

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
MESTRADO EM DIREITO

VINÍCIUS CUNHA MAGALHÃES

**PRINCÍPIO DA LEALDADE FEDERATIVA: FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA,
CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO, CONCRETIZAÇÕES ESSENCIAIS E
JUSTICIABILIDADE A PARTIR DA COMPARAÇÃO COM O DIREITO ALEMÃO**

BRASÍLIA

2023

VINÍCIUS CUNHA MAGALHÃES

**PRINCÍPIO DA LEALDADE FEDERATIVA: FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA,
CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO, CONCRETIZAÇÕES ESSENCIAIS E
JUSTICIABILIDADE A PARTIR DA COMPARAÇÃO COM O DIREITO ALEMÃO**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do professor Ilton Norberto Robl Filho apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional

BRASÍLIA

2023

VINÍCIUS CUNHA MAGALHÃES

**PRINCÍPIO DA LEALDADE FEDERATIVA: FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA,
CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO, CONCRETIZAÇÕES ESSENCIAIS E
JUSTICIABILIDADE A PARTIR DA COMPARAÇÃO COM O DIREITO ALEMÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

04 de julho de 2023

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Ilton Norberto Robl Filho – Orientador
IDP**

**Prof. Ademar Borges de Sousa Filho
IDP**

**Prof. Marcos Augusto Maliska
UniBrasil Centro Universitário**

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho não seria possível sem a concorrência de algumas pessoas e instituições. Em primeiro lugar, agradeço à Gabriela Gomes Oliveira, pelas horas que a escrita roubou de nosso convívio, mas também pela leitura atenta, escuta paciente, incentivo e correções ao texto. O trabalho é a ela dedicado. Aos amigos Cristiano Reis Giuliani, Marcelo Veiga Franco, Pedro Victor Silva de Andrade, Renato José Barbosa Brêtas Dias e Renato Chaves Ferreira agradeço a leitura, discussão e sugestões de melhoria, além do estímulo intelectual constante. Ao amigo Henrique Silva Moraes que, além de possuir formação jurídica, é doutorando em língua e literatura alemã pela USP, agradeço o imprescindível auxílio com o idioma. Por fim, agradeço ao Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte, que autorizou o custeio dos meus estudos em Brasília/DF.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	14
Escopo da investigação	14
Bibliografia	16
Metodologia	18
Acerca da tradução de “Bundestreue”	21
Plano da obra	23
1 A LEALDADE FEDERATIVA NO DIREITO ALEMÃO	25
1.1 Exposição geral.....	25
1.1.1 Conceito e contornos essenciais	25
1.1.2 Fundamentação jurídico-constitucional	28
1.1.3 Sujeitos de direito vinculados	31
1.1.4 A produção de efeitos perante terceiros.....	35
1.1.5 Função interpretativa	37
1.1.6 Independência de culpa.....	39
1.1.7 Exclusão da objeção “tu quoque”	40
1.1.8 Responsabilidade civil	40
1.1.9 Orientação global ambivalente	41
1.1.10 A autocomposição de conflitos.....	41
1.1.11 Justiciabilidade	42
1.2 Evolução histórica	45
1.2.1 Período anterior à unificação alemã	46
1.2.2 Império Alemão	48
1.2.2.1 Aspectos gerais da Constituição de 1871	48
1.2.2.2 O nascimento da lealdade federativa no contexto do Estado federal monárquico	50
1.2.2.2.1 O impulso pioneiro de Rudolf Smend	53
1.2.2.2.2 Balanço crítico da concepção de Rudolf Smend	55
1.2.3 República de Weimar	56

1.2.3.1 Aspectos gerais da Constituição de 1919	56
1.2.3.2 A lealdade federativa na República de Weimar.....	59
1.2.3.2.1 Caso Prússia contra Reich (Preußenschlag).....	60
1.2.3.2.2 Caso do afundamento do Danúbio (Donauversinkung).....	62
1.2.4 Período nacional-socialista	63
1.2.5 República Federal da Alemanha.....	64
1.2.5.1 O princípio da lealdade federativa na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.....	66
1.2.5.1.1 Leading case – Primeira Decisão sobre Radiodifusão (Rundfunkentscheidung) ou Primeira Sentença sobre a Televisão (erste Fernseh- Urteil)	67
1.2.5.1.2 Outros casos relevantes.....	71
1.2.5.1.2.1 Decisão acerca da Lei de Salários do Estado da Renânia do Norte- Vestefália	71
1.2.5.1.2.2 Decisão sobre a diretiva da Comunidade Europeia sobre radiodifusão	72
1.2.5.1.2.3. Um caso recente. A inconstitucionalidade da proibição do manuseio de combustível nuclear no Porto de Bremen, de dezembro de 2021	73
1.2.5.2 As críticas ao princípio da lealdade federativa	74
1.3 Concretizações essenciais	79
1.3.1 A abertura ao desenvolvimento (Entwicklungsoffenheit)	80
1.3.2 Grupos essenciais de concretização	81
1.3.2.1 A fundamentação de deveres (Die Begründung von Pflichten)	82
1.3.2.1.1 Deveres de ajuda e apoio (Verpflichtungen zu Hilfs- und Unterstützungsleistungen)	82
1.3.2.1.2 Deveres de informação e consulta (Verpflichtungen zu Information und Konsultation)	84
1.3.2.1.3 Deveres de coordenação e cooperação (Verpflichtungen zu Abstimmung und Zusammenarbeit)	85
1.3.2.1.4 Deveres procedimentais (Verfahrenspflichten)	89
1.3.2.1.5 Outros deveres de conduta (Sonstige Verhaltenspflichten).....	91

1.3.2.2 A limitação de direitos (Die Beschränkung von Rechten)	92
1.3.2.2.1 A proibição ao exercício abusivo de direitos (Das Verbot mißbräuchlicher Rechtsausübung)	92
1.3.2.2.2 A proibição de comportamento contraditório (Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens)	94
1.3.2.3 Regras adicionais para o direito dos “tratados estaduais” ou “contratos estatais” (Die Bereitstellung ergänzender Regeln für das intraföderative Vertragsrecht)	94
2 A FUNDAMENTAÇÃO DA LEALDADE FEDERATIVA NO DIREITO BRASILEIRO.....	96
2.1 Introdução	96
2.2 As propostas de fundamentação constitucional da lealdade federativa.....	99
2.2.1 Direito consuetudinário	99
2.2.2 Princípios derivados do Estado de Direito.....	102
2.2.3 A sinopse de aspectos individuais	104
2.2.3.1 Princípio federativo	106
2.2.3.2 Repartição constitucional de competências	108
2.2.3.3 Federalismo cooperativo.....	112
2.2.3.4 Constituição financeira e tributária.....	114
2.2.3.6 Intervenção federal	117
2.2.4 O princípio federativo.....	119
2.2.5 Princípio geral da boa-fé.....	133
3 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO, CONCRETIZAÇÕES ESSENCIAIS E JUSTICIABILIDADE DA LEALDADE FEDERATIVA NO DIREITO BRASILEIRO	145
3.1 Critérios de aplicação da lealdade federativa	145
3.1.1 O dever geral de lealdade federativa e as suas concretizações.....	145
3.1.1.1 A relação jurídica federal fundamental e o dever geral de lealdade ...	146
3.1.1.2 As relações jurídicas federais especiais e as concretizações do dever geral de lealdade	149
3.1.2 Sujeitos de direito vinculados	149
3.1.3 Produção de efeitos perante terceiros	151

3.1.4	Acessoriedade	156
3.1.5	Limiar de relevância (Erheblichkeitsschwelle)	158
3.1.6	Demais critérios de aplicação	160
3.1.6.1	Independência de culpa.....	160
3.1.6.2	Exclusão da objeção “tu quoque”	161
3.1.6.3	Responsabilidade civil do Estado	161
3.2	Concretizações	161
3.1.1	Instituições que participam do trabalho de concretização	162
3.1.1.1	Legislador constitucional.....	162
3.1.1.2	Entes federados	163
3.1.1.3	Literatura jurídica especializada	167
3.1.1.4	Jurisprudência	167
3.1.2	Âmbito de aplicação	179
3.1.2.1	Função legislativa	180
3.1.1.2	Função administrativa.....	185
3.1.2.3	Função jurisdicional.....	186
3.1.3	Tipologia.....	190
3.1.4	Concretizações essenciais em espécie	191
3.1.4.1	Dimensão negativa.....	191
3.1.4.1.1	Proibição do abuso.....	192
3.1.4.1.2	Proibição do comportamento contraditório	193
3.1.4.2	Dimensão positiva	194
3.1.4.2.1	Deveres de ajuda e apoio	194
3.1.4.2.2	Deveres de informação e consulta	194
3.1.4.2.3	Deveres de coordenação e cooperação	195
3.1.4.2.4	Deveres procedimentais.....	197
3.1.4.2.5	Regras adicionais para instrumentos negociais interfederativos .	197
3.3	Justiciabilidade	198
3.3.1	A lealdade federativa como norma funcional e norma de decisão de conflitos	198

3.3.2 A lealdade federativa na decisão judicial de conflitos.....	206
3.3.2.1 A subsidiariedade da lealdade federativa.....	206
3.3.2.1 O postulado da autocontenção judicial	208
CONCLUSÃO	210
REFERÊNCIAS	214

RESUMO:

A presente dissertação tem por objeto o princípio da lealdade federativa (*Bundestreue*) ou conduta federativa amistosa (*bundesfreundliches Verhalten*). Seu objetivo central é investigar a possibilidade de fundamentação jurídica, os critérios de aplicação, as concretizações essenciais e as formas e limites de justiciabilidade da lealdade federativa no sistema jurídico brasileiro. Para atingir tal objetivo, utiliza-se do método comparativo, efetuando-se a comparação do sistema jurídico brasileiro com o sistema jurídico alemão, no qual o princípio surgiu e alcançou o seu maior desenvolvimento. Objetivo específico da investigação é fornecer à jurisdição constitucional instrumentos para o melhor equacionamento dos conflitos interfederativos no Brasil. Ao final, conclui-se pela viabilidade da fundamentação jurídica e aplicação do instituto no Brasil, ainda que com algumas peculiaridades com relação à Alemanha.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito comparado. Federalismo. Lealdade federativa.

ABSTRACT:

The subject of the present dissertation is the principle of federal comity, federal loyalty (*Bundestreue*) or federal-friendly conduct (*bundesfreundliches Verhalten*). Its main objective is to determine the legal grounding, the criteria of application, the essential concretizations and the forms and limits of justiciability of the principle of federative loyalty in the Brazilian legal system. To achieve this goal, the comparative legal method is used, comparing the Brazilian legal system with the German legal system, where the principle arose and reached its greatest development. The specific objective of the investigation is to provide constitutional jurisdiction in Brazil with the instruments for a better equating of federative conflicts. At the end, it concludes for the viability of the legal grounding and application of federal loyalty in Brazil, although with a few peculiarities in relation to Germany.

Keywords: Constitutional law. Comparative law. Federalism. Federal loyalty.

ABSTRACT:

Gegenstand der vorliegenden Dissertation ist der Grundsatz der Bundestreue oder bundesfreundlichen Verhaltens. Ihr Hauptziel ist es, die Rechtsgrundlagen, die Anwendungskriterien, die wesentlichen Konkretisierungen sowie die Formen und Grenzen der Justiziabilität des Grundsatzes der Bundestreue in der brasilianischen Rechtsordnung zu ermitteln. Um dieses Ziel zu erreichen, wird die rechtsvergleichende Methode angewandt, indem die brasilianische Rechtsordnung mit der deutschen Rechtsordnung verglichen wird, in der das Prinzip entstanden ist und seine größte Entwicklung erfahren hat. Konkretes Ziel der Untersuchung ist es, der brasilianischen Verfassungsgerichtsbarkeit die Instrumente für einen besseren Ausgleich von Föderationskonflikten an die Hand zu geben. Am Ende wird ein Fazit gezogen, das für die Tragfähigkeit der rechtlichen Begründung und Anwendung der Bundestreue in Brasilien spricht, wenn auch mit einigen Besonderheiten im Vergleich zu Deutschland.

Stichworte: Verfassungsrecht. Rechtsvergleichung. Bundesstaatsrecht. Bundestreue.

INTRODUÇÃO

Escopo da investigação

A existência de conflitos entre os entes estatais, no exercício das competências que lhes são atribuídas pela Constituição, é ínsita aos sistemas que adotam a forma federativa. Afinal de contas, o antagonismo é o substrato da “vida” do Estado federal: o reconhecimento de múltiplos centros de decisão viabiliza o dissenso acerca de questões fundamentais. A possibilidade de tensionamentos constantes não é mera postulação teórica, mas a consequência da criação de entidades subnacionais autônomas que desempenham suas tarefas através da mediação do sistema representativo pluripartidário. O antagonismo entre as distintas direções de ação é pressuposto da ordem democrática. O programa metajurídico do federalismo dele depende para cumprir seu desiderato de separação vertical e contenção do poder político.

A dimensão dessas disputas tende a aumentar em ordens jurídicas como a brasileira, na qual o constituinte optou por reconhecer o caráter de ente federado à União, ao Distrito Federal, aos 26 (vinte e seis) Estados e aos 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) Municípios. A opção de relegar matérias como saúde, educação, meio ambiente e assistência social ao âmbito das competências concorrentes e comuns também majora as probabilidades de tensão. Lançam-se, assim, as bases para a superposição de atuações, que, não raro, gera divergências de orientação normativa e insegurança jurídica no tráfego privado.

Se as competências constitucionais fossem desempenhadas de modo desordenado, vale dizer, com vistas apenas à consecução dos objetivos “egoístas” de cada esfera de governo, sem consideração pelos interesses dos demais e do Estado como um todo, a própria subsistência do pacto federativo restaria ameaçada. Forçosamente, esse processo seria acompanhado de consequências deletérias para a proteção dos direitos fundamentais.

Não se nega que grande parte dos conflitos federativos não chega aos Tribunais. Primordialmente, as lutas tomam forma, se descortinam e se resolvem perante os jornais e a televisão, e mesmo esse espaço é hoje substituído pelas redes sociais. Frequentemente, as disputas são pacificadas por meio de acordos políticos. Porém, sempre que uma solução negociada é impossível de ser concluída, o sistema jurídico é acionado e deve cumprir o seu desiderato de arbitrar e pôr termo às tensões produzidas.

Da experiência histórica, colhe-se a lição de que conflitos federativos exacerbados são característicos de regimes instáveis e épocas conturbadas. Entre nós, tem-se o exemplo dos abusos na utilização da intervenção da União nos Estados com fins puramente políticos durante

a Primeira República¹. Na Alemanha, a capitulação do Tribunal de Estado (*Staatsgerichtshof*) aos “fatores de poder” no julgamento do golpe do *Reich* contra a Prússia – o infame episódio do *Preußenschlag* – é frequentemente apontada como a decretação da “sentença de morte” da República de Weimar².

O cenário brasileiro recente, no qual a crise sanitária foi acompanhada de ataques ao pacto federativo e ao próprio sistema democrático – riscos ainda não inteiramente debelados–, completa o quadro geral que justifica a necessidade de aprimoramento dos instrumentos postos à disposição da jurisdição constitucional para a composição de conflitos federativos. A ausência de coordenação na elaboração e execução das políticas públicas e de consideração recíproca entre os âmbitos de governo foi a causa de ineficiências que custaram milhares de vidas ao país.

Diante desse contexto, quais medidas podem ser requeridas da União para remediar os efeitos econômicos e sociais do intenso fluxo de imigrantes no território de um Estado? Comissão parlamentar de inquérito instaurada pelo Senado Federal pode determinar a oitiva de Governadores na condição de testemunhas? É possível o contingenciamento, pela União, de recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública? Pode a União se valer de requisição administrativa sobre ventiladores pulmonares ou insumos de vacinas adquiridos pelos Estados durante a pandemia da COVID-19? Aumento vertiginoso de preços enseja a revisão de contrato de cessão de *royalties* entre Estado e União? Como deve se efetivar a compensação financeira pelas perdas de arrecadação no ICMS decorrentes de vantagens concedidas por ato legislativo federal?

De forma mais ampla: o que os entes estatais devem uns aos outros no contexto do pacto federativo, um vínculo que se presume “indissolúvel”? O que pode ser exigido em contrapartida? Quais os limites ao exercício de suas competências – se é que os há – para além do que determina a Constituição? Essas e outras questões³, colocadas nos últimos anos diante do Supremo Tribunal Federal, foram solucionadas, a partir de um diálogo explícito com o

¹ “É importante lembrar que, em cerca de trinta e cinco anos de vigência do instituto, sob a égide da primeira Constituição republicana, muitas foram as intervenções federais nos Estados. Jamais, porém, para repelir invasão estrangeira ou de um Estado em outro. O pretexto utilizado era, via de regra, a manutenção da forma republicana federativa ou o restabelecimento da ordem ou tranquilidade nos Estados, contasse ou não o Governo central com a requisição estadual exigida nos termos da Lei Maior”. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 78.

² STOLLEIS, Michael. **A history of public law in Germany, 1914-1945**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2004, p. 100-104.

³ Nesse sentido: voto do Min. Gilmar Mendes na Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 19/03/2009; STA 175-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, j. em 17.3.2010; ADI 750/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 03/08/2017; voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 6.341/DF MC Ref., Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 15/04/2020; ADI 5.166/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 04/11/2020. Além disso, toda a jurisprudência do STF sobre a “guerra fiscal” poderia ser interpretada como aplicação do princípio da lealdade federativa.

direito alemão, pela aplicação do chamado princípio da “lealdade federativa” ou “conduta federativa amistosa” e bem exemplificam a extensa gama de problemas que se colocam ao seu alcance.

Dos quatro acórdãos publicados até 1º de junho de 2023 com menção expressa à “lealdade federativa”, um data de 2020⁴, dois datam de 2022⁵ e um de 2023, além de trinta e duas decisões monocráticas. Valendo-se da expressão “lealdade à federação”, encontraram-se três acórdãos, um de 2018⁶, um de 2021⁷ e um de 2022⁸, além de dezessete decisões monocráticas. A partir desse recorte jurisprudencial, é possível projetar a tendência de que, nos próximos anos, o princípio venha a ser cada vez mais utilizado. A lealdade federativa, assim, é um problema do direito constitucional contemporâneo. Porém, não obstante sua acolhida (ainda que muito incipiente) pela jurisprudência, constata-se que a questão acerca da sua pertinência ao sistema jurídico brasileiro ainda não foi respondida de modo satisfatório. De forma conexa, apesar de não ser assunto desconhecido dos pesquisadores brasileiros⁹, a lealdade federativa ainda não parece ter sido o objeto central de nenhum trabalho acadêmico.

A presente investigação pretende colaborar para o preenchimento desta lacuna científica. Ela se ocupará da fundamentação jurídico-constitucional, dos elementos dogmáticos, dos critérios de aplicação e dos limites da lealdade federativa no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista a solução de controvérsias no seio da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, a partir de uma comparação com o sistema jurídico alemão.

Bibliografia

A lealdade federativa é tema de relativa escassez bibliográfica na Alemanha. Se levar-se em consideração a produção monográfica, desde a entrada em vigor da Lei Fundamental,

⁴ ACO 3119/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. em 08/06/2020, p. em 30/06/2020.

⁵ ACO 3329/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. em 18/12/2021, p. em 28/01/2022; ACO 3530-AgR/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. em 14/09/2022, p. em 29/09/2022.

⁶ ADI 750/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 03/08/2017, p. em 09/03/2018.

⁷ ADI 6220/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 08/04/2021; p. em 16/04/2021.

⁸ ADI 4608/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 16/05/2022, p. em 08/08/2022.

⁹ Os principais trabalhos sobre o tema no Brasil são: ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. **Federalismo no Brasil e na Alemanha: estudo comparativo de repartição de competências legislativas e de execução**, 2016 e KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988**, 2012. Há também estudo de caráter sintético e propedêutico em LAMARÃO, Patrícia. **O princípio da lealdade federativa como cláusula geral nas relações federativas**. Revista Consulex, vol. 14, nº 326, BBD 2011, 2010. É importante salientar que em que pese a existência de obras gerais importantes sobre o tema do federalismo no direito brasileiro, o recorte metodológico proposto pela pesquisa decidiu cingir-se aos trabalhos que efetiva e expressamente enfrentaram a temática da lealdade federativa.

apenas dois trabalhos foram publicados por casas editoriais e, doravante, são de acesso possível ao pesquisador que se localize no Brasil.

A primeira delas é a tese de doutorado de Hermann-Wilfried Bayer¹⁰. Apesar do seu pioneirismo e dos seus inegáveis méritos, por ter sido publicada no ano de 1961, ela não pôde levar em conta a controvérsia instaurada na literatura ao longo daquela década que se seguiu à Primeira Decisão sobre Radiodifusão de 28 de fevereiro do mesmo ano¹¹. Como se verá, a reação, capitaneada por Konrad Hesse¹², foi de encontro à “inesperada atualização e expansão” pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal do conceito de lealdade federativa, elaborado por Rudolf Smend¹³ especificamente para o Estado federal monárquico.

Passados mais de trinta anos, foi a vez de Hartmut Bauer¹⁴ debruçar-se sobre o assunto, em sua tese de habilitação, publicada em 1992. Trata-se de obra reconhecida até mesmo entre os críticos¹⁵, podendo-se dizer que é a melhor e mais extensa referência para o tratamento do tema na Alemanha¹⁶. Seus diferenciais, além do aprofundamento, estão na abrangente reconstrução histórica, tentativa de fundamentação da lealdade federativa a partir do princípio da boa-fé e proposta de aplicação da teoria da relação jurídica para o tratamento do tema. Por isso mesmo, a dissertação se escora, em incontáveis pontos, na monografia de Bauer. Se o autor não puder ser considerado, propriamente, como “marco teórico” da investigação – dadas as dificuldades na “tradução” desse conceito para a pesquisa jurídica em geral e para a pesquisa

¹⁰ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1961.

¹¹ BVerfGE 12, 205.

¹² HESSE, Konrad. **El Estado Federal Unitario**. Direito Público, v. 10, n. 50, p. 9–36, 2013. O texto foi publicado originalmente em 1962. As críticas foram retomadas em HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 20ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1999, p. 116-118.

¹³ SMEND, Rudolf. **Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat**. Em: **Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze. Dritte, wiederum erweiterte Auflage**. Berlin: Dunker & Humblot, 1994, p. 39-59.

¹⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992. Um dos episódios mais memoráveis da pesquisa se deu quando adquirimos fortuitamente, num sebo on-line, um exemplar do livro que conta com dedicatória do autor ao constitucionalista e ex-juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão Ernst-Wolfgang Böckenförde, na qual se lê: “Herr Bundesverfassungsrichter Böckenförde, mit besten Empfehlungen. 15. März 1992 Hartmut Bauer” (tradução livre: “Sr. juiz do Tribunal Constitucional Federal Böckenförde, com os melhores cumprimentos. 15 de março de 1992 Hartmut Bauer”).

¹⁵ WITTECK, Fabian. **Die Bundestreue**. Em: HÄRTEL, Ines (Org.). **Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt**, Vol. I., § 18, Springer-Verlag, 2012, p. 497-525.

¹⁶ Isso não significa que, neste interregno, outras obras de tipo monográfico não tenham sido produzidas, mas apenas que não lograram publicação por casas editoriais e, portanto, devido às limitações da pesquisa, não puderam ser consultadas. De qualquer sorte, Hartmut Bauer faz um inventário de tais obras numa nota de rodapé à pág. 15 de sua tese, advertindo que, na sua maioria, elas apenas tratam de aspectos parciais da lealdade federativa e, além disso, não foram capazes de influenciar a discussão sobre o tema a longo prazo. São elas: Norbert Hertl, **Die Treuepflicht der Länder gegenüber dem Bund und die Folgen ihrer Verletzung**, 1956; Alfred Kössler, **Die Bundestreue der Länder und des Bundes**, 1960; Peter-Michael Mombaur, **Bundeszwang und Bundestreue**, 1964; Joachim Schmidt, **Der Bundesstaat und das Verfassungsprinzip der Bundestreue**, 1966 e Bernd Kowalsky, **Die Rechtsgrundlagen der Bundestreue**, 1970.

em direito comparado, em especial –, ele é, sem dúvidas, o principal “guia” que orienta e ilumina o caminho pelos meandros do federalismo alemão, área ainda relativamente desconhecida pelos juristas brasileiros.

Acentuam o caráter de especialização e relativa aridez do tema da lealdade federativa o fato de que obras de fôlego científico, há muito consagradas na Alemanha, como o *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, organizado por Josef Isensee e Paul Kirchhof¹⁷ ou mesmo o tratado de Klaus Stern, na sua última edição acompanhado por Helge Sodan e Markus Möstl sob o título *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*¹⁸, apenas dedicarem algumas de suas milhares de páginas a esse assunto. O cenário não se altera quando se consulta a literatura de caráter didático¹⁹ ou os comentários à Lei Fundamental²⁰. Digno de nota, por fim, é o tratado sobre federalismo em quatro volumes publicado em 2012, *Handbuch Föderalismus*, que conta com um capítulo específico bastante crítico ao princípio da lealdade federativa²¹, demonstrando que, apesar do amplo consenso doutrinário e da contínua práxis jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, as controvérsias em torno do instituto estão longe de terem sido definitivamente solucionadas na Alemanha.

Metodologia

O suposto desinteresse acadêmico acerca da temática da lealdade federativa é contrastado com sua utilidade para a resolução de casos. Com efeito, embora não muito numerosa, sua invocação pelo Tribunal Constitucional Federal manteve-se estável e constante,

¹⁷ ISENSEE, Josef, e KIRCHHOF, Paul (orgs.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band II: Verfassungsstaat**. 3., Völlig neubearbeitete und erw. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 2004; ISENSEE, Josef, e Paul KIRCHHOF, (orgs.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VI: Bundesstaat**. 3., Völlig neubearbeitete und erw. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 2008.

¹⁸ STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**. 2., Vollständig neu verfasste Auflage des von Klaus Stern begründeten Werks. Band I. Grundlagen und Grundbegriffe des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung. Munique: C. H. Beck, 2022, p. 743-746. A edição mais recente procedeu a uma verdadeira reelaboração da obra original, contando, para isto, com a contribuição de mais de cinquenta professores de direito público da Alemanha. Em razão dessa circunstância, optou-se por fazer referência, nas notas de rodapé, primordialmente ao nome do atualizador, seguido do título do capítulo específico em que a citação se insere, para, ao fim, fazer a referência geral do livro, à maneira da citação de obras coletivas.

¹⁹ DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht: mit Bezügen zum Europarecht**. 37ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2021, p. 198-201.

²⁰ BAUER, Hartmut. **Artikel 20 [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht]**. Em: DREIER, Horst (Org). Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82. 3ª Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 179-185.

²¹ WITTECK, Fabian. **Die Bundestreue**. Em: HÄRTEL, Ines (Org.). **Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt**, Vol. I., § 18, Springer-Verlag, 2012, p. 497-525.

mesmo depois de sete décadas e, excluídas divergências minoritárias, essa práxis jurisprudencial é referendada pela literatura. Tudo isso poderia passar ao leitor brasileiro a impressão de que se trata de um assunto “excessivamente alemão”, relegado ao estudo apenas pelos seus nacionais ou por aqueles que, por diletantismo ou erudição inútil, buscam o afeiçoamento às minúcias de sistemas estrangeiros.

Esta não seria, entretanto, uma descrição fidedigna da situação. Na verdade, embora a lealdade federativa tenha encontrado maior expressão na Alemanha, ela é identificada também em outros sistemas, ainda que em níveis muito diferenciados de desenvolvimento. É o caso da Suíça²², África do Sul²³, Áustria²⁴, Canadá²⁵, Estados Unidos da América²⁶, Espanha²⁷ (com

²² Acerca do tema, há substancial tese de habilitação que analisa a *Bundestreue* a partir de uma comparação da ordem jurídica suíça com os sistemas alemão, norte-americano e europeu. Trata-se de EGLI, Patricia. **Die Bundestreue**. Zurique: Dike Verlag, 2010.

²³ “South Africa is not a fully fledged federation but is usually regarded as a hybrid or quasi-federal state building upon principles of German constitutionalism such as *Bundestreue* and cooperative federalism [...] The South African founding fathers chose the cooperative-instead of the competitive -model based on the German constitutional experience, notably the *Bundestreue* principle, which enshrines federal loyalty and coordination between the central government and the other spheres, and among the subnational spheres themselves.” (ARBAN, Erika e ARIANO, Dirri. **Aspirational Principles in African Federalism: South Africa, Ethiopia and Nigeria Compared**. African Journal of International and Comparative Law, vol. 29, no. 3, August 2021, p. 362-382. No mesmo sentido: DE VILLIERS, B. **The Duty on Organs of State to Cooperate: Bundestreue, Cooperative Government and the Supply of Electricity in a Culture of Non-Payment**. Journal of South African Law, vol. 2019, no. 3, 2019, p. 605-618.

²⁴ BUSSJÄGER, Peter. **Bundesstaatliches Berücksichtigungsprinzip und demokratische Homogenität. Anmerkungen zu zwei gegenläufigen Entscheidungen VfSlg 10.292/1984 vs VfGH 06.10.2020, G166/2020 ua (G166-168/2020, V340/2020)** Zeitschrift für öffentliches Recht (ZoR): Journal of Public Law, 76(1), 2021.

²⁵ DA SILVA, Michael. **Federal Loyalty and the ‘Nature’ of Federalism**. Review of Constitutional Studies, vol. 24, no. 2, 2019-2020, pp. 207-240; GAUDREAU-DESBIENS, Jean-Francois. **Cooperative Federalism in Search of a Normative Justification: Considering the Principle of Federal Loyalty**. Constitutional Forum, vol. 23, no. 4, 2014.

²⁶ O princípio da lealdade federativa não pode ser considerado como incorporado à tradição jurídica norte-americana. No entanto, há estudos que apontam similitudes entre a lealdade federativa alemã e aspectos do direito americano, como a “*Dormant Commerce Clause*”, a doutrina das “*governmental immunities*” e o precedente “*McCulloch v. Maryland*”. Nesse sentido: CLAUS, Laurence. **Separation, Enumeration, and the Implied Bill of Rights**. Journal of Law & Politics, vol. 36, no. 2, 2021, pp. 93-130. POZEN, David E. **Constitutional Bad Faith**. Harvard Law Review, vol. 129, no. 4, February 2016, pp. 885-955. HALBERSTAM, Daniel. **Of Power and Responsibility: The Political Morality of Federal Systems**, 90 VA. L. REV. 731 (2004). JACKSON, Vicki C. **Narratives of Federalism: Of Continuities and Comparative Constitutional Experience**. Duke Law Journal, v. 51, n. 1, p. 223, out. 2001. TUSHNET, Mark. **What Then Is the American**. Arizona Law Review, v. 38, p. 873-880, 1996. Para uma comparação do sistema americano com o suíço, como referenciado, *vide* EGLI, Patricia. **Die Bundestreue**. Zurique: Dike Verlag, 2010.

²⁷ “The unwritten constitutional principle of constitutional loyalty (an equivalent to the German *Bundestreue*) is very weak as regards its configuration in Spanish constitutional jurisprudence, as it has not served to deduce positive obligations [...]. For this reason, it is deemed to be a sort of regional *soft law*, Cruz Villalón Pedro, *La doctrina constitucional sobre el principio de cooperacion*, in Cano Bueso Juan (ed), *Comunidades Autonomas e instrumentos de cooperacion interterritorial (1990) 121*” (MORALES, Maria Jesus Garcia. **Federal Execution, Article 155 of the Spanish Constitution and the Crisis in Catalonia**. Zeitschrift für Öffentliches Recht (ZoR): Journal of Public Law, vol. 73, no. 4, December 2018, p. 820). Vide, também, na literatura em espanhol: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo **La función de la lealtad en el Estado Autonomico**. Teoría y Realidad Constitucional, n. 22, jan. 2008, p. 493-524; ARROYO GIL, Antonio; GABRIEL CARRANZA, Gonzalo **La coerción federal en Alemania y sus precedentes**. Revista Española de Derecho Constitucional, v. 120, n. 120, dez. 2020, p. 43-80; LASO, Pérez, Javier. **La lealtad federal en el sistema constitucional alemán**. Cuadernos

destaque para a recente crise da Catalunha) e mesmo no direito da União Europeia²⁸. Além do mais, com exceção talvez apenas da Suíça²⁹, constata-se que não houve a incorporação expressa do princípio ao direito positivo de nenhum desses ordenamentos, o que, não obstante, não impediu o diálogo ou mesmo a recepção da lealdade federativa. Não há motivos, portanto, para a interdição *a priori* desse debate no Brasil.

Ademais, a aproximação do leitor brasileiro com o pensamento germânico da lealdade federativa a partir do estudo comparativo revela inúmeros pontos de contato entre os dois sistemas³⁰. Abre, inclusive, novos horizontes de possibilidade para o aprimoramento de uma compreensão propriamente jurídica do nosso federalismo, ou seja, de uma compreensão que, deixando de lado as “teorias”, “doutrinas” ou “filosofias” do Estado e do federalismo, se volta para o seu “núcleo jurídico”: a análise que parte do direito positivo e o sistematiza através das categorias da dogmática jurídica.

É nesse sentido que se pode falar em “direito do Estado federal” (*Bundesstaatsrecht*) como parte do direito constitucional – mais especificamente, como parte do *direito da organização do Estado* –, entendido como a epítome dos princípios jurídicos (escritos e não escritos) que regulam as relações entre os sujeitos do Estado federal³¹. Essa conceituação limita a análise do problema à ordem jurídico-federal inaugurada pela Constituição e interpretada pela jurisprudência, sobretudo a do Supremo Tribunal Federal. Ao mesmo tempo, e com repercussões relevantes para a lealdade federativa, reconhece a viabilidade do direito “não

De Derecho Público, (9). Recuperado a partir de <<https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/563>>, 2011.

²⁸ DE BAERE, G.; ROES, T. **EU loyalty as good faith**. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 64, n. 4, p. 829–874, out. 2015.

²⁹ A codificação da lealdade federativa no sistema suíço se deu, de forma parcial, no art. 44 do texto constitucional: “Art. 44 Grundsätze: 1 Bund und Kantone unterstützen einander in der Erfüllung ihrer Aufgaben und arbeiten zusammen. 2 Sie schulden einander Rücksicht und Beistand. Sie leisten einander Amts- und Rechtshilfe. 3 Streitigkeiten zwischen Kantonen oder zwischen Kantonen und dem Bund werden nach Möglichkeit durch Verhandlung und Vermittlung beigelegt” (tradução livre: “Art. 44 Princípios: 1 A Confederação e os Cantões se apoiam mutuamente no cumprimento de suas tarefas e trabalham juntos. 2 Eles se obrigam a consideração e apoio mútuos. Eles prestam uns aos outros auxílio jurídico e administrativo. 3 Conflitos entre Cantões ou entre Cantões e a Confederação são dirimidos, se possível, por meio de negociação e mediação”).

³⁰ Não se defende, nesta investigação, a posição acerca da possibilidade da realização dos chamados “transplantes jurídicos”. Na verdade, a abordagem comparativa não deve poder culminar num simples enxerto artificial, em determinado sistema jurídico, de institutos desenvolvidos alhures. Da mesma forma, também não pode se cingir a uma mera abordagem formal entre os sistemas a serem contrastados, devendo albergar, igualmente, as semelhanças – e sobretudo diferenças – relativas aos contextos políticos, históricos e sociais. O bom desenvolvimento do trabalho de comparação não impede, no entanto, que conceitos, princípios e figuras jurídicas “migrem” de uma ordem jurídica para a outra, adotando-se um paradigma dialógico, desenvolvido por impulsos da literatura jurídica e do trabalho das próprias Cortes Constitucionais. Nesse sentido, vide LEGRAND, Pierre. **The Impossibility of Legal Transplants**. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, no. 2, pp. 111–124, 1997; MURKENS, Jo Eric Khushal. **Neither Parochial Nor Cosmopolitan: Appraising the Migration of Constitutional Ideas**. *Modern Law Review*, vol. 71, no. 2, March 2008, p. 303–319; SCHAUER, Frederick. **On the Migration of Constitutional Ideas**. *Connecticut Law Review*, vol. 37, no. 4, Summer 2005, pp. 907–920.

³¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 232.

escrito”, exigindo, entretanto, que a sua pertinência ao sistema jurídico seja demonstrada através da identificação precisa do seu fundamento constitucional.

Ainda, associa a investigação ao “disciplinamento do pensamento jurídico” a partir das categorias próprias da dogmática, como “relação jurídica”, “sujeitos de direito”, “dever jurídico”, “competência”, “discricionariedade” etc., tornando desnecessário o recurso a argumentos de ordem política, filosófica ou sociológica. O objetivo do método dogmático é conhecer e preparar sistematicamente o direito positivo com vistas à sua aplicabilidade prática e à sua evolução posterior. Ao fazê-lo, busca construir analiticamente um sistema de conceitos, institutos, princípios e regras, que dirijam a interpretação do direito, dando-lhe orientação e segurança, sem descurar das relações entre as normas e a realidade³².

Se, em outras áreas do direito constitucional, esse desenvolvimento dogmático já alcançou patamares sólidos, a ponto de falar-se na maturidade de nossa produção intelectual, o mesmo não se constata no que tange ao federalismo. Com efeito, à promulgação da Constituição de 1988 seguiu-se a publicação de uma série de importantes estudos nas áreas dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional, contribuindo, de modo decisivo, para a emancipação do direito constitucional brasileiro, a superação do conceito de Constituição como mera “Carta Política” e a efetivação da sua força normativa.

