

**Glauco Salomao Leite\*** (Brasil)  
**Luiz Guilherme Arcaro Conci\*\*** (Brasil)

## De árbitro a arquiteto: como o ativismo judicial pode redefinir o federalismo brasileiro?

### RESUMO

O texto discute o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) na remodelagem do pacto federativo, na medida em que tem reforçado a autonomia dos entes subnacionais em detrimento da tradicional centralização competencial no âmbito da União. Para tanto, resgata aspectos históricos que moldaram o federalismo brasileiro, destacando a importância das inovações da Constituição de 1988. Defende-se que, apesar de uma robusta jurisprudência a favor da União nos conflitos federativos, o ativismo judicial exercido pelo STF, no atual cenário, tem contribuído para uma redefinição das relações institucionais entre os entes federados, ampliando os espaços decisórios dos entes locais.

**Palavras-chave:** ativismo judicial; federalismo; pandemia da COVID-19.

---

\* Professor de Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (Mestrado e Doutorado). Professor de Direito Constitucional da Universidade de Pernambuco e da Universidade Federal da Paraíba. Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais e Cidadania da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Pernambuco (OAB/PE). [glaucosalomao@uol.com.br](mailto:glaucosalomao@uol.com.br) <https://orcid.org/0000-0001-5027-1106>.

\*\* Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde coordena o Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e é Professor Permanente do PEPG em Governança Global e Políticas Públicas Internacionais (*Stricto Sensu*). Professor Titular de Teoria do Estado da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. [lgaconci@puccsp.br](mailto:lgaconci@puccsp.br) <https://orcid.org/0000-0001-8502-8990>.

## **From arbitrator to architect: how can judicial activism redefine Brazilian federalism?**

### **ABSTRACT:**

The paper discusses the role of the Brazilian Supreme Federal Court (STF) in reshaping the federative pact, insofar as it has reinforced the autonomy of subnational entities to the detriment of the traditional centralization of powers within the federal Government. For this purpose, it describes historical aspects that shaped Brazilian federalism, highlighting the importance of the innovations of the 1988 Constitution. It is argued that, despite its solid jurisprudence in favor of the Union in federative conflicts, the judicial activism exercised by the STF, in the current scenario, has contributed to a redefinition of institutional relations between federated entities, expanding the decision-making spaces of local entities.

**Keywords:** Judicial activism; federalism; COVID-19 pandemic.

## **Vom Schiedsrichter zum Architekten: Wie der juristische Aktivismus den brasilianischen Föderalismus neu definieren kann**

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, welche Rolle das Oberste Bundesgericht (STF) bei der Umgestaltung des föderativen Pakts spielt, wenn es die Autonomie der bundesstaatlichen Instanzen zulasten der traditionellen Zentralisierung der Kompetenzen auf der Unionsebene stärkt. Vor dem Hintergrund der Verfassungsgeschichte des brasilianischen Föderalismus wird die Bedeutung der Neuerungen der Verfassung von 1988 herausgearbeitet. Dabei wird die Auffassung vertreten, dass bei Konflikten, die das Verhältnis zwischen Union und Bundesstaaten betreffen, trotz der soliden Rechtsprechung zugunsten der Union, der juristische Aktivismus des STF eine Neudefinition der institutionellen Beziehungen zwischen den Bundesstaaten herbeigeführt hat, womit der Entscheidungsspielraum auf lokaler Ebene erweitert wurde.

**Schlagwörter:** Juristischer Aktivismus; Föderalismus; Covid-19-Pandemie.

## **1. O movimento pendular do federalismo brasileiro**

O protagonismo judicial, especialmente com a pandemia da COVID-19 no Brasil, tem apresentado momentos muito interessantes para aqueles que analisam a performance judicial. Tais acontecimentos parecem ter trazido novos ingredientes que produzem um certo equilíbrio federativo, com empoderamento dos entes subnacionais.

Como pano de fundo, é importante destacar o ambiente de tensão existente entre os Governadores e o Presidente da República, especialmente em razão da condução, por parte deste último, desarticulada e contraditória na gestão da pandemia, perdendo o Governo Federal uma oportunidade importante para apontar

coordenação nesta relação e gerando mormente estresse e competição com os entes subnacionais (Estados-membros, Municípios e Distrito Federal). É verdade que, a um só tempo, o “pior líder mundial” no controle da crise sanitária e a liderança no movimento negacionista da própria pandemia<sup>2</sup> se negou a coordenar atividades de aproximação com os entes subnacionais. Por outro lado, as autoridades subnacionais têm implementado medidas de isolamento social e paralisação das atividades, como aulas, comércio, eventos e serviços (salvo as essenciais).

No plano federativo, e tendo em vista que também a federação opera em ciclos,<sup>3</sup> a depender dos respectivos contextos constitucionais em que nos encontramos se impõe mais centralização ou descentralização, a exigir reequacionamento dos espaços competenciais existentes para todos os entes federativos. Ocorre que a partir de determinados eventos estes espaços podem ser alterados sem planejamento algum, como atualmente se constata, não se podendo negar um grau importante de oportunismo nos federalismos, dado que seus movimentos, no mais das vezes, respeitam as vontades da sociedade por mais ou menos centralização, que não podem ser desprezadas.<sup>4</sup>

Sendo o modelo federal brasileiro marcado por intensa centralização, como veremos, se o comparamos a outros desenhos constitucionais, como o norte-americano, o argentino e o mexicano, por exemplo (aproximando-se mais dos dois últimos),<sup>5-6</sup> verifica-se que também estas outras fórmulas federativas passam por momentos pendulares de mais ou menos centralização.<sup>7</sup> Esses movimentos são usuais em pactos forjados a partir da história e dos contextos constitucionais em que se apresentam.

