conciliar tanto a dimensão subjetiva quanto a institucional. Tal fórmula conciliadora reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias e desarrazoadas, conforme preceito da teoria relativa. (SILVA, C.O.P. 2005, p. 137)

Robert Alexy reforça tal ideia ao considerar que a garantia do conteúdo essencial reduz-se ao princípio da proporcionalidade. Este, adotando a visão relativista, afirma que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais determinado pela Teoria Relativa e o princípio da proporcionalidade estão intimamente conectados. (ALEXY, 2012, p. 303)

Assim, a proporcionalidade deve ser interpretada adequando-se tanto a medida limitadora ao fim perseguido quanto a finalidade do que foi afetado por qualquer medida. Em outras palavras, a Teoria Relativa parece ser a mais adequada devendo ser interpretada não somente no sentido objetivo ou subjetivo, mas por ambos sentidos, seguindo o princípio da proporcionalidade, em termos de complementariedade. (MENDES, 2000, p. 245; MENDES, 2011, p. 243)

Não é cabível, contudo, concluir-se que o princípio da proporcionalidade possa ser usado como forma de tratar o assunto de forma demasiadamente abrangente ou genérica, posto que, como determina Gilmar Mendes, este deve ser utilizado atendendo a dois subprincípios: o da adequação e o da necessidade. Aquele exigindo que as medidas adotadas demonstrem ser aptas a atingir os objetivos pretendidos enquanto que este implica que nenhum meio menos gravoso poderá revelar-se igualmente eficaz na consecução do pretense objetivo. (MENDES, 2011, p. 257)

A utilização da proporcionalidade não demonstra ser descabida também pelo fato de o STF apontar a compreensão de tal princípio como postulado constitucional autônomo, ou seja, princípio geral de direito. Gilmar Mendes também ressalta a utilização do princípio da proporcionalidade na solução dos conflitos federativos. (MENDES, 2011, p. 245)

Em conclusão, a repartição de competências atende ao princípio corporativo territorial e, como afirma Raul Horta, verifica-se que é o requisito que condiciona a fisionomia de Estado Federado. Ademais, sob a atual visão de Rodrigo Mello, a repartição de competências também demonstra ser característica singular, necessária e igual a todos os modelos federativos. (HORTA, 2002, p. 307; MELLO, p. 7)

Portanto, sob o enfoque da perspectiva da constitucionalidade do sistema de repartição de competências e em face da teoria relativa, que demonstra ser a mais

adequada segundo o presente trabalho, a repartição de competências revela ser o elemento fundamental que deve ser analisado para buscar a solução de conflitos federativos, devendo, contudo, ser interpretada sob o enfoque conjunto do sentido objetivo e subjetivo regido pelo princípio da proporcionalidade.

Ressalta-se que cláusulas pétreas não são cláusulas de imutabilidade, o que na verdade elas protegem é o núcleo, a essência dos seus institutos. Nada impede que haja uma modificação ou que uma emenda traga algum reforço, alguma proteção para esse núcleo do art. 60, §4º, I da CRFB/88.

Desta maneira, é possível a alteração da repartição de competências constitucionalmente definida, posto que cada caso demonstrará qual será o elemento imutável, mas também deve ser analisada a necessidade do interesse público em conflito.

O que não se permite é restringir demasiadamente ou abolir as disposições porque isso sim afeta e prejudica o núcleo, a essência da forma federativa de Estado.

A repartição de competências é elemento complexo, não devendo ser rigidamente engessada sob o risco de afetar outros interesses relevantes. Tal elemento deve sempre manter a unidade de duas tendências contraditórias, como afirma Raul Horta: a tendência da Federação é a da unidade e a da diversidade. Diversidade de cada um dos ordenamentos que compõem o Estado Federal e a sua tendência à unidade correspondente, no Brasil, à União. (HORTA, 2002, p. 341)

Como conclusão deste trabalho, fica cristalino que o elemento pilar e central da Federação é a repartição de competências. Não por ser característica autônoma, independente e única na definição de tal forma de Estado, mas por todos os demais elementos dele dependerem ou dele decorrerem. Contudo, a definição exata do núcleo determinante e essencial da Federação, cuja proteção é determinada no art. 60, §4º, I da CRFB/88 deve seguir a vigência da proporcionalidade em um raciocínio de ampliação, levando-se em conta as variantes de interpretação.