Por outro lado, a dogmática do Estado federal permanece sendo, aqui e alhures, uma tarefa não concretizada – um tema a procura de um autor. A edificação de um sistema desse tipo, que examine todas as nuances do peculiar modelo de federalismo adotado pela Constituição Federal, evidentemente, escapa aos limites e possibilidades da presente dissertação. O que se almeja é tão somente poder contribuir para essa futura construção com o oferecimento de um de seus tijolos essenciais: o princípio da lealdade federativa.

Acerca da tradução de “*Bundestreue*”

Algumas palavras devem ser adiantadas para justificar a opção de tradução do principal conceito do trabalho. Decidiu-se verter para a língua portuguesa a expressão “*Bundestreue*” como “lealdade federativa”. Essa escolha não é unânime entre os autores brasileiros. Nas obras em português e espanhol consultadas, bem como nas decisões do Supremo Tribunal Federal, encontram-se as variações lealdade federativa”, “lealdade à Federação”, “lealdade federal”, “fidelidade federal” ou “fidelidade federativa”, todas relativas ao mesmo conceito. A

³² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 232.

inexistência de uma tradução uniforme reflete o caráter incipiente do debate sobre o tema no Brasil.

A escolha pela fórmula “lealdade federativa” se deu, em parte, por razões de dogmática jurídica. Como restará claro ao longo da exposição, a lealdade federativa possui como característica a denominada “eficácia jurídica recíproca e multilateral” (*wechsel- und mehrseitige Rechtswirkung*). Isso significa que ela obriga igualmente todos os entes federados: obriga a Federação³³ (*Bund*) perante os Estados (*Länder*), os Estados perante a Federação e os Estados entre si. Todos têm o dever de levar em consideração os interesses dos demais e o interesse comum do Estado federal quando exercem direitos e deveres.

Esse caráter multilateral não está evidente na palavra alemã “*Bundestreue*”. Não obstante, a literatura e a jurisprudência optam pela sua manutenção tendo em vista o uso tradicional, bem como a inexistência de controvérsia acerca da eficácia multilateral. Muitas divergências sempre existiram com relação à lealdade federativa na Alemanha, e algumas delas permanecem até hoje. Porém, um ponto que não é objeto de controvérsia reside na eficácia recíproca multilateral, pelo menos sob a égide da Lei Fundamental. Encontram-se inteiramente fora de contexto as doutrinas da época do Império ou da República de Weimar que tentavam emprestar à “*Bundestreue*” um caráter puramente unilateral, como um dever de lealdade dos *Länder* perante o *Reich*³⁴.

Tendo em vista as possibilidades da língua portuguesa, bem como a prática do nosso federalismo, tradicionalmente caracterizada pela grande centralização na figura da União, optamos por uma tradução que refletisse, desde logo, a característica dogmática da “*Bundestreue*” de eficácia recíproca multilateral. “Federativo”, no direito brasileiro, é termo que se aplica ao Estado como um todo, além de ser o qualificativo de cada um dos entes que o compõem e do vínculo jurídico que os une. “Federal”, por outro lado, é adjetivo daquilo que tem pertinência ao ente central, a União.

Essa distinção parece encontrar guarida no direito positivo. A Constituição nomeia o Estado como República “Federativa” do Brasil (por todos, art. 1º, *caput*, da CF); protege como cláusula pétrea a forma “federativa” de Estado (art. 60, §4º, I, da CF); e faz referência a cada um dos seus membros como “entes federativos” (arts. 38, 40, 99, 160 e 167-G da CF), “unidades

³³ A tradução de “*Bund*” por “Federação” também exige algum esclarecimento. O vocábulo “*Bund*”, em alemão, é polissêmico, podendo denotar “federação”, “pacto”, “aliança” e, em certos contextos, até mesmo “confederação”. Não haveria problema, assim, em traduzir a palavra “*Bund*” como “União” quando ela é utilizada para se referir ao ente central. Não obstante, optou-se por uma tradução que se mostrasse harmônica com a versão “oficial” em língua portuguesa da Lei Fundamental, disponibilizada no *site* do *Bundestag* e utilizada como referência ao longo da dissertação, disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2022.

³⁴ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 254-257.

federativas” (art. 144, § 4º-A, da CF) ou “esferas federativas” (art. 214). Já “federal”, no texto constitucional, é termo sempre relativo à União. Assim é que há referência a certos órgãos da União (Senado Federal, Supremo Tribunal Federal³⁵, polícia federal, Tribunal Regional Federal, Ministério Público Federal); a cargos na esfera da União (Deputado Federal, juiz federal); leis “federais”, i .e., da União (e. g. art. 18, §4º; art. 24 §§ 3º e 4º; 30, II); bens da União (art. 20, IV); intervenção federal, i. e., da União nos Estados (art. 21, V); ao governo federal (art. 48, VII); à administração federal (e. g. art. 84); aos territórios federais (e. g. art. 35) além de outros casos. As exceções se dão com o uso da expressão “Constituição Federal”³⁶ e da unidade denominada de Distrito Federal que, evidentemente, tem sua razão de ser no abrigo da Capital Federal e de diversos prédios públicos federais e da própria.

Por essas razões, foi descartada a alternativa “federal” para “*Bundes-*”, que pode dar a impressão de uma eficácia vinculativa meramente unilateral, o que não seria correto. Entre as traduções “à Federação” e “federativa”, a opção pela última se deu por ser a mais simples. Ademais, o dever de lealdade é exigido diante de cada um dos entes federados e não só perante o Estado como um todo, ou seja, a “Federação” no sentido de República Federativa do Brasil.

Por outro lado, a tradução de “*-treue*” por “lealdade” ao invés de “fidelidade” não obedeceu a nenhum motivo rígido. Ambos os termos têm curso no direito brasileiro, com sentidos quase indiscerníveis. O Código Civil diz que os cônjuges têm o dever de “fidelidade” (arts. 1.566, I e 1.576); a expressão “lealdade” é reservada para a união estável (art. 1.724). O depositário “infiel” (art. 5º, LXVII, da CF) viola o dever de “lealdade” derivado do princípio processual da boa-fé (art. 5º do CPC). A tradução, assim, buscou seguir aquilo que se apreendeu como o mais usual, principalmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Plano da obra

No primeiro capítulo, será sintetizado o desenvolvimento do princípio da lealdade federativa na literatura e na jurisprudência alemãs. Partindo de uma conceituação preliminar e da exposição dos contornos essenciais do instituto, o trabalho procederá a uma exposição da

³⁵ Isso não significa, no entanto, que se negue o caráter “nacional” do Poder Judiciário e, em especial, dos Tribunais Superiores, que exercem sua jurisdição sobre todo o território nacional.

³⁶ A distinção entre “Constituição Federal” (CF) e “Constituição da República Federativa do Brasil” (CRFB ou CR) não parece ter qualquer valor dogmático. Muito embora o documento se autodenomine Constituição da “República Federativa” do Brasil e fosse de se esperar coerência do constituinte, há mais de setenta menções, ao longo do texto e no ADCT, à tradicional expressão “Constituição Federal”. De modo a não ingressar em debate reconhecidamente infértil e carente de implicações práticas, apenas anota-se a opção pela designação usual, “Constituição Federal”.

evolução histórica da ideia de lealdade federativa naquele sistema jurídico para, por fim, apresentar as suas concretizações essenciais.

No segundo capítulo, será investigada a viabilidade de fundamentação da lealdade federativa no direito brasileiro. Os esforços se concentrarão na possibilidade de fundamentação a partir da Constituição Federal, a partir da sistematização das propostas de fundamentação que são oferecidas no direito alemão.

No terceiro e último capítulo, serão apresentados os critérios de aplicação, as concretizações essenciais do princípio da lealdade federativa no contexto da ordem jurídica brasileira e, ainda, serão tecidas considerações acerca das suas formas e limites de justiciabilidade, especificamente com referência à jurisdição constitucional.

1 A LEALDADE FEDERATIVA NO DIREITO ALEMÃO

A exposição do princípio da lealdade federativa na Alemanha será feita em três etapas. No primeiro tópico, as atenções serão direcionadas para uma conceituação preliminar e para a descrição dos contornos essenciais do instituto. Num segundo momento, será apresentada a sua evolução histórica. Por fim, o trabalho identificará as concretizações essenciais da conduta federativa amistosa. O percurso primará por transmitir o estado da arte da literatura majoritária e sobre o tema. Por fim, especial atenção será dada à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, procurando-se transcrever os trechos mais importantes das decisões citadas, quando isto for relevante para elucidar o percurso argumentativo.

1.1 Exposição geral

1.1.1 Conceito e contornos essenciais

A lealdade federativa (*Bundestreue*) ou princípio da conduta federativa amistosa³⁷ (*Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens*) é o princípio³⁸ constitucional não escrito que cria, para os entes federados, deveres jurídicos recíprocos de consideração³⁹ (*Rücksichtnahme*) e

³⁷ As expressões são sinônimas. Na jurisprudência, por exemplo, BVerfGE 31, 314 (354 s.). Na literatura, *vide* DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht**, p. 198 e ss.; HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, p. 116-118; ROBBERS, Gerhard. **Der Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Gestaltung des Bundesstaates in Deutschland**. Revista catalana de dret públic, n. 43, p. 151-185, 1 jan. 2011, p. 156; WITTRECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 498 e ss. Reconhecendo a sinonímia, mas optando apenas pelas expressões “*Bundestreue*” (lealdade federativa) e “*Treuepflicht*” (dever de lealdade), BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 26-27.

³⁸ Os autores caracterizam a lealdade federativa como “princípio”, “instituto” ou “figura jurídica”. Literatura e jurisprudência falam também em “dever fundamental federativo” (*bundesstaatliche Grund-Pflicht*) ou “dever federativo de lealdade” (*bundesstaatliche Treuepflicht*). Há diversas outras nomenclaturas. De forma analítica, a lealdade federativa é um princípio jurídico (sentido objetivo) que estabelece para os entes federados um dever jurídico (sentido subjetivo), conforme BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 52.

³⁹ BVerfGE 81, 310 (337): “Die Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme gebietet, daß der Bund grundsätzlich – d.h. außer bei Eilbedürftigkeit – vor Weisungserlaß dem Land Gelegenheit zur Stellungnahme gibt und dessen Standpunkt erwägt. Sie bedeutet hingegen nicht, daß der Bund sich um ein Einvernehmen mit dem Land bemühen muß, bevor er zum Mittel der Weisung greift. Denn der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens ändert nichts an der im Grundgesetz festgelegten Kompetenzverteilung” (tradução livre: “O dever de consideração recíproca preceitua que a Federação, em princípio – i. e., exceto em casos de necessidade emergencial –, antes da expedição de uma ordem, conceda ao Estado a oportunidade de se posicionar e pondere o ponto de vista deste. Tal dever, porém, não significa que a Federação é obrigada a se esforçar para entrar em acordo com o Estado antes de lançar mão de uma ordem. Isso porque o princípio da conduta federativa amistosa não altera nada na distribuição de competências estabelecida na Lei Fundamental”). Da mesma forma, BVerfGE 92, 203 (203): “Beansprucht die Europäische Gemeinschaft eine Rechtsetzungskompetenz, so ist es Sache des Bundes, die Rechte der Bundesrepublik Deutschland gegenüber der Gemeinschaft und ihren Organen zu vertreten. Behält das Grundgesetz die Regelung des von der Gemeinschaft beanspruchten Gegenstandes innerstaatlich dem Landesgesetzgeber vor, so vertritt der Bund gegenüber der Gemeinschaft als Sachwalter der Länder auch deren verfassungsmäßige Rechte.

entendimento⁴⁰ (*Verständigung*). Seu significado obriga o *Bund* e os *Länder* a levarem em conta os efeitos que podem ser produzidos, pelo exercício de suas competências, sobre os interesses uns dos outros e sobre o interesse comum do Estado⁴¹. Sem subverter a distribuição de tarefas estabelecida na Lei Fundamental, a lealdade federativa atua de forma a complementá-la, por intermédio da fundamentação de deveres adicionais para os entes federados ou da limitação ao exercício de seus direitos.

Segundo o Tribunal Constitucional Federal, a lealdade federativa rege “todo o relacionamento constitucional entre a Federação e os Estados⁴²”. Do princípio do Estado federal deriva o dever de que “os membros da Federação permaneçam leais uns aos outros, bem como ao conjunto mais amplo, e que a Federação permaneça leal aos seus membros e chegue com eles a um entendimento mútuo”. Ademais, “todos os participantes da ‘aliança’ constitucional são obrigados a cooperar de acordo com a natureza dessa aliança e a contribuir para sua consolidação e para a proteção de seus interesses e dos interesses bem compreendidos de seus membros”⁴³. Sua função, portanto, é a de “vincular as ‘partes’ interdependentes do Estado

Der Bundesregierung erwachsen aus dieser Verantwortlichkeit als Sachwalter der Länderrechte prozedurale Pflichten zu bundesstaatlicher Zusammenarbeit und Rücksichtnahme” (tradução livre: “Caso a Comunidade Europeia reivindique sua competência legislativa, é tarefa da Federação representar os direitos da República Federal da Alemanha diante da Comunidade e de seus órgãos. Caso a Lei Fundamental reserve ao legislador estadual o regramento da matéria reivindicada pela Comunidade, a Federação também deverá representar, enquanto curadora dos Estados, os direitos constitucionais destes. Desta responsabilidade enquanto curadora dos direitos dos Estados, surgem, para o Governo Federal, deveres procedimentais de cooperação e consideração federativas”). Na literatura, *vide* DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*, p. 198; ROBBERS, Gerhard. *Der Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Gestaltung des Bundesstaates in Deutschland*, p. 156; WITTECK, Fabian. *Die Bundestreue*, p. 512.

⁴⁰ BVerfGE 39, 96 (119 s.); 41, 291 (312); 56, 298 (322); 72, 330 (402). Na literatura, *vide* BAYER, Hermann-Wilfried. *Die Bundestreue*, p. 23, 27.

⁴¹ BVerfGE 32, 199 (218); 43, 291 (348); 81, 310 (337); 104, 249 (270).

⁴² BVerfGE 61, 149 (205): “Der das gesamte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen Bund und Ländern beherrschende Grundsatz der wechselseitigen Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichem Verhalten verlangt gegenseitige Rücksichtnahme und schließt eine mißbräuchliche Interessenwahrnehmung aus” (tradução livre: “O princípio do dever recíproco da Federação e dos Estados de conduta federativa amistosa, que orienta toda a relação constitucional entre Federação e Estados, exige consideração recíproca e exclui a busca abusiva de interesses”). No mesmo sentido, BVerfGE 12, 205 (254); 81, 310 (337).

⁴³ BVerfGE 1, 299 (315): “Dem bundesstaatlichen Prinzip entspricht vielmehr die verfassungsrechtliche Pflicht, daß die Glieder des Bundes sowohl einander als auch dem größeren Ganzen und der Bund den Gliedern die Treue halten und sich verständigen. Der im Bundesstaat geltende verfassungsrechtliche Grundsatz des Föderalismus enthält deshalb die Rechtspflicht des Bundes und aller seiner Glieder zu ‘bundesfreundlichem Verhalten’; d. h. alle an dem verfassungsrechtlichen ‘Bündnis’ Beteiligten sind gehalten, dem Wesen dieses Bündnisses entsprechend zusammenzuwirken und zu seiner Festigung und zur Wahrung seiner und der wohlverstandenen Belange seiner Glieder beizutragen” (tradução livre: “Ao princípio do Estado federal corresponde, na verdade, o dever constitucional de os membros da Federação se manterem leais uns aos outros, bem como ao todo maior, e de a Federação se manter leal aos membros e chegar com eles a um entendimento. O princípio constitucional do federalismo, vigente no Estado federal, contém, portanto, o dever jurídico da Federação e dos todos os seus membros a uma ‘conduta federativa amistosa’, isto é, todos os participantes da ‘aliança’ constitucional são obrigados a agir em conformidade com a essência dessa aliança, bem como a contribuir para a sua consolidação e para a salvaguarda dos seus interesses e dos interesses bem compreendidos dos seus membros”). Da mesma forma, em BVerfGE 4, 115 (140); 6, 309 (361); 8, 122 (138); 12, 205 (239 s. e 255 ss.); 81, 310 (337); 92, 203, (230 s.).

federal, a Federação e os Estados, mais estreitamente sob a ordem constitucional comum⁴⁴”, e, assim, contribuir para a “consolidação do Estado federal”⁴⁵ e a realização do “bem comum federal”⁴⁶.

Sua finalidade é manter “os egoísmos da Federação e dos Estados dentro de limites, na medida em que estes teriam a liberdade e a possibilidade, em virtude das competências que lhes são atribuídas, de concretizar as suas próprias ideias de forma ‘inconsiderada’ (*rücksichtslos*) e de seguir apenas os seus próprios interesses”⁴⁷, combatendo os tensionamentos exacerbados que precipitem a dissolução da ordem federal⁴⁸. Portanto, trata-se de um “instrumento que completa o quadro de meios de garantia do princípio da unidade e de atuação harmônica de todos os poderes públicos no Estado federal”, preenchendo, com um dever recíproco de lealdade, os “espaços vazios” nas interações entre a Federação e os Estados⁴⁹.

A extração de repercussões concretas da lealdade federativa se dá através do trabalho de identificação das suas “concretizações”, partindo da análise e sistematização de “grupos de casos”. Esta metodologia de trabalho é idêntica àquela adotada para a boa-fé objetiva no direito privado, o que demonstra as conexões cruzadas entre os dois institutos. Não existe consenso, entretanto, sobre quantos e quais seriam tais grupos de casos. Cada obra identifica certas funções da lealdade federativa e faz referência a determinados grupos de casos. Sem embargo, essa diversidade é mais de forma do que de conteúdo, uma vez que o ponto de partida das concretizações é, ainda que não exclusivamente, a jurisprudência constitucional.

⁴⁴ BVerfGE 8, 122 (140): “Der für Bund und Länder gleichermaßen geltende Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens hat die Funktion, die aufeinander angewiesenen ‘Teile’ des Bundesstaats, Bund und Länder, stärker unter der gemeinsamen Verfassungsrechtsordnung aneinander zu binden, aber nicht die Aufgabe, das bundesstaatliche Gefüge zu lockern” (tradução livre: “O princípio de conduta federativa amistosa, válido para Federação e Estados, tem a função de unir mais fortemente, sob a égide da ordem jurídico-constitucional comum, as ‘partes’ interdependentes do Estado federal, Federação e Estados, mas não a tarefa de afrouxar a estrutura federativa”).

⁴⁵ BVerfGE 1, 299 (315); 6, 309 (361); 31, 314 (354 s. – voto vencido dos juízes *Geiger, Rinck e Wand*).

⁴⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 306.

⁴⁷ BVerfGE 31, 314 (354) (voto vencido dos juízes *Geiger, Rinck e Wand*). No mesmo sentido, BVerfGE 4, 115 (140 s.); 12, 205 (254 s.); 32, 199 (218); 34, 216 (232); 43, 291 (348).

⁴⁸ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 247: “El principio de fidelidad federal juega como uno de los mecanismos de corrección, de alivio de las tensiones inherentes al Estado federal, junto a los que ya están expresamente previstos en la propia Constitución. Su presencia silenciosa, no escrita, obliga a cada parte a considerar el interés de las demás y del conjunto en el ejercicio de los poderes que tiene atribuidos, de manera que la actitud de cada una trascienda el mero respeto formal de las reglas constitucionales que disciplinan el orden federal, y tienda a buscar una relación constructiva, amistosa y de colaboración con los demás. De esta manera, el principio de la BT [*Bundestreue*] se convierte en el espíritu informador de las relaciones entre el *Bund* y los *Länder*, que da lugar a una especie de ética institucional objetivizada, de neto carácter jurídico, y no solo político y moral. En esta circunstancia reside el gran papel que la BT está llamada a desempeñar en el Estado federal, así como también su mayor problema [...]”.

⁴⁹ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 250.

A proposta de sistematização adotada neste trabalho é a de Bauer⁵⁰, a ser exposta no último tópico deste capítulo, segundo a qual a lealdade federativa possuiria três funções. A primeira função refere-se à fundamentação de deveres adicionais. Estes podem ser agrupados em cinco grupos de casos: deveres de ajuda e apoio; deveres de informação e consulta; deveres de cooperação e colaboração; deveres de procedimento e outros deveres de conduta. A segunda função é a de limitação ao exercício de direitos, que seriam de duas espécies: proibição ao exercício abusivo de direitos e proibição ao comportamento contraditório. A terceira função compreende as regras adicionais para a conclusão dos “tratados estaduais” ou “contratos estatais” (*Staatsverträge*)⁵¹. Neste grupo, encontram-se o princípio *pacta sunt servanda* e a cláusula *rebus sic stantibus*.

1.1.2 Fundamentação jurídico-constitucional

A lealdade federativa é um “princípio frequentemente invocado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal”⁵², chegando a ser categorizada em uma retrospectiva nos anos 1970 como “a mais importante emanção do princípio do Estado federal”⁵³, um componente essencial da ordem estatal federal. Entretanto, uma aproximação, ainda que preliminar, mostra que, em contraste com essas afirmações, o princípio não conta com aceitação universal. Embora seja invocada de forma estável desde a publicação do primeiro volume das decisões do Tribunal

⁵⁰ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 341-365.

⁵¹ Os tratados estaduais ou contratos estatais (*Staatsverträge*) são um instrumento contratual previsto no direito alemão que possibilita aos Estados regularem de forma conjunta e uniforme matérias constitucionalmente submetidas à reserva legal. Por essa razão, precisam ser aprovados nos respectivos Parlamentos estaduais para que possam produzir efeitos, através das chamadas “leis de transformação” (*Transformationsgesetze*) e, assim, adquirirem o *status* de lei formal. Degenhart os classifica como instrumentos que acabam por resultar na “unitarização através da cooperação” do federalismo alemão e anota, em especial, que a forma de sua aprovação acaba por gerar uma intensa pressão política sobre os Parlamentos estaduais, na medida em que estes só tem a opção de aceitar ou rejeitar os termos do contrato firmado, sem a possibilidade de solicitar-se nenhuma alteração, o que é problemático à luz do princípio democrático (DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht**, p. 197-198).

⁵² BAUER, Hartmut. **Artikel 20 [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht]**. Em: DREIER, Horst (Org). **Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82**, p. 179.

⁵³ RUDOLF, Walter. **Die Bundesstaatlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**. Em: STARCK, Christian (org.). **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**. Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Vol. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976, p. 235.

Constitucional Federal nos anos 1950, contando com o assentimento da maioria da literatura, a lealdade federativa é o objeto de uma polêmica⁵⁴ ainda não concluída⁵⁵.

Uma das razões para estas reservas diz respeito à ausência de clareza quanto ao fundamento constitucional da lealdade federativa. Com efeito, sua presença “silenciosa” e “não escrita” na ordem constitucional não foi objeto de maiores aprofundamentos pelo Tribunal Constitucional Federal. Na verdade, em suas primeiras decisões, a Corte preferiu recepcionar o conceito de lealdade federativa atrelado à tradição federal anterior à promulgação da Lei Fundamental. Essa postura foi objeto de incisivas críticas, uma vez que as origens do instituto remontam ao contexto específico do federalismo monárquico da Constituição de 1871.

A título de exemplo, o Tribunal já se referiu⁵⁶ à fundamentação com base no “princípio da aliança⁵⁷”; na “essência do Estado federal⁵⁸”; no “princípio do Estado federal⁵⁹”; no “princípio constitucional do federalismo⁶⁰” e no art. 20 I GG⁶¹, fonte normativa do princípio do Estado federal⁶². Em outras decisões, encontra-se a menção a “princípio constitucional não escrito⁶³”; “princípio geral a ser inferido da Lei Fundamental⁶⁴”; “norma constitucional imanente à Lei Fundamental⁶⁵”; “princípio de direito constitucional⁶⁶” ou “princípio desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal⁶⁷”.

Bayer⁶⁸, após concluir pelo caráter “juridicamente vinculante” (não meramente ético-político) da lealdade federativa, faz a sua associação com o conceito de Constituição em sentido “material”, em oposição à Constituição “formal”. Isto porque a lealdade federativa, enquanto “direito constitucional não escrito”, seria um “princípio geral de direito” “imanente à natureza do Estado federal⁶⁹”. Outros autores buscaram sua fundamentação no direito costumeiro ou nos

⁵⁴ Por todos, *vide* HESSE, Konrad. **El Estado Federal Unitario**, p. 15-18 e HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, p. 116-118. Para uma tradução deste último, *vide* HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 212-215.

⁵⁵ WITTRECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 497-525.

⁵⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 9, para a enumeração a seguir.

⁵⁷ BVerfGE 72, 330 (396 e ss.): “[...] *bündische Prinzip*”.

⁵⁸ BVerfGE 1, 117 (131); 8, 122 (138): “[...] *Wesen des Bundesstaates*”.

⁵⁹ BVerfGE 1, 299 (315); 34, 9 (20); 43, 291 (348): “[...] *bundesstaatliche Prinzip*”.

⁶⁰ BVerfGE 1, 299 (315); 39, 96 (119): “[...] *verfassungsrechtliche Grundsatz des Föderalismus*”.

⁶¹ BVerfGE 34, 9 (20); 43, 291 (348).

⁶² Art. 20 (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.

⁶³ BVerfGE 4, 115 (140); 12, 205 (254); 14, 197 (214 e ss.); 43, 291 (348): “[...] *ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz*”. De forma similar em BVerfGE 8, 122 (138); 45, 400 (421).

⁶⁴ BVerfGE 4, 214 (218): “[...] *allgemeinen, dem Grundgesetz zu entnehmenden Grundsatz*”.

⁶⁵ BVerfGE 6, 309 (361): “[...] *dem Grundgesetz immanente Verfassungsnorm*”.

⁶⁶ BVerfGE 42, 103 (118): “[...] *Verfassungsrechtssatz*”.

⁶⁷ BVerfGE 34, 216 (232): “[...] *vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsatz*”.

⁶⁸ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 27-45.

⁶⁹ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 43.

princípios derivados do Estado de Direito, em especial a proporcionalidade. Abordagens ecléticas tentam fundamentar a lealdade federativa a partir da “sinopse de aspectos individuais” de natureza jurídica, histórica e política⁷⁰. Atualmente, a derivação a partir do princípio do Estado federal (art. 20 I GG)⁷¹ continua a ser feita na jurisprudência⁷², que é seguida pela maioria da literatura especializada⁷³.

As objeções à linha argumentativa do Tribunal serão expostas no tópico relacionado à evolução histórica. Adianta-se que os críticos atacam a continuidade das “velhas ideias” sobre o federalismo monárquico no contexto atualizado da Lei Fundamental. Alguns enxergam a lealdade federativa como instituto “dispensável”, que pode ser substituído por outros já existentes⁷⁴. Mais recentemente, põe-se em questão a compatibilidade de um conceito “nascido a partir do espírito da concepção orgânica de Estado”⁷⁵ com a “ordem constitucional livre e democrática”. Uma ideia comum a todas as críticas se refere aos riscos de expansão indevida das competências da jurisdição constitucional em prejuízo da política e ao problema da aplicação metodologicamente indisciplinada de um conceito “elástico” e “inerentemente indeterminado”.

Finalmente, deve-se fazer referência à posição de Bauer⁷⁶, a ser retomada, de fundamentar a lealdade federativa a partir do princípio da boa-fé (*Treu und Glauben*) que, embora previsto no § 242 do Código Civil alemão (BGB), teria a estatura de um princípio geral de direito, aplicável também ao direito constitucional. Essa posição dá razão às críticas quanto à recepção “demasiadamente imparcial” da concepção tradicional de lealdade federativa pela jurisprudência, mas tenta apresentar uma alternativa para fazer frente àqueles que não enxergam qualquer possibilidade de ancoragem normativa do instituto na Lei Fundamental.

⁷⁰ Todas as propostas de fundamentação jurídico-constitucional do princípio da lealdade federativa serão objeto de análise pormenorizada no item 2.2 do segundo capítulo da dissertação.

⁷¹ BVerfGE 34, 9 (20); 43, 291 (348).

⁷² BvL 2/15, nº de referência 71: “Bei der Inanspruchnahme der ihnen zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen unterliegen Bund und Länder der aus dem Bundesstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG folgenden Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten” (tradução livre: “Ao reivindicar suas competências legislativas, Federação e Estados se sujeitam ao dever de conduta federativa amistosa, que se segue ao princípio do Estado federal do art. 20, parágrafo 1, da Lei Fundamental”).

⁷³ DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht**, p. 198-199; JESTAEDT, Matthias. **Bundesstaat als Verfassungsprinzip**. Em: ISENSEE, Josef, e KIRCHHOF, Paul (orgs.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band II: Verfassungsstaat**. 3., Völlig neubearbeitete und erw. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 2004, § 29, p. 837: “[...] den wohl einzigen selbständigen, d. h. andernorts nicht bereits in gleicher Weise verbürgten Gewährleistungsinhalt des Verfassungsprinzips Bundesstaat” (tradução livre: “[...] provavelmente o único conteúdo de garantia autônomo do princípio constitucional do Estado federal que não se encontra já garantido da mesma forma em outros locais [da Lei Fundamental]”). Também ROBBERS, Gerhard. **Der Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Gestaltung des Bundesstaates in Deutschland**, p. 156.

⁷⁴ HESSE, Konrad. **El Estado Federal Unitario**, p. 15-18.

⁷⁵ WITTECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 500-502.

⁷⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 234-260.

Da proposta de fundamentação de Bauer também deriva a conclusão acerca da subsidiariedade da lealdade federativa⁷⁷ (*Subsidiarität der Bundestreue*) para a resolução judicial de conflitos. Segundo essa concepção, se um conflito puder ser resolvido pela aplicação de uma norma constitucional explícita, suficiente para responder ao caso, o uso da lealdade federativa seria desnecessário⁷⁸. Assim, é reduzido o seu âmbito de aplicação e assegurado o espaço inerente à política frente aos riscos de juridificação excessiva⁷⁹.

1.1.3 Sujeitos de direito vinculados

De acordo com um pronunciamento clássico do Tribunal Constitucional Federal, “toda a relação constitucional entre o Estado como um todo e seus membros, bem como a relação constitucional entre os membros” deve ser regida pelo princípio da conduta federativa amistosa⁸⁰. Logo, do ponto de vista da sua abrangência, a lealdade federativa obriga igualmente a todos os sujeitos da relação federativa⁸¹. Na Alemanha, trata-se dos Estados e da Federação⁸².

Fabian Wittreck⁸³ fala em “vinculação tripartite”, isto é, dos Estados em relação à Federação; da Federação em relação aos Estados e dos Estados entre si. Bauer⁸⁴, por sua vez, utiliza a expressão “eficácia jurídica recíproca e multilateral” (*wechsel- und mehrseitige Rechtswirkung*), exprimindo que os entes federativos se vinculam à lealdade federativa sempre na mesma medida, como corolário da igualdade federativa e da ausência de hierarquia entre

⁷⁷ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 371-373. Retomado em: BAUER, Hartmut. **Artikel 20 [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht]**. Em: DREIER, Horst (Org). **Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82**, p. 180. Vide, também, JESTAEDT, Matthias. **Bundesstaat als Verfassungsprinzip**, p. 839.

⁷⁸ DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht**, p. 199, observa que, excepcionalmente, ela pode ser utilizada para corrigir o resultado da aplicação literal de uma ordenação constitucional.

⁷⁹ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 258-259.

⁸⁰ BverfGE 12, 205 (254): “Im deutschen Bundesstaat wird das gesamte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen dem Gesamtstaat und seinen Gliedern sowie das verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen den Gliedern durch den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz von der wechselseitigen Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichem Verhalten beherrscht (vgl. Smend, Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat, Festgabe für Otto Mayer, 1916, S. 247 ff.). Das Bundesverfassungsgericht hat daraus eine Reihe konkreter Rechtspflichten entwickelt” (tradução livre: “No Estado federal alemão, toda a relação jurídico-constitucional entre o Estado como um todo e os seus membros, bem como a relação jurídico-constitucional entre os membros, orienta-se pelo princípio constitucional não escrito do dever recíproco da Federação e dos Estados de conduta federativa amistosa (cf. Smend, Direito Constitucional não escrito no Estado Federal Monárquico, Escrito em homenagem a Otto Mayer, 1916, p. 247 ss.). O Tribunal Constitucional Federal desenvolveu daí uma série de deveres jurídicos concretos”).

⁸¹ BverfGE 12, 205 (255).

⁸² BAUER, Hartmut. **Artikel 20 [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht]**. Em: DREIER, Horst (Org). **Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82**, p. 180 e ss.; BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 294-295; BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 55; WITTRUCK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 523.

⁸³ WITTRUCK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 523.

⁸⁴ BAUER, Hartmut. **Artikel 20 [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht]**. Em: DREIER, Horst (Org). **Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82**, p. 180.

eles⁸⁵. A definição em favor da vinculação da Federação e dos *Länder* resulta numa indicação preliminar negativa em relação às tendências de extensão do círculo de destinatários da lealdade federativa para outros sujeitos de direito⁸⁶.

De início, questiona-se se a lealdade federativa tem o condão de vincular, além dos entes federados, seus órgãos e agentes. Tal visão chegou a ser defendida durante a República de Weimar e foi até mesmo adotada, de forma demasiado ampla, pelo Tribunal de Estado no julgamento caso *Preußenschlag*, a ser analisado de forma pormenorizada no tópico 1.2.3.2.1, quando da apresentação da evolução histórica da lealdade federativa. Nesse julgado, admitiu-se que, em situações excepcionais, um funcionário estatal, como o Ministro de um *Land*, poderia violar, direta e pessoalmente, a lealdade federativa, por meio de suas declarações, ainda quando emitidas fora do exercício das suas funções oficiais e na qualidade de membro de partido político⁸⁷. Sem embargo, sob a égide da Lei Fundamental, deve-se asseverar que a federativa apenas se aplica aos agentes e órgãos estatais quando estes estejam atuando como veículos para a manifestação de vontade que se imputa juridicamente aos entes federados, mas nunca de modo direto e pessoal, como pretendia o Tribunal de Weimar⁸⁸.

Por outro lado, a lealdade federativa é inaplicável à relação (interna) dos órgãos constitucionais entre si. Isso significa que a lealdade federativa não é o princípio apto a reger, por exemplo, as relações entre Executivo e Legislativo (e. g. os deveres de informação do Governo Federal em face do *Bundesrat*), a interação entre o *Bundestag* e o *Bundesrat* no processo legislativo ou entre Presidente Federal e Chanceler Federal na dinâmica de nomeação e destituição de Ministros Federais⁸⁹. Na verdade, em todos esses casos, o princípio incidente é o da lealdade entre órgãos constitucionais (*Verfassungsorganentreue*)⁹⁰. De qualquer sorte, o

⁸⁵ BVerfGE, 12, 205 (255): “In der Bundesrepublik Deutschland haben alle Länder den gleichen verfassungsrechtlichen Status; sie sind Staaten, die im Verkehr mit dem Bund Anspruch auf gleiche Behandlung haben. Wo immer der Bund sich in einer Frage des Verfassungslebens, an der alle Länder interessiert und beteiligt sind, um eine verfassungsrechtlich relevante Vereinbarung bemüht, verbietet ihm jene Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten, nach dem Grundsatz *divide et impera* zu handeln, d. h. auf die Spaltung der Länder auszugehen, nur mit einigen eine Vereinbarung zu suchen und die anderen vor den Zwang des Beitritts zu stellen” (tradução livre: “Na República Federativa da Alemanha, todos os Estados [*Länder*] têm o mesmo *status* constitucional; todos eles são Estados [*Staaten*] que, ao se relacionar com a Federação, têm pretensão a tratamento igualitário. Sempre que a Federação, em uma questão da vida constitucional na qual todos os Estados [*Länder*] participem e se interessem, buscar um acordo constitucionalmente relevante, tal dever de conduta federativa amistosa a proíbe de agir segundo o princípio ‘*divide et impera*’, i. e., proíbe-a de buscar a segregação dos Estados [*Länder*], de buscar um acordo com apenas alguns deles e de coagir os outros a aceitá-lo”).

⁸⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 294-295; BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 55.

⁸⁷ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 56.

⁸⁸ De forma precisa, BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 55.

⁸⁹ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 56. No mesmo sentido: BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 295-296. A opinião de que a relação entre Presidente e Chanceler deveria ser pautada pela lealdade federativa, com base no art. 64 I GG, é atribuída a Erich Kaufmann.

⁹⁰ SCHENKE, Wolf- Rüdiger. **Die Verfassungsorganentreue**. Berlin: Ducker & Humblot, 1977; BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 296; WITTRECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 523.