---

<sup>1</sup> Editorial Board, “Jair Bolsonaro risks lives by minimizing the coronavirus pandemic”, *Washington Post*, 14 de abril de 2020.

<sup>2</sup> Uri Friedman, “The Coronavirus-Denial Movement Now Has a Leader”, *The Atlantic*, 27 de marzo de 2020.

<sup>3</sup> Richard P. Nathan, “There will always be a new federalism”, *Journal of Public Administration Research and Theory* 16 (2006): 505.

<sup>4</sup> Nathan, “There will always be a new federalism”, 505.

<sup>5</sup> Peter Ward, Robert Wilson y Peter Spink, “Decentralization, democracy and sub-national governance: comparative reflections for policy-making in Brazil, Mexico and the US”, *Regional Science Policy & Practice* 2 (2010): 58.

<sup>6</sup> Antonio Hernández, *Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino* (Córdoba: Academia de Ciencias de Córdoba, 2009), 22.

<sup>7</sup> Ward, Wilson y Spink, “Decentralization, democracy and sub-national governance: comparative reflections for policy-making in Brazil, Mexico and the US”, 57. “The first major finding emerging from our examination of the evolution of federalism in the three countries over two centuries underscores those tensions and dynamics, alerting us to the dangers of assuming that decentralization is a linear process or that there is a single dynamic or pattern of its implementation: the history of federal systems is far from linear, is certainly not evolutionary, and is rarely stable”.

A tendência de um federalismo autoritário e centralizado, com acentuado poderio fiscal e político no governo federal<sup>8</sup> é a marca do modelo brasileiro, mas no atual momento se mostram movimentos a exigir que os entes subnacionais explorem com mais rigor as suas competências, de modo a criar um laboratório interessante para o nosso federalismo. Não quero dizer com isto que tanto melhor o pacto federativo quanto maior for a descentralização alcançada. Este é um equívoco bastante bem trabalhado desde há muito no Brasil.<sup>9</sup> A excessiva centralização também não o seria.<sup>10</sup> O que se defende, por conseguinte, tal qual experiências de federações com pactos federativos mais bem equilibrados (Canadá, Austrália, Alemanha e Suíça), é que se formem “verdadeiras redes que articularam os diversos níveis de governo (no sentido vertical), assim como as unidades subnacionais (governos, províncias, regiões e comunidades locais)”, para que tal união se ambiente em um cenário pródigo de “diversas associações da sociedade civil e de empresas”, fazendo com que “um amplo escopo de decisões e ações no campo das políticas públicas” não (sejam) “responsabilidade exclusiva de um dos níveis de governo”.<sup>11</sup>

Dada a eventualidade da situação que se apresenta, em que tais mudanças não são fruto de estudos e reflexões, mas de pressões momentâneas, o STF, mesmo contrariando sua tradicional jurisprudência centralizadora, tem desempenhado um papel de contraposição ao governo federal e demonstra, neste momento, um perfil de grande ativismo no espaço político de controle dos excessos de poderes da União Federal (controle vertical) e do seu Chefe de Governo, conseqüentemente.

Esta participação do STF vai ser analisada, mais à frente, no sentido de verificar seu protagonismo, seus limites e seu potencial como ente a arbitrar o pacto federativo em situação de alta pressão política e sanitária.

## 2. Entendendo o federalismo centralizador brasileiro

O desenho constitucional da federação brasileira, desde a sua formação, com o ato n. 1 do Governo Provisório, em 15 de novembro de 1891, acabou por sofrer importantes transformações, que passam por momentos de mais descentralização (1891-1930; 1946-1964) e outros de mais centralização (1930-1937; 1937-1945; 1964-1988). Estas fases, ainda que possam ser ainda subdivididas, estão bem marcadas na história constitucional brasileira.

<sup>8</sup> Marta Arretche, “Relações federativas nas políticas sociais”, *Educação & Sociedade* n.º 23 (2002): 28, doi: 10.1590/S0101-73302002008000003.

<sup>9</sup> Vitor Nunes Leal, *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil* (São Paulo: Alfa Omega, 1975). Trata sobre o excesso de poder na margem do federalismo brasileiro e os benefícios de alguma centralização.

<sup>10</sup> Levy Carneiro, *Federalismo e judiciarismo* (Rio de Janeiro: Alba, 1930), 160.

<sup>11</sup> Ernest Young, “Two Cheers for Process Federalism”, *Villanova Law Review*, n.º 46 (2001): 1353.

Nos últimos tempos, há um protagonismo saliente advindo da atuação dos Governadores e Prefeitos no planejamento, articulação e execução de medidas relacionadas ao combate da pandemia da COVID-19. Isso tem, de um lado, colocado os entes subnacionais em posição de destaque nas políticas públicas e ações administrativas em meio à crise sanitária, assegurando à descentralização político-administrativa própria ao federalismo dinamismo como há muito não se via, mas, por outro, também impulsionado conflitos constitucionais (e políticos) com o Governo federal.

