

Perspectivas do federalismo: contrastes entre o formalismo e a abordagem sociopolítica

*Leonam Baesso da Silva Liziero**

Resumo

Este artigo tem como objetivo apresentar o contraste entre a perspectiva jurídica do federalismo, essencialmente formalista, e perspectivas não-formalistas, como a sociológica e a política, aqui tratadas no mesmo conjunto. Deste modo, serão apresentadas, na perspectiva jurídica, considerações sobre as abordagens realizadas por Jellinek e Kelsen. Sob este ponto de vista, o federalismo é uma questão do direito constitucional de cada federação. Posteriormente, são apresentadas considerações teóricas desenvolvidas por Sidgwick e Riker, para os quais a questão do federalismo é política, bem como a de Livingston, para quem a abordagem sobre o federalismo deve ser antes de mais nada, sociológica.

Palavras-chave: Estado federal. Federalismo. Formalismo. Jellinek. Kelsen. Livingston.

Introdução

Há muitas formas de se abordar ou classificar as teorias sobre o federalismo. Pode-se falar em diversas classificações, a depender do tipo de análise. Em esclarecedor trabalho, William H. Stewart¹ demonstra a existência de 326 metáforas e modelos de adjetivações do federalismo em diversas obras acadêmicas. Ele propõe o agrupamento de todas essas classificações por temas comuns a elas.

A classificação entre federalismos de competição e de cooperação, que será aqui trabalhada, é agrupada, por exemplo, na categoria atitudinal. Além desta abordagem, a diferença entre federalismo simétrico e assimétrico, que fazem parte, neste estudo de Stewart², da categoria modo configuração. É possível com isto ter um vislumbre do quão complexo é o tema, a começar de sua abordagem.

Recebido em: 24/07/2017 | Aprovado em: 20/08/2017

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7243>

* Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Doutor e Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. Pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições - LETACI/PPGD/FND/UFRJ. E-mail: leonamliziero@gmail.com

¹ STEWART, William H. Metaphors, Models, and Development of Federal Theory. *Publius*, v. 12, nº 2, 1982, pp. 5-24.

² STEWART, 1982.

Entre as diversas formas de se iniciar um estudo sobre o tema, é imprescindível algum ponto de partida para a formação de um quadro conceitual. Muito além de apresentar definições, foram escolhidas aqui algumas abordagens que servem de substrato teórico para a compreensão do problema que envolve a simetria no fenômeno federativo.

Ao esboçar o desenvolvimento histórico do pensamento federativo, identifica-se tanto uma perspectiva jurídica-constitucional quanto uma sociológica, sobretudo pelos escritos de Livingston, que buscou enxergar o fenômeno federativo além das formas institucionais, como será visto adiante.

Dentro desse contexto, este artigo tem como objetivo apresentar o contraste entre a perspectiva jurídica do federalismo, essencialmente formalista, e perspectivas não-formalistas, como a sociológica e a política, aqui tratadas no mesmo conjunto. Deste modo, serão apresentadas, na perspectiva jurídica, considerações sobre as abordagens realizadas por Jellinek e Kelsen. Sob este ponto de vista, o federalismo é uma questão do direito constitucional de cada federação. Posteriormente, são apresentadas considerações teóricas desenvolvidas por Sidgwick e Riker, para os quais a questão do federalismo é política, bem como a de Livingston, para quem a abordagem sobre o federalismo deve ser antes de mais nada, sociológica.

Perspectiva jurídica: o formalismo contém o federalismo

Pela perspectiva do direito, o que determina a organização política federal em um Estado é a previsão constitucional (portanto, requer uma Constituição escrita³), tanto por seu texto quanto por sua interpretação, como leciona Hes-

³ Para John Kincaid, é imprescindível que os Estados federais sejam prescritos por Constituições escritas. Deste modo, na noção jurídica de federalismo, é impossível a manifestação do federalismo e a consequente configuração do Estado federal em Estados sem uma Constituição escrita. Defende o autor que: "A federal system ordinarily requires a written constitution because a federation is based on a voluntary agreement, which, like any important agreement, is best placed in writing. A constitution also is essential because a federation consists of political communities with different cultures, customs, preferences, and political institutions. Quite often, moreover, a federation encompasses a large territory and/or population. An unwritten constitution, such as that classically attributed to Great Britain, is unsuitable for a federal system because in order to be effective, an unwritten constitution requires shared customs rooted in a common history. Moreover, a written constitution is needed because, in principle, a federation has no inherent powers of its own; it is the creation of the federating units. In practice, of course, there may be a pre-existing regime, but discarding or transforming this regime is likely to require a constitution-writing process. In addition, a written constitution serves to set forth the division and sharing of powers among the federation's orders of government" (KINCAID, John. Comparative Observations. In: KINCAID, John; TARR, G. Alan (Org.). A Global Dialogue on Federalism: Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries. London: McGill-Queen's University Press, 2005, p. 411).

se⁴. A Constituição escrita reforça o efeito estabilizador e racionalizador, necessários para a segurança institucional.⁵ Deste modo, o federalismo é princípio presente em um Estado federal em razão do comando constitucional em uma Constituição escrita⁶.

Esta abordagem corresponde ao que Paleker⁷ denominará como a categoria das teorias clássicas do federalismo, que explica o que o federalismo é em termo jurídico, uma vez que “a definição jurídica nos permite distinguir um sistema de governo federal, a partir de um estado unitário, onde os governos constituintes exercer os seus poderes em subordinação à vontade e ao critério do governo geral ou central de todo país”.

O federalismo, conforme esta perspectiva, é uma questão do direito constitucional de cada Estado. A Constituição prescreverá a sua forma, por meio da repartição de competências entre os poderes locais ou regionais, que consolidará a autonomia, e o poder central, que além das relações internas, concentra a soberania da totalidade e é responsável pelas relações exteriores. Segundo esta abordagem, o que determinará se um Estado é ou não uma federação é a previsão do direito constitucional⁸. E por previsão do direito constitucional para este

⁴ De acordo com Konrad Hesse, “para o Direito Constitucional, interpretação em importância decisiva porque, em vista da abertura e amplitude da Constituição, problemas de interpretação nascem mais frequentemente do que em âmbitos jurídicos, cujas normalizações entrem mais no detalhe.[...] Tarefa da interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente ‘exato’ em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão” (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 55).

⁵ Esta é a posição de Konrad Hesse. Conforme o autor, “no texto escrito da Constituição nascem, com isso, fixações que aumentam essencialmente o efeito estabilizador, racionalizador e assegurado da liberdade da Constituição”. (HESSE, 1998, p.43.).

⁶ Este aspecto é um dos principais objetos da crítica de Livingston, como visto adiante. Menciona o autor sobre o entendimento paradigmático dos autores do federalismo em relacionar a demarcação dos poderes entre os níveis da federação depender de uma Constituição escrita: “The experience of federal governments in the modern world is cited to show that in fact they all do have written constitutions. Only a written constitution it is held, could precisely assign powers and functions in the necessary manner”. (LIVINGSTON, William S. A Note on the Nature of Federalism. *Political Science Quarterly*, Vol. 67, nº. 1, mar., 1992, p. 82)

⁷ “The juristic definition enables us to distinguish a federal polity from a unitary state where the constituent governments exercise their powers in subordination to the will and discretion of the general or central government of whole country”. (PALEKER, S. A. Federalism: A Conceptual Analysis. *The Indian Journal of Political Science*. Vol. 67, nº 2, 2006, p. 305.)

⁸ Nesse raciocínio, a lição de Menezes Direito: “A federação supõe Constituição. É a expressão do direito interno na linha do fundamental que atrai Estados com grau de hierarquia delimitado pela Constituição. Há distribuição interna de competências, ou seja, há balanceamento entre as competências distribuídas para a estrutura central e para a local. [...] no Estado federal, exatamente porque existe partilha interna de competências, o que ocorre é que o poder constituinte da unidade federada passa a compor o poder constituinte da federação, reservada a competência constitucional específica de ‘constituir’ a unidade federada”. (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; MELLO, Celso D. de Albuquerque; MESTIERI, João. *Estudo das Transformações da Ordem Política*. Rio de Janeiro: Renes, 1971, p. 31)

fim, entende-se tanto a denominação presente no texto quanto a ordem jurídica dividida em diferentes ordens sob uma mesma soberania, além das decisões do tribunal competente para sua interpretação.