Verifica-se a dimensão e complexidade que deve ser tratado a repartição de competências dos entes federados, para que nenhuma PEC viole ou altere substancialmente o núcleo essencial do pacto federativo.

Não é proibido que uma emenda constitucional modifique ou reforce a repartição de competências determinada pela Constituição de 1988, mas para proteger seu núcleo essencial, as variantes de interpretação devem ser estudadas seguindo o princípio da proporcionalidade, de modo que as eventuais limitações ou modificações não desrespeitem a qualidade fundamental da Federação e não afrontem a essência da cláusula pétrea definida na Lei Maior.

A questão da cláusula pétrea desse ser tratada do modo relativo, de forma que uma emenda constitucional que afetasse os temas protegidos de modo a “reduzir” sua tratativa no texto constitucional não seria necessariamente inconstitucional, posto que diante da análise realizada, pode ser que a limitação seja necessária para proteger demais institutos também assegurados.

Em outras palavras, o núcleo essencial é variável, a depender das circunstâncias da situação e dos institutos em conflito. Desse modo, a repartição de competências pode sofrer limitações restrições sem que, com isso, haja afronta à forma federada de Estado.

De modo mediato, este trabalho teve como escopo demonstrar a possibilidade de modificação da repartição de competências para solução de conflitos federativos. Em especial, o conflito de interesses e argumentos que são suscitados ao ser discutida a unificação de impostos como ICMS, IPI e ISS para tornar tal imposto único mais viável, justo e controlado.

A repartição de competências não é elemento imodificável, de modo que o que se busca demonstrar é que a autonomia dos Estados poderá manter seu equilíbrio sem nenhuma afetação constitucional ou afronta à cláusula pétrea caso tais impostos sejam unificados e cuja regulamentação se torne competência da União.

Os poderes estaduais não necessariamente serão conduzidos ao enfraquecimento como alguns criticam, em verdade, tal medida poderá favorecer a superação do federalismo hegemônico e a nova repartição de competência implantará o federalismo de equilíbrio, transformando em real a concepção federal modelada pela Constituição normativa na acepção de Raul Horta (HORTA, 2002, p. 360).

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. 2012. *Teoria dos Direitos Fundamentais – 2 edição.* São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira,* 2005. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005

FERREIRA, MANOEL GONÇALVES FILHO. 2008. *Curso de Direito Constitucional – 34 edição.* São Paulo : Editora Saraiva

HÄRBELE, Peter. 2002. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

HORTA, Raul Machado. 2002. *Curso de Direito Constitucional – 3 edição.* São Paulo : Editora Delrey 2002.

LOPES, Ana Maria D’Ávila. 2001. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2001

LOPES, Ana Maria, D’ Ávila. 2004. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.* Revista de Informação Legislativa, Brasília: out/dez.2004

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes / BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2011. *Curso de Direito Constitucional – 6 edição.* São Paulo : Editora Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional,* 2003 – 13º edição. São Paulo: Editora Atlas.

MARTÍN–RETORTILLO BAQUER, Lorenzo; OTTO y PARDO, Ignacio de. 1988. *Derechos fundamentales y Constitución.* Madrid: Civitas, 1988.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. 1997 *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

SILVA, Christine Oliveira Peter da e CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. 2010. *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2010.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. 2005. *Hermenêutica de direitos fundamentais.* Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso, 2011. *Curso de Direito constitucional positivo.* São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

STEINMETZ, Wilson Antônio. 2001. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. 2010. *Curso de Direito Constitucional – 8 edição.* São Paulo : Editora Saraiva, 2010.