Essa nova realidade demonstra como o federalismo – assim como tantas outras peças fundamentais da arquitetura constitucional brasileira – também está sujeito aos influxos sociais e políticos de cada tempo, os quais conferem vitalidade às previsões formais dos documentos constitucionais. De fato, apesar da tradição federalista, que remonta à Constituição de 1891, é certo que as relações entre a União e os entes subnacionais, bem como o grau de autonomia que estes possuem, têm oscilado ao longo de nossa história constitucional. O projeto centralizador, já bastante avançado desde o começo dos anos 1920, ganha força com a outorga da Constituição de 1937, em que é possível afirmar, inclusive, da suspensão da cláusula federativa, tendo em vista que no período entre 1937 e 1945 houve “intervenção federal” em todos os Estados-membros, tendo o presidente da república nomeado interventores que, por sua vez, repetiam o processo nos municípios,<sup>12</sup> pelo sistema da necessária confirmação dos mandatos dos então governadores pelo presidente ou da escolha dos interventores (arts. 176), e fazendo uso da prerrogativa de legislar por decretos (art. 181 da CF/1937).

De outra banda, em ambientes democráticos tem-se identificado maior inclinação a favor do federalismo e da descentralização que lhe é inerente, tal como se depreende da Constituição de 1946, e, principalmente, com a redemocratização do país a partir de 1985. Isso resultou em um novo modelo constitucional que buscou reforçar a descentralização, inclusive estimulando fórmulas de cooperação entre os entes subnacionais (art. 23, parágrafo único, CF/88) e buscando atenuar as assimetrias regionais (art. 3º, III, CF/88). Apesar do *espírito federalista*, a CF/88 ainda manteve uma estrutura bastante centralizadora, se levarmos em conta o extenso elenco de matérias incluídas nas competências legislativas da União (art. 22,

---

<sup>12</sup> Adriano Codato, “Os mecanismos institucionais da ditadura de 1937: uma análise das contradições do regime de Interventorias Federais nos estados”, *História São Paulo*, n.º 32 (2013): 195, doi:10.1590/S0101-90742013000200010. Expediente parecido já havia sido usado por Getúlio Vargas, entre 1930-1935, ainda que de modo mais reduzido e com outro intuito, pois “a intervenção de 1930 visa a desarticular as oligarquias estaduais, num contexto em que não é (ainda) possível destruir os partidos estaduais e encurtar os espaços institucionais de seus políticos profissionais. Já a intervenção de 1937 visa justamente ao oposto: articular as forças regionais, construindo, contra as velhas máquinas dos partidos oligárquicos e sem os trambolhos que os parlamentos federal e estadual representavam, uma forma de interação política diferente.

CF/88), bem como em suas competências administrativas (art. 21, CF/88). É certo que não se pode olvidar que foi desenvolvido um segmento com competências legislativas compartilhadas com os Estados-membros (art. 24, CF/88), assim como foram delineados os contornos das competências municipais, não obstante através do elástico e impreciso critério da predominância do “interesse local”. Além de esse arranjo já apontar para maiores poderes na esfera federal, também se identifica uma *interpretação centralizadora* por parte do STF ao aplicar essas regras nos conflitos federativos que precisa solucionar.<sup>13</sup>

O movimento de descentralização, como se vê, foi retomado com a Constituinte de 1987-88, pois o pacto formulado para a elaboração e promulgação da Constituição ressaltou, no plano textual, fórmulas de cooperação entre os entes regionais com o intuito de diminuir as assimetrias federativas e concretizar o princípio da solidariedade no plano institucional.<sup>14</sup> O processo de redemocratização, assim, abriu as portas para um federalismo cooperativo<sup>15</sup> e as cláusulas de redução das desigualdades (sociais e regionais, art. 3º. da CF) têm um papel importante nesse quadrante histórico. Significa dizer que o princípio da solidariedade entre os entes está exposto na CF/88 e reproduzido em diversas de suas passagens, mas as duas promessas ligadas à solidariedade e à redução das desigualdades regionais não foram concretizadas.

De toda sorte, é importante que se faça esta leitura do modelo federal brasileiro a partir de dois parâmetros: o primeiro diz respeito ao texto constitucional e ao formato de distribuição de competências e atribuições aos entes nacional e subnacionais. O segundo é a compreensão do quadrante fiscal, do federalismo fiscal brasileiro, a mostrar uma excessiva centralização de recursos no âmbito federal, como veremos.

### 3. Os paradoxos do federalismo de cooperação no Brasil

Sobre o texto constitucional, apresenta-se uma necessidade de maior aproximação competencial entre os entes da federação, conforme exposta no parágrafo único do artigo 23, que aposta na necessidade de que “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Nessas atividades de cooperação, os entes devem atuar conjuntamente, e não

---

<sup>13</sup> Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, *Jurisdição Constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF* (Rio de Janeiro: Elsevier, 2009).

<sup>14</sup> Celina Souza, “Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988”, *Revista de sociologia e política*, n.º 24 (2005). Interessa afirmar, especialmente para os leitores estrangeiros, que, apesar da mudança prometida, os estados-membros, historicamente, aprovaram constituições que acabaram por copiar o texto constitucional federal, numa demonstração de certa submissão.

<sup>15</sup> Gilberto Bercovici, *Dilemas do Estado Federal brasileiro* (Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005), 23-24.

de forma isolada. São competências comuns para as quais todos os entes devem executar parcela do todo como meio de atingir os resultados previstos no artigo 3º, que fixa os objetivos do Estado Social brasileiro. O Congresso Nacional, verificando a necessidade de que a cooperação seja formalizada mediante decisão sua, deve elaborar leis federais (Lei Complementar), que exigem quórum aumentado com relação às leis ordinárias, para estabelecer fórmulas de cooperação entre os entes. Tais leis não podem amesquinhar as competências dos entes federados, ainda que ausentes os meios para a realização dos fins planejados, e não podem, por óbvio, avançar sobre competências que não são da União Federal. Ademais, não devem servir para dar preponderância de um ente sobre outro, mas para estipular papéis definidos constitucionalmente de modo mais efetivo.