Por esta proposta, as noções de Estado federal e federalismo tornam-se bem dependentes. O que define a presença do federalismo em cada Estado é seu direito constitucional. Um ponto sensível para a identificação se um Estado é federal ou não é justamente a presença do federalismo nas normas em sua ordem jurídica.

Em um primeiro momento, pode parecer uma visão um tanto quanto exegetica⁹ do federalismo, como se só houvesse federalismo nos Estados federais. Todavia, ao analisar de modo mais detalhado, esta visão é complementar à perspectiva política. Se a Constituição é a parte da ordem jurídica mais política¹⁰, é a “ordem fundamental jurídica da coletividade”¹¹, nas Constituições federais este diálogo entre o jurídico e o político se torna mais necessário.

Evidentemente, esta perspectiva não permite escapes interpretativos, como dizer prontamente que um Estado nominalmente federal não é federal em si, mas, por outro lado, permite a identificação de um Estado federal em razão do federalismo estar presente no modo de distribuição da soberania verticalmen-

⁹ Em referência ao modo de interpretação das normas encontrado na Escola de Exegese no Século XIX. A escola de exegese, como ensina BEGEL, “partindo do postulado de que tudo está, ao menos implicitamente, na lei, considerava que o intérprete só tem o poder de lhe escutar o texto para nele descobrir o pensamento do legislador”. (BERGEL, Jean-Loius. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 326.).

¹⁰ LOSANO, Mario G. *Os Grandes Sistemas de Jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 84.

¹¹ HESSE, 1998, p.37.

te¹². Além da previsão no texto constitucional, o federalismo nesta perspectiva jurídica pode ser definido por meio das decisões judiciais¹³.

Para uma compreensão mais profunda da perspectiva jurídica do federalismo, resgata-se a noção desenvolvida por Georg Jellinek (1851-1911) sobre os conceitos de federação e Estado federal. O autor define o Estado federal como um Estado soberano, “formado por uma pluralidade de Estados, cujo poder estatal é proveniente de seus Estados-membros unidos em uma unidade estatal”.¹⁴

¹² A Constituição dos Estados Unidos (EUA) serve para exemplificar tal afirmação: Seu texto não menciona claramente a denominação de que os Estados Unidos devam ser um Estado federal, mas sim que deverá haver uma União. A União dos Estados avançou na centralização do poder político. Há em alguns momentos da Constituição a menção à confederação pretérita, formando uma forma de organização de Estados diferente daquelas que até aquele momento existiram – o que Hamilton muito criticara: “After an unequivocal experience of the inefficacy of the subsisting federal government, you are called upon to deliberate on a new constitution for the United States of America.” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. Edited with historical and literary annotations, and introduction, by J.R.Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005, p. 1) As primeiras palavras do primeiro dos oitenta e cinco capítulos de ‘O Federalista’ são direcionadas a atacar o modelo confederativo no qual se organizavam aquelas treze jovens repúblicas. Segundo Hamilton, aquela confederação de Estados não era mais suficiente para a proteção dos homens e de suas propriedades e o estabelecimento de uma “nova Constituição” para os Estados Unidos da América era essencial para a garantia da liberdade daquele povo. Duas considerações que dialogam com questões semânticas nesta primeira frase servem para expressar o ineditismo da proposta: Hamilton diz que a experiência mostrou – devido a uma crise institucional e financeira na qual as repúblicas americanas estavam desde a independência em 1776 – que o governo federativo era insuficiente na época. O termo que Hamilton usa, federativo, é como eram denominados o que atualmente se entende por confederações, uma vez que suas bases motivacionais eram as mesmas. Hamilton precisou dizer justamente que a federação atual era insuficiente porque aquele modelo de organização das repúblicas baseada em um acordo entre as soberanias não era mais capaz de assegurar a ordem, apesar de uma grande resistência por aqueles que defendiam a supremacia e absoluta independência de cada república. Hamilton utiliza boa parte de seus escritos iniciais para demonstrar como a confederação era ineficaz a partir disto justificar a necessidade de uma União forte; ele faz isso por diversas maneiras e abordando vários assuntos de Estado. Em alguns capítulos ele resgata historicamente alguns modelos fracassados de confederações para deixar cada vez mais evidente a defesa do projeto federalista.

¹³ As decisões da Suprema Corte de um Estado federal possuem grande influência na configuração federativa, podendo até mesmo alterar paradigmas sobre a centralização ou descentralização do poder federal. As decisões da Suprema Corte dos EUA durante a Corte de Warren, consequentes aos *New Deal*, como aponta Ackerman (Vide ACKERMAN, Bruce. *Nós o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 171.). Também no Canadá fenômeno semelhante ocorre, conforme apontam Brodie e Morton, em que as decisões da Suprema Corte canadense legitimam uma gradual expansão das competências legislativas federais. (BRODIE, Ian; MORTON, F.L. Do the “Haves” Still Come Out Ahead in Canada? In: NEWMAN, Stephen L. (org.). *Constitutional Politics in Canada and United States*. New York: State University of New York, 2004, p. 206). No Brasil, estatísticas sobre as decisões favoráveis do Supremo Tribunal Federal sobre Ações Diretas de Inconstitucionalidade demonstram a ingerência da União nas leis aprovadas pelos Estados. (MARRAFON, Marco Aurélio; LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. Competências Constitucionais da União e Supremo Tribunal Federal: Fiadores da Centralização no Federalismo Brasileiro. In: FISCHER, Octavio Campos (org.). *Federalismo Fiscal e Democracia*. Curitiba: Instituto Memória, 2014, pp. 26-47.

¹⁴ Do original em italiano: “*formato da una pluralità di Stati, il cui potere statale proviene dai suoi Stati-membri legati tra loro in unità statale*”. Complementa o autor na mesma página este conceito: “*Esso è una unione di Stati con carattere di diritto statale, la quale istituisce sugli Stati federati una signoria, di cui, però, sono sempre partecipi gli Stati stessi; di guisa che questi, nel medesimo tempo, nella loro totalità, hanno signoria o, quantomeno, con signoria, mentre, invece, considerati come singoli, in determinati campi, sono sottoposti*” (JELLINEK, Giorgio. *La Dottrina Generale del Diritto dello Stato*. Traduzione del Modestino Petrozziello. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1949, p. 290).

O poder do Estado federal é resultado da união dos Estados-membros. Estes por sua vez não podem ser chamados de soberanos, mas tem uma participação no exercício do poder do Estado federal como um todo¹⁵. A pluralidade dos Estados, anteriormente soberanos, transforma-se em unidade soberana; sendo que cada povo e cada território pertencem também à unidade soberana federal.

Jellinek¹⁶ conceitua a soberania do Estado como um poder que “que não reconhece nenhum outro superior a si; é, por conseguinte, o poder supremo e independente”. Esta explicação do autor baseia-se em uma concepção em sua teoria de um caráter formal da soberania e que permite diferenciá-la de poder do Estado. O poder do Estado é uma consequência necessária da soberania, mas essas duas ideias não se confundem, já que a situação do poder se modifica com o tempo, além da constante mutabilidade do direito positivo, que pode alterar a atribuições da competência Estatal ¹⁷.

Nesse aspecto, explica Bercovici¹⁸ que Jellinek “afirma que o único modo possível de conceber juridicamente o Estado é entendendo-o como um sujeito de direito, um conceito puramente jurídico que explica a unidade estatal, sua organização e a manifestação de sua vontade”.

O Estado federal, nesta concepção, divide suas competências de criação e aplicação do direito, de forma que os Estados-membros, em assuntos que não for de interesse federal, conservam suas características como se Estados soberanos fossem.¹⁹ Neste ponto, Jellinek²⁰ pensa em autonomia dos Estados como uma forma de soberania reduzida ou mesmo subsidiária, atuando em matérias que não diz respeito ao poder da união. Neste caso, cada Estado-membro tem seus próprios órgãos, que são instâncias maiores de aplicação do direito dentro de seu poder de atuação.