Tribunal Constitucional Federal reconhece entre os dois princípios uma relação de especialidade. Assim, por exemplo, a verificação de violações ao princípio da lealdade entre órgãos constitucionais se submete às mesmas condicionantes do princípio da lealdade federativa, *mutatis mutandis*⁹¹, vale dizer: (1) o grau de violação deve produzir sobre a ordem constitucional um abalo “sério ou sensível⁹²”; (2) o princípio da lealdade entre órgãos

⁹¹ BVerfGE 119, 96 (125): “Die Maßstäbe ‘rechtzeitiger’ Einbringung eines Nachtragshaushalts können – auch wenn es um eine entsprechende Anwendung des Art. 110 Abs. 2 Satz 1 GG gehen soll – nicht wesentlich anders ausfallen als diejenigen Maßstäbe, die das Bundesverfassungsgericht auch sonst – also unter dem allgemeinen Aspekt der Organtreue [...] und unter dem spezielleren des bundesfreundlichen Verhaltens im Verhältnis zwischen dem Bund und den Ländern [...] – an die gebotene gegenseitige Rücksichtnahme im Verhältnis zwischen Verfassungsorganen anlegt. In allen Fällen geht es um Sorgfaltspflichten bei der Wahrnehmung verfassungsrechtlicher Kompetenzen – hier der Kompetenz der Bundesregierung zur Einbringung des Haushaltsgesetzes – im Interesse der angemessenen Wahrung von Rechten und Interessen eines anderen Verfassungsorgans – hier zur Wahrung der Budgethoheit des Parlaments. Nach diesen Grundsätzen dürfen Kompetenzen weder missbräuchlich noch im Widerspruch zu prozeduralen Anforderungen zu Lasten eines anderen Verfassungsorgans ausgeübt werden” (tradução livre: “Os parâmetros de apresentação ‘em prazo justo’ de um orçamento suplementar – mesmo que venha a se tratar da aplicação do art. 110, parágrafo 2, frase 1, da Lei Fundamental – não podem ser essencialmente diferentes daqueles parâmetros que o Tribunal Constitucional Federal, também em outros casos – por exemplo, sob o aspecto geral da lealdade entre órgãos [...] ou sob o aspecto mais específico da conduta federativa amistosa entre Federação e Estados [...] – já aplicou para a devida consideração recíproca entre órgãos constitucionais. Em todos os casos, trata-se de deveres de cuidado no exercício de competências constitucionais – aqui, da competência do Governo Federal de apresentar a Lei Orçamentária – no interesse da adequada manutenção de direitos e interesses de outro órgão constitucional – aqui, para a manutenção da supremacia orçamentária do Parlamento [*Budgethoheit des Parlaments*]. Segundo esses princípios, nenhuma competência pode ser exercida abusivamente ou em desacordo com as exigências processuais, em detrimento de outro órgão constitucional”). WITTECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 523: “[...] Erst in der jüngsten Rechtsprechung wird sie vom Bundesverfassungsgericht als allgemeiner Grundsatz apostrophiert, der die Pflicht zum bundesfreundlichen Verhalten in einem Verhältnis der Spezialität stehe. Sie muss im Kern den gleichen Bedenken begegnen wie die Bundestreue” (tradução livre: “Somente na jurisprudência mais recente, ela [a lealdade entre órgãos constitucionais] é designada pelo Tribunal Constitucional Federal como princípio geral que se encontra em relação de especialidade com o dever de conduta federativa amistosa. Ela deve, em suma, se confrontar com as mesmas preocupações que a lealdade federativa”).

⁹² 2 BvR 2436/10, parágrafo 167: “Des Weiteren bezieht der Antragsteller zu 1. sich auf den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der Verfassungsorganantreue. Dabei kann dahinstehen, ob der Grundsatz der Verfassungsorganantreue [...] einen Anspruch auf Einschreiten zu vermitteln vermag. Denn jedenfalls hat der Antragsteller zu 1. das Vorliegen der engen Voraussetzungen eines solchen Anspruchs nicht hinreichend dargetan. Legt man die Anforderungen zugrunde, die das Bundesverfassungsgericht aufgestellt hat, um eine aus dem Grundsatz der Bundestreue entwickelte Pflicht der Landesaufsichtsbehörden zum Einschreiten gegen eine Gemeinde zu begründen, dann können Handlungspflichten eines anderen Verfassungsorgans nur dann ausgelöst werden, wenn eine ‘empfindliche, schwerwiegende Störung der grundgesetzlichen Ordnung’ vorliegt und das davon betroffene Verfassungsorgan zu einer Beseitigung dieser Störung selbst nicht imstande ist” (tradução livre: “Além disso, o requerente de 1. se refere ao princípio constitucional de lealdade entre órgãos constitucionais. Aqui pode-se questionar se o princípio de lealdade entre órgãos constitucionais [...] pode transferir a pretensão de uma intervenção. Isso porque, de fato, o requerente de 1. não apresentou, de maneira suficiente, a observância dos rigorosos pressupostos de tal pretensão. Estabelecidas as exigências colocadas pelo Tribunal Constitucional Federal para justificar, com base no princípio de lealdade federativa, um dever de intervenção de órgãos estaduais de fiscalização contra um município, os deveres de ação de um outro órgão constitucional podem ser acionados, caso se verifique uma ‘perturbação grave e sensível da ordem constitucional’ e o órgão constitucional afetado não esteja em condições de afastar, por ele mesmo, essa perturbação”).

constitucionais possui “ caráter acessório”, isto é, não estabelece por si só relações jurídicas, dependendo, portanto, de uma relação preexistente entre os órgãos⁹³.

Por outro lado, a literatura é da opinião de que os Municípios, por não ostentarem a condição de entes federados na Alemanha⁹⁴, não estariam diretamente vinculados ao dever de conduta federativa amistosa⁹⁵. Trata-se de uma construção corroborada por um julgado do Tribunal Constitucional Federal no qual a Corte afirmou que entre os Municípios e a Federação não se estabelece relação jurídica direta. Os Municípios do Estado de Hesse não teriam violado um dever de lealdade para com a Federação pela convocação de consultas populares acerca de matéria que se insere na competência federal (armamento nuclear). Na verdade, o *Land* de Hesse é que teria incorrido em tal violação, por omissão, na medida em que não cooperou com a Federação através do exercício do seus poderes de supervisão municipal⁹⁶.

Por essas razões, a literatura apresenta muitas reservas a um julgado do Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) no qual o princípio da lealdade federativa foi aplicado para solucionar uma contenda entre uma ilha com *status* de Município e o *Deutsche Bundespost*. Nesse caso que, em resumo, tratava da proibição, pela administração local, da circulação de carros com motor a combustão naquela “ilha de férias sem automóveis” (*autofreie Ferieninsel*), o Tribunal declarou, sem maior aprofundamento, que o dever de lealdade federativa se aplicaria a “todos os órgãos da Administração Pública”. Considerou, ao fim, válida a proibição mesmo diante das necessidades do serviço postal, admitindo, tão somente, que os

⁹³ 2 BvR 2436/10, parágrafo 183: “Dieser Grundsatz vermag für sich genommen keine Rechte zu begründen; vielmehr bedarf er, um seine Wirkung entfalten zu können, eines bereits bestehenden (Verfassungs-) Rechtsverhältnisses [...]; er ist insoweit akzessorischer Natur und kann ein vorhandenes Verfassungsrechtsverhältnis ausgestalten, aber nicht neu begründen” (tradução livre: “Esse princípio não pode, por si só, estabelecer direitos; para gerar seus efeitos, ele precisa, antes, de uma relação jurídica (constitucional) já existente [...]; ele é, assim, de natureza acessória e pode ampliar uma relação jurídica constitucional existente, mas não pode, porém, fundamentá-la”).

⁹⁴ Na Alemanha, os Municípios são considerados subdivisões administrativas dos Estados. Não obstante seu “direito de autonomia administrativa” seja declarado no art. 28 da Lei Fundamental, este deve ser compreendido como uma garantia institucional, e não como a elevação dos Municípios à qualidade de entidade federal de terceiro grau. Sobre a posição do Município no direito alemão, *vide* DREIER, Horst. **Artikel 28 [Homogenitätsgebot; kommunale Selbstverwaltung]**. Em: DREIER, Horst (Org). Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82. 3ª Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 710-758; KRELL, Andreas Joachim. **Diferenças do conceito, desenvolvimento e conteúdo da autonomia municipal na Alemanha e no Brasil**. Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 32, n. 128, p. 107-125, out./dez. 1995 e ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. **Federalismo no Brasil e na Alemanha: estudo comparativo de repartição de competências legislativas e de execução**. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 149-160.

⁹⁵BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 296-302; BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 56-57; LINDNER, Josef Franz. Das bundesstaatliche Prinzip. Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. 2., Vollständig neu verfasste Auflage des von Klaus Stern begründeten Werks. Band I. Grundlagen und Grundbegriffe des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung. Munique: C. H. Beck, § 16, p. 746; WITTECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 523.

⁹⁶ BVerfGE 8, 122.

Correios Federais Alemães circulassem em veículos com motor elétrico, mesmo que isso acarretasse custos significativamente mais elevados⁹⁷.

1.1.4 A produção de efeitos perante terceiros

De acordo com as conclusões acima, os efeitos da lealdade federativa são limitados às relações entre a Federação e os Estados ou entre os Estados. Por outro lado, os sujeitos de direito que não sejam participantes da relação federativa, mas que travam relações de outro tipo com os entes federados, são coletivamente denominados de “terceiros”. Os terceiros não estão diretamente vinculados ao dever de lealdade; no entanto, Federação e Estados podem ser obrigados a comportar-se de determinada maneira perante eles com base nas relações federativas existentes entre si⁹⁸.

Com efeito, enquanto participantes da relação federativa, a Federação e os Estados nunca são completamente “livres” e desvinculados na sua conduta perante terceiros, devendo sempre levar em consideração os interesses dos outros entes federados. Trata-se do “efeito irradiador” da lealdade federativa. Por meio disso, os terceiros não se tornam diretamente “responsabilizados”, alargando a aplicação do instituto. Pelo contrário, apenas a Federação e os *Länder*, devido aos vínculos na sua “relação interna”, são obrigados a observar a lealdade federativa, ao estabelecer e exercer direitos em relação aos terceiros⁹⁹.

Exemplo importante de tais deveres de conduta por parte dos Estados está contido na já referida decisão do Tribunal Constitucional Federal acerca das consultas populares sobre o armamento nuclear convocados no Estado de Hesse. Nesse julgado clássico sobre a lealdade federativa, o Tribunal decidiu que, como a Federação não pode garantir diretamente “a preservação e o estabelecimento da ordem constitucional” perante os Municípios, dependendo para isto da intervenção do respectivo Estado, haveria por parte deste último um dever de cooperação. Tal cooperação se materializaria no exercício do poder de supervisão em face dos Municípios que, no intuito de posicionarem-se contrariamente à orientação política do Governo Federal de então, convocaram as consultas populares para deliberar sobre matéria de competência do ente central¹⁰⁰.

⁹⁷ BVerwGE 82, 266. Para a crítica ao julgado, *vide* BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 296-297.

⁹⁸ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 309.

⁹⁹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 309.

¹⁰⁰ BVerfGE 8, 122 (138): “Was nach Landesrecht im Verhältnis zur Gemeinde eine im Ermessen der zuständigen Behörde liegende Befugnis ist, kann aber nach Bundesverfassungsrecht im Verhältnis zum Bund Pflicht des Landes werden. In diesem Zusammenhang wird bedeutsam, daß dem Bund, wie ausgeführt, eine Einwirkung auf

Deveres de conduta em relação a terceiros por parte da Federação apenas foram reconhecidos, até o presente momento do desenvolvimento do instituto, no âmbito da literatura. Nesse sentido, segundo exemplo de Bauer, tais deveres surgiriam no contexto da participação da Federação no processo de tomada de decisões na Comunidade Europeia. Da mesma forma que os Estados, ao exercerem seus poderes de supervisão municipal, a Federação, ao exercer seus direitos de participação, pode ser obrigada, em virtude de seu dever de lealdade para com os Estados, a fazer uso desses direitos de uma determinada maneira que leve em conta suficientemente os interesses dos Estados¹⁰¹.

Ainda nesse contexto insere-se a chamada dimensão da lealdade federativa relacionada aos cidadãos¹⁰². Com efeito, no direito alemão, os cidadãos são, em princípio, desconsiderados na aplicação do dever de conduta federativa amistosa. O raciocínio é o de que se os cidadãos pudessem exigir lealdade federativa de seus Estados, seria então um pequeno passo até que eles próprios pudessem “demandar” lealdade federativa enquanto sujeitos de direito e, com isso, pudessem tentar, por exemplo, derrubar ou “corrigir” a “diversidade federal” que “tenha se tornado impopular”, em setores como o sistema educacional¹⁰³. O dever de lealdade é próprio às relações jurídicas entre a Federação e os Estados e entre os próprios Estados, apenas produzindo efeitos neste contexto. Doravante, a referência direta ao cidadão não é justificável do ponto de vista normativo.

Isso não significa, entretanto, que a lealdade federativa seja indiferente para o cidadão. A este respeito, os direitos fundamentais devem funcionar como uma “correia de transmissão” (*Transmissionsriemen*). Assim, por exemplo, caso uma lei seja nula por violação à lealdade

die Gemeinde nicht zusteht, daß aber die Gemeinden, die die Durchführung einer amtlichen Befragung der Bürgerschaft über Atomwaffen im Rahmen der dargelegten umfassenden Aktion beschlossen haben, damit in die ausschließliche Zuständigkeit des Bundes auf dem Gebiet des Verteidigungswesens übergreifen. Im Bundesstaat haben Bund und Länder die gemeinsame Pflicht zur Wahrung und Herstellung der grundgesetzlichen Ordnung in allen Teilen und Ebenen des Gesamtstaates. Soweit der Bund dafür nicht unmittelbar Sorge tragen kann, sondern auf die Mitwirkung des Landes angewiesen ist, ist das Land zu dieser Mitwirkung verpflichtet. Das folgt aus dem ungeschriebenen Satz über die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten” (tradução livre: “O que é, conforme o direito estadual e em relação ao município, um poder discricionário do órgão competente, pode se tornar, conforme o direito constitucional federal e em relação à Federação, um dever do Estado. Fundamental para esse caso não é que caiba à Federação, conforme exposto, uma intervenção no município, mas que os municípios – que decidiram realizar uma consulta aos cidadãos acerca de armas nucleares – tenham interferido na competência exclusiva da Federação em matéria de defesa. No Estado federal, Federação e Estados têm o dever de produção e manutenção da ordem constitucional em todos os planos e partes do Estado como um todo. Dado que a Federação não pode se ocupar da questão de forma direta e se vê dependente da cooperação do Estado, o Estado é obrigado a cooperar. Isso advém do princípio não escrito sobre o dever de conduta federativa amistosa”). Na literatura, *vide* BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 309-310.

¹⁰¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 310.

¹⁰² Cf., sobretudo, LÜCKE, Jörg. **Bundesfreundliches und burgerfreundliches verhalten**. Zur bürgerbezogenen Ergänzungsbedürftigkeit des Grundsatzes des Bundesfreundlichen Verhaltens. *Der Staat*, v. 17, n. 3, p. 341–368, 1978. Também BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 311.

¹⁰³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 311.

federativa, o cidadão afetado em suas posições jurídicas subjetivas tem direito a postular em juízo valendo-se da “ponte” dos direitos fundamentais de liberdade. Sem embargo, tal dimensão da lealdade federativa deve ser entendida no contexto da relação Estado-indivíduo, que é mediada pelos direitos fundamentais, ou seja, como meramente indireta, não sendo suficiente para que o cidadão se torne “titular” de um “direito” à lealdade federativa¹⁰⁴.

Outro aspecto relevante para os cidadãos parece se encontrar naquilo que se chama de “coordenação suprarregional”, a ser desenvolvida no tópico acerca das concretizações da lealdade federativa. Nesse âmbito, o Tribunal Constitucional Federal já decidiu que o sistema de radiodifusão depende de uma coordenação de regulamentações, na medida em que isso é necessário para o funcionamento do sistema e, em especial, para o respeito aos direitos dos particulares, especificamente os anunciantes publicitários, que não podem ser submetidos a múltiplas regulamentações conflitantes entre si¹⁰⁵.

1.1.5 Função interpretativa

Na medida em que a lealdade federativa se encontra em um “contexto dogmático” com uma série de previsões individuais da Lei Fundamental, aponta-se que o princípio pode ser utilizado como máxima interpretativa. Assim, por exemplo, os arts. 32 II¹⁰⁶, 35¹⁰⁷, 91¹⁰⁸, 107

¹⁰⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 312.

¹⁰⁵ BVerfGE 73, 118 (196, 197).

¹⁰⁶ **Artigo 32 [Relações exteriores]** [...] (2) Antes da assinatura de um tratado que afete as condições especiais de um Estado federal, este deverá ser consultado com a devida antecedência.

¹⁰⁷ **Artigo 35 [Auxílio judiciário, administrativo e de emergência]** (1) Todas as autoridades da Federação e dos Estados devem prestar auxílio jurídico e administrativo mútuo. II. A Federação e os Estados 38 (2) Para a manutenção ou recuperação da segurança ou da ordem pública, um Estado pode, em casos de importância especial, requerer forças e equipamento da Polícia Federal de Proteção das Fronteiras, para auxiliar a sua polícia, desde que, sem este auxílio, não esteja em condições de cumprir suas funções ou esteja sob consideráveis dificuldades. Para auxiliar em catástrofes naturais ou em acidentes especialmente graves, um Estado pode solicitar forças policiais de outros Estados, forças e equipamento de outros serviços administrativos, bem como da Polícia Federal de Proteção das Fronteiras e das Forças Armadas. (3) Se o acidente ou a catástrofe natural abrangerem o território de mais de um Estado, o Governo Federal pode, desde que isto seja indispensável para um combate eficiente, dar instruções aos governos estaduais no sentido de por forças policiais à disposição de outros Estados, bem como destacar unidades da Polícia Federal de Proteção das Fronteiras e das Forças Armadas para apoio às forças policiais. As medidas do Governo Federal tomadas no âmbito da primeira frase terão de ser suspensas a qualquer momento por solicitação do Conselho Federal e, no mais, imediatamente depois de suprimido o perigo.

¹⁰⁸ **Artigo 91 [Estado interno de emergência]** (1) Para a defesa contra um perigo que ameace a existência ou a ordem fundamental livre e democrática da Federação ou de um Estado, pode este Estado requerer a cooperação das forças policiais de outros Estados, bem como de pessoal e instalações de outras administrações e da Polícia Federal de Proteção das Fronteiras. (2) Se o próprio Estado ameaçado pelo perigo não estiver disposto ou em condições de combater o perigo, o Governo Federal pode assumir o comando da polícia daquele Estado e das forças policiais de outros Estados, bem como recorrer à Polícia Federal de Proteção das Fronteiras. Esta disposição deve ser revogada tão logo cessado o perigo e, além disto, a qualquer momento, quando reivindicado pelo Conselho Federal. Se o perigo atingir o território de mais de um Estado, o Governo Federal pode dar instruções aos governos estaduais, na medida em que isso se revele necessário para uma repressão eficaz do citado perigo; isto não afeta as disposições da primeira e segunda frases.

II¹⁰⁹ e 109 II¹¹⁰ seriam todas explicitações parciais do programa normativo geral do princípio da lealdade federativa e deveriam ser interpretados em consonância com ele¹¹¹. A conduta federativa amistosa assumiria, portanto, a função de complementar o direito escrito.

Porém, isso não deve transformá-la em um princípio de interpretação “metodicamente indisciplinado, independente e flutuante, que torna justificável qualquer resultado aparentemente desejável”. Ela não deve ser instrumentalizada para “abrir a um novo nível a valoração jurídica de um conflito que já está pronto para decisão com base no direito escrito, conduzindo assim a uma decisão diferente ao final”, empoderando o juiz com “alto grau de flexibilidade até o limite da arbitrariedade”. Por isso, deve ser empregada “no marco da interpretação sistemática e teleológica” para “assinalar conexões sistemáticas, aclarar a *ratio* e o *telos* da respectiva norma individual e influir assim no processo de determinação do direito (*Rechtsfindung*)”¹¹².

Na jurisprudência, exemplo da função interpretativa pode ser encontrado na Primeira Decisão sobre a Compensação Financeira¹¹³. Neste caso, o Tribunal assinalou, no contexto da interpretação do art. 107 GG, que a “compensação financeira horizontal” (*horizontale Finanzausgleich*) deveria ser entendida como a realização de “um princípio da aliança de apoio mútuo” (*ein bündisches Prinzip des Einstehens füreinander*) – vale dizer, o princípio da lealdade federativa – que “obriga os Estados, independentemente de sua autonomia e

¹⁰⁹ **Artigo 107 [Distribuição da receita – Compensação financeira dos Estados – Subvenções complementares]** [...] (2) Através da lei federal, que requer a aprovação do Conselho Federal, deve ser assegurado que as discrepâncias da capacidade financeira dos Estados tenham uma compensação adequada; para tal, há que se considerar a capacidade e as necessidades financeiras dos municípios (associações de municípios). Por essa razão, devem ser regulamentados na lei os suplementos e as deduções do respectivo poder financeiro na distribuição das cotas estaduais na receita do imposto sobre mercadorias e serviços. As condições prévias para a concessão dos suplementos e o recolhimento das deduções, bem como a determinação do montante dos suplementos e deduções, devem ser determinados por lei. Para fins do cálculo da capacidade financeira, a taxa de mineração pode ser levada em conta apenas com parte da sua receita. A lei pode determinar também que a Federação conceda, com recursos próprios, subvenções para cobertura complementar das necessidades financeiras gerais (subvenções complementares) aos Estados de reduzida capacidade financeira. As subvenções podem ser concedidas, independentemente das medidas estabelecidas nas frases 1 a 3, também aos Estados com baixo rendimento, cujos municípios (associações de municípios) disponham de arrecadação especialmente baixa (subvenções de impostos municipais), bem como aos Estados com baixo rendimento, cuja participação nos subsídios do Artigo 91b esteja abaixo da sua cota por habitante.

¹¹⁰ **Artigo 109 [Regime orçamentário da Federação e dos Estados]** [...] (2) A Federação e os Estados cumprem conjuntamente as obrigações da República Federal da Alemanha provenientes dos atos jurídicos da Comunidade Europeia, com base no artigo 104 do tratado de fundação da Comunidade Europeia, para o cumprimento da disciplina orçamentária e levam em conta nesse âmbito as exigências do equilíbrio da economia em seu todo.

¹¹¹ BAUER, Hartmut. **Artikel 20 [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht]**. Em: DREIER, Horst (Org). **Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82**, p. 180.

¹¹² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 260.

¹¹³ BVerfGE 72, 330.

independência financeira, a prestar certa assistência a outros Estados com desempenho financeiro inferior¹¹⁴”.

1.1.6 Independência de culpa

As violações ao princípio da lealdade federativa não implicam que seja analisado qualquer elemento subjetivo de deslealdade ou culpa dos agentes que, enquanto órgãos, manifestam a vontade oficial do ente federado a que se encontram vinculados. Isso quer dizer que a apuração de violação à lealdade federativa parte de uma análise objetiva, que independe da aferição de culpa *lato sensu*¹¹⁵.

Na jurisprudência, essa orientação foi adotada pelo Tribunal Constitucional Federal na Decisão sobre as consultas populares em Hesse, na qual assentou-se que “o estabelecimento de uma violação do dever de lealdade federativa também não exige prova de ‘deslealdade’ ou intenção maliciosa por parte do Estado. Ela não implica em nenhuma ‘reprovação’”. Para o Tribunal, “trata-se exclusivamente de esclarecer um conceito objetivo de direito constitucional”

¹¹⁴ BVerfGE 72, 330 (386 s.). Vide, ainda, BVerfGE, 72, 330 (397 s.): “Die Verpflichtung zum horizontalen Finanzausgleich folgt aus dem bündischen Prinzip des Einstehens füreinander. Das bündische Prinzip begründet seinem Wesen nach nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten. Eine dieser Pflichten besteht nach dem Grundgesetz darin, daß die finanzstärkeren Länder den schwächeren Ländern in gewissen Hilfe zu leisten haben. Diese Pflichtbeziehung führt notwendigerweise zu einer gewissen Beschränkung der finanziellen Selbständigkeit der Länder. Es würde indes gegen das bundesstaatliche Prinzip verstoßen, wenn der horizontale Finanzausgleich die Leistungsfähigkeit der gebenden Länder entscheidend schwächte oder zu einer Nivellierung der Länderfinanzen führte” (tradução livre: “A obrigação de compensação financeira horizontal advém do princípio da aliança de apoio mútuo. Esse princípio federal justifica, por natureza, não somente direitos, mas também deveres. Um desses deveres, conforme a Lei Fundamental, consiste no fato de que os Estados financeiramente mais fortes prestem auxílio, em certa medida, aos Estados mais fracos. Essa relação de obrigação leva necessariamente a uma certa limitação da autonomia financeira dos estados. Haveria, contudo, uma violação do princípio do federalismo, caso a compensação financeira horizontal enfraquecesse a produtividade dos Estados que prestassem auxílio ou levasse ao nivelamento das finanças dos Estados”); ainda, BVerfGE, 72, 330 (402): “Das Grundgesetz geht in Art. 107 Abs. 2 Satz 3 GG davon aus, daß die Ländergesamtheit in der vertikalen Steuerertragsaufteilung, insbesondere bei der Verteilung der Umsatzsteuer gemäß Art. 106 Abs. 3 Satz 4 GG, einen solchen Anteil an den verfügbaren Finanzmitteln erhalten hat, daß die Länder ihre Aufgaben insgesamt hinreichend erfüllen können. Ist das nicht möglich, besteht aus der Bundestreue eine Pflicht zur Neuverhandlung über die Umsatzsteueranteile gemäß Art. 106 Abs. 4 Satz 1 GG” (tradução livre: “A Lei Fundamental, no art. 107, parágrafo 2, frase 3, parte do pressuposto de que, na partilha vertical de tributos, sobretudo na distribuição dos impostos sobre mercadorias e serviços, a totalidade dos Estados tenha recebido uma tal parte dos recursos financeiros disponíveis, de modo que os Estados possam cumprir suas funções de modo satisfatório. Caso isso não seja possível, advém da lealdade federativa o dever de negociar novamente a partilha dos impostos sobre mercadorias e serviços, conforme o artigo 106, parágrafo 4, frase 1, da Lei Fundamental”).

¹¹⁵ BAUER, Hartmut. **Artikel 20 [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht]**. Em: DREIER, Horst (Org). **Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82**, p. 181. ISENSEE, Josef. **Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz**. Em: ISENSEE, Josef e Paul KIRCHHOF, (orgs.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VI: Bundesstaat**. 3., Völlig neubearbeitete und erw. Aufl, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 2008, número de referência 126. JESTAEDT, Matthias. **Bundesstaat als Verfassungsprinzip**, p. 839.

e, com base nisso, valorar uma situação concreta sem a necessidade de afastar a presunção de que “os envolvidos agiram com a convicção de que suas ações eram constitucionais¹¹⁶”.

1.1.7 Exclusão da objeção “tu quoque”

O Tribunal Constitucional Federal decidiu, no caso das consultas populares em Hesse, que “nenhuma parte pode se desvencilhar de seu dever de conduta federativa amistosa alegando ou demonstrando que a outra parte também não cumpriu seu dever; [...] a violação do dever por uma parte não exime a outra de observar esse mesmo dever¹¹⁷”. Dessa maneira, a objeção “*tu quoque*”, ínsita ao princípio da boa-fé objetiva, não pode ser levantada no contexto das relações interfederativas.

Segundo a literatura, isso se dá pela impossibilidade de ser traçada uma ligação sinalagmática entre os deveres dos entes federados, o que torna inviável a invocação de uma defesa comparável à exceção de contrato não-cumprido própria do direito privado. Ademais, nenhum dos entes federados pode ser liberado da observância de seus deveres, pois isso poderia “desencadear bloqueios recíprocos que, em casos extremos, colocam em risco o funcionamento da ordem federal e, portanto, têm o efeito oposto ao que a lealdade federativa deve alcançar”¹¹⁸.

1.1.8 Responsabilidade civil

Do descumprimento da lealdade federativa não emana qualquer pretensão de reparação civil em face do ente faltoso¹¹⁹. Trata-se de orientação há muito consolidada no âmbito do Tribunal Administrativo Federal¹²⁰, com o assentimento da literatura¹²¹.

¹¹⁶ BVerfGE, 8, 122 (140).

¹¹⁷ BVerfGE, 8, 122 (140). Diferentemente, BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 67 e ss., para quem a “rejeição incondicional” da “alegação de deslealdade federal” não seria justificada.

¹¹⁸ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 338. No mesmo sentido: ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 251; ainda, LINDNER, Josef Franz. **Das bundesstaatliche Prinzip**. Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, p. 743 e ss.

¹¹⁹ BAUER, Hartmut. **Artikel 20 [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht]**. Em: DREIER, Horst (Org). **Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82**, p. 181.

¹²⁰ BVerwGE 12, 253 (255 s.): “Das Prinzip der Bundestreue gilt für die politische Zuordnung von Bund und Ländern und für die Staatsleitungen in ihrer Eigenschaft als Träger dieser Politik. Es bietet aber keine Handhabe, um für den vorliegenden Sachverhalt, der die technische Abwicklung eines bestimmten Verwaltungsbereichs betrifft, eine Haftung der Länder gegenüber dem Bunde zu begründen” (tradução livre: “O princípio da lealdade federativa aplica-se à repartição política da Federação e dos Estados, bem como para os governos estaduais na sua qualidade de veículos desta política. No entanto, não serve de base para determinar a responsabilidade dos Estado perante a Federação no caso em apreço, que diz respeito ao tratamento técnico de um domínio administrativo específico”). Igualmente, BVerwGE 96, 45 (50); 116, 234 (240 s.).

¹²¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 340-41.

1.1.9 Orientação global ambivalente

Até aqui, já se afirmou que a lealdade federal rege todo o relacionamento constitucional entre a Federação e os Estados. Ela estabelece, de forma vinculante, um dever de consideração com eficácia recíproca multilateral, contribuindo para a consolidação da ordem federal, neutraliza as tendências de egoísmo e divisão e obriga os entes federados a não realizarem nada que possa prejudicar o todo ou seus membros. Entretanto, daí não se extrai que este princípio busque a “homogeneização” ou “unitarização” do Estado federal.

É isso porque a lealdade federativa visa a garantir, ao mesmo tempo, “unidade e pluralismo”. O princípio da conduta federativa amistosa protege os “interesses bem compreendidos da Federação e dos Estados¹²²” e impõe limites aos esforços que ameaçam perturbar o equilíbrio da distribuição federal de competências. Trata-se, portanto, de um princípio dotado de “orientação geral ambivalente” (*ambivalenten Gesamtausrichtung*) tanto para a Federação quanto para os Estados: ele garante “unidade e pluralismo”; obriga a cooperação, mas também o respeito à autonomia; opõe-se tanto à unitarização quanto à particularização excessivas do federalismo¹²³.

1.1.10 A autocomposição de conflitos

Da lealdade federativa podem ser extraídos tanto deveres adicionais específicos, de caráter positivo ou negativo, que vão além daqueles estatuídos por normas expressas, quanto restrições concretas ao exercício das competências legislativas e materiais distribuídas na Constituição. De maneira ainda mais relevante, do princípio da lealdade federativa são derivados deveres de coordenação e cooperação.

É nesse sentido que, num primeiro momento, deve ser respeitada a isonomia dos entes federados nos processos de negociação, somente se podendo cogitar da imposição da vontade da maioria sobre a minoria em situações excepcionais, como remédio para o fracasso ou a paralisia da atuação coordenada, em prejuízo ao interesse comum de todo o Estado. Por esse raciocínio, a lealdade federativa é a premissa que fundamenta uma exigência constante de que os problemas federativos sejam solucionados, tanto quanto possível, pela via da negociação, conciliação, composição e equilíbrio de interesses, de modo a conduzir-se a um acordo.

¹²² BVerfGE 1, 299 (315).

¹²³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 306.

A primazia da negociação não significa, contudo, que os conflitos federativos não possam ser judicializados. Assim é que se diz que a lealdade federativa desempenha um importante papel não só *antes*, mas também *durante* e *depois* de o conflito federativo ter sido submetido à apreciação jurisdicional. Antes, para que seja possível entabular-se um acordo satisfatório para as partes em conflito, olvidando a necessidade de se recorrer à jurisdição. Durante, seja pelo estímulo e busca, pelo Poder Judiciário, da mediação e conciliação, seja obrigando as partes a comportarem-se de modo leal durante o desenrolar do procedimento. Depois, naturalmente, quando do exato cumprimento da ordem judicial imposta¹²⁴.

1.1.11 Justiciabilidade

Por fim, é importante que sejam tecidas algumas considerações, ainda que de caráter geral, acerca da justiciabilidade da lealdade federativa. Esse tema será desenvolvido, de forma mais ampla, no tópico 3.3 da dissertação. Porém, é necessária a apresentação de um panorama geral acerca das formas e limites de justiciabilidade da lealdade federativa na Alemanha, de acordo com a concepção da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a fim de que, num momento posterior, possam ser apresentados os argumentos críticos à essa posição e, com isto, formular-se uma proposta que possa ser mais adequada ao enquadramento do problema diante do contexto específico do direito brasileiro.

Nesse sentido, literatura jurídica e a jurisprudência, de forma ampla, sugerem que as máximas da lealdade federativa estão apenas sujeitas a uma “justiciabilidade limitada” (*eingeschränkten Justitiabilität*). Dessa maneira, por exemplo, na sua jurisprudência inicial o Tribunal Constitucional Federal tentava distinguir entre conteúdos “justiciáveis” e “não justiciáveis” da lealdade federativa. Tratava-se não só de uma tentativa de demarcar a sempre complexa relação entre direito e política, como também de romper com a tradição do *Staatsgerichtshof* da República de Weimar, relegando “tanto quanto possível, considerações primordialmente políticas para fora da revisão constitucional” evitando “disciplinar as peculiaridades justificadas dos processos ‘puramente’ políticos pela lealdade federativa”¹²⁵.

Na decisão sobre os referendos, o Tribunal considerou que “a violação da lealdade federativa por parte do Estado de Hesse não se traduz na sua resistência e na sua luta política contra a política do Governo Federal”; na verdade, isso se justificaria pela “recusa do Estado em intervir de forma fiscalizadora contra uma medida dos Municípios de Hesse que é contrária

¹²⁴ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 256.

¹²⁵ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 150.

à Lei Fundamental¹²⁶”. Na Decisão sobre Radiodifusão, assentou que seria um “direito legítimo” dos “políticos pertencentes a um mesmo partido político”, em primeiro lugar, esclarecer e acordar entre si, em conversações políticas, “os seus pontos de vista sobre a solução do problema que interessa à Federação e a todos os *Länder*” e “acordar outros passos comuns durante as negociações entre a Federação e os *Länder*”¹²⁷.

Contudo, não há um acordo acerca da demarcação exata entre conteúdos justiciáveis e não justiciáveis, bem como sobre a implementação dogmático-jurídica das preocupações a isso associadas¹²⁸. Além disso, essas e outras decisões foram recepcionadas com intensas discussões acerca da lealdade federativa no âmbito acadêmico. Um ponto comum às diversas críticas formuladas dizia respeito aos riscos de uma aplicação excessivamente ampla do princípio, de forma metodologicamente indisciplinada, na qual conflitos políticos pudessem ser arbitrados de acordo com as preferências pessoais e ideológicas de juízes. Ao final, embora a questão tenha se pacificado no sentido da manutenção da lealdade federativa na ordem federal da Lei Fundamental, algumas limitações à sua justiciabilidade passaram a ser reconhecidas pela própria jurisprudência. Elas dizem respeito ao “caráter acessório” da lealdade federativa e ao “limiar de relevância” como pré-requisitos para a sua verificação pelo Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal limita a lealdade federativa a um instituto dotado de “caráter acessório”¹²⁹ (*akzessorischen Charakter*), no que vem sendo acompanhada pela maior parte da literatura¹³⁰. Isso significa que a sua aplicação pressuporia uma relação jurídica concreta previamente estabelecida entre as partes envolvidas¹³¹, ainda que de origem negocial¹³². Dessa maneira, o dever geral de lealdade não seria capaz, por si só, de ser a fonte para relações jurídicas autônomas ou para deveres

¹²⁶ BVerfGE 8, 122 (141).

¹²⁷ BVerfGE 12, 205 (256).

¹²⁸ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 393.

¹²⁹ BVerfGE 13, 54 (75 s.); 21, 312 (326); 42, 103 (117 s.); 95, 250 (266); 103, 81 (88); 104, 238 (247 f.); 110, 33 (52).

¹³⁰ DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht**, p. 201; JESTAEDT, Matthias. **Bundesstaat als Verfassungsprinzip**, p. 839 LINDNER, Josef Franz. **Das bundesstaatliche Prinzip**. Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, p. 746; WITTRECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 510.

¹³¹ BVerfGE 21, 312 (326): “Die verfassungsrechtliche Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten -- hier des Bundes gegenüber dem Land Hessen -- käme erst und nur ins Spiel, wenn zwischen dem Bund und dem Land ein konkretes verfassungsrechtliches Verhältnis bestünde, aus dem sich ein Recht des Bundes ergäbe, von dem der Bund in Rücksicht auf die Pflicht zu bundestreuem Verhalten einen bestimmten Gebrauch nicht machen darf oder auf Grund dessen der Bund in bestimmter Weise vorgehen muß [...]” (tradução livre: “O dever constitucional de conduta federativa amistosa – aqui da Federação perante o Estado de Hesse – teria relevância apenas caso houvesse uma relação constitucional concreta entre a Federação e o Estado de que resultasse um direito do qual a Federação, em consideração ao dever de conduta federativa amistosa, não pudesse lançar mão ou em razão do qual a Federação devesse proceder de uma determinada maneira [...]).”

¹³² BVerfGE 12, 205 (255).

autônomos, de caráter principal¹³³. Trata-se, portanto, de um pré-requisito restritivo: a lealdade federativa só “entra em jogo” quando existe uma relação jurídica concreta – ela própria não estabelece essa relação¹³⁴.

Por conseguinte, um ente só pode violar o princípio da lealdade federativa se ele for formal e materialmente competente para a edição da medida. Na ausência de competência ou no caso de contrariedade material, não há sequer espaço para se conhecer de suposta violação ao princípio. Assim, o ente só pode violar o princípio da lealdade federativa se exercer a sua própria competência e no âmbito do direito federal vigente¹³⁵. As críticas de Bauer a esta concepção jurisprudencial serão apresentadas no tópico 3.1.4 da investigação.