A fórmula desenhada no parágrafo único do artigo 23, acima referida, não serviu como se esperava. Até a presente data, passadas mais de três décadas da atual Constituição, somente uma Lei Complementar foi editada com fundamento no referido artigo, que trata de matéria ambiental (Lei Complementar 140/2001), o que demonstra a fraqueza de espírito cooperativo derivada de decisão do Congresso Nacional. Claro que não se nega a existência de outros mecanismos constitucionais, que servem também para agravar tal cooperação, como a distribuição de rendas entre os entes (Fundo de Participação dos Estados e Fundo de Participação dos Municípios, por exemplo), ou a criação de sistemas cooperativos de gestão de serviços (como o Sistema Único de Saúde e o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, por exemplo). Mas salta aos olhos a falta de decisões que concretizem tal espírito claramente presente na CF/88. E, na ordem política, o movimento para sua descentralização de políticas sociais dependeu da vontade do Governo Federal, mediante políticas suas, que reforçam o papel de executores pelos entes subnacionais e de elaboradores pelo poder federal.<sup>16-17</sup> A coordenação de tais políticas pelo Governo Federal se fez regra e as transferências federais para os demais entes, um instrumento importante para gerar homogeneidade em tais políticas.<sup>18</sup> Mas não se deu força ao papel de elaboradores de políticas públicas dos entes subnacionais.

Ainda no que se refere ao desenho constitucional, percebe-se que o conjunto de competências comuns distribuídas pela CF/88, previstas no artigo 24, apontam para um espaço de atuação que aprofunda as exigências de coordenação entre os entes. Nesta toada, Estados, Municípios e a União Federal têm de apontar estratégias de atuação que, ainda que gerem certos conflitos – já que terminarão por tratar de

<sup>16</sup> Arretche, “Relações federativas nas políticas sociais”, 45.

<sup>17</sup> Ward, Wilson y Spink, “Decentralization, democracy and sub-national governance: comparative reflections for policy-making in Brazil, Mexico and the US”, 58.

<sup>18</sup> Gabriela Spanghero Lotta, Renata Gonçalves e Marina Farkas Bitelman, “A coordenação federativa de políticas públicas: uma análise das políticas brasileiras nas últimas décadas”, *Cadernos Gestão Pública e Cidadania* 19 (2014): 7.

direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais –, terão impactos que claramente irão além das suas jurisdições. Na ordem da realidade, é neste espaço que os conflitos federativos podem se aprofundar em situações de crise, como a que vivemos atualmente, pois, ausente a necessidade de utilização de recursos financeiros para algumas destas decisões, as assimetrias e a dependência fiscais não limitam o uso de suas competências pelos entes subnacionais. Determinar restrições à circulação de pessoas e coisas, restringir horário de funcionamento do comércio e de atividades industriais ou de serviços, implementar multas pelo descumprimento de tais determinações, dentre outros, não implica em atividades que envolvam uso direto de recursos públicos; isto é: diferem daquelas que demandam compra de bens e serviços, por exemplo, estas sim a dependerem de uso direto de recursos.

Por outro lado, verifica-se um aprofundamento da assimetria financeira entre os entes da federação com a Constituição de 1988 e as mudanças fiscais produzidas, especialmente, a partir da década de 1990, tanto com a criação de novas contribuições sociais, que fazem parte das receitas não distribuídas entre os entes, quanto pela renúncia fiscal sobre impostos compartilhados, muitas vezes reguladas pela União Federal, mas a afetar diretamente os entes subnacionais. A autonomia financeira dos entes federativos é uma característica relevante do Estado Federal<sup>19</sup> e sem ela as assimetrias se revelam mais presentes e reduzem o poder decisório nos planos políticos e administrativo dos entes federados. Não estamos a dizer, que fique claro, que comungamos com ideias que conjugam obrigatoriamente mais descentralização com mais federalismo,<sup>20</sup> como sói ouvir-se corriqueiramente entre os fomentadores dos poderes periféricos em uma federação. Aliás, os expedientes de descentralização financeira são inclusive utilizados, habitualmente, em estados ditos unitários.<sup>21</sup> A nosso sentir, esta assimetria precisa ser vista em números, comparando a evolução do que se tem como receita tributária para os entes e, também, comparando com outras federações, dado que, do contrário, se pode falar em um “federalismo artificial”.<sup>22</sup>

No plano doméstico, deve-se ter em conta que em 1983 a União Federal ficava com 70% da receita pública disponível – aquela verificada após as repartições constitucionais. Desde então, passou-se a ceder aos Estados e Municípios parte dessa receita como forma de diminuição de assimetrias. No início dos anos 1990,

---

<sup>19</sup> Enrique Ricardo Lewandowski, *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil* (Belo Horizonte: Fórum, 2018), 87.

<sup>20</sup> Heleno Taveira Torres, *Direito constitucional financeiro* (São Paulo: Thomson Reuters, 2014), 255. Opina no mesmo sentido.

<sup>21</sup> OCDE, *Revenue Statistics 2019*, [https://www.oecd-ilibrary.org/sites/obbc27da-en/1/2/6/index.html?itemId=/content/publication/obbc27da-en&\\_csp\\_=fb150f38de3d79febo40c95e-33debb5&itemIGO=oecd&itemContentType=book](https://www.oecd-ilibrary.org/sites/obbc27da-en/1/2/6/index.html?itemId=/content/publication/obbc27da-en&_csp_=fb150f38de3d79febo40c95e-33debb5&itemIGO=oecd&itemContentType=book).