O Estado-membro é definido por Jellinek como um Estado não soberano pertencente a uma união dotada de soberania, “a capacidade para determinar-se de um modo autônomo juridicamente”.²¹ O autor estabelece esta característica como critério de diferenciação entre Estado soberanos.

¹⁵ JELLINEK, 1949, p. 291

¹⁶ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción Enrique Figueroa Alfonzo. Ciudad del Mexico: Editorial Iberoamericana, 1997, p. 283.

¹⁷ JELLINEK, 1997, p. 288.

¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 255.

¹⁹ JELLINEK, 1949, p. 293.

²⁰ JELLINEK, 1949.

²¹ JELLINEK, 1997, p. 295.

Desta forma, quando um Estado federal distribui a um dos federados a mesma competência, não se pode afirmar que há uma distribuição ou mesmo uma divisão da soberania. Há sim a existência de dois poderes diferentes, o poder dos Estados-membros, cuja extensão é limitada pelo direito, e o poder total do Estado, formado pela união dos poderes daqueles.²²

A federação se diferencia de outras formas de uniões de Estado por basear sua ordem jurídica em uma Constituição, ou seja, é uma ordem jurídica de natureza constitucional e não contratual, como as Confederações. Neste sentido, “a fundação do Estado Federal é um fato nacional, o qual, como o ato da fundação do Estado tipicamente, não pode ser construída juridicamente”.²³ Percebe-se que Jellinek defende que a origem do Estado se dá por uma força histórica e social, mas reconhece que há um compromisso jurídico anterior a este à consolidação da federação.

Além da abordagem de Jellinek, encontra-se em Hans Kelsen²⁴ (1881-1973) uma explicação mais refinada sobre como o Estado federal pode ser estudado e compreendido pela Teoria Geral do Estado, com bases em sua teoria normativa.

Segundo Kelsen²⁵, as ordens jurídicas podem ser relativamente centralizadas ou descentralizadas, entendendo-se por centralização/descentralização a organização e divisão do poder de criar e aplicar o direito. O direito estabelece procedimentos para sua criação e aplicação; além disso, determina as autoridades e órgãos competentes para tal atividade. Como será visto, o grau de centralização de uma ordem jurídica é um critério de se diferenciar o direito interno do direito internacional²⁶ e consequentemente, singularizar o que Kelsen²⁷ entende por Estado Federal.

O direito internacional é uma ordem com descentralização estática e dinâmica²⁸. A primeira se refere ao complemento entre a ordem internacional, que é geral para a comunidade jurídica dos Estados e as diversas ordens jurídicas

²² JELLINEK, 1997, p. 288.

²³ Do original em italiano: “*La fondazione dello Stato federale è piuttosto un fatto nazionale, il quale, come l'atto della fondazione degli Stati in genere, non può essere costruito giuridicamente*” (JELLINEK, 1949, p. 294).

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁵ KELSEN, 2005, p. 433.

²⁶ “A diferença entre Direito nacional e Direito internacional é apenas relativa: ela consiste, em primeiro lugar, no grau de centralização e descentralização”. (KELSEN, 2005, p. 463.).

²⁷ KELSEN, 2005, p. 436.

²⁸ KELSEN, 2005, pp. 464-465.

estatais (os próprios Estados), constituindo a ordem jurídica universal. A segunda, em relação aos entes produtores, significa que o direito internacional não é produzido por nenhum órgão específico, mas sim pelos próprios Estados, sejam nas duas principais fontes: os costumes e os tratados. Desta forma, a criação e aplicação basicamente se dá pela técnica de iniciativa individual, que permite que um sujeito violado tome providências diretamente contra o Estado violador²⁹. Este era um pressuposto de se explicar o direito internacional ainda pelo antigo paradigma de Westphalia, mas que atualmente tem algumas atenuações³⁰, apesar da análise de Kelsen de que a ordem internacional é descentralizada continuar possível de ser defendida.

O Estado é uma ordem jurídica consideravelmente centralizada. Esse é uma das principais características que o diferenciam da ordem jurídica internacional, que é descentralizada, mas nem por isso deixa de se constituir como um conjunto de normas válidas. O direito nacional – conceito que é equivalente ao de Estado³¹ – “é uma ordem jurídica relativamente centralizada. Especialmente característica de uma ordem jurídica que constitui um Estado é a centralização da aplicação do Direito”³².

O Estado normalmente tem por característica uma relativa centralização estática e também dinâmica. A descentralização estática é diretamente ligada à esfera de validade territorial. As normas jurídicas do direito nacional são direcionadas para a população em geral, mas em certos casos para um número menor de pessoas, dependendo de seu conteúdo ou do local onde esses desti-

²⁹ KELSEN, 2005, p. 466.

³⁰ Nesse sentido, importante ressaltar a lição de Ferrajoli sobre a mudança no paradigma do direito internacional inaugurado a partir da promulgação da Carta da ONU de 1945: “Tal carta equivale a um verdadeiro contrato social internacional – histórico e não metafórico, efetivo ato constituinte e não simples hipótese teórica ou filosófica –, com o qual o direito internacional muda estruturalmente, transformando-se de um sistema *pactício*, baseado em tratados bilaterais inter pares (entre partes homogêneas), num verdadeiro ordenamento jurídico supra-estatal: não mais um simples *pactum associationis* (pacto de associação), mas também um *pactum subiectionis* (pacto de sujeição).” (FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. Tradução de Carlo Cocchioli. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 40).

³¹ Para Kelsen, direito e Estado são termos equivalentes. Todo Estado é uma ordem jurídica nacional e consequentemente toda ordem jurídica nacional é um Estado. Um conceito se encerra no outro. Conforme os propósitos científicos de neutralidade pretendido por KELSEN em sua *Teoria Pura do Direito*, é necessária a negação da dualidade entre direito e Estado. Esta dualidade apenas perfaz uma ideologia oriunda tanto do jusnaturalismo quanto do positivismo do Século XIX: “Desempenha uma função ideológica de importância extraordinária que não pode ser superestimada. O Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito e lhe submete. E o direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e, por isso mesmo, reta ou justa em qualquer sentido. Assim o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer direito” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 316).

³² KELSEN, 2005, p. 463.

natários estejam. Há ordens locais que complementam uma ordem geral na formação da ordem jurídica nacional, em conformidade com a lição de Kelsen:

Se a legislação e a execução forem parcialmente centralizadas ou parcialmente descentralizadas, a esfera material de validade da ordem jurídica, a competência da comunidade total, é dividida entre a ordem central (e a comunidade jurídica central constituída por essa ordem) e as ordens locais (ou as comunidades jurídicas locais constituídas por essas ordens locais)³³.

Nenhuma ordem jurídica pode ser totalmente centralizada ou descentralizada³⁴. A tensão constante entre centralização e descentralização é algo essencial no direito de um Estado. Para Kelsen inexistem ordens totalmente parciais ou totalmente centrais no direito positivo, apenas em um plano ideal. O direito positivo trabalha com a possibilidade de sempre as ordens terem centralização ou descentralização parciais, sendo que “pelo menos uma norma, a saber, a norma fundamental, deve ser válida para o território inteiro, já que, do contrário, este não seria o território de uma ordem jurídica única”³⁵.

O que principalmente diferencia o direito nacional do direito internacional é o grau de descentralização. Enquanto o primeiro é caracterizado normalmente por uma centralização estática e necessariamente uma centralização dinâmica, o segundo é caracterizado por uma descentralização nos dois sentidos.

O Estado é uma ordem jurídica composta por quatro esferas de validade³⁶, produzida e aplicada de forma relativamente centralizada. O quanto centralizador uma ordem jurídica estatal será dependerá de sua organização territorial e sua distribuição de competências. A centralização de produção e aplicação do direito definirá a forma do Estado, unitário ou federal.

Conforme justifica Kelsen³⁷, “todos os problemas de centralização e descentralização são problemas referentes às esferas de validade das normas jurídicas e dos órgãos que as criam e aplicam”. A questão de se pensar a descentralização da ordem jurídica está diretamente relacionado ao campo territorial de validade do Estado. É perfeitamente possível a existência de normas dentro de uma mesma ordem jurídica que seja aplicável a âmbitos territoriais diferentes. Tais normas podem regulamentar uma mesma matéria, mas com manifestações diferentes dependendo da região dentro do Estado. Quanto maior for a

³³ KELSEN, 2005, p. 438.