Em segundo lugar, deve ser analisado o requisito prévio do “limiar de relevância” (*Erheblichkeitsschwelle*). Segundo Bauer¹³⁶, sob esse epíteto, se reúnem os esforços tendentes a condicionar a aferição de violações ao princípio da lealdade federativa aos casos de “descumprimento flagrantes”, “sérios” ou “desarrazoados”, admitindo-se uma espécie de “margem de insignificância” que não seria sindicável pelo Poder Judiciário. Fala-se, doravante, na necessidade de demonstração de que uma das partes incorreu em “abuso evidente”¹³⁷ ou, ainda, que haja risco de “séria perturbação da ordem constitucional”. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal tem limitado sua análise à “conformidade com os limites máximos”¹³⁸,

¹³³ BVerfGE 13, 54 (75): “Das Prinzip der Bundestreue, auf das Hessen sich beruft, konstituiert oder begrenzt Rechte und Pflichten innerhalb eines bestehenden Rechtsverhältnisses zwischen Bund und Ländern (vgl. Fernsehurteil vom 28. Februar 1961, E II Abs. 2), begründet aber nicht selbständig ein Rechtsverhältnis zwischen ihnen. Die wechselseitigen rechtlichen Beziehungen, innerhalb deren Treue zu wahren ist müssen bestehen oder durch Verhandlungen begründet werden” (tradução livre: “O princípio da lealdade federativa, ao qual recorre o Estado de Hesse, constitui ou limita direitos e deveres dentro de uma relação jurídica existente entre Federação e Estados (cf. Primeira sentença sobre a Televisão de 28 de fevereiro de 1961, E II Parágrafo 2); ele, porém, não justifica, por si só, uma relação jurídica entre eles. As relações jurídicas recíprocas, dentro das quais a lealdade deve ser mantida, precisam já ser existentes ou serem justificadas por meio de negociações”). BVerfGE 42, 103 (117): “In ständiger Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht daran festgehalten, daß der Satz vom bundesfreundlichen Verhalten akzessorischer Natur ist, daß er also für sich allein keine (Handlungs-, Unterlassungs-, Duldungs-) Pflichten des Bundes oder eines Landes begründen kann. Das heißt, nur innerhalb eines anderweitig begründeten (gesetzlichen oder vertraglichen) Rechtsverhältnisses oder einer anderweitig gesetzlich begründeten selbständigen Rechtspflicht kann die Regel vom bundesfreundlichen Verhalten Bedeutung gewinnen, indem diese anderen Rechte oder Pflichten moderiert, variiert, durch unentwickelte Nebenpflichten ergänzt werden” (tradução livre: “Em jurisprudência contínua, o Tribunal Constitucional Federal fixou que o princípio de conduta federativa amistosa é de natureza acessória, isto é, que ele, por si só, não pode justificar deveres (de ação, de omissão, de tolerância) da Federação ou do Estado. Isso significa que a regra de conduta federativa amistosa tem relevância apenas em uma relação jurídica (legal ou contratual) justificada em um outro momento ou em um dever jurídico independente e justificado legalmente em um outro momento, de modo a moderar, variar e estender, a partir de deveres secundários não desenvolvidos, esses outros direito e deveres”).

¹³⁴ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 335. BVerfGE 12, 205 (255); 13, 54 (54 e 75).

¹³⁵ BVerfGE 34, 9 (44). Vide, também, ROBBERS, Gerhard. *Der Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Gestaltung des Bundesstaates in Deutschland*, p. 160.

¹³⁶ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 339.

¹³⁷ BVerfGE 104, 249 (269 s.); 106, 1 (27); 110, 33 (52).

¹³⁸ BVerfGE 4, 115 (120).

exigindo a demonstração de prejuízos “injustificáveis”¹³⁹ ou, de forma mais geral, enfatizando que o princípio não seria uma “barreira” para “inibir nulidades”¹⁴⁰. Em síntese, trata-se de um juízo de relevância ou seriedade da violação como pré-requisito da aplicação da lealdade federativa, que continua até hoje sendo exigido pela jurisprudência.

Ainda, deve-se repisar que, da já mencionada proposta de fundamentação da lealdade federativa a partir do princípio da boa-fé, deriva a conclusão acerca do seu “caráter subsidiário” (*subsidiären Charakter*) para a resolução judicial de conflitos. A lealdade federativa deve ter sobretudo uma função de preenchimento de lacunas e de complemento na decisão judicial, sendo o recurso à cláusula geral não escrita dispensável se o conflito já puder ser resolvido com base nas normas de direito escrito. Tem-se, assim, uma espécie de “direito de reserva”, num sentido não propriamente técnico¹⁴¹.

Essa função também é realçada na obra de Hesse. Para o autor, se um conflito puder ser resolvido pela aplicação de uma norma constitucional escrita, suficiente ao caso, o uso da lealdade federativa seria “não só supérfluo, como também inadmissível”, sob pena de violação do primado da norma especial sobre a norma geral, que existe por razões de “clareza jurídica e segurança jurídica”. Caso o recurso à lealdade federativa seja indispensável, aponta que “é necessário respeitar os limites jurídico-funcionais que lhe são impostos [ao Tribunal Constitucional], sob pena de as decisões políticas dos órgãos de formação da vontade política serem substituídas, mais do que o necessário, pelas decisões dos tribunais”¹⁴².

Não obstante, a lealdade federativa não se tornaria completamente irrelevante para o direito escrito, já que diversas normas estão em “contexto dogmático” com o princípio e podem ser encaradas como a sua “expressão”, ou seja, como a sua concretização. Nestes casos, entra em jogo a já mencionada função interpretativa: a lealdade federativa pode indicar conexões sistemáticas, esclarecer a *ratio* e o *telos* da norma individual e, assim, influenciar o processo de determinação do direito (*Rechtsfindung*)¹⁴³. Afora isto, o recurso à lealdade federativa só é admissível para o preenchimento de lacunas ou para completar o direito escrito.

1.2 Evolução histórica

¹³⁹ BVerfGE 76, 1 (77).

¹⁴⁰ BVerfGE 34, 9 (45).

¹⁴¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 371-372.

¹⁴² HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, p. 117-118.

¹⁴³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 372.

Feita a delimitação conceitual provisória e explicitados os traços essenciais, é necessário que se realize um breve excuro histórico com o intuito de demonstrar a evolução da lealdade federativa no sistema jurídico alemão. Entende-se que é imprescindível um olhar, ainda que panorâmico, já que isso “permite determinar as mudanças ao longo do tempo e tê-las devidamente em conta para determinar a existência e o significado da lealdade federativa no direito contemporâneo¹⁴⁴”. Nesse sentido, trata-se de digressão com intuito eminentemente sistemático.

Inclusive, nas obras monográficas, os autores sempre dedicam capítulos à análise do desenvolvimento histórico do instituto¹⁴⁵ o que, no caso da tese de habilitação de Bauer, consome quase a metade do trabalho¹⁴⁶. E isto porque o acompanhamento da evolução histórica da lealdade federativa torna evidentes aspectos do seu programa normativo, torna possível a exata compreensão das críticas formuladas ao instituto e, nesse sentido, demonstra as suas limitações, as dificuldades para a sua fundamentação constitucional e os perigos de sua expansão metodologicamente indisciplinada, o que deve ser objeto de atenção caso se pretenda adotar a lealdade federativa no Brasil¹⁴⁷.

1.2.1 Período anterior à unificação alemã

Comentários sobre a história constitucional pré-federal concentram-se no Sacro Império Romano-Germânico (*Heiliges Römisches Reich*) e na Confederação Alemã (*Deutscher Bund*), e apontam para aspectos individuais que, supostamente, forneceria pistas para uma linha de tradição mais antiga da lealdade federativa. No entanto, a opinião encontrada nas monografias especializadas¹⁴⁸ é a de que não é possível a colheita de indícios para o desenvolvimento jurídico-dogmático do princípio em seu sentido contemporâneo no período que antecede a unificação alemã em 1870-1871¹⁴⁹.

¹⁴⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 24.

¹⁴⁵ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 3-22.

¹⁴⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 30-217. O segundo capítulo se debruça sobre os fundamentos históricos da lealdade federativa no direito do Estado federal alemão, enquanto o terceiro se dedica ao desenvolvimento constitucional da lealdade federativa na República Federal da Alemanha. A extensa exposição de BAUER é considerada “diferenciada e bem-informada” por WITTECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 500.

¹⁴⁷ Desde logo, faz-se a advertência de que a análise histórica que se pretende efetuar neste tópico não é reflexo de um “manualismo” anacrônico que, com boas razões, vem sendo devidamente combatido e desencorajado nos trabalhos jurídicos brasileiros nos últimos anos. Como mencionado, para além do valor em si de uma análise histórica numa investigação de direito comparado, trata-se de digressão com intuito eminentemente sistemático.

¹⁴⁸ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 36-38; BAYER, Hermann-Wilfried, **Die Bundestreue**, p. 3.

¹⁴⁹ ROVIRA adere à posição dos autores contrários a esta visão. Conforme sua descrição, no período pré-federal seriam identificáveis deveres e restrições que, originadas no seio das relações político-pessoais da Idade Média,

No que diz respeito ao Sacro Império Romano-Germânico, além das referências gerais às obrigações de lealdade no Estado feudal medieval, chama-se a atenção, por exemplo, para a resolução (*Reichsabschied*) da Dieta Imperial de Augsburgo (*Augsburger Reichstag*) de 1555, que instituiu a chamada Paz de Augsburgo, e que estipulava deveres de apoio mútuo baseados na exigência de lealdade recíproca. Faz-se também remissão à Paz de Vestefália de 1648 e, em particular, ao art. VIII § 2 do *Instrumentum Pacis Osnabrugensis*, que confirmava o direito dos Estados Imperiais de concluírem alianças entre si e com Estados estrangeiros para a sua preservação e segurança, mas sujeitava este direito de aliança à condição de que estas não fossem dirigidas contra o Imperador e o Império¹⁵⁰.

No que diz respeito à Confederação Germânica, deve-se fazer menção aos tratados constitutivos daquele organismo internacional, vale dizer, a Ata da Confederação Germânica de 1815 (*Deutsche Bundesakte*) e a Ata Final de Viena de 1820 (*Wiener Schlussakte*). O art. XI, nº 3, da *Bundesakte* conserva o direito dos membros da Confederação de concluírem alianças de toda espécie, comprometendo-se, no entanto, a não concluir aquelas que fossem contrárias à segurança da Confederação ou de cada um dos Estados individuais. Além disso, a *Wiener Schlussakte* estipulava a obrigação de os Estados individuais não darem ensejo a que os membros da Confederação e a Confederação no seu conjunto fossem lesados por estrangeiros, nem de infligirem danos a Estados estrangeiros¹⁵¹.

Sem embargo, Bauer demonstra que essas constatações, além de possuírem caráter bastante seletivo, não devem ser superestimadas, uma vez que as estruturas constitucionais e organizacionais do Sacro Império Romano-Germânico, da Confederação Germânica e dos posteriores Estados individuais alemães são demasiado diferentes para que uma linha direta de tradição possa ser estabelecida até o presente. Embora não se exclua, de modo geral, a possibilidade de paralelos, especialmente porque qualquer união permanente de Estados

seriam posteriormente transplantadas para o âmbito das relações internacionais, com o intuito de regular o relacionamento dos diversos reinos alemães entre si, e que poderiam classificar-se como antecedentes do princípio da conduta federativa amistosa. Para essa corrente, o precedente histórico mais remoto se situaria no dever recíproco de fidelidade ou lealdade (*Treue*) estabelecido entre suserano e vassalo no marco das relações feudais. Por meio do juramento de fidelidade, o vassalo se comprometia a abster-se de qualquer comportamento que pudesse prejudicar seu suserano e, em contraprestação, o suserano se obrigava a proteger seu vassalo. Não se observa, ainda, a existência de deveres propriamente estatais, no sentido moderno do termo, mas sim um “código de conduta” derivado dos vínculos ao mesmo tempo pessoais e políticos, profundamente interrelacionados, típicos do período medieval. Posteriormente, este dever de lealdade pessoal se transplantaria para o plano internacional, estabelecendo-se obrigações recíprocas entre os diversos reinos alemães, sobretudo no que diz respeito aos deveres de apoio militar, de não prejudicar os interesses uns dos outros na conclusão de acordos com potências estrangeiras, de suporte e assistência mútuas e de restrição aos direitos de alianças com nações estrangeiras. *Vide* ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 237-238.

¹⁵⁰ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 31-32.

¹⁵¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 32.

exigirá, pelo menos no nível político, um certo grau de consideração recíproca entre seus participantes, não se está diante de nada além de uma “pré-história” da lealdade federativa¹⁵².

1.2.2 Império Alemão

1.2.2.1 Aspectos gerais da Constituição de 1871

O federalismo foi o instrumento básico utilizado para a obtenção da unidade alemã, compatibilizando a existência de um Estado nacional único (o *Reich*) com a manutenção dos poderes dos príncipes e das cidades livres no interior de cada um dos Estados individuais (*Einzelstaaten*). Cumpriu, dessa forma, o desiderato de atingir a “unidade na pluralidade” e, mais do que isso, de obter a integração dos Estados individuais no II *Reich* alemão¹⁵³.

Desde 1866, o reino da Prússia havia reunido 22 Estados alemães em uma organização internacional com características federativas ou confederativas conhecida como Confederação da Alemanha do Norte (*Norddeutscher Bund*), que sucedeu a antiga Confederação Germânica de 1815. Em virtude de compromissos anteriormente assumidos, os Estados alemães do Sul foram compelidos a lutar ao lado da Confederação na Guerra Franco-Prussiana de 1870, de modo que, após a capitulação francesa, encontrava-se fortalecido o caminho para a unificação alemã¹⁵⁴.

A Constituição Imperial de 1871 (*Reichsverfassung*) era o produto complexo de um conjunto de tratados forjados entre a Confederação, representada pela Prússia, e os quatro Estados alemães do Sul (Baviera, *Württemberg*, *Baden* e *Hessen-Darmstadt*). Seu texto não inaugurava um sistema político inteiramente novo, estabelecendo, ao revés, uma nova forma de governança conjunta entre os Estados alemães preexistentes.

Seu art. 2º enunciava a regra de preferência do direito federal sobre o direito estadual, posteriormente repetida nas outras Constituições¹⁵⁵, ao passo que o art. 4º previa um rol de matérias sobre as quais o *Reich* poderia desempenhar não só sua competência legislativa como também os chamados poderes de supervisão (*Reichsaufsicht*), de índole administrativa e

¹⁵² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 32-35.

¹⁵³ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana** p. 11.

¹⁵⁴ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 3; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. **Federalismo no Brasil e na Alemanha**, p. 124-125.

¹⁵⁵ Art. 2 Innerhalb dieses Bundesgebietes übt das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des Inhalts dieser Verfassung und mit der Wirkung aus, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen (tradução livre: “Art. 2. Nos limites deste território federal, o Império exerce seu direito de legislar conforme o conteúdo desta Constituição e de modo que as leis imperiais tenham primazia sobre as leis estaduais”).

voltados a averiguar eventual descumprimento do direito federal pelos Estados¹⁵⁶, como medida de penetração do ente central na autonomia estadual mais atenuada do que a coerção federal (*Bundeszwang*).

O texto refletia a hegemonia da Prússia sobre os demais reinos, após a exclusão da Áustria do processo de unificação. Nos termos do seu art. 11, a presidência permanente da federação seria exercida pelo monarca prussiano, que teria o título de Imperador alemão, a ele competindo, dentre inúmeras atribuições, aquelas relativas à política externa¹⁵⁷. O art. 6º assegurava à Prússia um número desproporcional de representantes no Conselho Federal (*Bundesrat*), contando com 17 dos 58 assentos inicialmente disponíveis – quase um terço¹⁵⁸. O segundo Estado com mais representantes era a Baviera, com 6 assentos, sendo que a imensa maioria dos Estados ou cidades autônomas possuía apenas 1 assento.

A representação desproporcional da Prússia no Conselho Federal significava, ainda, a possibilidade de veto a qualquer emenda constitucional que contrariasse seus interesses, tendo-se em vista a previsão contida no art. 78 da Constituição, segundo a qual deveria ser considerada rejeitada qualquer proposta que recebesse 14 votos no *Bundesrat*¹⁵⁹. Ainda a esse respeito, vale salientar que a *Reichsverfassung* não previa um procedimento mais dificultoso para a alteração do texto constitucional, já que o mesmo art. 78 determinava que as emendas deveriam seguir o mesmo trâmite do processo legislativo ordinário.

¹⁵⁶ Art. 4 Der Beaufsichtigung Seitens des Reichs und der Gesetzgebung desselben unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten: [...] (tradução livre: “Art. 4. As matérias subsequentes estão sujeitas à supervisão e legislação do Império: [...]”).

¹⁵⁷ Art. 11. Das Präsidium des Bundes steht dem Könige von Preußen zu, welcher den Namen Deutscher Kaiser führt (tradução livre: “Art. 11. A Presidência da Federação é exercida pelo Rei da Prússia, que ostenta o nome de Imperador Alemão”).

¹⁵⁸ Art. 6. Der Bundesrath besteht aus den Vertretern der Mitglieder des Bundes, unter welchen die Stimmführung sich in der Weise vertheilt, daß Preußen mit den ehemaligen Stimmen von Hannover, Kurhessen, Holstein, Nassau und Frankfurt 17 Stimmen führt, Bayern 6 Sachsen 4 Württemberg 4 Baden 3 Hessen 3 Mecklenburg-Schwerin 2 Sachsen-Weimar 1 Mecklenburg-Strelitz 1 Oldenburg 1 Braunschweig 2 Sachsen-Meiningen 1 Sachsen-Altenburg 1 Sachsen-Koburg-Gotha 1 Anhalt 1 Schwarzburg-Rudolstadt 1 Schwarzburg-Sondershausen 1 Waldeck 1 Reuß älterer Linie 1 Reuß jüngerer Linie 1 Schaumburg-Lippe 1 Lippe 1 Lübeck 1 Bremen 1 Hamburg 1 zusammen 58 Stimmen (tradução livre: “Art. 6. O Conselho Federal [Bundesrat] compõem-se de representantes dos membros da Federação, dentre os quais os votos se dividem de forma tal que a Prússia, com os votos dantes pertencentes a Hannover, Kushessen, Holstein, Nassau e Frankfurt, tem direito a 17 votos, Bayern a 6, Sachsen a 4, Württemberg a 4, Baden a 3, Hessen a 3, Mecklenburg-Schwerin a 2, Sachsen-Weimar a 1, Mecklenburg-Strelitz a 1, Oldenburg a 1, Braunschweig a 2, Sachsen-Meiningen a 1, Sachsen-Altenburg a 1, Sachsen-Koburg-Gotha a 1, Anhalt a 1, Schwarzburg-Rudolstadt a 1, Schwarzburg-Sonderhausen a 1, Waldeck a 1, Reuß älterer Linie a 1, Reuß jüngerer Linie a 1, Schaumburg-Lippe a 1, Lippe a 1, Lübeck a 1, Bremen a 1, Hamburg a 1, totalizando 58 votos”).

¹⁵⁹ Art. 78. Veränderungen der Verfassung erfolgen im Wege der Gesetzgebung. Sie gelten als abgelehnt, wenn sie im Bundesrathe 14 Stimmen gegen sich haben. Diejenigen Vorschriften der Reichsverfassung, durch welche bestimmte Rechte einzelner Bundesstaaten in deren Verhältniß zur Gesamtheit festgestellt sind, können nur mit Zustimmung des berechtigten Bundesstaates abgeändert werden (tradução livre: “Art. 78. Alterações da Constituição se dão pela via legislativa. Consideram-se rejeitadas aquelas que tiverem 14 votos contrários no Conselho Federal [Bundesrat]. Os preceitos da Constituição do Império por meio dos quais são conferidos direitos a um Estado perante a totalidade apenas podem ser modificados com a concordância do Estado em questão”).

O caráter acentuadamente assimétrico desse arranjo era devido, ainda, à existência dos chamados direitos especiais (*Sonderrechte*) e dos direitos de exceção (*Ausnahmerechte*) conferidos a alguns Estados individuais¹⁶⁰. Além disso, no quadro da divisão de Poderes, havia nítido desequilíbrio em favor do *Bundesrat* em detrimento do órgão de representação popular direta – sufrágio secreto estendido a homens com mais de vinte e cinco anos –, o *Reichstag*. O *Bundesrat*, na verdade, se assemelhava a uma congregação de legações diplomáticas de cada um dos Estados individuais, acumulando, além de funções legislativas, competências de caráter administrativo e até jurisdicional, no que tange à solução de conflitos interfederativos¹⁶¹.

1.2.2.2 O nascimento da lealdade federativa no contexto do Estado federal monárquico

A Constituição de 1871 se distingue da Constituição de Weimar e da Lei Fundamental por uma importante peculiaridade. À semelhança do arranjo que, em 1866, deu origem à Confederação da Alemanha do Norte, a Constituição Imperial foi precedida pela conclusão de uma série de tratados entre os diversos príncipes soberanos. Por isso mesmo, o preâmbulo constitucional referia-se ao Império como uma “eterna aliança” (*einen ewigen Bund*) entre os Estados individuais representados pelos monarcas alemães¹⁶². Parte da literatura passa a falar, então, no Império como uma “liga de príncipes” (*Fürstenbund*) com “elementos contratuais”, de modo a refletir a origem diplomática e intergovernamental daquele peculiar arranjo estatal¹⁶³.

¹⁶⁰ ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. **Federalismo no Brasil e na Alemanha**, p. 126: “Traçava-se, portanto, um cenário de sensível desigualdade jurídica entre os Estados-membros, o qual se completava pela existência de direitos especiais (*Sonderrechte*) e direitos de exceção (*Ausnahmerechte*), geralmente conferidos aos Estados maiores, os quais efetivamente pactuaram o seu ingresso nesta federação inaugurada a partir de 1871. Direitos especiais eram, como explica *Heiko Holste*, direitos que colocavam alguns Estados em uma posição privilegiada na organização federal, ao passo que direitos de exceção representavam exceções a uma competência do Império em favor de um ou mais Estados-membros. Era o caso, por exemplo, da Baviera, que detinha presidência da comissão do Conselho Federal para assuntos exteriores, como direito especial, e a competência para legislar, nos termos do artigo 35, sobre aguardente e cerveja ao lado de Baden e de Württemberg, como direito de exceção”.

¹⁶¹ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 13.

¹⁶² “Seine Majestät der König von Preußen im Namen des Norddeutschen Bundes, Seine Majestät der König von Bayern, Seine Majestät der König von Württemberg, Seine Königliche Hoheit der Großherzog von Baden und Seine Königliche Hoheit der Großherzog von Hessen und bei Rhein für die südlich vom Main belegenen Theile des Großherzogthums Hessen, schließen einen ewigen Bund zum Schutze des Bundesgebietes und des innerhalb desselben gültigen Rechtes, sowie zur Pflege der Wohlfahrt des Deutschen Volkes. Dieser Bund wird den Namen Deutsches Reich führen und wird nachstehende Verfassung haben” (tradução livre: Sua majestade rei da Prússia, em nome da Confederação da Alemanha do Norte, sua majestade rei da Bavária, sua majestade rei de Württemberg, sua alteza real grão-duque de Baden e sua alteza real grão-duque de Hesse e junto ao Reno para as partes do Grão-Ducado de Hesse ocupadas ao sul do rio Main estabelecem uma eterna aliança para a proteção do território comum e do direito nele válido, bem como para a manutenção do bem-estar do povo alemão. Tal aliança carregará o nome de Império Alemão e terá a subseqüente Constituição”).

¹⁶³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 38-39. Também BAYER. Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 4.

A lealdade federativa nasce, nesse contexto, na práxis constitucional, com conotações contratualistas, possuindo numa primeira fase um caráter mais ético-político do que propriamente jurídico¹⁶⁴. Assim como os juramentos de suserania e vassalagem conectavam os arranjos de poder descentralizados no período do medievo, a lealdade federativa deveria vincular de forma unilateral os monarcas dos Estados individuais ao *Reich* e ao Imperador prussiano. Da mesma forma, assim como exigências de boa-fé e confiança acompanham todo e qualquer trato contratual¹⁶⁵, a lealdade federativa deveria ser empregada como mecanismo de correção e complementação das lacunas da ordem constitucional escrita¹⁶⁶.

Otto von Bismarck é considerado como um ator com papel crucial para o desenvolvimento desta primeira fase da lealdade federativa, instrumentalizando habilmente a máxima para servir à sua ideologia política conservadora, no intuito de salvaguardar a unidade política do Império e forçar a integração dos Estados individuais, enquanto simulava deferência no tratamento aos príncipes, pretensos “iguais” em relação ao *Kaiser* prussiano¹⁶⁷. Logo, se, no âmbito internacional, a lealdade federativa foi explorada pelo Chanceler como meio para promover a direção unitária da política externa do Império, no âmbito interno, foi utilizada para sufocar as pulsões parlamentaristas (democrático-pluralistas) nos Estados individuais¹⁶⁸, além

¹⁶⁴ BAYER leciona que o fato de o processo constituinte ter sido levado à cabo por meio desta concepção “contratualista” exerceu uma influência duradoura na apresentação teórica e no tratamento prático da Constituição Imperial, sob o conceito de “fundamentos federativos da Constituição Imperial” (*Begriff der “föderativen Grundlagen der Reichsverfassung”*) (BAYER. Hermann-Wilfried. *Die Bundestreue*, p 3-4).

¹⁶⁵ BAYER. Hermann-Wilfried. *Die Bundestreue*, p. 4.

¹⁶⁶ ROVIRA, Enoch Alberti. *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, p. 13.

¹⁶⁷ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 42: “Man bemühte sich um ein ‘vertragsmäßiges’ Zusammenwirken im Bunde, um die ‘Fühlungnahme’ mit den Bundesfürsten, suchte die ‘vertrauensvolle Zusammenarbeit’ und beispielsweise durch ‘Vorverhandlungen’ den frühzeitigen politischen Ausgleich, praktizierte ‘gegenseitige Information und Verständigung’ etwa durch intensiven Briefwechsel und so weiter- und das alles (zumindest auch) auf Wegen, die in der Verfassung nicht ausdrücklich vorgesehen waren. Diese Beobachtungen dürfen freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass das vielfach bekräftigte Postulat der Vertrags- beziehungsweise Bundestreue tatsächlich nicht immer beachtet wurde und es insbesondere *Bismarck* durchaus verstand, die damit verbundenen Vorstellungen für unitarische Zwecke zu instrumentalisieren. Auch darf nicht verkannt werden, dass die verbreitete Ausrichtung des Treuegedankens auf den (Bundes-)Vertrag und die Bündnistreue der Fürsten dem ‘bündischen Element’ eine unübersehbar monarchische Einfärbung gab” (tradução livre: “Foram envidados esforços para assegurar a cooperação ‘contratual’ no seio da Confederação, para ‘tomar contato’ com os príncipes da Confederação, para procurar uma ‘cooperação de confiança’ e, por exemplo, um equilíbrio político precoce através de ‘tratativas preliminares’, para a ‘informação e compreensão mútuas’, por exemplo através de correspondência intensiva, etc. – e tudo isto (ao menos, também) de formas que não estavam expressamente previstas na Constituição. Estas observações não devem, no entanto, obscurecer o fato de que o postulado, frequentemente afirmado, da lealdade ao tratado ou à federação nem sempre foi observado e que especialmente *Bismarck* soube instrumentalizar as ideias a ele associadas para fins unitaristas. Também não se deve ignorar que a orientação generalizada da ideia de lealdade ao tratado (federal) e da lealdade dos príncipes à aliança deu ao ‘elemento da aliança’ um matiz inequivocamente monárquico”). No mesmo sentido, HALBERSTAM, Daniel. *Of Power and Responsibility: The Political Morality of Federal Systems*, 90 VA. L. REV. 731 (2004), p. 740.

¹⁶⁸ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, 11ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, p. 66: “Die Reichsregierung betonte die föderalistische oder bündische Grundlage des Reiches und stellte Parlamentarismus (Abhängigkeit der Reichsregierung vom Vertrauen des Reichstags) und Föderalismus als absolute Gegensätze und absolut

de impor soluções sempre favoráveis ao *Reich* nos conflitos interfederativos que se desenrolavam no *Bundesrat*¹⁶⁹.

Sem embargo da importância da lealdade federativa na prática política e na realidade constitucional do *Kaiserreich*, tanto as opções metodológicas atreladas ao positivismo jurídico em voga quanto a própria interpretação da ordem federal a partir de relações verticalizadas dificultaram que se postulasse, durante grande parte do período monárquico, a existência de um dever de lealdade não escrito que vinculasse os entes federados.

A concepção positivista em voga, de juristas como Paul Laband e Carl Friedrich von Gerber almejava a reconstrução, da forma mais exata possível, da ordem estatal a partir de categorias lógico-conceituais, conscientemente excluindo, por mais valiosas que fossem, quaisquer considerações de ordem histórica, política ou filosófica. Evidentemente, tais restrições de método representavam uma barreira para o desenvolvimento jurídico de uma máxima que floresceu inicialmente no campo ético-político e que, ainda, sequer se encontrava positivada no texto constitucional.

A doutrina se ocupava então de tarefas como a identificação do Império Alemão como pessoa jurídica de direito público, concebendo as relações entre os entes federados de forma verticalizada, com a subordinação dos Estados individuais ao *Reich*, em paralelo à também superioridade do *Reich* perante seus súditos¹⁷⁰. Digna de nota, nesse sentido, é a ausência da previsão de um rol de direitos fundamentais na Constituição de 1871, com exceção dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos.

De qualquer sorte, rudimentos da lealdade federativa podiam ser encontrados na interpretação do instituto da supervisão federal (*Reichsaufsicht*). A literatura passou a postular que o conteúdo de dita supervisão não se limitaria ao monitoramento do cumprimento das obrigações dos Estados individuais para com o *Reich* (deveres de obediência), mas também se estenderia ao monitoramento do cumprimento de deveres de lealdade “não escritos”. No entanto, esses deveres ainda eram tidos como obrigações apenas unilaterais dos Estados individuais em favor do *Reich*, fortalecendo a posição política de hegemonia do ente central na ordem federal¹⁷¹.

unvereinbare Dinge hin” (tradução livre: “O Governo Imperial sublinhava o fundamento federalista ou de aliança do Império e apresentava o Parlamentarismo (dependência do Governo Imperial da confiança do Parlamento [*Reichstag*]) e o federalismo como contrários absolutos e como coisas absolutamente inconciliáveis”).

¹⁶⁹ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 240.

¹⁷⁰ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 43-49.

¹⁷¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 49-56.

1.2.2.2.1 O impulso pioneiro de Rudolf Smend

Apenas no fim do período monárquico, já durante a Primeira Guerra Mundial, é que vem a ser pela primeira vez na literatura elaborada uma concepção jurídica abrangente de lealdade federativa¹⁷². Trata-se de um ensaio de Smend, intitulado “Direito constitucional não escrito no Estado federal monárquico” (*Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*) e datado de 1916, por ocasião de um *Festschrift* para o jurista Otto Mayer¹⁷³.

Neste texto seminal, Smend partia do “fato histórico” da origem “pactuada” da Constituição de 1871 para determinar sua natureza de arranjo contratual intergovernamental – e não de documento ratificado pelo povo – e acentuar que o regime carregava as características de uma aliança de tipo diplomático entre líderes monárquicos. Isto seria refletido na prática de respeito mútuo e cooperação entre as instituições do *Reich*.

Um exemplo paradigmático estaria contido no art. 8 III da *Reichsverfassung* que, a pretexto de instituir uma Comissão de Relações Exteriores no âmbito do *Bundesrat*, na verdade, mais do que positivar um órgão, instituía uma relação funcional entre o *Reich* e os Estados individuais, criando a obrigação de consulta regular entre a liderança do *Reich* e os governos dos Estados individuais em matéria de política internacional.

Tomando como premissa estes e outros aspectos similares da arquitetura constitucional de 1871 e das práticas costumeiras interinstitucionais, Smend concluía que os vários membros da Federação eram obrigados a cumprir com deveres de aliança e cooperação uns com os outros. Segundo o autor, cada membro possuiria o dever de fidelidade, federal e “contratual”, seja em relação aos demais entes federados, seja em relação ao *Reich* como um todo, e deveria exercer seus direitos e prerrogativas e cumprir suas obrigações constitucionais no espírito desta mesma fidelidade.

A formulação teórica de Smend era explícita e necessariamente vinculada com a ideia de monarquia. Como, na monarquia, os chefes de Estado reais deveriam agir perante uns aos outros com uma certa dose de “cortesia federal”, as obrigações derivadas da *Bundestreue* não poderiam ser explícitas no texto constitucional, à moda de uma República, mas sim serem desenvolvidas a partir das relações interinstitucionais, a exemplo da diplomacia internacional.

¹⁷² BAUER, Harmut. *Die Bundestreue*, p. 56-64; BAYER, Hermann-Wilfried. *Die Bundestreue*, p. 10-12; HALBERSTAM, Daniel. *Of Power and Responsibility: The Political Morality of Federal Systems*, p. 740-743; WITTRECK, Fabian. *Die Bundestreue*, p. 500-502.

¹⁷³ SMEND, Rudolf. *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*. Em: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze. Dritte, wiederum erweiterte Auflage*. Berlin: Dunker & Humblot, 1994, p. 39-59.

Do ponto de vista metodológico¹⁷⁴, o ensaio de Smend ainda não adota o tom decidido e polêmico contra o positivismo jurídico e em favor do método “científico-espiritual” (i. e. das ciências do espírito) pelo qual o jurista se tornaria célebre (e controvertido), restringindo seu objeto de análise ao “estilo diplomático da Constituição Imperial”, uma seara do direito constitucional que ou não se encontra escrita ou que está positivada “de uma maneira peculiarmente enganosa” e que representaria a diferença fundamental entre o Estado federal monárquico e o Estado federal republicano¹⁷⁵.

Por fim, deve-se mencionar que a concepção de lealdade federativa adquire em Smend um significado que é “juridicamente decisivo e que molda a relação global do Estado federal”, de modo a “tornar-se um princípio orientador para o desenvolvimento futuro”, sendo descrita como um “princípio geral elástico”, apto a gerar incertezas no campo da concretização e aplicação, mas que, por outro lado, parecia também permitir o “ajustamento suplementar e modificativo dos direitos e obrigações escritos dos entes federados em situações concretas”¹⁷⁶.

A doutrina da época reagiu de forma dividida à tentativa de formulação da lealdade federativa como princípio de direito constitucional não escrito. Vários juristas, como Laband e Anschütz, se opuseram ao reconhecimento de tal princípio jurídico. Por outro lado, como visto, Heinrich Triepel advogou por uma formulação unilateral da lealdade federativa, através da interpretação do instituto da *Reichsaufsicht* (supervisão do *Reich*). Para esse último autor, o princípio da lealdade consistiria no dever pressuposto (não escrito) dos Estados de respeitar os

¹⁷⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 57-58.

¹⁷⁵ SMEND, Rudolf. **Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat**, p. 40: “Hier soll aus diesem Zusammenhang nur eine einzelne, bisher nicht genügend beobachtete Erscheinung herausgehoben werden, die einerseits ein Stück der äußerlichen Eigentümlichkeit, des „diplomatischen“ Stils der Reichsverfassung darstellt, zugleich aber eng mit dem innersten Wesen des monarchischen Bundesstaats zusammenhängt: eine Sache der Verfassungssprache, der Verfassungstechnik und der Verfassungsgrundlagen im Reich. Es handelt sich dabei um Verfassungsrecht, das entweder gar nicht oder in eigentümlich missverständlicher Form geschrieben ist und deshalb bei der Darstellung des Reichsstaatsrechts – trotz großer praktischer Bedeutung – nur zu leicht völlig übersehen wird. Und inhaltlich liegt es auf dem Gebiet des Reichsverfassungsrechts, auf dem der monarchische Bundesstaat sich am grundsätzlichsten vom republikanischen unterscheidet, nämlich auf dem der Beziehungen zwischen Reich und Einzelstaaten” (tradução livre: “Desse contexto, deve-se destacar aqui um determinado aspecto, ainda não observado suficientemente, que, de um lado, representa uma parte da peculiaridade externa, do estilo ‘diplomático’ da Constituição Imperial, e que, ao mesmo tempo, está relacionado intimamente com a essência do Estado federal monárquico: um objeto da linguagem, da técnica e dos fundamentos constitucionais no Império. Trata-se aqui de um direito constitucional que ou não foi sequer escrito ou que o foi de maneira tão peculiarmente enganosa que, na representação do direito do Estado imperial – apesar de seu grande significado prático –, é esquecido muito facilmente. E, quanto ao conteúdo, encontra-se naquela área do direito constitucional do Império em que o Estado federal monárquico se diferencia mais fundamentalmente do republicano, a saber, na área que diz respeito à relação entre o Império e os Estados individuais”).

¹⁷⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 62.

interesses do *Reich*, sem a exigência de obrigações reversas de consideração e respeito do ente central com os *Länder*¹⁷⁷.

1.2.2.2 Balanço crítico da concepção de Rudolf Smend

Em que pese os inegáveis avanços na formulação inicial de Smend, principalmente na afirmação e justificação de um conteúdo propriamente jurídico (e não apenas ético-político) ao mandamento de lealdade federativa, a mesma não era isenta de limitações. Com efeito, trata-se de um escrito que deve ser entendido no contexto de seu tempo e não como um programa para a realização da lealdade federativa na era contemporânea. Bauer, por exemplo, pondera que não deve ser subestimado o inconveniente da aproximação promovida entre “direito, política e prática estatal” com o correlato “perigo de transformar a realidade constitucional na fonte do conhecimento do direito constitucional ou mesmo de tomar a fatualidade como direito¹⁷⁸”.