<sup>22</sup> Marta Arretche, “Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas?”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 11 (1996): 48; José Luis Bolzan de Moraes e Roberta Baggio, “Camineiro. Os limites da transição política e (alguns) os dilemas do federalismo brasileiro. Um olhar retrospectivo”, em *Dilemas na Constituição* por Alfredo Copetti Neto, George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite (Belo Horizonte: Fórum, 2017), 172.

Municípios e Estados detinham 45 % de participação na receita pública disponível. Os Municípios saltaram de 8,6 %, no começo dos anos 1980, para 15,8 %, em 1993.<sup>23</sup> Em 2013, a receita tributária disponível era de 58 % para a União e o restante para os Estados (22 %) e Municípios (20 %).<sup>24</sup> Em outras palavras: no período estudado se reforça a fórmula centralizadora e pouco solidária da federação brasileira, já que 3/5 da receita nacional fica em mãos da União Federal. No caso de outras federações, para se poder comparar, o Brasil somente é superado, em se levando em conta os dados da OCDE ao se referirem ao poderio fiscal central, pela Austrália (80,6 %), México (81,1 %) e Áustria (65,7 %). Nos demais casos, todos os entes nacionais se apropriam de menor parte de recursos fiscais disponíveis: Bélgica (51,4 %), Canadá (40,9 %), Alemanha (29,5 %), Suíça (36,5 %) e EUA (44,5 %).<sup>25</sup>

Há um terceiro aspecto que merece tratamento, que une os dois primeiros e diz respeito ao avanço da regulação federal sobre outros temas financeiros. Neste sentido, a partir da década de 1990 a intervenção da União Federal sobre os orçamentos dos entes subnacionais aumentou. A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101) fez com que todos os entes tivessem fixados limites de gastos, sob pena de sanção aos seus governantes. E as amarras para Estados e Municípios são ainda mais fortes que aquelas existentes para a União Federal.

Do que se apontou, verifica-se: a) que o rol de competências concorrentes, no plano legislativo, e comuns, no plano administrativo, são em grande número, propondo uma fórmula federativa de pacto territorial; b) o alto empoderamento fiscal da União Federal, por outro lado, impõe um excessivo fortalecimento de suas decisões, especialmente em temas de políticas públicas, para as quais os entes subnacionais passam a ser mais seus executores que seus formuladores.

#### **4. O papel do STF no federalismo brasileiro: de árbitro a arquiteto**

É no contexto descrito anteriormente que sobressai a recente posição do STF ao solucionar controvérsias relacionadas à pandemia da COVID-19 e que tem provocado importantes impactos nas relações entre os entes federados.

Como se tem verificado ao longo das últimas décadas, o STF assumiu considerável protagonismo no sistema constitucional brasileiro a partir da redemocratização. Ninguém mais ousaria afirmar que a Corte é uma instituição secundária ou

---

<sup>23</sup> Marcelo Figueiredo, “Federalismo x centralização: a eterna busca do equilíbrio - a tendência mundial de concentração de poderes na União”, em *As novas fronteiras do federalismo*, ed. por Monica Herman Salem Caggiano y Nina Ranieri (São Paulo: Manole, 2008), 134.

<sup>24</sup> José Roberto Afonso, “Pacto Federativo” (PowerPoints, 28 de abril de 2015), <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pacto-federativo/documentos/audiencias-publicas/JosRobertoAfonso.pdf>.

<sup>25</sup> OCDE, *Revenue Statistics 2019*.

coadjuvante na engenharia constitucional do país, muito menos um desconhecido.<sup>26</sup> Existe razoável consenso sobre o fato de que juízes e tribunais, nos mais diversos lugares pelo mundo afora, passaram a ocupar um lugar sobranceiro na definição de relevantes questões políticas, sociais, morais e econômicas. A *juristocracia*, portanto, é um fenômeno global, identificado em vários países europeus, inclusive do leste europeu, e na América Latina, por meio do qual existe um deslocamento sem precedentes de poderes decisórios das instâncias de representação política para os tribunais.<sup>27</sup>

Essa nova realidade tem suscitado intensos debates que giram em torno da legitimidade, autoridade e capacidade institucional dos tribunais. Se é certo que o STF apresenta em sua prática decisória significativos exemplos de decisões a favor de direitos individuais, liberdades públicas e proteção de minorias,<sup>28</sup> sobretudo quando se constata algum déficit de representatividade nos espaços tradicionais de representação política, o mesmo não se pode afirmar em relação às questões atinentes ao federalismo. Nesta seara, a Corte vinha apresentando sua parcela de contribuição na formatação de um federalismo centralizador. Ao dirimir os conflitos competenciais, observa-se, desse modo, uma nítida inclinação a favor da ampliação dos poderes da União em detrimento da autonomia estadual e municipal. Por isso, ao espírito federalista subjacente à CF/88 se contrapôs uma visão conservadora por parte do STF, causando verdadeira asfixia nos entes subnacionais.

Tendo isso em conta, os acontecimentos decorrentes da pandemia parecem ter trazido novos ingredientes que mudaram o equilíbrio federativo, deslocando o pêndulo na direção dos entes subnacionais. Essa nova dinâmica do federalismo foi impulsionada pelas divergências no enfrentamento da pandemia entre o presidente da república, refratário às políticas de isolamento social e defensor do retorno às atividades econômicas, e os governadores e prefeitos, que, em sua grande maioria, seguiam os protocolos internacionais da Organização Mundial da Saúde (OMS) no sentido de impor medidas restritivas e de isolamento.