³⁴ KELSEN, 2005, p. 436.

³⁵ KELSEN, 2005, p. 437.

³⁶ KELSEN, 2005, p. 299.

³⁷ KELSEN, 2005, p. 433.

descentralização de uma ordem jurídica, maior é a heterogeneidade dos conteúdos normativos. O grau de centralização ou de descentralização é determinado pelo quanto forte são as normas centrais ou locais desta ordem.

Nestes Estados, que podem ser identificados por uma única ordem jurídica sob uma mesma soberania, é possível diferenciar os Estados unitários dos Federais por algumas características básicas de cada, cujo critério de centralização/descentralização kelseniana possibilita um entendimento de cada um desses tipos sob o ponto de vista da ciência do direito.

Inicialmente, o autor o define um estágio de descentralização entre o Estado unitário e uma união internacional. O Estado federal “apresenta um grau de descentralização ainda compatível com uma comunidade jurídica constituída por Direito nacional, isto é, com um Estado, e um grau de centralização não mais compatível com uma comunidade jurídica internacional”.³⁸

As normas federais têm como destinatários todas as pessoas que vivem naquele Estado enquanto as ordens jurídicas parciais se destinam apenas a regulamentar a conduta dos que se encontram em seu território³⁹. Desta forma, todo indivíduo dentro de um Estado federal está submetido ao mesmo tempo a duas ordens jurídicas: à central, abrangente a todo território e à parcial. No sentido de indivíduo na teoria kelseniana, é possível dizer que cada qual constitui uma esfera de competências e ações na ordem federal e nas estaduais⁴⁰.

O Estado federal é formado então pela composição entre a ordem jurídica federal, produzida e aplicada pelos órgãos federais e as locais ou parciais, que são as ordens jurídicas de cada Estado que compõe o Estado federal, que Kelsen às vezes denomina por Estado federal total para diferenciar da ideia de comunidade jurídica central parcial, que se refere apenas à ordem federal.

Este é um ponto bem interessante na explicação do Estado federal em Kelsen: para o autor, federação não se refere à composição inteira do Estado e sim à ordem jurídica central ou federal. Assim, “essa comunidade parcial constituída pela ordem jurídica central é a federação. Ela é parte do Estado federal total, assim como a ordem jurídica central é parte da ordem jurídica total do Estado federal”.⁴¹ Esta visão mostra-se compatível com sua teoria normativa,

³⁸ KELSEN, 2005, p. 451.

³⁹ KELSEN, 2005.

⁴⁰ “Cada indivíduo pertence, simultaneamente, a um Estado componente e à federação. O Estado federal, a comunidade jurídica total, consiste, assim, na federação, uma comunidade jurídica central, e nos Estados competentes, várias comunidades jurídicas parciais”. (KELSEN, 2005, p. 452.).

⁴¹ KELSEN, 2005, p. 452.

já que o que o Estado Federal nada mais é do que a composição da federação, a ordem jurídica federal – que é parcial, apesar de abranger todo o território – e as ordens jurídicas estaduais, que compõem os próprios Estados.

Assim como na identificação do direito e Estado de sua teoria normativista, em que Kelsen define que o Estado é sua própria ordem jurídica, o Estado federal é sua ordem jurídica também, mas por ser um tipo composto de Estado, sua ordem jurídica também é composta, formada pela união da ordem federal e das ordens jurídicas estatais. Os Estados federados, segundo este raciocínio, são ordens jurídicas que são submetidas a uma ordem jurídica comum a todas elas – a federação, que somadas foram o Estado federal.

O conceito de nomodinâmica é imprescindível para esta compreensão: a ordem jurídica é compreendida em um dinamismo em que a própria ordem jurídica regulamenta o processo de criação e modificação das normas que condiciona sua validade. Um Estado unitário tem uma relação entre suas normas jurídicas um tanto quanto simples, dentro do modelo mais comum proposto por Kelsen: as normas tornam mais gerais até a totalidade do Estado, que é regido por uma norma maior, a Constituição⁴², que por sua vez é validada pela norma fundamental daquele Estado⁴³.

No Estado federal, de acordo com a teoria kelseniana, a cadeia de validade funciona de forma um pouco mais difundida, uma vez que se trata de uma ordem jurídica mais descentralizada. Como se tratam de diversas ordens jurídicas coordenadas por uma ordem comum a todas, há uma estrutura jurídica hierarquizada em cada uma delas que posteriormente irão compor, junto à federação, a ordem jurídica total daquele Estado federal. Do mesmo modo em que um Estado unitário tem uma constituição, cada um dos Estados federados deve ter uma Constituição que, por sua vez, são subordinadas à Constituição da

⁴² “Entende-se tradicionalmente por Constituição – no sentido material – não apenas as regras relativas aos órgãos e ao procedimento legislativo, mas também as que se referem aos órgãos executivos superiores, e, além delas, a determinação das relações de princípio entre o Estado e os cidadãos, designando-se com isso simplesmente o catálogo dos direitos fundamentais, isto é, para nos exprimirmos de modo juridicamente correto, certos princípios relativos ao conteúdo das leis. A prática dos Estados modernos também corresponde a essa noção e suas Constituições em geral apresentam estes três aspectos”. (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug et al. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 52).

⁴³ “A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas – como do particular para o geral – normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica tem de ser produzidas através de um ato especial de criação”. (KELSEN, 2006, p. 221).

federação, que para o direito nacional do Estado federal, será a “Constituição total” (*Gesamtverfassung*)⁴⁴.

Explica Kelsen:

Cada uma das comunidades parciais, a federação e os Estados componentes, baseia-se na sua própria constituição, a constituição da federação, e a constituição do Estado componente. Porém a constituição da federação, a “constituição federal” é, simultaneamente, a constituição do Estado federal inteiro⁴⁵.

O grau de descentralização que permite caracterizar um Estado como federal é a medida de autonomia constitucional que cada Estado federado tem para produzir normas jurídicas, de forma que a ordem jurídica estadual possa regulamentar seu processo legislativo e o procedimento para a aplicação de suas normas⁴⁶. Além disso, cada Estado federado tem poder para ter uma constituição própria, que possibilita estruturar uma ordem jurídica parcial com relações de validade entre suas normas. Porém não é o suficiente para se pensar numa justificativa perfeitamente válida para a criação e aplicação do direito, uma vez que é necessário pensar no ordenamento da federação.

Toda Constituição de um Estado federado necessita obedecer a diretrizes emanadas pela Constituição total. Por isso, a autonomia constitucional de cada um deles é limitada. E essa autonomia constitucional limitada, que determina o grau de descentralização, é uma das principais características que permite a identificação de um Estado Federal e o diferencia de um Estado unitário⁴⁷.

Além disso, Kelsen também menciona que o legislativo bicameral limita a centralização do Estado Federal, servindo como um mitigador do alcance das normas centrais federais que, tendo um grande alcance, destruiria a autonomia constitucional limitada dos Estados federados e consequentemente a própria estrutura do Estado federal. A Câmara dos Deputados é composta por membros são eleitos diretamente pelo povo do Estado federal e tem uma representatividade com essa totalidade dos eleitores⁴⁸. O Senado por sua vez é composto por representantes dos Estados componentes, escolhidos pelo órgão legislativo ou pelo povo de cada uma dessas unidades. O Estado federal terá uma federação

⁴⁴ “O Estado federativo e a constituição de estados apresentam-se como ordenamento jurídico descentralizado; de modo que, com base numa *Constituição total* [*Gesamtverfassung*] que distribui as competências, ou seja, o âmbito de validade pra todo o território (‘parcial’ porque competente apenas para um âmbito parcial objetivo); e vários ordenamentos parciais com validade para partes do território”. (KELSEN, 2013, p.52.).

⁴⁵ KELSEN, 2005, p.453.

⁴⁶ KELSEN, 2005.

⁴⁷ KELSEN, 2005.