No que tange à fundamentação normativa da lealdade federativa, deve-se salientar que o autor não adota uma posição clara. Segundo a apreciação de Bauer, as explicações de Smend sobre a fundamentação jurídica devem ser reconstruídas como a “sinopse de aspectos individuais” muito distintos, como normas individuais escritas da Constituição e do direito infraconstitucional, observações da prática política, os chamados “fundamentos contratuais” da Constituição Imperial e a referência a uma ideia de lealdade “contratual” que, por um lado, pretendiam “tornar visível a lealdade federativa como um princípio subjacente ao direito constitucional escrito” e, por outro lado, pretendiam “estabelecê-la como o fundamento jurídico permanente e forma jurídica da relação federal global”¹⁷⁹.

Da mesma forma, é consideravelmente difícil apreender o conteúdo exato derivado do conceito de lealdade federal de Smend. Aquele também parece ser um “conglomerado de aspectos individuais” que, além disso, apresenta uma “considerável indefinição marginal na zona fronteira entre o direito e a política”, de modo a misturar “fenômenos observáveis na realidade constitucional com a interpretação funcionalista de comandos jurídicos individuais”, de sorte que várias obrigações e direitos pudessem ser identificados como derivados da ideia de lealdade federativa¹⁸⁰.

¹⁷⁷ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 64-66; ROVIRA, Enoch Alberti. *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, p. 242-243.

¹⁷⁸ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 58.

¹⁷⁹ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 61.

¹⁸⁰ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 62.

Além disso, deve-se reiterar que o modelo de lealdade federativa propugnado por Smend era expressamente talhado para o Estado monárquico. Além disso, era próprio de um tipo verticalizado de federalismo, que na prática colocava os interesses do *Reich* acima dos interesses dos Estados individuais, servindo ao intuito de promover a integração ao Império por meio do abafamento da própria possibilidade de expressão pluralista de alguma diversidade que fugisse ao modelo central. Tudo isso coloca em dúvida a sua utilidade no contexto não só republicano como também no do marco do próprio Estado democrático¹⁸¹.

De qualquer sorte, essa concepção inicial de lealdade federativa pode ser vista como informadora da metodologia de resolução dos conflitos interfederativos observada neste período. À míngua do estabelecimento de um órgão jurisdicional com competência específica para a resolução dos conflitos entre os componentes do *Reich*, esta era delegada, como dito, à Câmara Federal, a qual, no espírito diplomático e contratual da Carta de 1871, privilegiava o atingimento de acordos políticos baseados na cooperação e no respeito mútuo, dando início à tradição do reconhecimento de um verdadeiro dever de conciliação derivado da lealdade federativa¹⁸².

1.2.3 República de Weimar

1.2.3.1 Aspectos gerais da Constituição de 1919

A Constituição do *Reich* Alemão de 1919 (*Weimarer Reichsverfassung*, ou WRV) foi o resultado do processo revolucionário que se seguiu à derrota alemã na Primeira Guerra Mundial, dando início ao conturbado período histórico conhecido como República de Weimar¹⁸³.

A adoção do princípio democrático e da soberania popular, o caráter social da Constituição e a ascensão do nacionalismo como consequência da derrota alemã e das duras condições impostas pelo Tratado de Versalhes foram acompanhados por um marcado crescimento do poder federal em detrimento dos Estados-membros. O ente central passava a contar com competências amplas para a intervenção na vida econômica e social do *Reich*,

¹⁸¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 63. HALBERSTAM, Daniel. **Of Power and Responsibility: The Political Morality of Federal Systems**, p. 742.

¹⁸² ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 240.

¹⁸³ O período da República de Weimar tem sido objeto de constante e renovado interesse acadêmico. Nesse sentido, a título de exemplo, dado o teor praticamente inesgotável do assunto, com ênfase na relevância para o leitor brasileiro, *vide* LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Supremo Tribunal Federal: Prússia contra Reich**. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2022. De forma ampla, SCHLINK, Bernhard e JACOBSON, Arthur (org.). **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**. 2ª ed. California: University of California Press, 2002.

instituindo-se um modelo de federalismo que, na prática, funcionava de modo quase unitário, com tendências marcadamente centralizadoras¹⁸⁴.

Reflexos deste processo são a perda da posição de hegemonia da Prússia no conjunto da Federação, bem como a preponderância adquirida pelo *Reichstag*, agora eleito pelo sufrágio universal masculino e feminino para maiores de 20 anos, sobre o *Reichsrat*. A antiga Câmara Federal vê seu papel reduzido no processo legislativo enquanto o Parlamento, diretamente eleito pelo povo, passa a ter protagonismo na vida jurídica e política da República, apesar das notórias instabilidades e sucessivas eleições e formações de governos no período. Da mesma forma, as competências administrativas do Conselho Federal são quase que totalmente eliminadas e seu papel jurisdicional na decisão de conflitos interfederativos é substituído pela incipiente jurisdição exercida pelo Tribunal de Estado, o *Staatsgerichtshof*¹⁸⁵.

No que tange à revisão constitucional, os Estados-membros também saem enfraquecidos com a ausência de previsão de qualquer intervenção decisiva do *Reichsrat* no processo, de modo a relegar ao órgão apenas um direito de veto suspensivo que, quando utilizado, podia desencadear a convocação de um referendo federal, delegando a decisão final ao povo, verdadeiro “elemento unitário do sistema institucional¹⁸⁶¹⁸⁷”.

Além disso, os *Länder* perdem os direitos especiais e de exceção que eram marca da assimetria jurídica do federalismo monárquico da Carta de 1871. Na verdade, como bem aponta Rovira, os Estados não tinham garantida sequer sua própria existência individual ou integridade territorial, na medida em que, no processo de revisão constitucional, era facultada a reorganização do território alemão¹⁸⁸¹⁸⁹.

¹⁸⁴ “De um modo geral, pode-se afirmar que a Constituição de Weimar possuía uma tendência homogeneizadora, o que se extrai de uma série de dispositivos que visavam conferir uma uniformidade na atuação dos entes federados: [...] o que parece mais importante ressaltar é o espírito centralizador desta Constituição, diante da ausência de mecanismos que impedissem a ampliação dos poderes do centro em prejuízo das unidades subnacionais. Não se pode afirmar que esse foi um dado não desejado pelo legislador constituinte de Weimar, o qual possuía uma nítida preferência pela adoção de um Estado Unitário e somente persistiu na fórmula federativa diante da impossibilidade de fazê-lo de outro modo” (ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. **Federalismo no Brasil e na Alemanha**, p. 136).

¹⁸⁵ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 17.

¹⁸⁶ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 18.

¹⁸⁷ Artikel 76 [...]. Hat der Reichstag entgegen dem Einspruch des Reichsrats eine Verfassungsänderung beschlossen, so darf der Reichspräsident dieses Gesetz nicht verkünden wenn der Reichsrat binnen zwei Wochen den Volksentscheid verlangt (tradução livre: “Artigo 76. Caso o Parlamento [*Reichstag*] expeça uma modificação constitucional contrária à objeção do Conselho do *Reich* [*Reichsrat*], o Presidente do *Reich* [*Reichspräsident*] não está autorizado a anunciar essa lei, se o Conselho do *Reich* [*Reichsrat*] exigir o referendo popular [*Volksentscheid*] dentro de duas semanas”).

¹⁸⁸ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 18

¹⁸⁹ Artikel 18. Die Gliederung des Reichs in Länder soll unter möglichster Berücksichtigung des Willens der beteiligten Bevölkerung der wirtschaftlichen und kulturellen Höchstleistung des Volkes dienen. Die Änderung des Gebiets von Ländern und die Neubildung von Ländern innerhalb des Reichs erfolgen durch verfassungsänderndes

A proeminência do Parlamento sobre o Conselho Federal não foi suficiente para garantir, no entanto, a manutenção da democracia parlamentar em Weimar. Nesse sentido, a chefia do Poder Executivo, antes exercida pelo monarca prussiano, passa a ser desempenhada pelo Presidente eleito por sufrágio universal, na forma do art. 41 da WRV¹⁹⁰, com amplos poderes, inclusive aqueles relativos aos “decretos de emergência”, contidos no famoso art. 48¹⁹¹. Como é amplamente reconhecido, esse desequilíbrio institucional no desenho da separação de poderes facilitou o processo de erosão democrática em direção ao totalitarismo¹⁹².

Reichsgesetz (tradução livre: “Artigo 18. A divisão do Império em Estados deve servir, sob a observância máxima da vontade da população participante, à máxima produtividade econômica e cultural do povo. A modificação do território dos Estados, assim como a formação de novos Estados dentro do Império deve advir de uma Lei do *Reich* [*Reichsgesetz*] que modifique a Constituição”).

¹⁹⁰ Artikel 41. Der Reichspräsident wird vom ganzen deutschen Volke gewählt (tradução livre: “Artigo 41. O Presidente do Reich [*Reichspräsident*] é eleito por todo o povo alemão”).

¹⁹¹ Artikel 48. Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten.

Der Reichspräsident kann wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen

Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen.

Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Maßnahmen der in Abs.2 bezeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstags außer Kraft zu setzen.

Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz.

(tradução livre: “Artigo 48. Quando um Estado não cumpre os deveres impostos pela Constituição ou pelas Leis do *Reich*, o Presidente pode coagi-lo a tanto por meio de força armada.

O Presidente pode, quando a ordem e a segurança públicas no *Reich* forem consideravelmente perturbadas ou ameaçadas, tomar as medidas necessárias para a restauração da ordem e da segurança, mesmo que seja necessário intervir com força armada. Para esse propósito, ele pode revogar, integral ou parcialmente, os direitos fundamentais estabelecidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.

O Presidente deve notificar imediatamente o Parlamento [*Reichstag*] das medidas tomadas com base nos Parágrafos 1 e 2 desse artigo. As medidas podem ser revogadas sob exigência do Parlamento [*Reichstag*].

Em caso de perigo iminente, o Governo do Estado pode tomar medidas provisórias baseadas no parágrafo 2 para o seu território. As medidas podem ser revogadas sob exigência do Presidente [*Reichspräsident*] ou do Parlamento [*Reichstag*].

Uma Lei do *Reich* [*Reichsgesetz*] definirá aspectos específicos”). Para uma tradução ligeiramente diferente, *vide* LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Supremo Tribunal Federal: Prússia contra Reich**. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2022, p. 66-67.

¹⁹² ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. **Federalismo no Brasil e na Alemanha**, p. 132, apresenta a seguinte síntese: “Com efeito, o seu artigo 48 permitia ao Presidente, no caso de violação ou perigo à ordem e à segurança pública, tomar as medidas cabíveis para o restabelecimento da normalidade, o que incluía a edição dos chamados decretos de emergência (*Notverordnungen*). Em tese, o Parlamento poderia até retirar a validade destes atos normativos, mas como ao Presidente era facultado simplesmente dissolver esta casa legislativa (artigo 25), a relação entre Poder Legislativo e Poder Executivo acabava por se desenvolver sempre em favor deste último. A partir do momento em que o Presidente Hindenburg passou a fazer uso desta prerrogativa, o sistema parlamentarista ruiu. O papel de proeminência, que antes era ocupado pelo Parlamento, passou a ser ocupado pelo Poder Executivo, em especial pelo Presidente, em relação ao qual o Chanceler passou a responder politicamente a partir de 1930. Como um reflexo deste fenômeno, o número de leis aprovadas por esta casa legislativa caiu drasticamente. Lembrem FROTSCHER e PIEROTH que ‘em 1930 o parlamento aprovou ainda 98 leis, em 1931 foram 34 [leis aprovadas] e em 1932 apenas 5’”.

Do ponto de vista federativo, o art. 48 da Constituição de 1919 implicava também mais uma forma de enfraquecimento dos Estados em benefício do ente central. Com efeito, o procedimento de negociação quase diplomática próprio da práxis constitucional monárquica no âmbito do *Bundesrat* foi substituído pela faculdade de coerção direta do ente central sobre as entidades subnacionais, podendo o Presidente do *Reich* forçar os Estados ao cumprimento de seus deveres constitucionais com recurso, inclusive, às Forças Armadas, facilitando também o processo de unitarização da federação alemã.

1.2.3.2 A lealdade federativa na República de Weimar

Como visto, da Constituição de Weimar, de caráter fortemente centralizador, não se podem extrair os substratos mais propícios à elaboração da lealdade federativa. Sem embargo, como já mencionado, a ordem constitucional de 1919 substituiu o processo de negociação vigente ao tempo do Império e delegou à nascente jurisdição do *Staatsgerichtshof* o papel de composição dos conflitos federativos, o que tornava de relevância prática acentuada a definição de um caráter juridicamente vinculante ou meramente ético-político para o princípio da lealdade federativa¹⁹³, sem que se possa minimizar, com isso, a preferência pela solução “impositiva”, ou seja, a da adoção de medidas coercitivas do ente central sobre os Estados com fulcro nos “poderes de emergência” extraídos do art. 48 da WRV.

De qualquer forma, após a recepção inicialmente cética da ideia de lealdade federativa, a doutrina constitucional do período gradualmente começa a abrir espaço para o reconhecimento do caráter jurídico do princípio, o que se deve, inclusive, ao enfraquecimento do positivismo jurídico enquanto concepção metodológica dominante na Alemanha¹⁹⁴. A existência da lealdade federativa passa a ser justificada como emanção do princípio federativo, que conteria, em si, a exigência da construção de relações federais amistosas entre os entes federados, e a doutrina passa a formular uma concepção ainda unilateral do princípio, como mais um instrumento à disposição do *Reich* para a promoção da centralização do Estado¹⁹⁵.

O *Staatsgerichtshof* (StGH) tem um papel decisivo na disseminação de aspectos da ideia de lealdade federativa, ao se valer de alguns de seus elementos na resolução de certos casos, embora sem o reconhecimento expresso do instituto ou das construções da literatura acerca

¹⁹³ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana** p. 243.

¹⁹⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 73-84.

¹⁹⁵ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 244.

dele. A seguir, serão recapituladas as duas mais importantes decisões desse período para o tema em análise¹⁹⁶.

1.2.3.2.1 Caso Prússia contra Reich (*Preußenschlag*)

O caso Prússia contra Reich ou “*Preußenschlag*” (literalmente, “golpe na Prússia”) é geralmente considerado como o mais importante processo judicial da República de Weimar¹⁹⁷. Embora não fosse este o tema central da disputa, ela também envolvia a questão de definir se os deveres que incumbiam aos Estados, cujo descumprimento era condição prévia para a execução imperial (*Reichsexekution*), incluíam também obrigações não expressamente previstas no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional¹⁹⁸.

Conforme Bauer¹⁹⁹, na República de Weimar, a base jurídica para a execução imperial encontrava-se no art. 48 I da Constituição de 1919²⁰⁰. O Presidente tinha de decidir sobre os meios de coerção e a sua utilização, bem como sobre a existência dos requisitos necessários para a decisão de execução em cada caso. O texto mencionava apenas a possibilidade do emprego de “força armada”; porém, o entendimento na literatura era o de que esse seria apenas o mais contundente, porém não o único, meio de levar adiante a execução imperial (princípio *a maiori ad minus*). A doutrina defendia ainda que a execução deveria ser encarada como *ultima ratio* e sua aplicação deveria obedecer a critérios escalonados de acordo com a aplicação proporcional do direito. Caberia aos Estados, por fim, a possibilidade de ajuizamento de

¹⁹⁶ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 90-97.

¹⁹⁷ STOLLEIS, Michael. *A history of public law in Germany, 1914-1945*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2004, p. 100-104. Para uma análise completa do julgamento, traçando paralelos com o Brasil, *vide* LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Supremo Tribunal Federal: Prússia contra Reich*. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2022.

¹⁹⁸ BAYER, Hermann-Wilfried. *Die Bundestreue*, p. 18-20. BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 93.

¹⁹⁹ BAUER, Hartmut. *Der Bundeszwang in der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes*. Revista Catalana de Dret Públic, Especial sobre l'aplicació de l'article 155 CE a Catalunya (número especial), 21 dez. 2020a, p. 6-8. A revista conta também com uma tradução do artigo para o espanhol: BAUER, Hartmut. *La coerción federal en el ordenamiento territorial de la constitución alemana*. Revista Catalana de Dret Públic, Especial sobre l'aplicació de l'article 155 CE a Catalunya (número especial), 21 dez. 2020b.

²⁰⁰ Sobre a relação entre o art. 48 I e o art. 48 II da Constituição de 1919: “La relación, nunca aclarada de manera concluyente, entre el presidente del Reich y el denominado por la doctrina *poder de dictadura* derivado del artículo 48.2 de la Constitución (consistente en la posibilidad del presidente de tomar las medidas necesarias, incluida la suspensión de derechos fundamentales, en caso de grave amenaza para la seguridad y el orden públicos), llevó a la aplicación práctica de los dos preceptos, 48.1 y 48.2, de una forma que desdibujaba las fronteras que tenían que existir entre los dos, lo cual fue favorecido por el hecho de que el presidente del Reich concentrara la competencia para utilizar los dos instrumentos” (BAUER, Hartmut. *La coerción federal en el ordenamiento territorial de la constitución alemana*. Revista Catalana de Dret Públic, Especial sobre l'aplicació de l'article 155 CE a Catalunya (número especial), 21 dez. 2020b, p. 7).

requerimento com pedido de expedição de liminar contra a medida adotada pelo Presidente, perante o *Staatsgerichtshof*²⁰¹.

De forma resumida, o então Presidente Paul von Hindenburg editou decreto emergencial nomeando o Chanceler Franz von Papen como Comissário para o Estado da Prússia, o autorizando a remover os membros democraticamente eleitos daquele governo estadual, o que foi prontamente cumprido²⁰². Isso se deu com fundamento em declarações feitas pelo Ministro do Interior prussiano, Carl Severing, e por outros oficiais, contra o governo do Reich, que teriam “rompido os laços de cooperação” entre as duas esferas de governo. Ainda, o Reich considerava afrontosa uma suposta leniência, por também suposta motivação político-ideológica, do governo da Prússia em reprimir o crescente movimento comunista que agitava não só aquele Land como toda a Alemanha²⁰³.

Na sua decisão, o Tribunal de Estado reconheceu um “dever não escrito de lealdade” perante o Reich, “aparentemente resultante da relação de subordinação dos Estados²⁰⁴” derivada do art. 48 I e que poderia ser violado por meio de ataques à orientação política do Reich, sobretudo em períodos de extrema tensão política²⁰⁵. Entretanto, acabou decidindo que este dever não teria sido infringido pelas manifestações do Ministro Severing naquela ocasião.

Acerca da imputada leniência em reprimir o movimento comunista, a Corte entendeu que somente poderia se falar em violação se fosse possível comprovar a responsabilidade subjetiva do agente público, o que não estaria demonstrado no caso. Por fim, concluiu que o art. 48 I não poderia ser o fundamento jurídico das medidas tomadas pelo Reich contra a

²⁰¹ BAUER, Hartmut. **Der Bundeszwang in der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes**, p. 7.

²⁰² “O julgamento começou por força dos episódios de 17 de julho do mesmo ano, no distrito de Altona, em Hamburg, após batalhas de rua de nazistas contra trabalhadores e comunistas. De um lado, integrantes do conhecido ‘Destacamento de Assalto’ (*Sturmabteilung*, cuja abreviação veio a ser SA), em enfrentamento físico contra comunistas, de outro lado. O caso restou conhecido por ‘domingo sangrento’ e terminou com vinte e seis mortes. Foi o último e mais significativo dos episódios políticos que se acumularam desde 1930 no Estado da Prússia, onde a tensão decorria da forte presente política dos sociais-democratas e comunistas na realidade cotidiana” (LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Supremo Tribunal Federal: Prússia contra Reich**, p. 13).

²⁰³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 93.

²⁰⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 93.

²⁰⁵ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 93-94, transcreve: “Es mag zugegeben werden, dass in Zeiten höchster politischer Spannung in besonders scharfen öffentlichen Angriffen von Ministern eines Landes auf die Politik des Reichs unter Umständen eine Verletzung der Treupflicht gefunden werden kann. ... Die Prüfung der Äußerungen des Ministers *Dr. Severing* ergibt aber, ... dass sie die Grenzen der gebotenen Zurückhaltung nicht derart überschreiten, dass darin eine Pflichtverletzung des Landes gegenüber dem Reich erblickt werden kann” (tradução livre: “Deve-se reconhecer que, em tempos de altíssima tensão política, sobretudo em caso de ataques públicos de ministros de um Estado à política do *Reich*, a violação do dever de lealdade poderá acontecer. ... A averiguação das alegações do ministro *Dr. Severing* resultam, porém, ... não ultrapassam os limites da devida contenção, de modo que não se pode vislumbrar aí uma violação do direito do Estado perante o *Reich*”).

Prússia²⁰⁶. Porém, de qualquer sorte, as medidas contra a Prússia poderiam se fundamentar, em parte, no “poder de ditadura” do Presidente (art. 48 II)²⁰⁷.

Bauer considera que o “resultado negativo do caso não altera o fato” de o Tribunal de Estado ter afirmado, em princípio, “um dever de lealdade enraizado no direito constitucional não escrito”, cujo cumprimento “poderia ser exigido através da *Reichsexecution*”. Em termos de conteúdo, este dever seria “essencialmente orientado para as considerações da política imperial ou dos interesses imperiais” e, segundo a Corte, poderia ser violado “por declarações feitas por um ministro estadual mesmo que este não estivesse no exercício das funções, mas como cidadão privado ou como membro de um partido”. Poderia deduzir-se, por fim, das “formulações cautelosas e do resultado da decisão” que “nem todas as declarações críticas constituem, desde logo, uma violação ao dever de lealdade”, mas que “tal violação apenas deve ser assumida em casos particularmente graves e em situações de especial tensão política”²⁰⁸.

1.2.3.2.2 Caso do afundamento do Danúbio (*Donauversinkung*)

Outro exemplo de exploração de aspectos da lealdade federativa pelo *Staatsgerichtshof*, na sua dimensão específica de vinculação entre Estados-membros, se deu no caso “*Donauversinkung*”, ou caso do “afundamento” do Danúbio, em 1927. Trata-se de uma decisão pioneira no desenvolvimento da lealdade federativa nas relações entre os Estados, “ponto até então pouco explorado na literatura jurídica”²⁰⁹. Do ponto de vista fático, de forma resumida, tratava-se de querela instaurada entre o Estado de Baden, de um lado, e os Estados de Württemberg e Prússia (território de *Hohenzollern*), do outro, na qual se alegava que o primeiro Estado, por meio de uma série de ações tendentes a beneficiar sua população e indústria, para além de omissões de manutenção, teria promovido um acirramento no afundamento das águas do Danúbio em detrimento dos demais Estados²¹⁰.

²⁰⁶ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 94.

²⁰⁷ BAUER, Hartmut. *La coerción federal en el ordenamiento territorial de la constitución alemana*, p. 7-8. E arremata o autor: “El Golpe a Prusia fue al mismo tiempo prelude de la violenta unificación forzosa de los *länder* en el nacionalsocialismo y, en consecuencia, el fin de la República de Weimar. Eso confirma la observación que ya se hizo al hablar de la Confederación Germánica: el uso masivo de medidas coercitivas puede poner a prueba tanto políticamente como jurídicamente toda la estructura federal y, en última instancia, puede conducir a su caída”.

²⁰⁸ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 94.

²⁰⁹ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 95-96.

²¹⁰ O afundamento do Danúbio é o fenômeno natural pelo qual as águas do rio Danúbio desaparecem por completo por períodos variáveis, numa extensão de dez a doze quilômetros, e reemergem em outro ponto. Por força da uma depressão subterrânea no solo, semelhante a uma caverna, ocorre a captura fluvial e as águas literalmente “afundam” em direção ao leito e um trecho do rio seca, deixando desguarnecidas as regiões que dependem

Na medida em que o direito imperial vigente não fornecia elementos para a solução do caso, o Tribunal, como ponto de partida, tomou de empréstimo elementos do direito internacional público. Assim, lançou mão da então inovadora tese acerca da viabilidade da restrição da soberania de um Estado pelo simples fato de estar inserido como membro numa comunidade internacional. Desta constatação, seria possível fazer derivar o dever de respeito e consideração mútuos entre os Estados, de modo a não prejudicarem uns aos outros.

Dessa maneira, analogamente ao que se observaria nas relações internacionais, encontrando-se os *Länder* intimamente conectados no seio de uma “comunidade nacional” (o *Reich* alemão), com muito mais razão poderia se falar na relativização da sua correlata autonomia, de modo a daí fazer emergirem direitos e obrigações de maior intensidade do que aquelas do direito internacional, tendo como fonte justamente o direito constitucional não escrito. Com base nesta arrojada construção jurídica, o *Staatsgerichtshof* obrigou o Estado de Baden a, dentre outros deveres, eliminar as causas da intensificação do “afundamento” da água do Danúbio verificada nos *Länder* vizinhos.

Em conclusão, pode-se dizer que, diante deste processo geral multifacetário, é difícil firmar a existência ou importância da lealdade federativa durante o período da República de Weimar, carecendo ainda o instituto de justificação jurídica, de integração teórico-dogmática no quadro mais geral do federalismo e na elaboração das suas concretizações²¹¹.

1.2.4 Período nacional-socialista

Depois da tomada do poder pelos nazistas, pretendeu-se transformar o Estado federal de Weimar em um Estado unitário fortemente centralizado. Este desenvolvimento teve início com a “Lei para Sanar a Aflição do Povo e do *Reich*” (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*), de 24 de março de 1933, mais conhecida como “Lei de Concessão de Plenos Poderes” ou “Lei de Habilitação” (*Ermächtigungsgesetz*), e foi efetivamente levada a cabo, com a abolição da autonomia dos *Länder*, pela “Lei sobre a Reconstrução do *Reich*” (*Gesetz über den*

economicamente do Danúbio, reaparecendo na região de Aach, que também ficava no antigo território do Estado de Baden, o qual, portanto, não sofria quaisquer prejuízos. No caso, a alegação do Estado de Württemberg, considera procedente pelo *Staatsgerichtshof*, era a de que o comportamento do Estado de Baden estaria agravando este fenômeno natural.

²¹¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 97-100.

Neuaufbau des Reiches) de 30 de janeiro de 1934²¹². Operava-se, assim, a eliminação do federalismo tradicional, vale dizer, a “desfederalização²¹³” (*Entföderalisierung*) alemã.

Segundo Bayer, não havia mais “espaço para o desenvolvimento de uma vida estatal própria nos *Länder*”. Assim, o princípio da lealdade federativa “perdeu a sua validade no Estado unitário autoritário, baseado em um poder de liderança ‘abrangente, total, livre e independente, exclusivo e irrestrito’²¹⁴”. Bauer adiciona que o “*Führerstaat* autoritário e *völkisch*”, em sua “estreita ligação e reconhecimento com o povo como fator político decisivo”, prescindia da dependência na “lealdade” dos Estados²¹⁵. Em decorrência, não há que se falar em qualquer desdobramento relevante da lealdade federativa nesse período.

1.2.5 República Federal da Alemanha

A Lei Fundamental de Bonn foi promulgada em 1949 após a capitulação do regime nazista e o término da Segunda Guerra Mundial, simbolizando o retorno da Alemanha não só ao regime democrático, como também a um modelo verdadeiro de federalismo. Como decorrência do processo de ocupação pelas potências vencedoras, a Alemanha foi dividida em quatro zonas, o que influenciou o modelo federativo a ser adotado na redemocratização, a exemplo da dissolução empreendida no antigo Estado da Prússia.

A Lei Fundamental, seguindo a Constituição de Weimar, também não possui qualquer fundamento contratual. Assim, a doutrina acerca da lealdade federativa prosseguiu na tradição de derivar o princípio da “essência” do Estado federal, de sua estrutura fundamental, corolário, portanto, do próprio princípio federativo. A manutenção e aprofundamento da lealdade federativa sob a égide da Lei Fundamental, entretanto, não ocorreu de forma retilínea, mas sim experimentou idas e vindas, críticas e mutações que espelham, em alguma medida, a própria evolução do federalismo como um todo.

A lealdade federativa integrou-se na “mudança permanente” (*ständigen Wandel*) parcialmente considerada como característica da ordem do Estado federal em geral²¹⁶. Bauer identifica três estágios distintos nas primeiras quatro décadas de vigência da Lei Fundamental: o período de recepção e expansão da antiga *Bundestreue*, que durou até cerca de 1961; o abalo

²¹² BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 20. Vide, também, BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 100-102 e DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht**, p. 190.

²¹³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 101.

²¹⁴ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 20.

²¹⁵ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 102.

²¹⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 103.

do princípio da conduta federativa amistosa nos anos sessenta, e uma fase subsequente de consolidação e desenvolvimento²¹⁷.

Com efeito, após a ditadura nacional-socialista, impulsos significativos para a lealdade federativa emanaram da participação *Länder* na reorganização do Estado e na gênese da Lei Fundamental. Além disso, a nova Constituição continha uma série de normas que logo foram interpretadas como expressões jurídico-positivas de um dever recíproco de lealdade. A tendência, que se tornou evidente numa fase inicial, de incorporar a lealdade federativa foi confirmada e consolidada durante a primeira década da Lei Fundamental na adoção e expansão considerável desse conceito pela jurisdição constitucional. O objeto dessa recepção era, principalmente, o conceito de lealdade federativa elaborado por Smend para o Estado federal monárquico, que agora era “mesclado” com outras considerações e incorporado na nova ordem federal sem que se procedesse à “crítica histórica” do instituto. Isto não só gerou reflexos sobre a natureza duvidosa do conceito, mas também lançou as bases para as críticas posteriores, que seriam inflamadas pelo transporte “imparcial” de ideias tradicionais para o presente²¹⁸.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal assumiu o “papel de liderança”, no desenvolvimento e avanço da conduta federativa amistosa, após esta ter sido cultivada, durante décadas, principalmente pela literatura. Já no primeiro volume da coletânea oficial de decisões, o Tribunal adotou a lealdade federativa e, mais tarde, tornou-a central como um princípio “dominante” do Estado federal. Nas suas primeiras decisões, elaborou concretizações fundamentais para o posterior desenvolvimento jurídico; colocou o “*procedere*” e o estilo das “negociações no Estado federal” sob a máxima da conduta federativa amistosa e desenvolveu a distinção entre conteúdos sindicáveis e não sindicáveis da de lealdade federativa²¹⁹.

Se estabelecida uma espécie de “balanço provisório” após cerca de uma década da Lei Fundamental, então, a lealdade federativa, entendida num sentido abrangente, foi reconhecida como um componente seguro do direito do Estado federal e, em comparação direta com os tempos anteriores, foi consideravelmente alargada no seu âmbito de aplicação. Além disso, dois aspectos são significativos para o estado de desenvolvimento jurídico nesta altura: nomeadamente, por um lado, a infiltração de ideias jurídicas pré-constitucionais de lealdade federativa no direito do presente, favorecida pela recepção “demasiadamente acrítica” de Smend, e, por outro lado, as relacionadas incertezas sobre a fundamentação jurídica, a

²¹⁷ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 106-107.

²¹⁸ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 109-111.

²¹⁹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 143-152.

integração dogmática, bem como sobre o conteúdo mais pormenorizado da lealdade federativa²²⁰.

A dubiedade, que sempre acompanhou o princípio da conduta federativa amistosa e, em especial, a Primeira Decisão sobre Radiodifusão e as perspectivas futuras muito abrangentes da lealdade federativa atingiram o limiar da aceitabilidade na literatura no início dos anos 1960, desencadeando uma onda de críticas. Embora esse movimento crítico não tenha ainda arrefecido, seu caráter atual é amplamente minoritário na literatura. Não obstante, uma análise pormenorizada dos seus argumentos será feita, mais adiante, num tópico especialmente destinado ao assunto.

Por fim, um terceiro período – que, de certa forma, continua até os dias atuais – pode ser caracterizado como de consolidação e abertura a desenvolvimentos futuros para a lealdade federativa. Nesse sentido, obrigações de lealdade comparáveis, deveres de consideração recíproca e princípios podem agora ser encontrados, entre outros, no direito internacional, no direito europeu, no direito organizacional não especificamente federal e, embora com as maiores reservas em relação à comparabilidade, nas relações jurídicas entre Administração e cidadão. Nesse contexto de “troca de ideias”, a lealdade federativa recebe, em parte, impulsos importantes das outras áreas do direito, mas também fornece sugestões essenciais para o contorno mais detalhado dos respectivos princípios nos outros âmbitos, para os quais assume, por vezes, até um “caráter modelar²²¹”.

1.2.5.1 O princípio da lealdade federativa na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal

Como visto, a evolução da lealdade federativa sob a égide da Lei Fundamental de 1949 ocorreu, em grande medida, assim como em outras áreas do direito constitucional alemão, a partir da jurisprudência Tribunal Constitucional Federal. Através da enumeração não exaustiva elaborada por Bauer, pode-se ter uma dimensão do escopo que a lealdade federativa adquiriu na ordem constitucional, sendo utilizada pelo Poder Judiciário para solucionar casos em áreas importantes da vida política e social como a da política salarial; sistema escolar; sistema de educação superior; sistema de radiodifusão; tributação; orçamento público; supervisão econômica; responsabilidade civil do Estado e o direito das relações exteriores²²².

²²⁰ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 152-156.

²²¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 205-2017.

²²² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 12.

Dentro do conjunto de decisões acerca do tema, maior enfoque é dado pela literatura na decisão sobre o sistema público de radiodifusão de 1961, na qual a Corte inaugura a concepção de que a lealdade federativa não seria apenas fonte de obrigações concretas da Federação e dos Estados uns para com os outros, mas também de deveres de índole procedimental, que deveriam nortear o processo de negociações interfederativas (“negociações no Estado federal”).

1.2.5.1.1 Leading case – Primeira Decisão sobre Radiodifusão (Rundfunkentscheidung) ou Primeira Sentença sobre a Televisão (erste Fernseh-Urteil)

A chamada *Rundfunkentscheidung* ou “Primeira Decisão sobre Radiodifusão”, também conhecida como *erste Fernseh-Urteil*, “Primeira Sentença sobre a Televisão”²²³, é identificada como o precedente de referência (*leading case*) para a elaboração do princípio da lealdade federativa sob o marco da Lei Fundamental²²⁴. Trata-se da primeira de uma série de decisões da Corte Constitucional alemã sobre o tema da radiodifusão, as quais são consideradas de importância acentuada pela literatura especializada no contexto da interpretação da ordem federal instituída pela Lei Fundamental. Decidido em 28 de fevereiro de 1961, seu impacto foi significativo ao ponto de atrair não apenas entusiastas do instituto como também as formulações críticas do importante jurista alemão do pós-guerra Konrad Hesse.

O precedente mantém-se como uma das principais referências na jurisprudência alemã sobre o princípio e é frequentemente citado em obras teóricas ou práticas. É necessário, portanto, que sejam apresentados os dados principais deste caso, a fim de que se possa dimensionar a sua importância para a teorização acerca da lealdade federativa. Durante o período de reorganização do sistema público de rádio e televisão após a redemocratização, havia a intenção do Chanceler conservador Konrad Adenauer, da CDU, de instituir uma segunda emissora pública de televisão no País, a ser denominada FFG, sendo que já existia na Alemanha um canal público, a ARD, mantida pelos Estados-Membros em associação²²⁵. Adenauer tinha interesse numa emissora alternativa, pois entendia que a ARD era muito crítica ao Governo

²²³ BVerfGE 12, 205.

²²⁴ DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I -Staatsorganisationsrecht**, 2021, pp. 198-199.

²²⁵ A ARD foi o primeiro canal de televisão da Alemanha. ARD é uma abreviação em alemão para Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Deutschlands (“Comunidade de Trabalho das Emissoras de Direito Público da Alemanha”), uma associação de emissoras de radiodifusão pública. A ARD é na verdade um agrupamento de nove canais públicos regionais, com a diferença que a programação é voltada para a Alemanha como um todo, mesmo que os programas sejam desenvolvidos pelas emissoras locais. O canal é atualmente conhecido como “Das Erste” (O Primeiro).

Federal. O Chanceler sofria forte oposição dos *Länder* controlados pela SPD e, assim, argumentava que isso impedia o jornalismo da ARD de ser “imparcial²²⁶”.

Nesse contexto, foi instituída a *Freie Fernsehen GmbH* (FFG) em 5 de dezembro de 1958 em *Frankfurt am Main*. Para conquistar os Estados, foi também fundada, em julho de 1960, a *Deutschland-Fernsehen GmbH*, permitindo sua participação no projeto. O ato normativo foi questionado perante o Tribunal Constitucional Federal com base nos arts. 30²²⁷ e 70, I²²⁸ da Lei Fundamental, sob o argumento de que o texto não conferiria tais poderes à Federação. Já a defesa se sustentava na redação primitiva dos arts. 87, I e 73, VII, que confeririam competência exclusiva à Federação em matéria de “correio e telecomunicações”.

Em sua decisão, o Tribunal Constitucional Federal considerou inválida a criação da empresa e da FFG e afirmou que a Federação apenas seria materialmente competente para aspectos técnicos de telecomunicação, isto é, a construção e manutenção das estruturas e/ou das tecnologias de telecomunicação, bem como para firmar acordos internacionais. Por outro lado, apenas os Estados poderiam instituir canais de televisão públicos, com base no argumento de que as competências residuais (não-expressas) competem aos *Länder* (art. 30). O entendimento, restritivo das competências da Federação, visava a privilegiar a liberdade de radiodifusão e o pluralismo de ideais (art. 5 GG).

Dessa maneira, a Corte acabou por negar o argumento de que haveria uma “conexão fática” (*Sachzusammenhang*), ou seja, uma competência não escrita da Federação para instituir canais de televisão, fulcrada na antiga redação do art. 73, VII²²⁹. A ideia seria prevenir o

²²⁶ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Third edition, revised and expanded. Durham and London: Duke University Press, 2012, p. 90-95.