Nesse ambiente de tensionamento federativo, acrescido da já enorme polarização política que atravessa o país nos últimos anos, o STF, contrariando sua tradicional jurisprudência centralizadora, deu início a uma série de decisões inovadoras. Em 15 de abril, e por unanimidade,<sup>29</sup> a Corte entendeu que as medidas tomadas pelo

---

<sup>26</sup> Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido* (Rio de Janeiro: Forense, 1968).

<sup>27</sup> Ran Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism* (Massachusetts: Harvard University Press, 2004); Siri Gloppen, Roberto Gargarella e Elin Skaar, *Democratization and the Judiciary: the accountability function of Courts in new democracies* (London: Frank Cass, 2004); Torbjörn Vallinder y Neal Tate, *The global expansion of judicial power* (New York: New York University Press, 1995).

<sup>28</sup> Glauco Salomão Leite, *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017), 137 e seg.

<sup>29</sup> ADI n. 5341, rel. Marco Aurélio, d.j. 15.04.2020.

Governo federal através da Medida Provisória 926/2020 não excluem a competência concorrente e suplementar dos estados e municípios em matéria de proteção à saúde pública, sendo legítima a destes últimos na adoção de medidas de isolamento e de suspensão das atividades e serviços, o que representou uma das mais importantes decisões da Corte rumo a um federalismo efetivamente descentralizado nos últimos anos. Com isso, o tribunal simultaneamente assegurou a decisão pela continuidade das políticas de isolamento e quarentena por parte dos estados-membros e municípios, e proibiu que o presidente da república decidisse unilateralmente em sentido contrário, caso pretendesse sustar os decretos estaduais. Essa decisão representou um marco no redesenho federalista. Com efeito, de um lado ela acentuou a autonomia decisória dos entes subnacionais, especialmente diante das omissões, atrasos e boicotes das autoridades federais no controle da pandemia. Por outro lado é importante perceber que sob a competência compartilhada em matéria de saúde pública existe uma enorme gama de assuntos que são por ela albergados, como a definição do que venham a ser atividades essenciais para fins de paralisação, restrições de viagens, requisições administrativas de bens e serviços, ou a decretação de *lockdown*.

Na mesma época o STF havia, ainda que indiretamente, reforçado os poderes locais ao julgar um caso envolvendo ações do Poder Executivo federal. De fato, enquanto estratégia para flexibilizar a política de isolamento social, foi divulgado vídeo nas redes sociais contendo a campanha publicitária “O Brasil não pode parar”. Através dela, pretendia-se estimular a população a retornar às suas atividades empresariais e profissionais, o que vinha sendo exigido abertamente pelo Presidente da República. Instado a se manifestar, o STF, através de decisão liminar do Min. Roberto Barroso, proibiu não apenas a veiculação dessa campanha publicitária, como determinou que o Governo não mais veiculasse mensagens que sugerissem o retorno das pessoas às suas atividades plenas ou, ainda, que expressassem que a pandemia constituiria evento de menor gravidade para a vida e saúde dos indivíduos.

Tais decisões precisam ser observadas em conjunto com outras que aliviaram as obrigações financeiras dos entes subnacionais e que sinalizam para um maior aporte de recursos diante da diminuição de receitas tributárias em razão da paralisação das atividades econômicas. De fato, antes mesmo de o STF proferir a decisão antes referida, a Corte havia julgado outras duas questões que produziram importantes reflexos na autonomia dos Estados e Municípios. A primeira delas consistiu na suspensão, mediante liminar concedida pelo Min. Alexandre de Moraes, do pagamento das dívidas públicas que os Estados mantêm com o governo federal pelo prazo de 180 dias. Assim, os recursos economizados passam a ser destinados a ações e serviços na área de saúde pública.<sup>30</sup> A título de ilustração, o total dessas dívidas supera a marca dos bilhões por Estado. Por mês, o Estado do Paraná deveria pagar uma parcela de 53 milhões de reais à União, enquanto que o Estado de São Paulo, um dos mais afetados pela pandemia, teria que desembolsar

<sup>30</sup> ACO n. 3367 e 3363, rel. Min. Alexandre de Moraes.

32 milhões de reais.<sup>31</sup> A segunda decisão, igualmente concedida por liminar do Min. Alexandre de Moraes,<sup>32</sup> flexibilizou dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal – que define critérios e restrições para gastos públicos – permitindo aos estados e municípios a criação de despesas públicas necessárias ao controle da pandemia, diante da gravidade de suas consequências e de sua imprevisibilidade. Em seu conjunto, tais decisões representam um sensível abrandamento das finanças estaduais e municipais para que possam priorizar as políticas sanitárias.

Em outra frente, a Câmara dos Deputados aprovou, em 13 de abril, projeto de lei que visa recompor as perdas fiscais que estados e municípios sofreram com a diminuição da arrecadação do ICMS e do ISS respectivamente, tributos que incidem sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços. Isso acentuou os atritos que já existiam entre o Governo e o Parlamento, tendo Jair Bolsonaro atacado Rodrigo Maia acusando-o de pretender derrubar seu governo.<sup>33</sup>

Em seu conjunto, a sequência dos fatos sugere um fortalecimento das competências constitucionais dos estados e municípios no sentido de um federalismo centrífugo – ao contrário do histórico federalismo centrípeta –, embora seja prematuro afirmar cuidar-se de uma tendência do pacto federativo brasileiro ou de uma solução temporária e contingencial.<sup>34</sup>