⁴⁸ KELSEN, 2005, p.454.

ideal se cada Estado federado for igualmente representado no Senado, independentemente de sua extensão ou número de habitantes.

Leciona Kelsen⁴⁹ que: “essa composição da Casa dos Estados, ou Senado, garante que os Estados componentes, as comunidades locais, ‘como tais’, tomem parte no processo central de legislação, o que equivale a um elemento de descentralização”. É possível observar que Kelsen defende um Estado federal simétrico como tipo ideal, sendo que em seu posicionamento parece que a simetria se dá pela representatividade dos Estados federados no Senado.

No tocante à execução das normas, o Estado federal também tem distribuídas suas competências judiciária e administrativa. A distribuição da competência judiciária é feita entre tribunais federais, tribunais estaduais e um supremo tribunal federal, que “é competente não apenas para resolver certos conflitos e para punir certos crimes de indivíduos privados, mas também para a decisão de conflitos entre os Estados componentes”.⁵⁰

Sobre a função administrativa, também cada unidade federativa tem um governo próprio. Comum a todos os Estados federados, há um governo federal, que tem poderes para promover as execuções das sanções contra pessoas e também contra os Estados. Este fator também é uma característica definidora do Estado federal porque possibilita um instrumento jurídico de promover a estabilidade de acordo com o critério da autonomia constitucional limitada de cada um dos Estados componentes. Essa chamada execução federal, ou intervenção deve ser utilizada sempre que seus órgãos “violarem a constituição da federação, que é – como foi assinalado –, ao mesmo tempo, a constituição do Estado federal inteiro”.⁵¹

Veja-se que o Estado Federal então é constituído por três âmbitos normativos⁵²: (i) A Constituição total, que é também a Constituição da federação e estabelece as diretrizes fundamentais das Constituições dos Estados federados; (ii) o ordenamento da União, que é composto por normas materiais conforme estabelecido ser de sua competência pela Constituição total; (iii) o ordenamento de cada um dos Estados federados que tem autonomia estabelecida conforme determinado pela Constituição total; apesar de serem diferentes, estes ordena-

⁴⁹ KELSEN, 2005, p. 454.

⁵⁰ KELSEN, 2005, p. 456.

⁵¹ KELSEN, 2005, p. 456.

⁵² KELSEN, 2013, p. 58.

mentos são conectados por uma norma superior comum a todos: a Constituição total, que por sua vez é validada pela norma fundamental do Estado.

Apesar de não se configurar um como uma ordem jurídica simples, o Estado federal contém o mesmo fundamento de validade para toda sua ordem composta: a norma fundamental que valida sua Constituição. Desta forma, a autonomia constitucional limitada que os Estados componentes têm para elaborar sua própria Constituição é proveniente da competência dada aos seus órgãos pela Constituição Federal. A normatividade constitucional constitui o Estado Federal e sua composição múltipla de federação e Estados componentes.

Esta visão coaduna-se com a inseparabilidade entre Estado e direito: O Estado federal encontra seu limite de existência na norma jurídica constitucional: não existe em um plano realístico ou como um ente metajurídico que produz o direito; mas sim é previsto por ele; é a previsão constitucional de organização do Estado em federação e Estados federados, a distribuição de competências legislativas e executivas que possibilita a existência no plano do dever-ser de um Estado Federal. Um Estado deste tipo deve ser federal porque sua Constituição assim determina, por meio de toda uma complexa multiplicidade de normas e órgãos que garantem por meio da aplicação da força a coercibilidade de tal ordem.

Perspectiva política: o federalismo independente da forma

O federalismo pode também ser entendido sob o viés político e sociológico, que perfaz mais as escolhas e comportamentos dos representantes das unidades federativas que meramente a previsão normativa. Neste sentido, a compreensão do federalismo em um Estado não se vincula necessariamente à previsão formal.

Autor a dar grande contribuição pensamento federativo foi Henry Sidgwick, desenvolvida em sua obra *The Elements of Politics*, publicado originariamente em 1891. Nesta obra, ele desenvolve a distinção entre os conceitos de Estado Federal e Confederação de Estados para pensar desenvolver o conceito de “Federalidade”. Tanto o Estado Federal quanto a Confederação representam dois estágios da Federalidade.⁵³

⁵³ SIDGWICK, Henry. *The Elements of Politics*. London: Macmillan & Co., 1897, p. 532

A Federalidade é uma medida que permite a identificação de um Estado Federal como um meio termo entre um Estado Unitário com desenvolvimento de governos locais e uma Confederação de Estados soberanos. Mas em todo caso, a verificação de um Estado Federal não é tarefa tão simples, já que as federações são muito variáveis; combinação entre a união e as partes pode ser realizada em muitos graus⁵⁴.

Para se determinar o grau de Federalidade, Sidgwick⁵⁵ sugere três critérios para nortear a identificação entre o Estado Unitário, a Federação e a Confederação:

- 1) A autonomia dos Estados na Federação deve ser considerável;
- 2) Quando a Federalidade estiver bem evidenciada, os Estados componentes da Federação encontrarão alguma expressão na estrutura do governo federal;
- 3) Se a característica federal da política for estável, o processo constitucional de mudança da divisão constitucional dos poderes entre o poder central e os poderes locais será determinada em harmonia com os princípios do federalismo.

O primeiro critério determina que cada um dos Estados deve ser efetivamente autônomo. Cada um dos Estados componentes não pode ser subalterno ao governo federal e deve poder regular matérias com exclusivo domínio, sem a interferência de poder central. Sidgwick⁵⁶ defende que não é possível designar um Estado como Federal meramente pela sua Constituição determinar que as unidades federativas tenham um poder de decisão sobre questões menores. Isto não seria autonomia. A noção de Federação é muito mais complexa do que meramente atribuir assuntos internos aos Estados federados e assuntos exteriores à União.

Algumas questões externas podem muitas vezes afetar um Estado em especial, assim como alguns assuntos internos podem ter efeitos a outros Estados ou ainda ao próprio governo federal. Menciona ainda sobre este ponto Sidgwick

⁵⁴ Sobre isso, disserta Sidgwick: "A federal state has to be distinguished on the one side from a unitary state with well-developed local governments, and on the other side from a league or confederation of independent states: but in neither case is the distinction simple and sharp, since the balanced combination of "unity of the whole aggregate" with "separateness of parts"; which constitutes Federality, may be realised in very various modes and degrees." (SIDGWICK, 1897, p. 532)

⁵⁵ SIDGWICK, 1897, p. 533.

⁵⁶ SIDGWICK, 1897.

ck⁵⁷: “nota-se ainda que o caráter federal da União [se] torna mais acentuado se os poderes do governo comum são definidos, enquanto aqueles dos governos locais são deixados indefinidos na divisão constitucional, de modo que os poderes residuais pertençam aos Estados-parte”.

Sobre o segundo critério, verifica-se que é comum que os Estados federados tenham alguma representatividade no poder central. Esta representatividade por sua vez segue alguns mecanismos: i) os Estados devem ser iguais em representatividade em partes importantes da União; ii) os representantes dos Estados votam coletivamente em um órgão comum a todos, mas o peso de seu voto deve ser proporcional ao tamanho⁵⁸ de cada Estado; iii) os representantes devem atuar de acordo com a orientação dos interesses declarado pelos governos estaduais.⁵⁹ Sobre este terceiro ponto, Burgess⁶⁰ comenta que “Sidgwick terá reconhecido, contudo, e o terceiro mecanismo teria sido censurável em uma federação porque dificultaria a ‘independência deliberativa’ da instituição central”.

O terceiro critério se refere ao processo de alteração constitucional nas federações. Sidgwick⁶¹ reconhece que a alteração do texto constitucional é mais dificultosa que as leis ordinárias e que, além da concordância da maioria dos cidadãos, deve também ter uma maioria dos Estados federados⁶². Desta forma, o processo de modificação da Constituição Federal deve necessariamente seguir os princípios do Federalismo para ser legítima, principalmente em relação à alteração na divisão dos poderes entre a União e os Estados. Ainda que pareça estranho pensar que um Estado que não concorde com a alteração esteja legitimamente tendo o alcance do exercício de sua mitigada soberania alterada, isto obedece à ideia geral de Federação que combate uma instabilidade institucional que permitiria a secessão de partes não mais satisfeitas. Se a Constituição permitisse que um Estado se separasse, seria uma forma de Federalidade mais próxima de uma Confederação que propriamente de uma Federação.