²²⁷ **Artigo 30 [Direitos soberanos dos Estados]** O exercício do poder estatal e o cumprimento das funções públicas competem aos Estados, salvo disposição ou autorização contrária prevista nesta Lei Fundamental.

²²⁸ **Artigo 70 [Divisão de competências entre a Federação e os Estados]** (1) Aos Estados cabe o direito da legislação, desde que esta Lei Fundamental não atribua à Federação a competência da legislação.

²²⁹ “[...] a competência não escrita, conforme doutrina e jurisprudência alemãs, pode ser de três tipos: (i) competência não escrita por força da natureza da coisa (*ungeschriebene Kompetenz kraft Natur der Sache*); (ii) competência não escrita por força de conexão fática (*ungeschriebene Kompetenz kraft Sachzusammenhangs*), e; (iii) competência anexa (*Annexkompetenz*) [...] a competência por força de conexão fática possui contornos substancialmente distintos. Nesta modalidade existe uma matéria cuja legislação compete expressamente à União ou aos Estados-membros. Porém, não é possível fazer uso desta competência sem regulamentar também outras matérias, em relação às quais o ente federativo em questão não está legitimado a atuar. Em outras palavras, há uma conexão fática entre a matéria prevista pela norma competencial e outra matéria não abrangida pela competência legislativa do ente federativo, conferindo-lhe poderes para legislar inclusive sobre os temas aos quais ele originalmente não era competente. De acordo com Tribunal Constitucional Federal alemão, não basta que esta conexão se dê em termos de uma mera conveniência acerca de uma regulamentação conjunta de matérias; ao contrário, é necessário que ‘uma matéria expressamente atribuída ao *Bund* não possa ser regulamentada de modo razoável, sem que ao mesmo tempo uma outra matéria não atribuída expressamente seja regulamentada conjuntamente, quando, portanto, uma invasão nesta matéria não expressamente prevista representar uma (*sic*) pressuposto para a regulamentação de uma matéria atribuída à legislação federal’” (ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. **Federalismo no Brasil e na Alemanha**, p. 269-271).

Governo Federal de ter competência para regulamentar matéria cultural (art. 5), tendo em vista as experiências com a propaganda oficial centralizada durante o período nacional-socialista²³⁰.

Por outro lado, a mesma decisão manteve o estabelecimento da estação de rádio *Deutschlandfunk* (DLF) a qual havia sido estabelecida pelo governo federal em novembro de 1960. Como seu foco era a produção de conteúdo para o público internacional, entendeu-se que a sua instituição pela Federação estaria protegida pela competência do governo federal de conduzir as relações exteriores (art. 32²³¹). O mesmo entendimento teve aplicabilidade para a *Deutsche Welle*. Como consequência imediata da decisão do TCF, a FFG foi liquidada e houve a formalização de um contrato estatal/tratado estadual (*Staatsvertrag*) entre os Estados para criar a ZDF, o segundo canal público alemão (ZDF significa *Zweites Deutsches Fernsehen*, literalmente “Segunda Televisão Alemã”). O último Estado a ratificar o acordo foi a Baviera, em 1962, quando a ZDF também passou a ser transmitida no seu território.

O entendimento teórico e jurisprudencial anterior ao acórdão assentava a possibilidade de se derivarem da lealdade federativa apenas obrigações de cunho substantivo ou limitações ao exercício de direitos pelos entes federados. A grande inovação deste julgado foi dar ensejo ao desenvolvimento de uma outra face do instituto, relacionado aos chamados “deveres instrumentais”. Dessa maneira, tanto o “*procedere*” quanto o estilo das negociações realizadas entre os entes federados encontrar-se-iam sob o manto do dever de fidelidade federal²³².

²³⁰ “A radiodifusão é mais do que apenas ‘meio’ da formação de opinião pública: ela é sempre um fator eminente da formação de opinião pública. Essa participação na formação da opinião pública não se restringe absolutamente aos noticiários, comentários políticos, séries sobre problemas políticos da atualidade, passado ou futuro; a formação de opinião acontece igualmente em peças radiofônicas, programas musicais, transmissão de programas de variedades, e até mesmo na configuração cênica de uma apresentação. Cada canal [de tv ou estação de rádio] seguirá uma certa tendência pela seleção e configuração de seus programas, especialmente quando se tratar da decisão sobre o que não deve ser transmitido, o que não precisa interessar aos ouvintes, o que pode ser desprezado sem prejuízo para a formação da opinião pública, e como o conteúdo a ser transmitido pode ser configurado e dito. [...] O Art. 5 exige, igualmente, que esse moderno instrumento da formação de opinião não seja entregue ao Estado nem a um grupo social. Os produtores de programas de radiodifusão devem estar, portanto, de tal sorte organizados que assegurem a todas as forças sociais que venham ao caso uma possível tomada de influência em seus órgãos, que possam opinar na programação total e que sejam obrigatórias diretrizes que garantam, em face do conteúdo da programação, um mínimo de equilíbrio, objetividade e respeito mútuo. Isso só pode ser garantido se esses princípios organizacionais e objetivos se tornarem vinculantes por lei. O Art. 5 GG exige, pois, a promulgação de tais leis. [...] Ante o exposto, a fundação e existência da Deutschland-Fernsehen GmbH violam o art. 5 GG”. (MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 2: Liberdade de consciência e crença, liberdades de expressão e comunicação social, liberdades artística e científica**. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS, 2018b, p. 185-188).

²³¹ **Artigo 32 [Relações exteriores]** (1) Compete à Federação manter as relações com Estados estrangeiros.

²³² BULLINGER, Martin. **Zum Verhältnis von Bundesaufsicht und Bundestreue**. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 87 (N.F. 48), n. 4, p. 488–495, 1962, numa resenha da obra de Hermann-Wilfried Bayer, critica essa inovação do acórdão, considerando-a um caso indevido de “moralização” por juristas: “So richtig dieser Satz als politisches Moralgebot ist, so bedenklich ist er, sobald er etwas über das Recht aussagen will. Das Recht und die Juristen tun im allgemeinen gut daran, ihre Wertung auf das Ergebnis menschlichen Handelns (Verträge usw.) zu beschränken und nicht ins reine Moralisieren abzugleiten. Das gilt in ganz besonderem Maße für die Wertung politischen Handelns. Widerspricht das Ergebnis politischer Verhandlungen der Bundestreue, dann braucht man

No caso, durante as tratativas políticas, o governo do chanceler Adenauer negociou exclusivamente com os chefes de governo de Estados-membros governados pelo seu partido, “atropelando” os Estados governados pela SPD e, com isso, a comissão paritária montada para discutir a matéria nunca foi ouvida. A ideia era a de coagir os Estados controlados pela SPD a ingressarem no acordo, apresentando-lhes um “fato consumado” (princípio “*divide et impera*”).

O Tribunal assentou que, da inexistência de hierarquia federativa, emana um igual direito dos Estados e um dever da Federação de tratá-los em pé de igualdade. O princípio da lealdade federativa deveria, portanto, permear o diálogo e as negociações que se fizerem necessárias, impedindo que a Federação buscasse acordo com apenas alguns Estados e coagisse os demais a simplesmente aderirem a um pacto já formulado (política do “fato consumado”).

Além disso, buscou repelir-se a prática de que, no momento de tomada de decisões políticas relevantes, o governo federal buscasse diálogo apenas com os governos estaduais de mesma orientação político-partidária, excluindo aqueles pertencentes à oposição. O Tribunal Constitucional Federal realçou, doravante, a existência de um dever do ente central de tratar os Estados de forma isonômica, independentemente da coloração política ostentada pelos respectivos governos.

Embora a delimitação de deveres procedimentais que deveriam regular a conduta dos entes federados quando das negociações por eles travadas não fosse, a princípio, estranha ao programa normativo da lealdade federativa e pudesse ser reconduzida a considerações históricas sobre o princípio, a decisão não foi unanimemente bem recebida. Para importantes constitucionalistas da época, o Tribunal Constitucional Federal teria ido longe demais e se aventurado na área cinzenta que separa o direito da política, como se analisará a seguir.

als Jurist über die Verhandlungen selbst kein Wort zu verlieren; sie können das Ergebnis nicht noch verfassungswidriger machen, als es bereits ist. Entspricht dagegen das Ergebnis der Verhandlungen der Bundestreue, dann war die bundestreuwidrige Verhandlungsweise sozusagen ein untauglicher Versuch, der allenfalls den politischen Moralprediger, nicht aber den Verfassungsjuristen angeht” (tradução livre: “Embora esse princípio seja correto enquanto imperativo político moral, ele se torna preocupante a partir do momento em que quer afirmar algo sobre o Direito. O Direito e os juristas, em geral, acertam ao reduzirem suas avaliações ao resultado do agir humano (contratos etc.) e não passam à pura moralização. Isso vale, em grande medida, para a valoração do agir político. Se o resultado de negociações políticas contradiz a lealdade federativa, então o jurista não precisa gastar nenhuma palavra sobre as negociações em si; elas não podem tornar o resultado ainda mais inconstitucional do que já é. Se, contudo, o resultado das negociações corresponde à lealdade federativa, então o comportamento de leal foi, por assim dizer, uma tentativa malsucedida que diz respeito, em todo caso, ao moralista político, mas não ao jurista constitucional”). Vide, também BULLINGER, Martin. **Der Anwendungsbereich der Bundesaufsicht: Zum Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts**. Archiv des öffentlichen Rechts, v. 83 (N.F. 44), n. 2/3, 1958, p. 279–308; BULLINGER, Martin. **Staatsrechtslehrrtagung 1962**. Archiv des öffentlichen Rechts, v. 88 (N.F. 49), n. 1, 1963, p. 81–95 e BULLINGER, Martin. **Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zuständigkeit von Bund und Ländern kraft Sachzusammenhangs und kraft Natur der Sache**. Archiv des öffentlichen Rechts, v. 96, n. 2, 1971, p. 237–285.

1.2.5.1.2 Outros casos relevantes

Além da Primeira Decisão sobre Radiodifusão, é importante mencionar, ainda que brevemente, outros casos importantes decididos pelo Tribunal Constitucional Federal. Conhecido comentador norte-americano anota que, depois do acórdão de 1961, a Corte alemã teria se tornado menos inclinada a aplicar a lealdade federativa no julgamento de casos, seja pelas críticas formuladas, seja pelo próprio fortalecimento do modelo de federalismo cooperativo alemão, observando-se uma breve ressurgência do instituto na década de 1990, em parte oriunda dos problemas da integração europeia, para que, já no início do século XXI, o Tribunal voltasse ao comedimento na utilização do instituto²³³.

Entretanto, como se perceberá, não se deve considerar que a *Bundestreue* tenha caído em desuso na Alemanha, o que se demonstra pela inclusão, ao final, de um recente caso, decidido em dezembro de 2021, acerca da inconstitucionalidade da proibição de carga, descarga e transporte de combustível nuclear em Bremen no qual a conduta federativa amistosa foi, mais uma vez, revisitada.

1.2.5.1.2.1 Decisão acerca da Lei de Salários do Estado da Renânia do Norte-Vestefália²³⁴

O Estado da Renânia do Norte-Vestefália editou lei regulamentando os salários de seus servidores públicos de forma mais atrativa do que os salários de servidores públicos federais e servidores de outros Estados. Por força dos melhores salários dos servidores da Renânia do Norte-Vestefália, temia-se que os governos federal e estaduais fossem submetidos a pressões políticas crescentes dos seus funcionários por aumentos e, portanto, fossem efetivamente forçados a ajustar seus salários, atingindo-se maior semelhança com as remunerações estabelecidas naquela unidade federada. O Governo Federal tentou, nesse sentido, a declaração de nulidade dos aumentos salariais implementados.

De início, o Tribunal considerou que o exercício das competências legislativas dos entes federados é limitado pelo princípio da lealdade federativa, de modo que o legislador estadual deve levar em conta os interesses da Federação e dos demais Estados no momento da fixação de vencimentos para seus servidores. Entretanto, não foi reconhecida qualquer violação à

²³³ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, p. 95.

²³⁴ BVerfGE 4, 115.

lealdade federativa na norma impugnada, na medida em que não pode se extrair, da Lei Fundamental, uma exigência de completa uniformidade salarial, mormente quando a disparidade não se mostrava tão elevada a ponto de abalar as finanças federais e dos demais Estados-membros.

Assim, o Tribunal rejeitou a pretensão do Governo Federal em face da lei estadual e, ao revés, considerou nula uma norma federal que estipulava limitações à remuneração de servidores dos Estados, por atentar contra a sua autonomia.

1.2.5.1.2.2 Decisão sobre a diretiva da Comunidade Europeia sobre radiodifusão²³⁵

Outros problemas de radiodifusão foram equacionados pelo Tribunal Constitucional em vista de uma diretiva expedida pela Comunidade Europeia. No contexto dos esforços de harmonização dos regulamentos nacionais sobre radiodifusão, em 1986, foi submetida aos Estados uma diretiva comunitária, a qual foi rejeitada pelos respectivos governos locais.

Os Estados, que detêm a já mencionada competência legislativa em matéria de radiodifusão (art. 70 I GG), justificaram sua rejeição apontando, entre outras coisas, que a diretiva representaria uma invasão inaceitável no núcleo essencial da liberdade de conformação do legislador estadual acerca da matéria. O Governo Federal, num primeiro momento, compartilhou das preocupações dos Estados e as defendeu no âmbito comunitário. Com o passar do tempo, porém, o Governo Federal mudou de opinião e, em março de 1989, passou a concordar com a diretiva, sem ter previamente consultado e acordado o modo de proceder com os Estados.

O Tribunal Constitucional Federal, mediante provocação dos Estados, não encontrou na Lei Fundamental norma expressa relevante para a decisão e, portanto, valeu-se do princípio da lealdade federativa. Da exigência de consideração recíproca, derivou o dever dos governos federal e estaduais de trabalhar em estreita colaboração na preparação dos atos jurídicos comunitários que afetem a competência legislativa dos Estados. Como, no curso das negociações, o Governo Federal não manteve, de forma consistente, sua posição desenvolvida junto aos Estados de que a Comunidade Europeia carece de poderes legislativos em matéria de radiodifusão, reconheceu-se a violação aos direitos dos Estados, pela ausência de consulta ao Conselho Federal (*Bundesrat*) antes da tomada de decisão final do Governo Federal.

²³⁵ BVerfGE 92, 203.

Nesse sentido, o Tribunal consignou que, se a Comunidade Europeia reivindica possuir competência legislativa acerca de certa matéria, cabe ao Governo Federal representar os direitos do Estado federal perante a Comunidade e seus órgãos. Se, no âmbito do direito interno, a Lei Fundamental reserva ao Poder Legislativo dos Estados a regulamentação da matéria, então o Governo Federal tem o dever de representar os Estados como “gestor” ou “administrador” dos seus direitos constitucionais perante a Comunidade Europeia. Partindo-se dessa responsabilidade do Governo Federal como guardião dos direitos estaduais, surgem para a Federação deveres processuais de cooperação e consideração.

A atual redação do artigo 23, II, IV a VII²³⁶, fruto da reforma de 1992, exprime obrigações processuais que correspondem, em pontos essenciais, àquelas que o Tribunal Constitucional Federal extraiu do princípio da lealdade federativa neste julgado.

1.2.5.1.2.3. Um caso recente. A inconstitucionalidade da proibição do manuseio de combustível nuclear no Porto de Bremen, de dezembro de 2021²³⁷

Neste caso, o Tribunal Constitucional Federal analisou uma Lei da Cidade Livre e Hanseática de Bremen – que possui o *status* de ente federado – que proibia o manuseio, em sentido amplo (carga, descarga e transporte), de combustível nuclear nos seus portos. A legislação teria sido editada pela cidade de Bremen no interesse geral de estabelecer-se uma estratégia econômica que promova a sustentabilidade ambiental e o incentivo ao uso de energias renováveis. O Tribunal decidiu que Bremen não teria competência legislativa para adotar este

²³⁶ **Artigo 23 [União Europeia – Proteção dos direitos fundamentais – Princípio da subsidiaridade]** [...] (2) Nos assuntos concernentes à União Europeia participam o Parlamento Federal e os Estados, através do Conselho Federal. O Governo Federal tem de informar o Parlamento Federal e o Conselho Federal de forma ampla, com a máxima antecedência possível. (3) Antes de deliberar sobre os atos normativos da União Europeia, o Governo Federal dará ao Parlamento Federal a oportunidade de expressar seu parecer. Nas negociações, o Governo Federal considera o parecer do Parlamento Federal. A matéria será regulamentada por uma lei. (4) O Conselho Federal deve participar na formação da vontade da Federação em questões que digam respeito à sua área de competência interna ou à área de competência interna dos Estados. (5) Quando os interesses dos Estados forem afetados numa matéria de competência exclusiva da Federação ou, no mais, quando a Federação tenha o direito de legislar, o Governo Federal considera o parecer do Conselho Federal. Quando a matéria envolver primordialmente as competências legislativas dos Estados, sua organização administrativa e seus processos administrativos, o parecer do Conselho Federal é prioritário para a formação da vontade da Federação; resguardada a responsabilidade da Federação pelo Estado na sua totalidade. Matérias que impliquem aumento das despesas ou redução das receitas da Federação exigem a aprovação do Governo Federal. (6) Quando forem afetadas exclusivamente as competências legislativas dos Estados, nos setores da educação escolar, da cultura ou da radiodifusão, o exercício dos direitos que a República Federal da Alemanha detém como país membro da União Europeia deve ser transferido pela Federação a um representante dos Estados, nomeado pelo Conselho Federal. O exercício dos direitos se dará com a participação e acordo do Governo Federal; resguardando-se a responsabilidade da Federação pelo Estado na sua totalidade. (7) As matérias do §4 ao §6 serão regulamentadas por uma lei, que requer a aprovação do Conselho Federal.

²³⁷ 2 BvL 2/15.

banimento, na medida em que legislar sobre energia nuclear para fins pacíficos é competência privativamente atribuída à Federação pelo art. 73, I, n. 14, da Lei Fundamental²³⁸.

Na fundamentação, a Corte rememorou que, ao fazer uso das competências que lhes foram atribuídas, a Federação e os Estados estão sujeitos ao princípio da lealdade federativa, que decorre do princípio federativo (art. 20 I GG), o qual vincula o ente central e os Estados a levarem em consideração seus interesses recíprocos, bem como o interesse geral do Estado federal. Repisou que a lealdade federativa possui natureza acessória e não estabelece, por si só, nenhuma obrigação independente, de modo que, no controle das competências legislativas, o princípio só entra em jogo se for reconhecido, previamente, que o ente federado possui competência legislativa para a matéria. Assentou, por fim, a possibilidade de declaração de nulidade (inconstitucionalidade) de uma lei estadual que faça uso abusivo das competências legislativas distribuídas na Constituição.

Na visão do Tribunal Constitucional, o principal objetivo da lei, ao impedir o transporte de combustível nuclear nos portos de Bremen, era o de deixar claro que a política nuclear da Federação, considerada inadequada pelo Parlamento de Bremen, não era mais apoiada pelos representantes daquela unidade federativa. Porém, embora os Estados possam legislar sobre bens de domínio público com base na competência residual que lhes é atribuída pelo art. 70, I da Lei Fundamental, isto não pode ser feito de tal modo a driblar as competências privativas da Federação textualmente estabelecidas. Ponderou-se, ainda, que, na forma do art. 71, no domínio da legislação exclusiva da Federação, cabe aos Estados a faculdade de legislar somente no caso e na medida em que forem expressamente autorizados para isto por uma lei federal.

Ainda, decidiu que a competência legislativa privativa da Federação, prevista no art. 73 I 14, da Lei Fundamental, também significa que os Estados têm a obrigação, decorrente da lealdade federativa, de absterem-se da edição de atos normativos que exerçam uma pressão política indevida sobre outro ente federado, com o intuito de alterar uma decisão por ele tomada no exercício de uma competência que lhe é própria. Por fim, reconheceu a nulidade da lei por infringência à competência exclusiva federal prevista no art. 73, I, n. 14, da Lei Fundamental.

1.2.5.2 As críticas ao princípio da lealdade federativa

²³⁸ **Artigo 73 [Matérias de legislação exclusiva da Federação]** (1) Cabe à Federação a legislação exclusiva nas seguintes matérias: [...] 14. a produção e utilização da energia nuclear para fins pacíficos, a construção e a operação de instalações destinadas a tal fim, a proteção contra os perigos que possam surgir com a liberação da energia nuclear ou através da radiação ionizante, e a eliminação de material radioativo.

Como aludido, nas primeiras décadas da República Federal da Alemanha, o pensamento e as preocupações com os fundamentos da ordem federal foram, em grande medida, caracterizados pela repetição “acrítica” e “imparcial” de teoremas forjados durante o Império e a República de Weimar. Tal “recepção” de teorias federais moldadas para contextos federativos muito distintos era naturalmente problemática, sobretudo porque não vinha acompanhada da devida fundamentação com base na Lei Fundamental. Isso pavimentou o terreno para que as críticas fundamentais fossem levantadas, a partir do início da década de 1960 e tendo como mote a reação à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal²³⁹.

Hesse²⁴⁰ em particular formulou, no ano de 1962, “a crítica, há muito esperada, numa filípica de grande alcance, bem fundamentada e influente²⁴¹”. O objetivo era fazer o dever de lealdade federativa “descer do pedestal” de um princípio que “domina” a ordem federal, reduzir no máximo possível seu significado prático e ganhar terreno adicional para o debate político. O autor se opôs às “recepções acríticas de conceitos e ideias tradicionais, que não podem simplesmente reivindicar o seu valor, uma vez que esse valor depende da situação histórica, que mudou fundamentalmente”, bem como às novas tentativas de “construir conceitos formais” que “não dão o sentido e a justificação da ordem federal” e “reavivam também o formalismo da teoria do Estado do Império, cujos esforços de elaboração de uma construção jurídica do conceito de Estado federal só podiam ser justificados naquele tempo²⁴²”. Uma vez que, na sua opinião, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal também não foi capaz de colmatar de forma convincente as lacunas daí resultantes, “apelou a que os fundamentos do federalismo atual fossem reconsiderados e redefinidos para o direito contemporâneo²⁴³”.

Um dos objetos centrais da polêmica levantada era justamente “a inesperada atualização e extensão do princípio da lealdade federativa através da jurisprudência”, que “elevou o conceito a um dos elementos centrais da ordem estatal federal”, princípio este que “ganhou um significado profundo e modelador para o conjunto dos elementos da Constituição”, que “hoje tem mais significado do que antes” e que tem “um significado prático e teórico mais intenso do que o princípio federativo”²⁴⁴. O autor levanta, assim, três argumentos para se opor à utilização

²³⁹ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 158.

²⁴⁰ HESSE, Konrad. *El Estado Federal Unitario*, p. 9–36.

²⁴¹ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 158.

²⁴² HESSE, Konrad. *El Estado Federal Unitario*, p. 10: “Surgen recepciones acríticas de conceptos e ideas tradicionales, que no pueden reclamar sin más su valor, pues tal valor depende de la situación histórica, y ésta se ha transformado de modo esencial. Aparecen nuevos intentos de construir conceptos formales, que pese a la importancia de la clarificación conceptual, no dan el sentido y la justificación del Estado federal, y además reactivan el formalismo de la teoría del Estado del Imperio, cuyos esfuerzos por elaborar una construcción jurídica del concepto Estado federal pudieron tener justificación sólo en aquel entonces.”

²⁴³ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 159.

²⁴⁴ HESSE, Konrad. *El Estado Federal Unitario*, p. 14.

do princípio: seu caráter supérfluo; a ausência de justificação de sua pertinência ao sistema da Lei Fundamental; e os riscos do abuso na sua aplicação em face da necessidade de preservação de um espaço de ação autônoma para a política.

Com efeito, o primeiro ponto se referia ao caráter pretensamente supérfluo da lealdade federativa. Seu recurso, pela jurisprudência, seria “quase sempre inútil”: primeiramente, quando se tratasse do cumprimento da Constituição escrita, tal obrigação decorreria “diretamente da ordem constitucional no seu todo”, fazendo com que a referência ao princípio da lealdade federativa “tornasse turva” a verdadeira situação jurídica. Em segundo lugar, se estivesse em causa “a legalidade e o modo de exercício das competências da Federação e dos *Länder*”, então teriam aplicação “os princípios tradicionais do abuso de direito” ou “o princípio da proporcionalidade”. Por fim, a extensão do princípio ao “estilo e *procedere*” das ações das autoridades políticas seria “totalmente supérflua”, pois redundaria num problema de “abuso das formas²⁴⁵”.

O segundo ponto dizia respeito à origem da lealdade federativa no contexto do Estado federal monárquico. Enquanto na ordem de 1871 o desenvolvimento de um princípio constitucional não escrito de lealdade federativa servia à completude da ordem constitucional escrita “necessariamente incompleta”, o mesmo não poderia ser defendido sob a vigência da Lei Fundamental, que “regula uma ordem estatal federal completamente renovada”. Com efeito, a Lei Fundamental submete a decisão dos conflitos interfederativos à jurisdição constitucional do Tribunal Constitucional Federal, ao contrário do que ocorria no período monárquico, quando os conflitos federativos eram solucionados no âmbito do *Bundesrat*, com o uso de métodos quase diplomáticos. O transplante da “função elasticamente reguladora” da lealdade federativa de um sistema sem jurisdição constitucional para um sistema que prevê um Tribunal Constitucional com amplos poderes só poderia ser feito com “suma precaução”, sob pena de alterar-se “o equilíbrio existente entre o controle jurídico e o poder político”, além da “divisão de poderes entre a Federação e os *Länder*”²⁴⁶.

O terceiro ponto era relacionado aos riscos de abuso no controle jurisdicional no uso de um princípio “nebuloso e indeterminado”, diante da necessidade de preservar-se um espaço para a ação e a tomada de decisão por atores da política. Na visão de Hesse, a lealdade federativa encerra o risco de “transformar questões de fato em questões jurídicas, embora no texto [da Lei

²⁴⁵ HESSE, Konrad. **El Estado Federal Unitario**, p. 15.

²⁴⁶ HESSE, Konrad. **El Estado Federal Unitario**, p. 16-17. Esse argumento é retomado, posteriormente, em HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 20ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1999, p. 117.

Fundamental] não apareçam como questões jurídicas”. Dessa forma, a “unidade política ou a decisão política, elementos essenciais do processo político contemporâneo concebido pela Constituição”, seriam substituídos por decisões de juízes constitucionais, num processo em que todos saem perdendo: “a política, porque é reduzida no seu elemento essencial, o direito, porque é sobrecarregado, e o Tribunal Constitucional, porque tem de responder a questões que lhe são estranhas²⁴⁷”.

Por fim, o autor conclui não no sentido da abolição do princípio, mas sim propugnando a “extrema contenção na sua utilização como padrão de decisão judicial nos litígios”. Logo, se um conflito puder ser resolvido pela aplicação de uma norma constitucional escrita, suficiente ao caso, o uso da lealdade federativa seria “não só supérfluo, como também inadmissível”, sob pena de violação do primado da *lex specialis*, que existe por razões de “clareza jurídica e segurança jurídica”. Com isso, reduz-se o seu âmbito de aplicação, por um lado, e assegura-se, por outro, o respeito aos limites funcionais da jurisdição constitucional e o espaço inerente à política frente aos riscos da excessiva judicialização²⁴⁸.

O movimento crítico, embora capitaneado por Hesse, também contou com a adesão de outros autores, que apresentaram fundamentações e conclusões próprias²⁴⁹. Segundo o resumo oferecido por Bauer, o movimento doutrinário crítico da década de 1960 apresentou quatro grandes grupos de objeções: em primeiro lugar, os ataques contra a derivação a partir da

²⁴⁷ HESSE, Konrad. **El Estado Federal Unitario**, p. 17. Retomado em HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 20ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1999, p. 117.

²⁴⁸ HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, p. 117-118: “Die Weite dieses allgemeinen Gebots erfordert indessen äußerste Zurückhaltung in seiner Verwendung als Maßstab richterlicher Streitentscheidung. Soweit bundesstaatsrechtliche Streitigkeiten bereits in Hand geschriebener Verfassungssätze oder gesicherter Rechtsgrundsätze entschieden werden können, ist der Rückgriff auf den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens nicht nur überflüssig, sondern auch unzulässig, weil er gegen den um der Rechtsklarheit und Rechtsgewissheit willen bestehenden Vorrang des spezielleren Rechtsatzes bei der richterlichen Entscheidungsbildung verstößt. Wird dieser Rückgriff unentbehrlich, so sind die funktionellrechtlichen Grenzen zu beachten, die ihm gezogen sind, wenn anders die politischen Entscheidungen der Organe der politischen Willensbildung nicht mehr als notwendig durch die Entscheidungen von Gerichten ersetzt werden sollen; diese sind ihrer Aufgabe und Struktur nach nicht berufen und nicht geeignet, solche Entscheidungen zu treffen – so wenig auch die richterliche Entscheidung, namentlich die der Verfassungsgerichte, von politischen Elementen gelöst werden kann” (tradução livre: “A amplitude desse preceito geral exige, porém, grande contenção em sua utilização enquanto parâmetro de decisão judicial. Quando já se pode decidir conflitos federativos por meio de princípios constitucionais escritos ou princípios jurídicos assegurados, o recurso ao princípio de conduta federativa amistosa é não só supérfluo, como também indevido, na medida em que viola o primado da norma jurídica mais especial para a formação da decisão judicial, cuja existência se deve à clareza e segurança jurídicas. Caso esse recurso se torne indispensável, é necessário respeitar os limites jurídico-funcionais que lhe são impostos, sob pena de as decisões políticas dos órgãos de formação da vontade política serem substituídas, mais do que o necessário, pelas decisões dos tribunais; de acordo com a sua missão e estrutura, estes últimos não são chamados e não são adequados para tomar tais decisões – por menos que a decisão judicial, nomeadamente a dos Tribunais Constitucionais, possa ser desligada de elementos políticos”).

²⁴⁹ Assim, por exemplo, o jurista Ernst-Werner Fuß foi ainda mais longe, ao afirmar que o conceito jurídico de lealdade federativa poderia ser totalmente descartado como parâmetro de controle de constitucionalidade. No entanto, este impulso para o abandono total da lealdade federativa permaneceu isolado, conforme BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 163.

“essência do Estado federal²⁵⁰”, tornando problemática a fundamentação jurídica da lealdade federativa. Em segundo lugar, foi criticada a inerente falta de clareza de conteúdo (*inhaltliche Konturenunschärfe*), bem como a conseqüente “insegurança jurídica” atrelada a um princípio “nebuloso”, um “conceito jurídico indefinido” no qual interpretação e aplicação envolvem inevitáveis juízos de valor. Em terceiro lugar, a tese da dispensabilidade ou do caráter supérfluo da lealdade federativa, que poderia ser substituída por outras figuras jurídicas. Em último lugar, foram levantadas preocupações quanto à justiciabilidade, vale dizer quanto aos riscos para a relação entre política e direito²⁵¹.

Com o tempo, no entanto, o movimento crítico formado contra o princípio foi absorvido e, lentamente, se formou um consenso na literatura acerca não só da existência e pertinência da lealdade federativa com a nova ordem constitucional, mas como também da sua utilidade. E isto porque, embora possam ser reconhecidos supostos ganhos para a política com a extrema redução ou abandono do princípio, inúmeras controvérsias, até então, vinham sendo decididas com base no instituto que, à míngua de sua utilização, ficariam carentes de enquadramento normativo, abrindo espaço para a dominação dos entes federados política e economicamente mais fortes sobre os mais fracos.

É sintomático que os críticos tenham detectado a lacuna derivada da tentativa de abolição ou extrema redução da lealdade federativa e tenham chegado a oferecer respostas a esta problemática. Assim, “certo consenso” formou-se no sentido do uso de princípios, como a proibição do abuso de direito, a proporcionalidade e a chamada “proibição do abuso de formas” (*Grundsätze des Formenmißbrauchsverbots*) em substituição à lealdade federativa. Sem embargo, como bem observou Bauer, essas alternativas eram igualmente problemáticas²⁵².

Os ataques à lealdade federativa na década de 1960 causaram uma insegurança que, em alguns casos, ainda hoje repercute, mas sem nunca ter podido comprometer seu o reconhecimento pela opinião dominante²⁵³. Desde a segunda metade da década de 1960, a manutenção do pensamento da lealdade federativa recebeu importante apoio na mudança do sistema federal para um “Estado cooperativo”. E isto porque a ideia do federalismo cooperativo buscava uma ordem federal que permitisse um sistema equilibrado e flexível de coordenação e

²⁵⁰ O próprio HESSE, em uma nota de rodapé, apresenta sua crítica nessa linha: “La deducción acrítica a partir de la ‘esencia del Estado federal’ (cfr. BAYER, nota 31, p. 35 y ss.) no ofrece ningún fundamento pues no dice en qué consiste la esencia del Estado federal actual. Si la esencia del Estado federal es inmanente entonces el principio también debería ser válido para el derecho federal extranjero. Sin embargo, esto no es el caso de Suiza o los Estados Unidos” (HESSE, Konrad. **El Estado Federal Unitario**, p. 16, nota 44).

²⁵¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 160-163.

²⁵² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 163-166.

²⁵³ WITTRECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 524-525.

cooperação entre os entes federados. O federalismo cooperativo estabelece uma relação de sinergia com a lealdade federativa, cujo programa normativo “parece quase feito sob medida para esse novo modelo estatal²⁵⁴”. Outro movimento crucial para a consolidação do instituto se verificou na própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, que, sem se preocupar em refutar de modo explícito as críticas da literatura especializada, preferiu se reservar à tarefa de desenvolver as concretizações da fidelidade federativa a partir dos casos a ele submetidos, revelando, com isto, a grande utilidade prática do instituto²⁵⁵.

Finalmente, as preocupações quanto à elasticidade e a indeterminação do programa normativo não se restringem ao princípio da lealdade federativa. Vínculos abstratos similares de respeito mútuo e consideração são – e, em certa medida, sempre foram – observáveis no direito privado, no direito internacional público, quando rege as relações entre Estados, no direito comunitário europeu, que faz explícitas referências à ideia de lealdade²⁵⁶ e na própria exigência de boa-fé e à proteção da confiança dos cidadãos no direito administrativo²⁵⁷. Os desenvolvimentos da lealdade e da boa-fé nestas áreas do direito, inclusive, podem servir como “modelos” para o diálogo com a lealdade federativa reconhecida no direito constitucional.

1.3 Concretizações essenciais

Na Alemanha, as concretizações da lealdade federativa (*Konkretisierungen der Bundestreue*) são descritas através do agrupamento em séries de manifestações típicas (casos), às quais se associam funções bem determinadas. Apropriando-se da metodologia do direito privado, parte-se da sistematização de grupos de casos (*Fallgruppen*) para a construção de uma tipologia de funções. Há grande diversidade terminológica e fática entre os autores em relação à classificação tipológica.

Diante desse cenário variado, preferimos nos valer da tipologia de Bauer²⁵⁸, a qual será seguida de modo próximo nos tópicos a seguir, por ser a mais abrangente, e por estar inserida dentro do mais extenso trabalho monográfico sobre o assunto. De modo amplo, o autor identifica para a lealdade federativa três funções de importância sistemática: a função de

²⁵⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 170-175.

²⁵⁵ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 176-178.

²⁵⁶ DE BAERE, G.; ROES, T. **EU loyalty as good faith**. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 64, n. 4, p. 829–874, out. 2015.

²⁵⁷ No Brasil, *vide* SILVA, Almiro do Couto. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro**. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 237, p. 271–316, 2004.

²⁵⁸ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 341-365.

estabelecer obrigações, a função de restringir direitos e a função de proporcionar regras adicionais para o direito contratual federal.

1.3.1 A abertura ao desenvolvimento (Entwicklungsoffenheit)

De acordo com Bauer, “existências na especificação do dever de lealdade federativa sempre foram demonstráveis²⁵⁹”. De fato, desde a origem, Smend atestou seu caráter de “princípio geral elástico²⁶⁰” que, embora adequado para a solução de problemas, seria impossível de ser positivado por meio de regras constitucionais explícitas. Posteriormente, já sob a vigência da Lei Fundamental, foi postulado por Bayer que a lealdade federativa é “inerentemente incerta em termos de conteúdo”²⁶¹, isto é, suas consequências não podem ser exaustivamente enumeradas.

Partindo dessas premissas, Bauer constrói a tese de que a lealdade federativa seria um “princípio jurídico aberto ao desenvolvimento”, em dois aspectos distintos. Por um lado, “as concretizações desenvolvidas num determinado momento não são conclusivas”, já que “podem surgir novas concretizações ao longo do tempo e, inversamente, concretizações anteriormente reconhecidas podem diminuir o seu significado prático²⁶²”. Por outro lado, “as consequências *in concreto* do dever de lealdade federativa não podem ser determinadas antecipadamente para todos os casos individuais previsíveis (e imprevisíveis)²⁶³”. Essa tese guardaria coerência com a própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal²⁶⁴.

Bauer concede que a característica da abertura ao desenvolvimento, inevitavelmente, carrega “incertezas de aplicação”, mas que “os esforços para dar um conteúdo material à lealdade federativa não devem ser em vão”. Desse modo, defende que, assim como ocorre no caso do princípio da boa-fé, “essas incertezas dizem mais respeito às concretizações da lealdade federativa do que ao conteúdo do dever geral de lealdade”. Ademais, “essas incertezas não constituem uma particularidade da lealdade federativa, mas acompanham de forma geral o tratamento do princípio da boa-fé”²⁶⁵.

²⁵⁹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 313.

²⁶⁰ SMEND, Rudolf. **Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat**, p. 55-56.

²⁶¹ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 127.