Seja como for, é evidente a participação do STF nesse processo de redesenho institucional do federalismo. A descrição dos aspectos históricos que permearam a formação do federalismo brasileiro, sua configuração no plano formal da CF/88, a jurisprudência da Corte nessa matéria e os influxos decorrentes da pandemia são cruciais para se compreender o ativismo judicial recentemente praticado. Se nos afastarmos de concepções que enxergam no ativismo judicial um comportamento abusivo e necessariamente ilegítimo, muitas vezes servindo apenas como categoria retórica para atacar decisões das quais discordamos – por razões as mais variadas possíveis –, é possível se seguir um roteiro epistemológico distinto e mais frutífero. Nesse sentido, assumindo uma abordagem *institucional*,<sup>35</sup> percebe-se que um comportamento judicial ativista tende a expandir os poderes das Cortes em detrimento dos de outras autoridades estatais. Em outras palavras: ao pretender decidir uma

---

<sup>31</sup> Dados disponíveis em: Fernanda Vivas y Mariana Oliveira, “Doze estados já conseguiram a suspensão das dívidas com a União por conta do coronavírus”, *GI*, 30 de marzo de 2020.

<sup>32</sup> ADI n. 6357, rel. Min. Alexandre de Moraes.

<sup>33</sup> Daniel Carvalho, Ricardo Della Coletta y Danielle Brant, “Bolsonaro acusa Maia de conspiração e diz que atuação do presidente da Câmara é péssima”, *Folha de S. Paulo*, 16 de abril de 2020.

<sup>34</sup> Marcelo Casseb Continentino y Ernani Varjal Medicis Pinto, “Estamos diante de um novo federalismo brasileiro?”, *Consultor Jurídico*, 18 de abril de 2020.

<sup>35</sup> Ernest Young, “Judicial activism and conservative politics”, *University of Colorado Law Review* 73, n.º 4, (2002): 1.139-1.216; Stefanie Lindquist y Frank Cross, *Measuring judicial activism* (Oxford: Oxford University Press, 2009); Bradley Canon, “Defining the dimensions of judicial activism”, *Judicature* 66, n.º 6 (1983): 236-247; William Marshall, “Conservative and the seven sins of judicial activism”, *University of Colorado Law Review* 73 (2002): 101-140.

controvérsia com independência, o tribunal amplia seu papel institucional frente a outras instâncias de poder. Seguindo o mesmo critério, Richard Posner<sup>36</sup> define “autorrestrição estrutural” como uma forma de recuo da Corte, abrindo espaços decisórios a favor de outras instituições e órgãos do Estado. Ativismo e autocontenção judiciais podem, portanto, ser vistos como *tipos ideais* que representam duas tendências da Corte e se manifestam em várias dimensões distintas. O enquadramento de determinadas decisões dessa Corte em uma ou outra categoria dificilmente se fará por completo, preferindo-se compreender tais fenômenos como um *continuum* entre dois polos antagônicos.

Disso resultam duas questões importantes para o tema ora analisado. Em primeiro lugar, o movimento na direção de mais ou menos ativista por parte de uma Corte se distingue conceitualmente da legitimidade de sua atuação em concreto. Isso quer dizer que apenas um olhar contextual, voltado à análise dos desenhos constitucionais particulares, permite concluir se a decisão judicial foi arbitrária ou legítima. Dessa maneira, uma ordem constitucional concreta pode, não só estimular, como exigir posturas ativistas do Poder Judiciário em determinadas circunstâncias. Como resultado, se nem sempre o ativismo resulta em abuso judicial, podendo ser uma exigência do próprio desenho constitucional, a autocontenção nem sempre reflete prudência e moderação, como se fosse o modelo ideal de postura judicial. Ao contrário: a adoção ampla do *self-restraint*, como se fosse o papel universalmente adequado de uma Corte num regime democrático, além de poder ser dogmaticamente ilegítima pode provocar prejuízos em setores onde a atuação expansiva da jurisdição constitucional tem sido decisiva na proteção de valores caros a um sistema constitucional, podendo se converter em omissão judicial inaceitável.

Em segundo lugar, práticas ativistas dependem da existência de determinados elementos institucionais, políticos ou culturais e, muitas vezes, são respostas a esses estímulos. Em outros termos: o ativismo judicial tende a se manifestar em um ambiente político-institucional favorável à expansão dos poderes decisórios das Cortes, especialmente quando tal expansão não põe em risco a sua própria independência institucional. Não basta, portanto, uma Corte pretender *ser* ativista. É preciso, também, *poder sê-lo*.

Tendo isso em vista, as decisões antes citadas do STF apontam para um movimento ativista no sentido de traduzirem uma nova interpretação que, a um só tempo, restringe poderes decisórios das autoridades federais (Governo e Congresso Nacional) e alarga os espaços de autonomia dos entes subnacionais. Se consideramos a postura de recalcitrância e incoerência das autoridades federais no combate à pandemia, não seria exagero afirmar que a Corte operou uma espécie de deslocamento de poderes do âmbito federal, quebrando sua tradicional hegemonia no federalismo brasileiro, para os Estados e Municípios, que passaram a ter, curiosamente, maior

---

<sup>36</sup> Richard Posner, “The meaning of judicial self-restraint”, *Indiana Law Journal* 59, n.º 1 (1983): 1-24.

protagonismo na crise sanitária. Como se vê, a Corte continua desempenhando um significativo papel estratégico na dinâmica de alocação de poderes entre os entes federais, ora com maior concentração na esfera federal, ora na direção oposta. E é esse movimento pendular, de idas e vindas, que exprime atitudes ativistas e de prudência institucional.