⁵⁷ No original em inglês: “It may be further noted that the federal character of the whole state becomes more marked if the powers of the common government are defined, while those of the partial governments are left indefinite in the constitutional division; so that the residuary powers belong to the part-states” (SIDGWICK, 1897, p. 533).

⁵⁸ O termo utilizado por Sidgwick sobre esta questão é “being proportioned to the size of the part-state that they represent” (SIDGWICK, 1897, p. 533). Em sua obra, há também uma nota de rodapé explicativa sobre esta frase, na qual o autor diz ser o método adotado pelo Conselho Alemão no Império Germânico.

⁵⁹ SIDGWICK, 1897, p. 534-535.

⁶⁰ BURGESS, Michael. *Comparative Federalism: Theory and Practice*. London: Routledge, 2006, p. 23.

⁶¹ BURGESS, 2006, p. 537

⁶² SIDGWICK, 1897, p.535

O conceito de federalismo apresentado por William Riker⁶³, ao investigar sobre as origens do governo federal, “é uma forma constitucional de associação de muitos governos que se unem para tomar ações, geralmente militares, que poderia ser impossível aos governos separadamente”.

Riker⁶⁴ defende a tese de que o federalismo é uma barganha constitucional (*constitutional bargain*⁶⁵), fundada na confiança recíproca entre os líderes nacionais e oficiais dos governos constituídos para o propósito de agregar território, melhor recolher impostos e levantar exércitos. Esta barganha é um critério de identificação em nível constitucional; se o federalismo está ou não presente de modo formal, ou seja, além do mero nominalismo, a barganha estabelece uma regra de reconhecimento para identificar se uma Constituição é ou não federal.

Os três critérios de identificação⁶⁶ são:

- 1) Dois níveis de governo que regulamentam mesmas pessoas e mesmo território;
- 2) Cada nível deve ter uma área de ação na qual é autônomo;
- 3) Garantia de autonomia de cada governo em sua própria esfera, mesmo que apenas como uma declaração na Constituição.

Estes três critérios apresentados por Riker permitem um bom diálogo teórico com outros autores⁶⁷, além de sua verificação na ordem constitucional de Estados declarados como federais. É interessante que, de acordo com estes critérios, é possível caracterizar Estados formalmente federais como unitários descentralizados e Estados unitários descentralizados como materialmente federais. Assim, a explicação de Riker permite enxergar o federalismo além da forma definida do Estado.

⁶³ RIKER, William. *The Development of American Federalism*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1987, p. 18

⁶⁴ RIKER, 1987, p.12.

⁶⁵ Optou-se por traduzir *bargain* em seu sentido mais usual “barganha” ao invés “pacto”. Evidentemente pacto seria uma tradução mais bem quista, porém especificamente a pretensão foi destacar a expressão no sentido utilizado por Riker, já que “pacto constitucional” pode ser referido para diversos outros sentidos. Portanto, apesar de *constitutional bargain* poder ser traduzida por “pacto constitucional”, acredita-se que a expressão “barganha constitucional” consegue proporcionar uma significação a que a relacione diretamente à teoria de Riker.

⁶⁶ RIKER, 1987, p.13

⁶⁷ Paleker, sobre esta definição de Riker comenta que “*the merit of the political theory is that it represents federalism as essentially a political solution to different situations that involve the potency of a political bargain. The theory successfully explains the origin of older federations like of the United States, Switzerland, Canada and Australia as well the formations of new federations (since 1945) such as India, Pakistan, Malaysia, Nigeria, West Indies etc*”. (PALEKER, 2006, p. 307).

Riker⁶⁸ define o ato que forma o Estado federal, a barganha constitucional, deve apresentar a principal característica dos pactos em geral, que é a vontade das partes e sua predisposição a realizarem-na.

As duas motivações que levam Estados soberanos a serem signatários da barganha constitucional são: 1) Um desejo de expandir seu controle territorial, seja por motivações militares ou diplomáticas, seja para se preparar de agressões externas. Para poder expandir sem o uso da força, cada Estado deve oferecer concessões aos governos dos outros Estados, de forma recíproca; esta é a essência da barganha federal; 2) os pactuantes devem dar uma esfera de independência para a União e a disposição justamente é a proteção contra ameaças militares e participar do poder bélico do todo, além das vantagens diplomáticas resultantes de se participar de um Estado mais poderoso. Para todos os Estados federados, essas vantagens compensariam mais do que a vantagem de ser independente.⁶⁹

Essas duas condições para a realização da barganha constitucional estão sempre presentes na criação de um Estado federal.⁷⁰

A análise proposta por Riker põe em evidência o Federalismo norte-americano como o modelo para outras federações, surgido com o movimento centrípeto, ou seja, com a União resultante de entes políticos separados. A federação é uma forma de Estado surgida por um pacto permanente entre esses entes.

O Estado federal como a união dos Estados antes independentes normatizado pela Constituição da Filadélfia de 1787 foi o primeiro da história, no qual é possível observar o que Riker denomina por “federalismo centralizado”, modelo de federalismo propagado posteriormente em todo mundo.⁷¹ Riker faz distinção entre o federalismo centralizado e descentralizado. O federalismo centralizado na nomenclatura rikeriana corresponde à orientação política de uma federação como os Estados Unidos, onde as unidades políticas são subordinadas a uma Constituição que regulamenta divisão dos poderes de criação e aplicação normativa, além de não permitir a saída de um Estado da Federação, permitindo

⁶⁸ RIKER, 1987, p. 13.

⁶⁹ RIKER, 1987, p. 13-14

⁷⁰ RIKER, 1987, p. 14

⁷¹ “After 1787, however, federations on the American model were sufficiently centralized that the government of the federation could perpetuate itself even after the situation that occasioned it had completely changed. Framers of many constitutions saw that federations were capable of surviving and therefore were at least as efficient as empires. So when federation seemed appropriate, e.g., when a group of more or less equal and independent states could, by combining, achieve some military or diplomatic objective, then framers were willing, indeed eager, to adopt the federal form. On this basis, then, the centralized federalism of 1787 became a model copied worldwide”. (RIKER, 1987, p. 19)

a sobrevivência do que acabou sendo denominado por sua autonomia.⁷² Por sua vez, o que Riker denomina por “federalismo descentralizado” é a diretriz que permite a formação de Confederações, existentes no mundo antes da promulgação da Constituição dos Estados Unidos.⁷³

Riker⁷⁴ procura demonstrar em suas obras que as duas condições motivadoras do federalismo são cruciais para o sucesso de um Estado federal. As federações nas quais seja possível identifica-las sobreviveram. As federações que fracassaram, sobretudo, ou nunca as tiveram, ou apenas as tiveram de forma momentânea.

A tese de Riker não abarca as federações que são oriundas do movimento centrífugo, de Estados Unitários que se federalizaram. Explicam Kugelmas e Sola⁷⁵ sobre este pormenor da teoria rikeriana: “o ponto central dos estudos sobre o federalismo seria, desta forma, a negociação inicial, o *bargaining* entre as partes para dar origem e posteriormente manter e viabilizar o estado federado”. Somente pode ser identificado por federação o ente do Estado que fosse resultante de um pacto entre Estados anteriormente soberanos e que configurasse uma distribuição de competências entre o governo central e os governos federados. A autonomia característica de cada Estado-parte é um poder que anteriormente deve necessariamente ter sido uma soberania, transformada em naquela pela barganha constitucional.

Ao debater a respeito da estabilidade institucional, Riker procura estabelecer um espectro de centralização/descentralização, onde em um extremo estariam os Estados Unitários nos quais os poderes locais não possuem autonomia; são meramente subdivisões administrativas do poder central. No outro extremo, as alianças e combinações descentralizadas, como as confederações. As federações mais próximas da extremidade unitária são chamadas por Riker de “federações centralizadas” e as mais próximas da descentralização completa são denominadas “federações periféricas”.⁷⁶

⁷² RIKER, 1987, p. 40.