²⁶² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 315.

²⁶³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 315.

²⁶⁴ BVerfGE, 81, 310 (337): “Welche Folgerungen aus dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens konkret zu ziehen sind, kann nur im Einzelfall beurteilt werden” (tradução livre: “Quais conclusões devem ser tiradas do princípio da conduta federativa amistosa só pode ser decidido no caso individual”).

²⁶⁵ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 315-316.

Portanto, assim como no caso da boa-fé, deve-se encarar o princípio jurídico como “norma aberta”, “com toda a sua elasticidade e relativa indeterminação”, a fim de afastar-se a ideia de que a lealdade federativa possa ser reduzida a um repertório fechado de regras jurídicas a serem prontamente aplicadas pelos tribunais. Da mesma maneira, seria igualmente ilusório esperar poder encontrar uma “solução vinculativa” ou mesmo uma “tipificação” de todas as situações problemáticas, válida para todos os tempos. Na verdade, o que se pode esperar é que apenas sejam traçados “pontos de partida” e apresentar as “concretizações essenciais” já alcançadas, a fim de “reduzir tanto quanto possível as incertezas de aplicação”, tornando a lealdade federativa uma ferramenta “controlável”²⁶⁶.

1.3.2 Grupos essenciais de concretização

No direito privado, o trabalho de concretização do princípio da boa-fé se dá pelo “caminho indutivo” do agrupamento e sistematização de grupos de casos, colhidos da jurisprudência. Porém, no âmbito do direito do Estado federal, esse caminho, embora pareça promissor, não é isento de problemas, haja vista a inexistência precedentes em grande número, o que se mostra necessário para uma condensação convincente de conclusões jurídicas mais concretas²⁶⁷. Dessa maneira, embora se reconheça o valor da jurisprudência, outras instâncias devem ser buscadas na tarefa de concretização da lealdade federativa, como a literatura jurídica, o legislador constitucional e os próprios atores do Estado federal²⁶⁸.

Nesse contexto, Bauer propugna por um modelo no qual o trabalho de concretização não se limite a uma mera análise da jurisprudência, mas se integra num “processo dialógico de argumentação racional”, que “permite determinar as concretizações individuais suscetíveis de consenso” e, ainda, “mantém a porta aberta para desenvolvimentos posteriores”. Esse modelo “obriga a uma racionalização e argumentação constantes”, visa ao “convencimento mútuo” e “permite a verificabilidade intersubjetiva dos resultados encontrados”²⁶⁹.

²⁶⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 315-316.

²⁶⁷ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 318-319.

²⁶⁸ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 320-325.

²⁶⁹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 320-321. O autor, entretanto, não adere, com isto à ideia da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: “Die Einbeziehung namentlich der Staatspraxis mag überraschen. Sie entspricht jedoch nicht nur einer verbreiteten Übung, sondern trägt auch der bisherigen Entwicklung der Bundestreue Rechnung, die, insgesamt gesehen, ein Schulbeispiel für fruchtbare ‘Zusammenarbeit’ und wechselseitige Beeinflussung von Politik, Staatsrechtswissenschaft und Rechtsprechung ist. Sie will allerdings nicht als ein Plädoyer für eine ‘offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten’ missverstanden werden. Die Orientierung auch an der politischen Praxis liefert den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens nämlich nicht dem beliebigen Zugriff einer ‘offenen Gesellschaft’ aus, sondern behält die verbindliche Festlegung seiner

1.3.2.1 A fundamentação de deveres²⁷⁰ (*Die Begründung von Pflichten*)

Da lealdade federativa decorre uma série de deveres de grande relevo para os sujeitos estatais. Bauer admite que esses grupos “se sobrepõem em parte”, mas que “permitem pelo menos uma orientação aproximada no tratamento prático do princípio da conduta federativa amistosa²⁷¹”. Trata-se, essencialmente, de: (1) deveres de ajuda e apoio; (2) deveres de informação e consulta; (3) deveres de coordenação e cooperação; (4) deveres processuais; e (5) outros deveres de conduta²⁷².

1.3.2.1.1 Deveres de ajuda e apoio²⁷³ (*Verpflichtungen zu Hilfs- und Unterstützungsleistungen*)

Os deveres de ajuda e apoio impõem prestações positivas que obrigam os entes federados em caso de outro ente se encontrar necessitado. São a realização da ideia básica de solidariedade na relação entre a Federação e os Estados. Estes deveres não têm caráter ilimitado, somente sendo exigíveis quando realmente necessário e, além disso, quando razoável, ou seja, se sua prestação não for capaz de tumultuar as finanças dos entes prestadores.

Em particular, não devem ter por efeito a socialização dos prejuízos de um ente que gere mal suas finanças em detrimento daqueles que mantêm suas contas em dia²⁷⁴. Esses deveres

Konkretisierungen den hierfür eingesetzten Institutionen und in letzter Instanz dem Bundesverfassungsgericht vor” (tradução livre: “A inclusão da prática estatal pode surpreender. Ela, porém, não apenas corresponde a um exercício difundido, mas atende ao desenvolvimento da lealdade federativa que, vista como um todo, é um exemplo escolar de ‘colaboração’ frutífera e de influência mútua entre política, ciência do direito público e jurisdição. Ela, porém, não quer ser falsamente compreendida como um pedido por uma ‘sociedade aberta de intérpretes da Constituição’. Orientar-se também pela prática política não significa relegar o princípio de conduta federativa amistosa ao recurso arbitrário de uma ‘sociedade aberta’, mas restringe a verificação vinculante de suas concretizações a instituições competentes para tal e, em última instância, ao Tribunal Constitucional Federal”).

²⁷⁰ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 342-343.

²⁷¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 342.

²⁷² Da mesma forma, ROVIRA exemplifica que, no direito alemão, pode-se vislumbrar a existência de uma obrigação positiva de atuação, exigível dos Estados-membros, quando, no âmbito de uma competência que lhes é própria, estes possam ser obrigados a agir, ou seja, a adotar medidas legislativas e/ou administrativas, por exemplo, para não levar a Federação ao descumprimento de obrigações assumidas no plano internacional quando da ratificação de tratado ou convenção. Da mesma forma, no plano administrativo, os Estados estão obrigados a atuar de modo a coibir perturbações da ordem constitucional, sob pena de, verificada a lesão ao interesse federativo, deflagrarem-se os mecanismos interventivos à disposição do ente central. ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 255.

²⁷³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 343-346.

²⁷⁴ Na história alemã, a afirmação destes deveres teve relevo quando do processo de reunificação, com a integração dos Estados da antiga Alemanha Oriental à República Federal. Neste período, consideráveis recursos financeiros, materiais e humanos foram transferidos dos Estados “ocidentais” para os “orientais” no intuito de contribuir com a sua reorganização e modernização.

formam um dos principais grupos de concretização, inclusive constando do primeiro julgado do Tribunal Constitucional Federal que trabalha expressamente com a lealdade federativa²⁷⁵.

Os principais exemplos de deveres de ajuda e de apoio podem ser encontrados na chamada Constituição Financeira (*Finanzverfassung*). Assim, por exemplo, o art. 106 GG efetua a distribuição da receita tributária entre a Federação e os Estados, parte de acordo com o “sistema separado” (*Trennsystem*) e parte de acordo com o “sistema conjunto” (*Ferbundsystem*) dos chamados “impostos comuns” (*Gemeinschaftsteuern*), para o qual a distribuição é em parte estabelecida na Constituição, em parte deixada ao legislador ordinário, que tem de observar os requisitos constitucionais. Trata-se da “compensação financeira vertical” (*vertikalen Finanzausgleich*). Para além da compensação vertical, a Lei Fundamental prevê também a “compensação financeira horizontal” (*horizontalen Finanzausgleich*) que permite uma compensação adequada das discrepâncias da capacidade financeira dos Estados, com base em regulamentação legal (art. 107 GG).

Seu pano de fundo é uma situação distributiva que se caracteriza pela escassez dos recursos disponíveis, e seu objetivo é encontrar uma solução intermédia justificável entre os interesses financeiros dos entes federados, para a qual todos os participantes são obrigados a contribuir com consideração recíproca. Trata-se de encontrar o meio-termo entre a independência, a autorresponsabilidade e a preservação da individualidade, por um lado, e a responsabilidade conjunta pela existência e independência dos membros da Federação, por outro. Assim, a ajuda e o apoio no âmbito da compensação financeira podem ser entendidos como concretizações da lealdade federativa, o que foi reconhecido e amplamente desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal nas Decisões sobre a Compensação Financeira I²⁷⁶, II²⁷⁷ e III²⁷⁸.

Além disso, os deveres de ajuda e apoio podem ser exemplificados pelo auxílio judiciário, administrativo e de emergência, previsto no art. 35 GG²⁷⁹. Tais deveres incluem a

²⁷⁵ BVerfGE, 1, 117 (131): “Das bundesstaatliche Prinzip begründet seinem Wesen nach nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten. Eine dieser Pflichten besteht darin, daß die finanzstärkeren Länder den schwächeren Ländern in gewissen Grenzen Hilfe zu leisten haben. Diese Pflichtbeziehung führt nach der Natur der Sache zu einer gewissen Beschränkung der finanziellen Selbständigkeit der Länder” (tradução livre: “O princípio do Estado federal fundamenta, conforme sua essência, não apenas direitos, mas também deveres. Um desses deveres consiste no fato de que os Estados financeiramente mais fortes devem prestar auxílio, dentro de certos limites, aos Estados mais fracos. Essa relação de deveres leva, pela própria natureza da matéria, a uma certa limitação da autonomia financeira dos Estados”).

²⁷⁶ BVerfGE 72, 330 (395 ss., 402 ss.).

²⁷⁷ BVerfGE 86, 148 (263 ss.).

²⁷⁸ BVerfGE 101, 158 (221s., nota de referência 291 s.).

²⁷⁹ **Artigo 35 [Auxílio judiciário, administrativo e de emergência]** (1) Todas as autoridades da Federação e dos Estados devem prestar auxílio jurídico e administrativo mútuo. (2) Para a manutenção ou recuperação da

inquirição de testemunhas, a disponibilização de processos, a assistência na investigação de fatos, a prestação de informações, a disponibilização de pessoal e de instalações para atos oficiais etc. Por último, podem também ser mencionados os deveres recíprocos de ajuda e apoio em caso de catástrofe ou de perigo iminente para a existência da ordem básica democrática e livre da Federação ou de um Estado.

1.3.2.1.2 Deveres de informação e consulta²⁸⁰ (*Verpflichtungen zu Information und Konsultation*)

Os deveres de informação e consulta partem do pressuposto de que as esferas federais são conectadas entre si para formar uma “comunidade de destino” (*Schicksalsgemeinschaft*) que é projetada para o longo prazo. Tal comunidade só tem chances de êxito se os participantes se informarem, em tempo hábil, sobre eventos e projetos que são importantes uns para os outros e os consultarem conjuntamente sobre as ações a serem empreendidas. Por “informação” entende-se as notificações, avisos, cientificações, referências, entre outros; por “consulta” entende-se a consulta conjunta, reunião, troca de ideias, manutenção de contatos etc.

Ambas as concretizações têm em comum o fato de não se referirem a todas as ocorrências, mas apenas aos processos que são particularmente “dignos de conhecimento”, “significativos” ou “importantes”. Além disso, não implicam, por si só, qualquer dever ulterior. Assim, a informação destina-se apenas à cientificação, permitindo ao outro ente federado tomar conhecimento acerca dos respectivos acontecimentos e planos e, se necessário, adaptar-se a eles. A consulta, por outro lado, exige uma troca que permita a conclusão de um acordo, mas também a formulação de objeções e reservas, a discussão de possíveis pontos de vista opostos numa troca mútua de ideias e a tentativa de convencimento através de argumentos racionais. Mas os deveres param por aqui: nem a informação obriga à ação e nem a consulta obriga a um acordo mútuo. A informação e a consulta podem ser os precursores de um contato e de uma

segurança ou da ordem pública, um Estado pode, em casos de importância especial, requerer forças e equipamento da Polícia Federal de Proteção das Fronteiras, para auxiliar a sua polícia, desde que, sem este auxílio, não esteja em condições de cumprir suas funções ou esteja sob consideráveis dificuldades. Para auxiliar em catástrofes naturais ou em acidentes especialmente graves, um Estado pode solicitar forças policiais de outros Estados, forças e equipamento de outros serviços administrativos, bem como da Polícia Federal de Proteção das Fronteiras e das Forças Armadas. (3) Se o acidente ou a catástrofe natural abrangerem o território de mais de um Estado, o Governo Federal pode, desde que isto seja indispensável para um combate eficiente, dar instruções aos governos estaduais no sentido de por forças policiais à disposição de outros Estados, bem como destacar unidades da Polícia Federal de Proteção das Fronteiras e das Forças Armadas para apoio às forças policiais. As medidas do Governo Federal tomadas no âmbito da primeira frase terão de ser suspensas a qualquer momento por solicitação do Conselho Federal e, no mais, imediatamente depois de suprimido o perigo.

²⁸⁰ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 346-349.

cooperação mais intensos ou fazer parte de uma relação mais ampla, mas não implicam elas mesmas deveres mais extensos.

Tais deveres podem ser exemplificados através da obrigação do ente central de informar aos Estados acerca da pretendida conclusão de tratados internacionais que afetem os interesses essenciais destes, ou a obrigação de informar sobre projetos, no âmbito da União Europeia, que possam ser de interesse dos Estados. Por outro lado, os Estados podem ter tais obrigações de informação para com a Federação, por exemplo, como resultado da cooperação. Na relação entre um Estado e outro, a lealdade federativa pode ser a base para obrigações de alerta e informação em caso de eventos com efeitos que transcendam os limites territoriais de um único Estado, como acidentes naturais ou em plantas industriais.

Também devem ser mencionadas as negociações entre a Federação e os Estados, nas quais, segundo o Tribunal Constitucional Federal, “todos os interessados devem ser envolvidos nas consultas politicamente decisivas”²⁸¹. Nesse sentido, o autor propõe que seja diferenciada uma “zona gris” dos “contatos informais entre os atores do direito do Estado federal” que, na realidade constitucional, ocupa um amplo espaço e que, enquanto conjunto de fenômenos puramente factuais, não adquire relevância instantânea, mas que podem corresponder às preocupações do princípio da lealdade federativa e, se “claramente comprovados” podem receber consagração pela jurisprudência e, com o passar do tempo, sair da esfera político-factual e fornecer o “material” para outros casos de aplicação dos deveres de informação e consulta²⁸².

1.3.2.1.3 Deveres de coordenação e cooperação²⁸³ (Verpflichtungen zu Abstimmung und Zusammenarbeit)

Os deveres de informação e consulta são, muitas vezes, estágios preliminares ou concomitantes de relações mais abrangentes de coordenação e cooperação entre os entes federados. A exigência geral de coordenação e cooperação, que sustenta esses deveres, também é inerente à lealdade federativa e é reconhecida até mesmo por autores céticos ao princípio²⁸⁴.

²⁸¹ BVerfGE 12, 205 (255 s.).

²⁸² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 348-349.

²⁸³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 349-351.

²⁸⁴ HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, p. 117: “Als allgemeines Gebot der Zusammenarbeit von Bund und Ländern, gegenseitiger Abstimmung und Koordination mit den aus diesem Gebot folgenden Pflichten zu gegenseitiger Information, Rücksichtnahme und Mitwirkung ist der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens auch in der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine ‘immanente Verfassungsnorm’, die sich daraus ergibt, dass diese Ordnung auf gegenseitige Ergänzung und Zusammenwirken von Bund und Ländern angelegt ist” (tradução livre: “Enquanto preceito geral de cooperação

Suas concretizações essenciais são os deveres de coordenação e cooperação, que, como a nomenclatura já denuncia, atuam no sentido de atender às necessidades do modelo cooperativo de federalismo.

Enquanto os deveres de informação e consulta se limitam às notificações, avisos, informações, consultas, discussões e afins, os deveres de coordenação e cooperação requerem uma interação positiva entre as partes envolvidas. A coordenação se refere à obtenção de soluções consensuais para problemas comuns, a partir da perspectiva que leva em consideração os interesses de todos os envolvidos. Exige que os participantes mantenham seu egoísmo sob controle e, se necessário, deixem de lado seus próprios interesses para alcançar um equilíbrio de interesses opostos que seja consensual ou, pelo menos, razoável para todos. Coordenação, nesse sentido, é sinônimo de “concertação” ou “conciliação”.

Já a cooperação visa à participação, complementação e apoio mútuos, ou seja, à atuação conjunta para a concretização de um objetivo comum. Pressupõe, em determinadas circunstâncias, que um consentimento prévio seja obtido para uma determinada ação e visa a uma relação colaborativa consensual e de confiança, acompanhada de uma disposição para o compromisso. É o “trabalho conjunto” entre os entes federados.

Alerta-se, no entanto, que por mais indispensáveis que sejam os deveres de coordenação e cooperação, eles não devem ser aplicados de modo a anular a diversidade federativa. O Tribunal Constitucional Federal já decidiu, por exemplo, que lealdade federativa não obriga um Estado, quando da edição de novas regulamentações – no caso, uma Lei especial para a remuneração dos juízes em Hesse – a buscar uma coordenação geral prévia com os demais Estados e a Federação²⁸⁵. Em outra oportunidade, assentou que não existe um mandamento de

entre Federação e Estados, concertação mútua e coordenação com os deveres – advindos desse princípio – de informação, consideração e envolvimento mútuos, o princípio de conduta federativa amistosa também é, dentro da ordem federal da Lei Fundamental, uma norma constitucional imanente que resulta do fato de essa ordem ser concebida para que Federação e Estados trabalhem juntos e se completem mutuamente”).

²⁸⁵ BverfGE 32, 199 (219 s.): “Würde sich ein Land von einer Berufsgruppe bedrängen lassen, für sie eine der Hessischen Richterbesoldung entsprechende Besoldungsordnung zu erlassen, so wäre das keine Auswirkung, die der hessische Gesetzgeber bei Erlass seines Richterbesoldungsgesetzes nach dem Grundsatz der Bundestreue zu bedenken gehabt hätte; er durfte vielmehr davon ausgehen, daß der Bund und die übrigen Länder an der vom Grundgesetz klargestellten prinzipiellen Verschiedenheit von Beamtenstellung und Richterstellung festhalten werden. Ebensowenig kann anerkannt werden, daß das Land Hessen, wenn es eine im bisherigen Besoldungsrecht des öffentlichen Dienstes unbekannt, also neue Regelung trifft, diese hätte mit den übrigen Ländern und dem Bund vorher ‚abstimmen‘ müssen. Innerhalb ihrer ausschließlichen Kompetenz zur Gesetzgebung sind die Länder grundsätzlich frei und unabhängig; das Grundgesetz geht davon aus, daß die den Ländern zur Gesetzgebung überlassenen Materien von Land zu Land verschieden geregelt sein können, und, sofern es sich um bisher nicht bekannte, strukturelle Regelungen handelt, verschieden geregelt werden können. Keinem Land kann verfassungsrechtlich ein ‚Vorwurf‘ daraus gemacht werden, daß es von einer Kompetenz des Grundgesetzes (Art. 98 Abs. 3 GG) als erstes Gebrauch macht. Abgesehen davon hat Hessen – vergeblich – versucht, im Bundesrat zu einer Gesetzgebungsinitiative zu kommen, die seinen Vorstellungen von einer besonderen Richterbesoldung

aplicação unitária do direito pelos Estados²⁸⁶. A lealdade federativa não pode, portanto, ser entendida como princípio de “coordenação universal” nem de “uniformização completa”.

entspricht. Die Länder waren sich bisher nicht einig, ob eine besondere Richterbesoldungsregelung eingeführt werden soll; im Bund waren die Bundesregierung und die Bundestagsmehrheit der Auffassung, diese Frage solle bis zur sog. Justizreform zurückgestellt werden. Unter diesen Umständen läßt sich auch nicht feststellen, daß es der hessische Gesetzgeber, was sein *procedere* angeht, an bundesfreundlichem Verhalten hat fehlen lassen” (tradução livre: “Caso um Estado fosse pressionado por um grupo profissional a promulgar uma lei salarial correspondente à remuneração dos juízes de Hesse, não haveria qualquer efeito com que o legislador de Hesse devesse se preocupar, conforme o princípio da conduta federativa amistosa, quando da promulgação da lei que estabelece o salário de seus juízes; pelo contrário, ele poderia partir do pressuposto de que a Federação e os demais Estados apoiar-se-ão na diferença de princípio, estabelecida na Lei Fundamental, entre a investidura de juízes e de outros funcionários públicos. Tampouco pode-se reconhecer que o Estado de Hesse, ao produzir um regulamento até então desconhecido do direito atinente à remuneração do serviço público, deveria ter ‘coordenado’ anteriormente com a Federação e os demais Estados. Dentro de sua competência exclusiva de legislar, os Estados são, em princípio, livres e independentes; a Lei Fundamental parte do pressuposto de que as matérias destinadas à legislação dos Estados possam ser regulamentadas de maneira divergente de um Estado para outro. Constitucionalmente, não se pode ‘acusar’ um Estado de que ele foi o primeiro a lançar mão de uma competência constitucional (art. 98, parágrafo 3, Lei Fundamental). Apesar disso, Hesse tentou – em vão – chegar a uma iniciativa legislativa junto ao Conselho Federal [*Bundesrat*] que correspondesse a suas expectativas de uma remuneração especial dos juízes. Até o momento, os Estados não chegaram a um consenso sobre se um regulamento especial de remuneração dos juízes deveria ser introduzido; na Federação, o Governo Federal e a maioria do Parlamento [*Bundestag*] defenderam que a questão deveria ser recolocada até a assim chamada Reforma da Justiça [*Justizreform*]. Diante dessas circunstâncias, também não é possível verificar que o legislador de Hesse, no que diz respeito a sua forma de proceder, tenha faltado com o seu dever de conduta federativa amistosa”).

²⁸⁶ BverfGE, 76, 1 (77): “a) Die Art und Weise, in der die Ausländerbehörden das ihnen durch § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG eröffnete Ermessen in den Fällen 2 BvR 1226/83 und 2 BvR 313/84 ausgeübt haben, verstößt nicht gegen den Grundsatz der Bundestreue. Nach diesem Grundsatz dürfen die Organe eines Landes von ihren Kompetenzen nur so Gebrauch machen, daß die Belange des Gesamtstaates und der anderen Ländern nicht in unvertretbarer Weise geschädigt oder beeinträchtigt werden [...]. Die vom Land Baden- Württemberg für den Bereich des Ehegatten- und Familiennachzugs eingeführten Wartezeitregelungen fügen sich in das von der Bundesregierung verfolgte Ziel einer Begrenzung des Zuzugs von Ausländern ein. Daß sich aufgrund der besonders weitgehenden Einschränkung der Nachzugsmöglichkeit durch diese Regelungen möglicherweise eine nicht unerhebliche Zahl von Ausländern dazu entschließen wird, ihren Wohnsitz in Länder zu verlegen, die - anders als Baden-Württemberg - der Empfehlung der Bundesregierung vom 2. Dezember 1981 in vollem Umfang gefolgt sind, kann ohne besondere weitere Umstände nicht als eine unvertretbare Beeinträchtigung der Belange dieser Länder angesehen werden. b) Die Forderung nach einer dreijährigen Ehebestandszeit führt auch nicht zu Unterschieden solcher Art in der Handhabung des Ausländergesetzes zwischen den einzelnen Ländern, daß die Pflicht zum im wesentlichen einheitlichen Vollzug von Bundesgesetzen [...] als verletzt anzusehen wäre. Dies gilt zumal im Hinblick darauf, daß bei der Beurteilung von Abweichungen im Vollzug von Bundesgesetzen etwaige Unterschiede in den Lebensverhältnissen der einzelnen Länder nicht außer Betracht bleiben dürfen, im vorliegenden Zusammenhang mithin in Rechnung zu stellen ist, daß das Land Baden-Württemberg der Flächenstaat der Bundesrepublik Deutschland mit dem höchsten Ausländeranteil an der Gesamtbevölkerung ist und in seinen Ballungsgebieten eine überdurchschnittlich hohe Zahl von Ausländern lebt” (tradução livre: “a) A maneira com a qual as autoridades de assuntos estrangeiros [*Ausländerbehörden*] exerceram a discricionariedade a elas conferida pela Lei de Estrangeiros [*Ausländergesetz*], § 2, parágrafo 1, frase 2, nos casos 2 BvR 1226/83 e 2 BvR 313/84 não viola o princípio da lealdade federativa. Segundo esse princípio, os órgãos de um Estado só podem fazer uso de suas competências de modo que os interesses do Estado como um todo e de outros Estados não seja prejudicado ou perturbado de maneira inadmissível [...]. As regras de tempo de espera introduzidas pelo Estado de Baden-Württemberg no âmbito de reagrupamento familiar se coaduna com o objetivo do Governo Federal de restringir o influxo de estrangeiros. Devido à abrangente limitação das possibilidades de agrupamento familiar acarretada por essas regras, o fato de que provavelmente um número considerável de estrangeiros decidirá buscar domicílio em Estados que – diferentemente de Baden-Württemberg – seguiram integralmente a recomendação do Governo Federal de 2 de dezembro de 1981 pode ser visto como uma perturbação dos interesses desses Estados. b) A exigência da duração do casamento por três anos também não leva a diferenças desse tipo no manuseio da Lei de Estrangeiros pelos diversos Estados, de modo que o dever de execução essencialmente uniforme das leis federais [...] teria de ser visto como violado. Isso vale principalmente tendo em vista que

Primordialmente, o âmbito de aplicação dos deveres de coordenação e cooperação é o das situações nas quais a conduta de um participante tem ou pode ter efeitos especiais sobre outros sujeitos da relação interfederativa. Exemplo disso é o sistema de planejamento. Nessa área, por exemplo, os Estados devem levar em consideração os territórios estaduais vizinhos e o território federal como um todo ao tomar medidas com impacto espacial e, especialmente no caso do planejamento regional transfronteiriço, são obrigados a tomar as medidas necessárias em comum acordo com os outros Estados envolvidos; além disso, a Federação e os Estados devem coordenar seu planejamento e suas medidas entre si.

Outros deveres de cooperação e “coordenação suprarregional²⁸⁷” são encontrados no setor de radiodifusão o qual, como visto, é de responsabilidade estadual. A esse respeito, o Tribunal Constitucional Federal decidiu que o sistema de radiodifusão depende de uma coordenação de regulamentações e, portanto, da cooperação interestadual. Essa necessidade de cooperação decorre do princípio da lealdade federativa, que obriga os Estados entre si à coordenação, consideração e cooperação mútuas, na medida em que isso é necessário para o funcionamento do sistema e para o respeito aos direitos dos particulares, em especial os anunciantes publicitários, que não podem ser submetidos a múltiplas regulamentações conflitantes entre si²⁸⁸.

quaisquer diferenças nas relações de vida de cada um dos Estados, quando da verificação de divergências na execução de leis federais, não podem ser deixadas de lado; deve ser ainda levado em conta, no caso em questão que o Estado de Baden-Württemberg é o Estado da República Federal da Alemanha com a maior quantidade de estrangeiros em sua população total e que, em suas zonas de conurbação, vive grande número de estrangeiros”).

²⁸⁷ BVerfGE, 39, 96 (111): “Art. 104a Abs. 4 GG hat nach seiner Stellung im Abschnitt X des Grundgesetzes ‘Das Finanzwesen’ und der Einbettung in die Finanzverfassung der Bundesrepublik nur die Funktion, die durch den vertikalen und horizontalen Finanzausgleich angestrebte gleichgewichtige Verteilung des Steueraufkommens auf den Finanzbedarf des Bundes und der Länder für ihre Aufgaben zu ergänzen, wenn eine gleichmäßige Deckung nicht erreicht wird und die Länder ihnen zugewiesene wichtige Aufgaben trotz entsprechender Anstrengungen nicht aus eigener Kraft erfüllen können. Im Hinblick auf ihren Ausnahmecharakter im bundesstaatlichen Finanzgefüge beschränken sich die Bundesfinanzhilfen auf Aufgabenbereiche, an deren Erfüllung auch der Bund wegen seiner Verantwortung für die gesamtwirtschaftliche Entwicklung im Bundesgebiet und seiner Pflicht zur überregionalen Koordination ein besonderes Interesse hat” (tradução livre: “O art. 104a, parágrafo 4, da Lei Fundamental, conforme sua posição na Seção X da Lei Fundamental, ‘Das finanzas’, e sua incorporação na Constituição Financeira da República Federativa, tem apenas a função de completar, a partir da compensação financeira vertical e horizontal, a almejada distribuição equilibrada da arrecadação tributária segunda as necessidades financeiras da Federação e dos Estados, quando uma cobertura homogênea não for alcançada e os Estados não consigam, apesar de esforços para tanto, cumprir importantes tarefas a eles designadas. Tendo em vista a sua excepcionalidade na estrutura financeira federal, os auxílio financeiros federais se restringem a áreas de atuação em cujo cumprimento a federação tenha interesse especial, não somente em razão de sua responsabilidade pelo desenvolvimento econômico em todo o território da Federação, como também devido a seu dever de coordenação suprarregional”).

²⁸⁸ BVerfGE 73, 118 (296f.): “Wenn damit die Entwicklung der Neuen Medien zu grenzüberschreitendem Rundfunk führt, kann das bei der rechtlichen Regelung der Verbreitung solcher Programme nicht unberücksichtigt bleiben. Veranstalter oder auch Produzenten überregionaler Programme können sich nur schwer nach einem ganzen Bündel unterschiedlicher landesrechtlicher Normierungen richten; in besonderem Maße gilt das für die Werbung. Ein funktionierendes System der Verbreitung hängt vielmehr von einer Koordination der

Além disso, deveres de cooperação e coordenação podem ser encontrados nas situações em que um ente federado dependa diretamente de outro para um determinado fim. Por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal decidiu que, para preservação da ordem constitucional, a Federação dependia do exercício da supervisão municipal pelo Estado de Hesse²⁸⁹. Isso também pode ocorrer quando é necessária a cooperação para a conclusão e cumprimento de tratados com estados estrangeiros, em projetos da Comunidade Europeia relevantes para os Estados e sua implementação doméstica, bem como em situações de desastre. Por fim, deveres suplementares ampliados de coordenação e cooperação também podem surgir no caso de relação cooperativa que já “tenha sido iniciada” ou que tenha sido “normativamente preordenada”.

1.3.2.1.4 Deveres procedimentais²⁹⁰ (Verfahrenspflichten)

O princípio da lealdade federativa não tem relevo apenas no que tange às constelações de problemas materiais, influenciando, igualmente, a forma com a qual os entes federados tenham de proceder uns com os outros. Este aspecto foi particularmente enfatizado na Primeira Decisão sobre Radiodifusão²⁹¹ e, desde então, vem sendo trabalhado com mais detalhes na forma dos deveres de procedimento.

landesgesetzlichen Regelungen und damit von einer Kooperation der Länder ab. Anders als bei der Nutzung von Satellitenkapazitäten, bei welcher die Verfügung über die Ausstrahlung von in allen Ländern direkt empfangbaren Rundfunkprogrammen nur allen Ländern gemeinsam zukommen kann [...], ergibt sich die Notwendigkeit einer solchen Kooperation bei der Regelung der Verbreitung nicht bereits aus der Eigenart der Aufgabe und den für deren Wahrnehmung maßgebenden Grundsätzen; sie folgt aber, soweit das für ein funktionierendes System erforderlich ist, jedenfalls aus dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens, der auch die Länder untereinander zu gegenseitiger Abstimmung, Rücksichtnahme und Zusammenarbeit verpflichtet.” (tradução livre: “Quando o desenvolvimento de novas mídias leva à radiodifusão transfronteiriça, essa situação não pode deixar de ser considerada quando da regulação jurídica da transmissão de tais programas. Seria demasiado difícil para as emissoras e produtoras de programas suprarregionais se orientarem segundo todo um conjunto de diversas normatizações estaduais; isso vale especialmente para a propaganda. O sistema funcional de transmissão depende, pelo contrário, de uma coordenação das regulamentações estaduais e, assim, da cooperação dos Estados. Diferentemente dos casos de utilização da capacidade de satélites, nos quais a regulação da transmissão de programas de radiodifusão acessíveis diretamente em todos os Estados só pode caber a todos os Estados em conjunto [...], a necessidade de uma tal cooperação na regulamentação das transmissões não surge propriamente das particularidades da tarefa ou dos princípios que orientam a seu cumprimento; ela advém, contudo, na medida em que é essencial em um sistema funcional, do princípio de conduta federativa amistosa, que obriga também os Estados a coordenação, consideração e colaboração mútuas”).

²⁸⁹ BVerfGE 8, 122 (138): “Im Bundesstaat haben Bund und Länder die gemeinsame Pflicht zur Wahrung und Herstellung der grundgesetzlichen Ordnung in allen Teilen und Ebenen des Gesamtstaates. Soweit der Bund dafür nicht unmittelbar Sorge tragen kann, sondern auf die Mitwirkung des Landes angewiesen ist, ist das Land zu dieser Mitwirkung verpflichtet. Das folgt aus dem ungeschriebenen Satz über die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten”. De forma semelhante em BVerfGE 56, 298 (322).

²⁹⁰ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 352-354.

²⁹¹ BVerfGE 12, 205 (206) e BVerfGE 12, 205 (255): “Der vorliegende Fall gibt Veranlassung, den verfassungsrechtlichen Grundsatz von der Pflicht zu bundesfreundlichen Verhalten nach einer anderen Seite weiter

O primeiro campo de incidência dos deveres de procedimento diz respeito às “negociações no Estado federal” (“*Verhandlungen im Bundesstaat*”), para o qual a Primeira Decisão sobre Radiodifusão serve como o precedente fundamental. Assim, à Federação é proibido agir de acordo com o princípio “*divide et impera*”, ou seja, proceder com base na divisão dos *Länder*, procurar um acordo apenas com alguns e colocar os outros perante a coerção da adesão. Como corolário, a Federação é obrigada a garantir equidade processual e a igualdade de tratamento dos Estados, que lhes garanta oportunidades iguais de exercerem influência no processo e através dele, mesclando a lealdade federativa com a igualdade entre os entes federados.

Nessa esteira, a Federação está proibida de tratar os Estados de forma diferenciada em função de orientação político-partidária ou de envolver nas negociações apenas os governos estaduais que lhe sejam politicamente próximos, excluindo aqueles da oposição. Em tais negociações, a Federação também deve deferir a todos os participantes tempo adequado para se manifestarem, de modo a não apenas os confrontar com um “fato consumado”. Além disso, os Estados também são obrigados à equidade no procedimento, ou seja, a um estilo de negociação minimamente justo. Por isso, os Estados não devem, por exemplo, exercer bloqueio sobre decisões que devam ser tomadas em conjunto, valendo-se de comportamento arbitrário e obstrutivo nas negociações²⁹², ou fazendo com que sua participação sirva exclusivamente a objetivos político-partidários.

O segundo campo de incidência diz respeito aos chamados “deveres de audiência” (*Anhörungspflichten*). Esta concretização processual foi especificada pela jurisprudência que

zu entwickeln: Auch das procedere und der Stil der Verhandlungen, die zwischen dem Bund und seinen Gliedern und zwischen den Ländern im Verfassungsleben erforderlich werden, stehen unter dem Gebot bundesfreundlichen Verhaltens. In der Bundesrepublik Deutschland haben alle Länder den gleichen verfassungsrechtlichen Status; sie sind Staaten, die im Verkehr mit dem Bund Anspruch auf gleiche Behandlung haben. Wo immer der Bund sich in einer Frage des Verfassungslebens, an der alle Länder interessiert und beteiligt sind, um eine verfassungsrechtlich relevante Vereinbarung bemüht, verbietet ihm jene Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten, nach dem Grundsatz *divide et impera* zu handeln, d. h. auf die Spaltung der Länder auszugehen, nur mit einigen eine Vereinbarung zu suchen und die anderen vor den Zwang des Beitritts zu stellen” (tradução livre: “O caso em questão representa uma boa oportunidade para desenvolver, a partir de outro lado, o princípio constitucional de dever de conduta federativa amistosa: também se submetem ao preceito de conduta federativa amistosa ao estilo e *procedere* das negociações necessárias nas relações constitucionais entre a Federação e seus membros, bem como entre os Estados. Na República Federativa da Alemanha, todos os Estados [*Länder*] têm o mesmo *status* constitucional; todos eles são Estados [*Staaten*] que, ao se relacionar com a Federação, têm pretensão a tratamento igualitário. Sempre que a Federação, em uma questão da vida constitucional na qual todos os Estados [*Länder*] participem e se interessem, buscar um acordo constitucionalmente relevante, tal dever de conduta federativa amistosa a proíbe de agir segundo o princípio ‘*divide et impera*’, i. e., proíbe-a de buscar a segregação dos Estados [*Länder*], de buscar um acordo com apenas alguns deles e de coagir os outros a aceitá-lo”). Esse precedente, em que pese ter sido o estopim para as críticas na década de 1960, foi posteriormente confirmado pelo Tribunal Constitucional Federal em várias ocasiões, valendo mencionar, entre outros: BVerfGE 13, 54 (76); 31, 314 (355); 32, 199 (220) e 81, 310 (337).

²⁹² BVerfGE 1, 299 (315 s.); 39, 96 (119 s.); 41, 291 (308).

diz respeito à chamada “administração por delegação federal²⁹³” (*Bundesauftragsverwaltung*)²⁹⁴. Em princípio, o dever de audiência exige que seja dada à parte interessada a oportunidade e o tempo suficiente para se pronunciar sem, no entanto, lhe conceder qualquer direito de que o conteúdo de suas observações seja incorporado pela decisão final a ser tomada. Por um lado, o ente obrigado ao dever de audiência deve, de fato, levar em conta, de forma séria, as considerações trazidas pelo ente que vai sofrer os impactos da ação por ele planejada, razão pela qual não cumpriria seu dever se a audiência fosse realizada apenas *pro forma*.