## Conclusões

Pelo que se expôs, percebemos como o federalismo brasileiro se tem reestruturado ao longo da trajetória política do país, marcada por períodos autoritários e tentativas de redemocratização. Nos diversos cenários, as relações entre os entes federativos têm se modificado, acompanhando os influxos do ambiente político e institucional de cada tempo histórico. Mesmo com a atual CF/88, que pretendeu reconfigurar o federalismo a partir de fórmulas de cooperação e compartilhamento de competências com os entes subnacionais, o certo é que no âmbito federal vinha sendo mantido perfil centralizador, não apenas em razão do extenso elenco de temas de sua competência, como também por força de seu poderio fiscal e orçamentário, que terminara por enfraquecer a autonomia político-administrativa dos estados e municípios.

Esse formato recebeu novos ingredientes no contexto da pandemia, tendo em vista um inusitado processo de judicialização da crise sanitária – diferentemente do que vem se observado em outros países –, que tem repercutido nas relações entre os diferentes níveis de governo. Nesse sentido, o STF tem assumido uma postura ativista em desfavor da tradicional centralização de poderes no âmbito da União, abrindo novos espaços de atuação para os entes subnacionais e promovendo uma reorganização em suas finanças, em sentido diverso da tendência que o próprio tribunal vinha produzindo desde a promulgação da Constituição. Em alguns casos, a nova postura da Corte pode significar, não apenas um compartilhamento de responsabilidades institucionais entre os entes, mas um deslocamento de poderes para os Estados e Municípios, que têm, ao fim e ao cabo, revelado protagonismo nas políticas de combate à pandemia.

## Referências

- AFONSO, José Roberto. “Pacto Federativo”. *PowerPoint 28 de abril de 2015*. <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pacto-federativo/documentos/audiencias-publicas/JosRobertoAfonso.pdf>.
- ARRETICHE, Marta. “Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas?”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 11 (1996): 44-66.

- ARRETCHE, Marta. “Relações federativas nas políticas sociais”. *Educação & Sociedade*, n.º23 (2002): 25-48. doi: 10.1590/S0101-733020020008000003.
- BALEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Editora Liv. do Advogado, 2004.
- CANON, Bradley. “Defining the dimensions of judicial activism”, *Judicature* 66, n.º 6 (1983): 236-247.
- CARNEIRO, Levy. *Federalismo e judiciarismo*. Rio de Janeiro: Alba, 1930.
- CODATO, Adriano. “Os mecanismos institucionais da ditadura de 1937: uma análise das contradições do regime de Interventorias Federais nos estados”, *História São Paulo*, n.º 32, (2013): 180-201. doi:10.1590/S0101-90742013000200010.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb y Ernani Varjal MEDICIS PINTO. “Estamos diante de um novo federalismo brasileiro?”. *Consultor Jurídico*, 18 de abril de 2020.
- EDITORIAL BOARD. “Jair Bolsonaro risks lives by minimizing the coronavirus pandemic”. *Washington Post*, 14 de abril de 2020.
- FIGUEIREDO, Marcelo. “Federalismo x centralização: a eterna busca do equilíbrio – a tendência mundial de concentração de poderes na União”. Em *As novas fronteiras do federalismo*, editado por Mônica HERMAN SALEM CAGGIANO y Nina RANIERI. São Paulo: Manole, 2008.
- FRIEDMAN, Uri. “The Coronavirus-Denial Movement Now Has a Leader”. *The Atlantic*, 27 de marzo de 2020.
- GLOPPEN, Siri, Roberto GARGARELLA y Elin SKAAR. *Democratization and the Judiciary: the accountability function of Courts in new democracies*. London: Frank Cass, 2004.
- HERNÁNDEZ, Antonio. *Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino*. Córdoba: Academia de Ciencias de Córdoba, 2009.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.
- LEAL NUNES, Vitor. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*. São Paulo: Alfa Omega, 1975.
- LEITE SALOMÃO, Glauco. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- LINDQUIST, Stefanie y Frank CROSS. *Measuring judicial activism*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- LOTTA SPANGHERO, Gabriela, Renata GONÇALVES y Marina FARKAS BITELMAN. “A coordenação federativa de políticas públicas: uma análise das políticas brasileiras nas últimas décadas”. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania* 19 (2014): 2-18.
- MARSHALL, William. “Conservatives and the seven sins of judicial activism”. *University of Colorado Law Review* 73 (2002): 101-140.

- MORAIS BOLZAN, José Luis y Roberta BAGGIO. “Camineiro. Os limites da transição política e (alguns) os dilemas do federalismo brasileiro. Um olhar retrospectivo”. Em *Dilemas na Constituição*, editado por Alfredo COPETTI NETO, George SALOMÃO LEITE e Glauco SALOMÃO LEITE, 44-66. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- NATHAN, Richard P. “There will always be a new federalism”. *Journal of Public Administration Research and Theory* 16 (2006): 499-510.
- POSNER, Richard. “The meaning of judicial self-restraint”. *Indiana Law Journal* 59, n.º 1 (1983): 1-24.
- SOUZA, Celina. “Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988”. *Revista de sociologia e política*, n.º 24 (2005): 105-121.
- TORRES, Heleno Taveiro. *Direito constitucional financeiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2014.
- VALLINDER, Torbjörn y Neal TATE. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.
- WARD, Peter, Robert WILSON y Peter SPINK. “Decentralization, democracy and sub-national governance: comparative reflections for policy-making in Brazil, Mexico and the US”. *Regional Science Policy & Practice* 2 (2010): 51-62.
- YOUNG, Ernest. “Two Cheers for Process Federalism”. *Villanova Law Review*, n.º 46 (2001): 1349-1395.
- YOUNG, Ernest. “Judicial activism and conservative politics”. *University of Colorado Law Review* 73, n.º 4 (2002): 1139-1216.