⁷³ RIKER, 1987, p. 20.

⁷⁴ RIKER, 1987, p. 14

⁷⁵ KUGELMAS, Eduardo; SOLA, Lourdes. Recentralização/Descentralização: dinâmica do regime federativo no Brasil dos anos 90. São Paulo. *Tempo Social*; Rev. Sociol. USP, 11(2), 1999, pp. 63-81.

⁷⁶ RIKER, 1987, p.115.

Perspectiva sociológica: a sociedade federal

A abordagem sociológica do federalismo encontra na tese de William Livingston⁷⁷ sua apoteose teórica, uma vez que rompe um paradigma estabelecido de que ainda que federalismo e federação não sejam conceitos idênticos, a essência do federalismo estaria na organização estabelecida constitucionalmente. Em sua tese, o federalismo está na sociedade e não no direito.

Livingston em sua investigação faz um interessante questionamento, central no tema debatido: quais são os limites entre o poder central e os poderes das partes que compõem uma federação? Quanto de poder deve ser atribuído ao centro e às demais unidades? E de imediato o autor menciona que tradicionalmente esta resposta é buscada na abordagem jurídica, para qual é necessária a existência de uma Constituição escrita, como visto acima.

Também tradicionalmente na perspectiva jurídica o federalismo requer uma Constituição rígida. Se assim não o fosse, uma mera lei ordinária poderia alterar a forma de Estado. Isto é essencial se for entendido que o federalismo está no direito do Estado e a necessidade de rigidez, argumenta-se, está relacionada à proteção da autonomia dos entes federativos, bem como a distribuição de competências entre os poderes nos diferentes níveis⁷⁸.

Como qualquer alteração constitucional precisa da aprovação de uma casa do parlamento federal na qual os Estados têm representação, deve haver um consenso mútuo entre as unidades federadas e a União. Este consenso deve ser majoritário, mas não unânime, o que enfraqueceria o federalismo no Estado. Todavia, os problemas do federalismo não estariam reduzidos a aspectos legais.

Para Livingston⁷⁹, há um aspecto do federalismo que é amplamente ignorado, acima e anterior à legalidade: sua natureza. A essencial natureza está “nas forças – econômica, social, política, cultural – que fizeram necessárias as formas externas do federalismo necessárias”. O federalismo surge como solução para certo tipo de problema de organização política.

⁷⁷ LIVINGSTON, 1992.

⁷⁸ LIVINGSTON, 1992, p. 82.

⁷⁹ Do original em inglês: “*The essential nature of federalism is to be sought for, not in the shadings of legal and constitutional terminology, but in the forces economic, social, political, cultural that have made the outward forms of federalism necessary. Federalism, like most institutional forms, is a solution of, or an attempt to solve, a certain kind of problem of political organization.*” (LIVINGSTON, 1992, p. 83).

Portanto, o que faz de uma estrutura constitucional ser denominada como federal não é o arranjo institucional⁸⁰. Deste modo, uma sociedade pode ter instituições que são federais na aparência, mas que funciona diferente, assim como ter uma estrutura unitária e funcionar federativamente. Há dissociação entre a forma do Estado e a *práxis*.

Com estas premissas, Livingston⁸¹ propõe que o federalismo é um fenômeno sociológico. Assim, “a essência do federalismo não se encontra na estrutura institucional ou constitucional, mas na sociedade em si. O governo federal é um dispositivo pelo qual as qualidades federais da sociedade são articuladas e protegidas”.⁸²

Cada sociedade é marcada por características únicas, elementos históricos, sociais, culturais, econômicos, entre outros, que se comunicam e formam uma complexa teia de variáveis que pode gerar variações dentro de uma mesma sociedade em um mesmo espaço geográfico. Ao se analisar os Estados formalmente federais suas origens e motivações são diversos. Mesmo em dois modelos bem conhecidos de federalismo, o alemão e o norte-americano, percebe-se que a sua estrutura é resultado de acontecimentos muitos particulares em cada um deles, como o regime nacional-socialista e a Guerra de Secessão, respectivamente.

Essas diversidades encontradas em grupos sociais (que podem ser diferenciados de outros) concentrados em uma mesma área geográfica, dentro de uma mesma sociedade, resultam no que Livingston⁸³ entende ser a natureza do federalismo. A territorialidade é um fator determinante: “se estão agrupados territorialmente, que é geograficamente, então o resultado pode ser uma sociedade que é federal. Se eles não estão agrupados territorialmente, então a sociedade não pode ser federal”⁸⁴. Deste modo, a sociedade será federal se for contiver diferentes grupos sociais que se identificam com algo em comum, formando uma sociedade maior e se estes grupos estiverem concentrados em

⁸⁰ LIVINGSTON, 1992.

⁸¹ Do original em inglês: “*The essence of federalism lies not in the institutional or constitutional structure but in the society itself. Federal government is a device by which the federal qualities of the society are articulated and protected*”. (LIVINGSTON, 1992, p. 83)

⁸² Do original em inglês: “*The essence of federalism lies not in the institutional or constitutional structure but in the society itself. Federal government is a device by which the federal qualities of the society are articulated and protected*”. (LIVINGSTON, 1992, p. 83)

⁸³ LIVINGSTON, 1992.

⁸⁴ Do original em inglês: “*If they are grouped territorially, that is geographically, then the result may be a society that is federal. If they are not grouped territorially, then the society cannot be said to be federal*”. (LIVINGSTON, 1992, p. 85)

áreas distintas. Este inclusive é um fator que diferencia uma sociedade federal de uma sociedade meramente plural⁸⁵.

A territorialidade também está vinculada à distribuição dos poderes. O federalismo necessita que o poder político do Estado como um todo esteja compartilhado de acordo com um critério territorial, o que é diferente de mera distribuição entre as instituições funcionais internas da sociedade⁸⁶. Além da existência de diversidades funcionais, para que o federalismo encontre sua razão de existir, estas diversidades precisam ser agrupadas territorialmente⁸⁷.

Essa é uma visão alternativa àquela que considera como federal um Estado que contém Estados federados; nesta proposta não é Estado em si que é federal e sim a sociedade: a característica federal vem de um macrocosmo de sociedades diversas que se concentram geograficamente, mas possuem um determinado vínculo e que em razão disso surgem as instituições formais.

A teoria de Livingston⁸⁸ admite uma gradação da característica federal de uma sociedade (e não de um Estado, a exemplo da escala centralização/descentralização kelseniana). Se uma sociedade política possuiu uma característica federal mais ou menos centralizada, há dependência de diversos elementos não formais. Neste raciocínio sociológico, as manifestações federativas nas instituições formais serão o resultado da diversidade de sua sociedade⁸⁹.

E nestas diversidades justificam a assimetria na configuração do sistema federal. Ainda que não expressamente, Livingston entende a manifestação da assimetria no sistema formal motivada pela assimetria encontrada entre os grupos sociais, uma vez que tais diferenças é que levam à necessidade de reconhecimento pelo poder federal. Segundo o autor,

⁸⁵ LIVINGSTON, 1992.

⁸⁶ LIVINGSTON, 1992, p. 86.

⁸⁷ LIVINGSTON, 1992, p. 89.

⁸⁸ "The nature of a society is roughly reflected in the external forms of its political and constitutional arrangements; and it is true that the extent to which the society is federal can be more or less accurately measured by the extent to which these external forms are federal. The institutional patterns reflect the federal quality of the societies in varying degrees; they may be more or less "federal" in the way in which they manifest the degree to which the political society behind the institutional façade is integrated or diversified. But the institutional patterns and the constitutional structure are far from an adequate test of the federal qualities of the society; dependence upon them alone can lead to serious error in assessing the nature of the society itself." (LIVINGSTON, 1992, p. 88).

⁸⁹ LIVINGSTON, 1992, p. 89.

As diversidades sociais que geram o federalismo podem ser de muitos tipos. Diferenças de interesses econômicos, religião, raça, nacionalidade, idioma, variação em tamanho, separação por grandes distâncias, diferenças no antecedente histórico, existência prévia como colônias separadas ou Estados, dissimilaridade das instituições políticas e sociais – todos estes podem produzir uma situação em que os interesses particulares e qualidades de segmentos de grandes comunidades devem ter reconhecimento⁹⁰.

Nesse sentido, há uma infinidade de diferenças que precisam ser levadas em conta para a configuração federal. E fica claro na teoria de Livingston⁹¹ que o reconhecimento é um fator chave para o sucesso de uma federação. Se tais diversidades exigem instrumentos que sejam compatíveis com as demandas, logo é perfeitamente possível que a distribuição de competências ou representatividade no governo federal seja diferente para determinadas unidades federativas. E nesta perspectiva, as diferenças formais se justificam porque as diversidades sociais exigem isso.

Essas diversidades sociais são clivagens que, ao se afirmarem territorialmente, produzem demandas por reconhecimento federal destas mesmas diversidades, que por sua vez encontra uma contra-demanda do poder central⁹². Estas duas forças tensionadas, de um lado a reafirmação de autonomia territorial daquela sociedade e do outro a integração e a necessidade de equalização e de unidade, motivam o surgimento do sistema federal. Em outras palavras, é preciso uma estrutura formal para equilibrar as forças centrífuga e centrípeta. Com base nesta visão, conclui Livingston que “o sistema federal é então uma institucionalização do compromisso entre estas duas demandas, e a Constituição federal traça as linhas deste compromisso”⁹³.

É o que afirma Burgess⁹⁴, ao ensinar que o termo federalismo pode significar contextos diferentes a depender do Estado no qual ele é analisado. Enquanto em países como Índia (Estado federal) e Reino Unido (que não é federal), o

⁹⁰ Do original inglês: “*The social diversities that produce federalism may be of many kinds. Differences of economic interest, religion, race, nationality, language, variations in size, separation by great distances, differences in historical background, previous existence as separate colonies or states, dissimilarity of social and political institutions - all these may produce a situation in which the particular interests and qualities of the segments of the larger community must be given recognition*”. (LIVINGSTON, 1992, p. 89)

⁹¹ LIVINGSTON, 1992.

⁹² LIVINGSTON, 1992.

⁹³ Do original em inglês: “*The federal system is thus an institutionalization of the compromise between these two demands, and the federal constitution draws the lines of this compromise. The constitution will be more or less federal in accordance with the relative strength of the two demands*”. (LIVINGSTON, 1992, p. 89)

⁹⁴ BURGESS, Michael. Federalism. In: WIENER, Antje; DIEZ, Thomas (org.). *European Integration Theory*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 39.

federalismo está associado a um contexto de fragmentação crescente, atualmente nos Estados Unidos e na Alemanha significa centralização de partes fragmentadas.

Em razão desta visão alternativa do federalismo, as ideias de Livingston são importantes para a compreensão das justificativas do federalismo assimétrico como melhor configuração para determinados Estados federais. Além disso, por desprender o federalismo das estruturais formais, esta visão permite identificar não só o federalismo em Estados formalmente unitários⁹⁵, como também refutá-lo em Estados formalmente federais⁹⁶.

Conclusão

O federalismo permite mais de uma abordagem. A depender da concepção de federalismo, é possível enxergá-lo fora das estruturas formais do direito de um Estado federal. Neste sentido, pode-se pensar em uma perspectiva jurídica e perspectivas não-formalistas, aqui denominadas por perspectivas sociopolíticas. Dentro desta categoria encontram-se definições de federalismo mais voltadas para análise das condições políticas ou mais direcionadas à experiência sociológica do povo de uma federação.

A perspectiva jurídica contém o federalismo na norma. Assim, Estados nos quais a Constituição determinar a organização política descentralizada sob a forma de uma federação, haverá federalismo. Uma Constituição escrita – deve ser escrita, conforme Hesse – que prescreva esta forma de Estado, trará o federalismo como princípio.

Desse modo, o federalismo é uma questão do direito constitucional de cada Estado e está contido nele. A repartição de competências consolida a autonomia dos Estados e catalisa as relações federativas. Desta forma, as noções de federalismo e federação são bastante dependentes uma da outra, não apenas relacionadas.

De modo diferente, as perspectivas sociopolíticas permitem abordagens não presas ao formalismo. Assim, o federalismo pode existir em um Estado independente da forma adotada em sua Constituição. Enxerga-se assim menor dependência dos conceitos de federalismo e federação, ainda que permaneçam relacionados.

⁹⁵ LIVINGSTON, 1992, p. 92.

⁹⁶ LIVINGSTON, 1992.

Algumas teorias desenvolvidas sobre a natureza do federalismo, como a Riker, na qual o federalismo é uma barganha constitucional, ou a de Livingston, cuja essência do federalismo está na sociedade e não no direito constitucional do Estado, demonstram que é possível abordar o federalismo com elementos além do formalismo jurídico. Neste caso, evidencia-se mais ainda a diferença conceitual de federalismo e Estado federal, sendo a primeira condição para a realização do segundo.

Federalism perspectives: contrasts between formalism and the socio-political approach

Abstract

This article aims to present the contrast between the juridical perspective of federalism, essentially formalist, and non-formalist perspectives, such as a sociological and a political one, treated here in the same set. In this way, we present, from a legal perspective, considerations on the approaches taken by Jellinek and Kelsen. From this point of view, federalism is a question of the constitutional law of each federation. Subsequently, theoretical considerations developed by Sidgwick and Riker, for which they are questionable by the federal government, as well as by Livingston, for whom an approach on federalism is first and foremost sociological.

Keywords: Federal State. Federalism. Formalism. Jellinek. Kelsen. Livingston.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. *Nós o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BERGEL, Jean-Loius. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BRODIE, Ian; MORTON, F.L. Do the “Haves” Still Come Out Ahead in Canada? In: NEWMAN, Stephen L. (Org.). *Constitutional Politics in Canada and United States*. New York: State University of New York, 2004.
- BURGESS, Michael. *Comparative Federalism: Theory and Practice*. London: Routledge, 2006.

BURGESS, Michael. Federalism. In: WIENER, Antje; DIEZ, Thomas (org.). *European Integration Theory*. New York: Oxford University Press, 2009.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; MELLO, Celso D. de Albuquerque; MESTIERI, João. *Estudo das Transformações da Ordem Política*. Rio de Janeiro: Renes, 1971.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. Tradução de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. Edited with historical and literary annotations, and introduction, by J.R.Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JELLINEK, Giorgio. *La Dottrina Generale del Diritto dello Stato*. Traduzione del Modestino Petrozziello. Milano: Dott.A. Giuffrè Editore, 1949.

JELLINEK, Giorgio. *Teoria General del Estado*. Traducción Enrique Figueroa Alfonzo. Ciudad del Mexico: Editorial Iberoamericana, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug et al. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KINCAID, John. Comparative Observations. In: KINCAID, John; TARR, G.Alan (Org.). *A Global Dialogue on Federalism: Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*. London: McGill-Queen's University Press, 2005.

KUGELMAS, Eduardo; SOLA, Lourdes. Recentralização/Descentralização: dinâmica do regime federativo no Brasil dos anos 90. São Paulo. *Tempo Social*, 11(2), 1999, p. 63-81.

LIVINGSTON, William S. A Note on the Nature of Federalism. *Political Science Quarterly*, v. 67, n.º 1, 1992, pp. 81-95.

LOSANO, Mario G. *Os Grandes Sistemas de Jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARRAFON, Marco Aurélio; LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. Competências Constitucionais da União e Supremo Tribunal Federal: Fiadores da Centralização no Federalismo Brasileiro. In: FISCHER, Octavio Campos (org.). *Federalismo Fiscal e Democracia*. Curitiba: Instituto Memória, 2014.

PALEKER, S. A. Federalism: A Conceptual Analysis. *The Indian Journal of Political Science*, v. 67, n.º 2, 2006, p. 303-310.

RIKER, William. *The Development of American Federalism*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1987.

SIDGWICK, Henry. *The Elements of Politics*. London: Macmillan & Co.,1897.

STEWART, William H. Metaphors, Models, and Development of Federal Theory. *Publius*, v. 12, n.º 2, 1982, pp. 5-24.