No entanto, deste dever não derivam obrigações de se chegar a acordos consensuais ou de se eliminar todos os pontos de divergência porventura existentes entre os entes federados. Audiência, nesse sentido, não se confunde com um direito potestativo do ente atingido de ver suas opiniões incorporadas na decisão final.

1.3.2.1.5 Outros deveres de conduta²⁹⁵ (*Sonstige Verhaltenspflichten*)

Os deveres de ajuda e de apoio, informação e de consulta, coordenação e de cooperação, e os deveres processuais, constituem grupos essenciais de concretizações do princípio da conduta federativa amistosa. No entanto, este agrupamento não é de modo algum conclusivo. Nesse sentido, exemplifica-se com o dever de a Federação proteger os interesses dos Estados-membros nas suas relações com Estados estrangeiros ou com organismos internacionais não se subsume a nenhuma das categorias anteriores, de sorte que poderia ser enquadrado nesta categoria residual. Da mesma forma, o mandamento previsto no art. 36, I, n. 1, GG, segundo o qual “os funcionários das autoridades federais superiores devem ser provenientes de todos os Estados, em proporção adequada”, uma concretização que remonta à Smend²⁹⁶.

Estes e outros exemplos mostram que há limites para a sistematização de todos os deveres de conduta, por vezes muito “dispersos” e “heterogêneos”. Tal como as próprias concretizações, os grupos de caso também estão abertos ao desenvolvimento e, por conseguinte, são susceptíveis de serem alargados e completados, mas também, inversamente, de serem

²⁹³ Trata-se de uma modalidade de execução de lei federal pelos Estados, como competência própria destes, mas “sob as ordens” da Federação e sob a sua supervisão técnica e jurídica, nas hipóteses excepcionais e restritas previstas no art. 85 GG. A administração por delegação federal é relevante, dentre outros casos, no contexto das usinas nucleares. Sobre o instituto, *vide* DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht**, p. 206-208.

²⁹⁴ BVerGE 81, 310 (337 s., 345 s.).

²⁹⁵ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 354-355.

²⁹⁶ SMEND, Rudolf. **Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat**, p. 44-45.

objeto de revisão crítica, poda e limitação. Neste processo, os deveres de conduta que ainda não foram desenvolvidos ou que foram objeto de pouca atenção podem tornar-se mais importantes, vir à tona e, finalmente, condensar-se em “novos” grupos de casos.

1.3.2.2 A limitação de direitos²⁹⁷ (*Die Beschränkung von Rechten*)

Talvez uma das mais importantes concretizações do princípio da lealdade federativa se relacione com a chamada função limitadora de direitos dos entes federados²⁹⁸. Com efeito, a ordem federal da Lei Fundamental só pode existir se a Federação e os Estados observarem em suas relações um dever de consideração recíproca. De acordo com este postulado, o princípio da lealdade federativa obriga os entes federados, no exercício de seus direitos, a levar em consideração os interesses dos outros membros e a não insistir “egoisticamente” na defesa unilateral das suas próprias posições. Isso se dá de modo a estabelecer limites à invocação de um direito que existe “*per se*” ou à exploração de uma posição jurídica favorável que existe “*per se*”, se tal contrariar as exigências do dever de consideração recíproca. A consequência jurídica é, portanto, que o exercício desse direito se torne inadmissível, pelo menos de modo temporário.

1.3.2.2.1 A proibição ao exercício abusivo de direitos (*Das Verbot mißbräuchlicher Rechtsausübung*)²⁹⁹

A proibição ao exercício abusivo de direitos impede que os entes federados exerçam suas competências de maneira egoística e persigam apenas seus próprios interesses, submetendo todo o exercício de direitos à consideração dos interesses das demais partes da Federação. Nesse sentido, fala-se em um dever que se cristaliza em uma limitação da discricionariedade do *Bund* e dos *Länder* no exercício de suas respectivas competências³⁰⁰. A lealdade federativa atuaria, nessa vertente, como um filtro ou modulação no exercício dos direitos dos entes federados, de modo a proscrever ou corrigir abusos.

Com efeito, a Lei Fundamental confere aos entes federados uma série de direitos, poderes e tarefas. Tais normas, no entanto, não são suficientes para determinar, de modo

²⁹⁷ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 356-358.

²⁹⁸ BVerfGE 4, 115 (140); 12, 205 (239); 14, 197, (215).

²⁹⁹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 356-358.

³⁰⁰ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 249.

definitivo, o modo de agir de cada entidade, podendo serem melhor compreendidas como espaços de ação dentro dos quais cada instância é responsável pela tomada de suas próprias decisões, ou seja, como competências discricionárias. Nesse espaço de discricionariedade residem os perigos de desagregação federativa, e é justamente no intuito de mitigar estes riscos que o princípio atua como medida de limitação da conveniência e oportunidade.

Isto não implica, naturalmente, que o mero exercício de um direito atribuído pela Lei Fundamental possa, por si só, constituir uma violação da lealdade federativa. Pelo contrário, tal violação só é de presumir se o “se” (*Ob*) e/ou o “como” (*Wie*) do exercício do respectivo direito for abusivo, o que corresponde ao “limiar de relevância” (*Erheblichkeitsschwelle*), que exige um dano ou prejuízo “injustificável” ou uma situação “extremamente grave”. A violação da proibição ao exercício abusivo de direitos, portanto, para ser configurada, deve ser sujeita a exigências elevadas, que só serão satisfeitas em casos excepcionais³⁰¹.

Do ponto de vista analítico, “o exercício de um direito pode ser inadmissível se o titular do direito não perseguem um interesse legítimo ou se se opuserem interesses superiores da outra parte ou partes envolvidas e se o exercício do direito conduzir a uma grave perturbação da ordem federal³⁰²”. O momento em que se pode considerar que existe uma violação da proibição de abuso de direito depende, em última análise, das circunstâncias concretas de cada caso.

Colhe-se um exemplo da jurisprudência de situação em que o titular de um direito não persegue interesse legítimo: a “objeção levantada por motivos irrelevantes, que é, portanto, não-objetiva e, neste sentido, arbitrária³⁰³” no caso de uma negociação entre os entes federados que seja obrigatória nos termos da lei. Exemplo do segundo grupo são os exercícios de direito que resultam num “abalo de toda a estrutura financeira da Federação e dos Estados³⁰⁴” ou em “encargos excessivos para a capacidade financeira de cada um dos Estados (ou da Federação)” ou numa sensível “perturbação ou ruptura da estrutura global dos orçamentos da Federação e dos Estados³⁰⁵”. Outros exemplos de violação da proibição ao exercício abusivo de direitos, que permaneceram hipotéticos, são as medidas excessivas tomadas no âmbito da coerção federal (*Bundeszwang*) e da supervisão federal (*Bundesaufsicht*).

³⁰¹ Numa decisão recente, tomada em março de 2022, 1 BvR 2868/15, Rn. 1-151, o Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal rejeitou quatro reclamações constitucionais formuladas por estabelecimentos comerciais em face de um tributo cobrado por *Hamburg, Bremen e Freiburg im Breisgau* incidente sobre percentual da receita de estabelecimentos que fornecem acomodação noturna a hóspedes. O fundamento de violação ao princípio da lealdade federativa foi rejeitado por se interpretar que, nas circunstâncias do caso concreto, não teria havido o exercício abusivo das competências legislativas pelos *Länder*.

³⁰² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 357.

³⁰³ BVerfGE 1, 299 (316).

³⁰⁴ BVerfGE 4, 115 (140).

³⁰⁵ BVerfGE 31 314 (355); 32, 199 (218); 55, 275 (348).

Por fim, é importante anotar que desta vertente do princípio da lealdade federativa não se pode extrair qualquer dever de uniformidade no exercício de competências, sob pena de atentar-se diretamente contra o núcleo do federalismo, que é justamente o de possibilitar a diversidade na adoção de desenhos institucionais e ações para fazer frente aos desafios do Estado³⁰⁶. Os entes federados são legitimados a desenvolverem o exercício de suas competências de forma autônoma, servindo o interesse dos demais e o do conjunto como um limite para a sua atuação, e não como um imperativo ao qual o desempenho de todas as atividades estatais deva se subordinar, ainda que no contexto do federalismo cooperativo.

1.3.2.2.2 A proibição de comportamento contraditório (*Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*)³⁰⁷

Segundo a proibição do *venire contra factum proprium*, o exercício de um direito pode ser inadmissível se o seu titular contradisser seu próprio comportamento anterior. A quebra de confiança reside na incompatibilidade factual entre o comportamento anterior e o atual do titular do direito. Deve-se anotar que a proibição de comportamento contraditório ainda não foi aplicada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, devendo ser encarada com a devida contenção a busca por um “dever de coerência”.

Na obra de Bauer, seu uso é exemplificado no contexto de um acordo firmado em que a Federação fica autorizada a celebrar tratados internacionais em áreas em que os *Länder* têm, em princípio, competência legislativa exclusiva, de modo que seria provável que fosse considerado um comportamento contraditório inadmissível se um *Land* se recusasse a executar tais tratados internamente num caso individual, invocando os seus direitos. Ademais, pode-se vislumbrar a situação da cooperação de longo prazo entre Federação e Estados, de modo que, presentes os arranjos administrativos e financeiros apropriados para alcançar o objetivo desejado, tal cooperação não deve ser encerrada abruptamente por uma das partes sem motivo suficiente, sob pena de verdadeiro *venire contra factum proprium*.

1.3.2.3 Regras adicionais para o direito dos “tratados estaduais” ou “contratos estatais”³⁰⁸ (*Die Bereitstellung ergänzender Regeln für das intraföderative Vertragsrecht*)

³⁰⁶ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 250.

³⁰⁷ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 358-359.

³⁰⁸ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 359-366.

Por fim, fala-se na lealdade federativa como fundamento para regras adicionais na conclusão de “tratados estaduais” ou “contratos estatais”, ou seja, das avenças de natureza contratual entabuladas entre os entes federados, no intuito de regular, com uniformidade, e com vistas ao interesse comum, matérias de sua área de competência submetidas à reserva de lei. A lealdade federativa seria, nesse sentido, a fonte para princípios como o *pacta sunt servanda*, bem como a cláusula *rebus sic stantibus*. Ademais, a lealdade federativa também pode ser utilizada para obrigar as partes contratantes, em caso de divergências de opinião sobre a eficácia e o conteúdo da avença, a procurarem primeiro uma solução consensual para o conflito antes de buscarem os tribunais.

De forma sintética, tem-se que o *pacta sunt servanda* rege e fundamenta a força obrigatória dos pactos livremente assumidos e, segundo a opinião do Tribunal Federal Administrativo, extrai o seu fundamento de validade nas relações interfederativas do dever de conduta federativa amistosa³⁰⁹. Por outro lado, pela cláusula *rebus sic stantibus*, diante de mudanças nas circunstâncias fáticas, pode se tornar desproporcional, para uma das partes, a manutenção do vínculo contratual nos seus moldes originários³¹⁰. A consequência jurídica não será a extinção do vínculo em todos os casos, atuando a cláusula *rebus*, principalmente, na adaptação do contrato às novas circunstâncias, ou seja, na modificação do conteúdo da obrigação assumida, o que pode envolver ou não compensações de índole financeira. Apenas no caso de o ajuste não mais poder ser executado é que deve se considerar a atribuição de um direito potestativo à parte com a consequência jurídica da desconstituição do contrato firmado.

³⁰⁹ BVerwGE 50, 137 (145).

³¹⁰ BVerfGE 34, 216 (232).

2 A FUNDAMENTAÇÃO DA LEALDADE FEDERATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Introdução

Feita a exposição acerca dos aspectos gerais, do desenvolvimento histórico e das concretizações essenciais da lealdade federativa na Alemanha, é chegado o momento de voltar as atenções para o Brasil. Com efeito, embora o Supremo Tribunal Federal venha paulatinamente fazendo uso da lealdade federativa em seus julgados, esta prática decisória não veio acompanhada da fundamentação da pertinência do princípio ao direito brasileiro. Nesse contexto, o objetivo deste segundo capítulo será o de investigar as possibilidades de fundamentação jurídica da lealdade federativa diante da ordem constitucional brasileira, tendo em vista o sistema inaugurado pela Constituição Federal de 1988. Excluem-se, assim, outros parâmetros de comparação como, por exemplo, o direito federal infraconstitucional, as Constituições estaduais e as Leis Orgânicas dos Municípios. Não se nega, no entanto, a importância destas fontes para a compreensão da ordem federativa brasileira, tratando-se, na verdade, apenas de delimitação metodológica. Adverte-se, por fim, que o diálogo com o direito alemão não se encerrou no primeiro capítulo. Ele será retomado sempre que verificada a sua utilidade para iluminar semelhanças ou diferenças com o tratamento que possa ser dado à lealdade federativa no Brasil.

Certamente, a investigação que se apoie no método comparativo não pode resultar na defesa da aplicabilidade de um parâmetro jurídico-constitucional estrangeiro para a resolução de conflitos interfederativos no Brasil³¹¹. Os resultados da pesquisa comparada somente serão frutíferos quando contribuam para a fundamentação do princípio da lealdade federativa de modo coerente com a Constituição brasileira e, além disso, quando forneçam alternativas decisórias em face dos problemas e peculiaridades da realidade brasileira. Do contrário, fica rompida a conexão necessária entre a investigação teórica e as necessidades da prática jurídica.

Pretende-se, portanto, contribuir para que, no caso de confirmação da tendência jurisprudencial de invocação do princípio da lealdade federativa para a solução de conflitos interfederativos no Brasil, possa ser fornecida uma fundamentação jurídico-constitucional precisa e coerente ao instituto. Como consequência, será possível uma compreensão mais exata do sentido e alcance da lealdade federativa no nosso sistema jurídico, os quais serão

³¹¹ MARTINS, Leonardo. **Direitos fundamentais: conceito permanente: novas funções**. – Rio de Janeiro, RJ: Marcial Pons, 2022, p. 43, em especial a nota de rodapé 30.

necessariamente distintos do sentido e alcance que o instituto adquiriu na Alemanha. Isso se dá devido às diferenças nos dois países em termos de história constitucional, direito positivo, cultura cívico-política e práxis institucional. Essas diferenças influenciam de modo decisivo a configuração do princípio da lealdade federativa em termos de fundamentação constitucional, elaboração do programa normativo básico, inserção dogmática, concretizações essenciais e formas (e limites) de justiciabilidade.

A possibilidade de adoção, entre nós, da lealdade federativa, seguramente, não é um problema que possua resposta evidente. Com efeito, ao longo de nossa história constitucional, nenhuma das Constituições brasileiras consagrou, de forma expressa, o instituto. Mesmo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, até muito recentemente, não fazia qualquer alusão ao princípio, sendo digna de nota a escassez de literatura nacional sobre a temática. Além disso, deve-se pôr em relevo o caráter não inteiramente pacífico que a lealdade federativa assume na própria Alemanha.

As dificuldades até aqui elencadas se acirram quando se leva em conta que, em matéria de federalismo, o valor do método comparativo tende a ser ainda mais relativo do que em outros âmbitos do direito constitucional³¹². E isto porque, muito embora existam semelhanças ao redor do mundo entre os países que adotam a forma federativa, cada Estado possui, inevitavelmente, uma individualidade histórico-concreta própria, o que acaba por torná-lo uma categoria *sui generis*, dificultando a comparação.

Entretanto, essas peculiaridades não podem produzir uma espécie de “eficácia paralisante” sobre a pesquisa que se propõe levar adiante. A tentação pela resignação deve ser contraposta com o rigor no exame dos sistemas jurídicos a serem comparados e com maiores exigências na fundamentação da tentativa de adaptação dos institutos estrangeiros ao nosso direito. Desse modo, o presente trabalho tenta se contrapor a dois caminhos ou atitudes que, justamente por serem as mais fáceis, não parecem ser as mais corretas diante da complexidade do objeto de estudo.

³¹² Mesmo em outras searas, a comparação deve ser sempre feita *cum granus salis*, de modo a evitar o transporte de posições que, embora possam ter curso no direito estrangeiro, não se encontram em consonância com a Constituição Federal. Em matéria de direitos fundamentais, essa extrapolação se deu, por exemplo, com as tentativas de importação da tese da “posição de prevalência” da liberdade de imprensa no âmbito dos direitos fundamentais, conforme constou do voto do Ministro Relator da ADPF 130/DF. Conforme salientam DIMOULIS e MARTINS, “Essas decisões não oferecem justificativa jurídico-racional nem mesmo indicação normativa-constitucional dessa posição de prevalência [...] as Constituições que conhecemos não estabelecem uma classificação de direitos fundamentais, indicando qual prevaleceria em relação aos demais em caso de colisão. Os bens jurídicos constitucionais conflitantes não foram hierarquicamente sistematizados pelo constituinte, possuindo todos a mesma dignidade normativo-constitucional. Sua hierarquização completa só pode ser política, a cargo do legislador e não do magistrado” (DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais** / Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins. -- 6. ed. rev. atual. e ampl. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 258).

A primeira dessas atitudes é o que denomina-se de “objeção textualista”, ou seja, a negativa peremptória de adoção da lealdade federativa fundamentada na ausência de dispositivo normativo expresso que a consagre na Constituição Federal. A esta objeção pode opor-se, preliminarmente, a constatação de que, justamente no país em que o princípio inicialmente encontrou eco e no qual seu desenvolvimento dogmático alcançou maior expressão, também não há – e nunca houve – qualquer disposição constitucional expressa acerca da conduta federativa amistosa. Pelo contrário, como a exposição histórica demonstra, a lealdade federativa foi desenvolvida desde o início como “direito constitucional não escrito”, primeiramente pelo esforço da literatura e posteriormente pela posição de proeminência assumida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, sem que a ausência de positivação expressa pelo constituinte do dever geral de lealdade tenha obstaculizado esse processo.

A força persuasiva da designada “objeção textualista” também tende a esmorecer quando se reconhece que a experiência alemã da lealdade federativa informou, ao menos em parte, a adaptação do instituto em contextos histórico-políticos muito diversificados, como é o caso da África do Sul, da Confederação Suíça e da União Europeia. Portanto, diferenças de história, cultura e prática institucional entre Brasil e Alemanha, mormente quando levantadas de modo superficial, não podem obstaculizar o trabalho comparativo. Ainda, é digno de nota que, mesmo nos Estados Unidos, há vozes entre os constitucionalistas que consideram frutífero o diálogo e aprendizagem a partir da experiência alemã com a lealdade federativa³¹³, com vistas ao aprimoramento do próprio modelo norte-americano. Por esses motivos, não parece haver razões científicas ou pragmáticas que justifiquem a interdição *prima facie* desse debate no Brasil.

Por outro lado, o segundo caminho – ou “atalho” – a ser evitado consistiria no simples contentamento com o fato de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já ter, ainda que de modo incipiente, consagrado o princípio da conduta federativa amistosa e, com isso, encerrar a discussão acerca da sua pertinência à ordem jurídica brasileira. Se uma tal postura pode satisfazer o *modus vivendi* da prática jurídica, no qual as decisões dos Tribunais adquiriram papel de destaque em relação às demais fontes do direito, o mesmo não se dá em relação à pesquisa acadêmica. E isto porque a atividade científica não pode ser reduzida a uma simples catalogação de entendimentos oriundos da jurisdição, como se numa espécie de (pós-)glosa da

³¹³ TUSHNET, Mark. What Then Is the American. *Arizona Law Review*, v. 38, p. 873–880, 1996. JACKSON, Vicki C. **Narratives of Federalism: Of Continuities and Comparative Constitutional Experience**. *Duke Law Journal*, v. 51, n. 1, p. 223, out. 2001. HALBERSTAM, D. **Of Power and Responsibility: The Political Morality of Federal Systems**. *Virginia Law Review*, v. 90, n. 3, p. 731, maio 2004.

jurisprudência, principalmente quando se tem em vista que o princípio ainda não foi objeto de maiores aprofundamentos na própria casuística do Supremo Tribunal Federal.

Além do mais, a prática do Supremo Tribunal Federal, embora reconhecidamente rica em exemplos de conflitos interfederativos que podem ser reconstruídos dogmaticamente em conexão com a temática da lealdade federativa – a exemplo do que Bauer, promoveu em relação aos casos do Tribunal de Estado da República de Weimar –, não pode ser suficiente para fundamentar juridicamente a pertinência de um princípio jurídico ao sistema brasileiro. A jurisdição constitucional, por mais que se respeite sua posição no quadro das funções do Estado, não tem a prerrogativa de, isoladamente, fundamentar *ex nihilo* institutos jurídicos. Na verdade, a jurisprudência adquire papel de proeminência no trabalho de concretização, isto é, para a especificação dos limites e deveres que derivam da lealdade federativa. A análise da jurisprudência é, portanto, crucial, mas num momento posterior, vale dizer, depois de superada a questão da fundamentação do princípio, quando o trabalho deve se voltar para os efeitos, consequências e repercussões concretas do princípio da conduta federativa amistosa.

Este capítulo, portanto, procederá à investigação das possibilidades de fundamentação da lealdade federativa no Brasil, pautando-se nas propostas de fundamentação oferecidas na Alemanha. Analisa-se, primeiramente, o direito consuetudinário; em segundo lugar, os princípios derivados do Estado de Direito, com especial destaque para a proporcionalidade; em terceiro lugar, a fundamentação com base na “sinopse de aspectos individuais”; em quarto lugar, o princípio federativo e; por último, a proposta de Bauer de fundamentação a partir do princípio geral da boa-fé.

2.2 As propostas de fundamentação constitucional da lealdade federativa

2.2.1 Direito consuetudinário

A literatura jurídica especializada na Alemanha tem, majoritariamente, rechaçado a fundamentação da lealdade federativa com base no direito consuetudinário³¹⁴. A objeção – abstraídos os argumentos contra a própria viabilidade do reconhecimento do costume como

³¹⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 237-239, que anota que o não preenchimento dos requisitos para a configuração do costume chegou a ser explorado pelos críticos do instituto na década de 1960, e WITTECK, Fabian. **Die Bundestreue**, 519. Ambos os autores ressaltam a posição minoritária de Fritz Ossenbühl, para quem a lealdade federativa seria um princípio constitucional *corroborado* pelo costume. Entendendo de forma genérica não haver, em princípio, maiores problemas com a fundamentação da lealdade federativa no direito costumeiro, mas ainda assim preferindo tratá-la como princípio geral de direito, BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 32 e ss. e 126.

fonte de direito constitucional num sistema de Constituição escrita – parte da ausência dos requisitos para a verificação do costume, a partir da chamada teoria dualista. Para essa teoria, demandar-se-ia o preenchimento de dois requisitos, um de ordem objetiva, a *longa consuetudo* (prática generalizada de longa duração), e outro de ordem subjetiva, a *opinio iuris* (convicção jurídica dos participantes nesta prática).

O ensaio precursor de Smend não faz referência explícita, em termos de fontes do direito, ao costume como fundamento da lealdade federativa. Na verdade, o jurista limita-se a situar o instituto no terreno do assim chamado “direito constitucional não escrito”, sem prestar maiores esclarecimentos sobre a terminologia por ele empregada. Por essas razões, o trabalho, para além de trazer dificuldades para o tratamento jurídico-dogmático da matéria, acaba por não contribuir para a elucidação da questão de saber se a lealdade federativa se situa ou não no âmbito do direito consuetudinário.

Além disso, durante as primeiras décadas de vigência da Lei Fundamental, apesar da consagração quase que imediata da lealdade federativa na jurisprudência³¹⁵, o requisito da *longa consuetudo* foi afastado em função da impossibilidade de se recorrer ao período histórico anterior a 1949 na identificação de uma suposta prática geral reiterada, dada a pluralidade de opiniões quanto ao instituto, o seu reconhecimento contestado na República de Weimar, além do hiato durante o nacional-socialismo. Some-se a isto as críticas tecidas fundamentalmente na década de 1960 – e que ainda remanescem, embora em sede minoritária, até os dias atuais – para que se complete o quadro no qual também a *opinio iuris* parecia não estar demonstrada.

Fabian Wittreck³¹⁶ indaga se o transcurso de mais de seis décadas (atualmente, mais de setenta anos) de vigência ininterrupta da Lei Fundamental, nas quais o Tribunal Constitucional Federal manteve-se fiel à sua orientação, apesar de todas as críticas, não levaria a uma modificação nesta situação. Questiona, assim, se o consenso da literatura e a estabilidade da jurisprudência constitucional não teriam contribuído para o “endurecimento” (*Erhärtung*) do dever de lealdade federativa enquanto direito consuetudinário.

Responde, porém, negativamente, apontando a falta de uma concepção unívoca, compartilhada por todos os atores relevantes da práxis estatal, acerca de quais seriam os deveres associados à lealdade federativa. Pondera que a principal objeção deriva da falta de clareza quanto ao conteúdo de tal obrigação consuetudinária: o consenso existente limitar-se-ia a

³¹⁵ BVerfGE 1, 299; 4, 115; 6, 309.

³¹⁶ WITTRECK, Fabian. **Die Bundestreue**, 519, anotando que a raridade com que o princípio é fundamentado no costume expõe o receio de contato generalizado dos juristas com a ideia de um direito constitucional consuetudinário.

reconhecer que a figura jurídica da lealdade federativa existe, mas que sua concreção mais detalhada é consideravelmente difícil e deve ser feita caso a caso, o que, de fato, parece ser incompatível com a estrutura de uma regra costumeira, a qual pressupõe, em linha de princípio, uma certa sedimentação e pacificação quanto ao seu conteúdo.

Bauer, nessa linha, argumenta que os institutos da lealdade federativa e do costume possuem orientações opostas e inconciliáveis, de sorte que seria impossível fundamentar o primeiro neste último. Enquanto a lealdade federativa seria “moldada para o desenvolvimento futuro”, razão pela qual lhe é por vezes atribuída até mesmo um significado especial para a “dinamização do direito constitucional”, o costume é predominantemente “voltado para o passado”, principalmente diante do requisito da *longa consuetudo*. Assim, considera que a linha argumentativa de fundamentação da lealdade federativa no direito consuetudinário relega-se a uma “existência nas sombras” (*Schattendasein*)³¹⁷.

Por estas razões, não tem vingado, na Alemanha, a fundamentação da lealdade federativa no direito consuetudinário, o que, com muito mais razão, também se aplica ao Brasil. Embora o princípio da lealdade federativa não seja desconhecido pela literatura jurídica brasileira, não há nenhum trabalho especificamente dedicado ao tema no país. Igualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que invoca o princípio é ainda muito incipiente, sendo poucos os julgados que dela extraem argumentos conclusivos. Por fim, a crença na sua obrigatoriedade, por parte dos entes federados, só se verifica muito pontualmente. Não há a possibilidade, assim, de se cogitar-se quer-se de *longa consuetudo* quer da *opinio iuris necessitatis*.

³¹⁷ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 239: “Doch entzieht sich die Bundestreue auch für diesen Zeitraum einer überzeugenden Rückführung auf und Einordnung in das Verfassungsgewohnheitsrecht. Denn nach den Erfahrungen der vergangenen Jahrzehnte ist der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens nach wie vor auf Fortbildung und Fortentwicklung angelegt, weshalb ihm bisweilen sogar besondere Bedeutung für die ‘Dynamisierung des Verfassungsrechts’ attestiert wird. Gewohnheitsrecht dagegen ist nach seinem herkömmlichen Verständnis schon allein wegen der Voraussetzung langdauernder Übung in erster Linie ‘rückwärts gewandt’, trägt also ‘einen gewissen konservativen Zug’. Derart gegenläufige Ausrichtungen lassen sich nicht miteinander in Übereinstimmung bringen. Demgemäß sind detailliert ausgearbeitete Versuche einer gewohnheitsrechtlichen Begründung der Bundestreue in jüngerer Zeit nicht mehr unternommen worden. Das bestätigt indirekt, wie wenig sinnvoll es ist, die Pflicht zur Bundestreue auf Verfassungsgewohnheitsrecht zu stützen. Mit Recht fristet dieser Ansatz denn auch im wesentlichen ein ‘Schattendasein’” (tradução livre: “Contudo, também para esse período, a lealdade federativa resiste a ser reconduzida e alocada ao direito constitucional consuetudinário. Isso porque, conforme as experiências das últimas décadas, o princípio de conduta federativa amistosa sempre esteve moldado para o desenvolvimento futuro, razão pela qual lhe é reconhecido, com frequência, o papel de ‘dinamização do direito constitucional’. O direito consuetudinário, por outro lado, é, segundo a compreensão tradicional que se tem dele, pelo próprio requisito de exercício a longo prazo, fundamentalmente ‘voltado para o passado’ e carrega, portanto, ‘um certo traço conservador’. Orientações tão opostas não podem ser conciliadas. Dessa forma, deixou de haver, nos últimos tempos, tentativas elaboradas de fundamentar a lealdade federativa por meio do direito consuetudinário. Isso confirma indiretamente o quão não faria sentido sustentar o dever de lealdade federativa com o direito constitucional consuetudinário. Com razão, essa linha argumentativa está fadada, em sua essência, a uma ‘existência nas sombras’”).

2.2.2 Princípios derivados do Estado de Direito

A proposta de fundamentação da lealdade federativa a partir dos princípios derivados do Estado de Direito, em especial o princípio da proporcionalidade, atribuída a Bernd Kowalsky, permanece isolada na literatura alemã³¹⁸. Tal visão parte da comparação entre a lealdade federativa e os chamados princípios derivados do Estado de Direito – em especial, a proporcionalidade – no que diz respeito às suas funções e efeitos para concluir pela existência de certa congruência entre ambos.

Assim, por exemplo, paralelismos poderiam ser identificados a partir de elementos comuns, como o escopo de reparar abusos de poder e as funções de limitação ao exercício de competências ou da discricionariedade e de parâmetro de interpretação jurídica. Doravante, a lealdade federativa poderia ser compreendida como a exigência de que a Federação e os *Länder*, nas suas relações recíprocas, observem um padrão de tratamento mútuo pautado no princípio geral da igualdade (*allgemeine Gleichheitssatz*) e nos princípios da certeza (*Bestimmtheit*), proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) e necessidade (*Erforderlichkeit*).

As similitudes entre a conduta federativa amistosa e os chamados princípios do Estado de Direito são, inclusive, reconhecidas em outros contextos. Por exemplo, em sua monografia, Bayer conclui, com expressa referência à proporcionalidade, que a *Bundestreue* atua como limitadora da liberdade de decisão do ente central no que diz respeito ao exercício da supervisão federal (*Bundesaufsicht*) e da coerção federal (*Bundeszwang*)³¹⁹. Ademais, os críticos que, na década de 1960, se voltavam contra a lealdade federativa em razão de sua dispensabilidade faziam expressa remissão ao “substituto” da proporcionalidade³²⁰.

Sem embargo, Bauer argumenta que devem ser levantadas reservas diante da proposta de derivação da lealdade federativa a partir do Estado de Direito ou confundí-la com a proporcionalidade, dada a necessidade de contenção da tendência de descontrole na aplicação deste último princípio. A proporcionalidade, na sua faceta de proibição do excesso, tem suas

³¹⁸ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 239-242; e WITTECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 518, ambos fazendo referência a Bernd Kowalsky, **Die Rechtsgrundlagen der Bundestreue**, 1970.

³¹⁹ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 89-99 e 127.

³²⁰ HESSE, Konrad. **El Estado Federal Unitario**, p. 15: “Cuando se discute la licitud y el modo del ejercicio de las competencias por la Federación y los Länder, nos alcanzan los principios tradicionales sobre abuso de derecho o – en concreto para el ejercicio del control federal – el principio de proporcionalidad, siendo así innecesario el principio de confianza federal”.

origens no direito administrativo de polícia prussiano do século XIX³²¹, mas há muito se descolou do seu contexto original, espalhando-se para inúmeras outras searas. Desse modo, com razão, defende o autor uma contraposição ao seu uso expandido a partir de uma delimitação em favor do seu retorno ao campo próprio da dogmática dos direitos fundamentais³²².

Ademais, ao compararem-se os objetivos e modos de funcionamento, mesmo que alguns paralelos possam ser demonstrados num nível superior de abstração, deve ser ressaltado que a proporcionalidade não está tematicamente vinculada ao princípio federativo. Os princípios do Estado de Direito e do Estado federal, enquanto decisões estruturantes do constituinte, não se confundem, tendo âmbitos de incidência distintos, de forma que deles devem ser derivados institutos que também atuarão em áreas próprias e inconfundíveis: a proporcionalidade baliza a relação entre Estado e indivíduo e a lealdade federativa as relações entre entes federados.

Isso equivale à posição do Tribunal Constitucional Federal segundo a qual limitações derivadas do princípio do Estado de Direito para a interferência do Estado na esfera jurídica do cidadão não se aplicam às regras de competência na relação entre a Federação e os *Länder*³²³. Com efeito, a proporcionalidade está relacionada à mediação entre liberdade individual e

³²¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 242; DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht**, p. 160; SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. **Artikel 20 [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht]**. Em: DREIER, Horst (Org). **Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82**. 3ª Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 68; WOLFF, Heinrich Amadeus. **Das rechtsstaatliche Prinzip**. Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**. 2., Vollständig neu verfasste Auflage des von Klaus Stern begründeten Werks. Band I. **Grundlagen und Grundbegriffe des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung**. Munique: C. H. Beck, 2022, §15, p. 642-643.

³²² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 241.

³²³ BVerfGE, 81, 310 (310): “Aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Schranken für Einwirkungen des Staates in den Rechtskreis des Einzelnen sind im kompetenzrechtlichen Bund-Länder-Verhältnis nicht anwendbar. Dies gilt insbesondere für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit” (tradução livre: “As limitações derivadas do princípio do Estado de Direito para interferência do Estado na esfera jurídica do indivíduo não são aplicáveis às regras de competência na relação entre a Federação e os Estados. Isso vale sobretudo para o princípio da proporcionalidade”). BVerfGE 81, 310 (338): Neben der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten gibt es keine Verfassungsgrundsätze, aus denen Schranken für die Kompetenzausübung in dem von Staatlichkeit und Gemeinwohlorientierung bestimmten Bund-Länder-Verhältnis gewonnen werden könnten. Aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Schranken für Einwirkungen des Staates in den Rechtskreis des Einzelnen sind im kompetenzrechtlichen Bund-Länder-Verhältnis nicht anwendbar. Dies gilt insbesondere für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; ihm kommt eine die individuelle Rechts- und Freiheitssphäre verteidigende Funktion zu (vgl. BVerfGE 79, 311 [341]). Das damit verbundene Denken in den Kategorien von Freiraum und Eingriff kann weder speziell auf die von einem Konkurrenzverhältnis zwischen Bund und Land bestimmte Sachkompetenz des Landes noch allgemein auf Kompetenzabgrenzungen übertragen werden” (tradução livre: “Além do dever de conduta federativa amistosa, não há quaisquer princípios constitucionais dos quais se possa extrair limitações ao exercício de competências na relação entre a Federação e os Estados, determinada pela estatalidade [*Staatlichkeit*] e pela busca do bem comum [*Gemeinwohlorientierung*]. As limitações derivadas do princípio do Estado de Direito para interferência do Estado na esfera jurídica do indivíduo não são aplicáveis às regras de competência na relação entre a Federação e os Estados. Isso vale sobretudo para o princípio da proporcionalidade; a ele, cabe a função de defender a esfera de liberdade e de direitos do indivíduo (cf. BVerfGE 79, 311 [341]). O raciocínio, a ele ligado, que se utiliza das categorias de espaço de liberdade e de intervenção não pode ser transferido nem aos casos especiais de competência material do Estado determinada por uma relação de concorrência entre Federação e Estado, nem aos casos gerais de delimitação de competências”).

intervenção estatal, assumindo a função de defesa da esfera individual contra arbítrios do Poder Público. Tais considerações não se traduziriam às relações distintas entre os entes federados, de modo que a proporcionalidade não seria a figura de argumentação apropriada para a resolução destes conflitos³²⁴.

Nos últimos anos, preocupações semelhantes em face da expansão metodologicamente indisciplinada da proporcionalidade, especificamente no que diz respeito à proporcionalidade *stricto sensu* ou ponderação também têm chamado a atenção dos juristas no Brasil. Essas preocupações têm como pano de fundo os riscos colocados pelo decisionismo judicial para o princípio da separação dos Poderes e para o próprio princípio democrático³²⁵. Essas reservas metodológicas recomendam a adesão à posição alemã acerca da inviabilidade de derivação da lealdade federativa a partir do princípio do Estado de Direito. Mais amplamente, dão especial relevo à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, que restringe o âmbito de incidência da proporcionalidade apenas às relações entre Estado e cidadão e não às relações interfederativas. Portanto, a fundamentação constitucional da lealdade federativa deve ser buscada em outro lugar.

2.2.3 A sinopse de aspectos individuais

A abordagem “clássica” em termos de fundamentação constitucional é a “sinopse de aspectos individuais”. Trata-se da tentativa de derivação da conduta federativa amistosa a partir de: (1) observações de caráter histórico; (2) elementos colhidos da práxis política; ou, ainda,

³²⁴ SCHULZE-FIELITZ, Helmut. **Artikel 20 [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht]**. Em: DREIER, Horst (Org). **Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82**. 3ª Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 273: “Er ist aber nicht auf Kompetenzabgrenzungen z.B. zwischen Bund und Ländern oder auf die Art und Weise von Kompetenzausübungen übertragbar, wohl aber findet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Verhältnis zu Staatsorganen Anwendung, wenn diesen ein subjektives Recht eingeräumt ist. Das gilt z.B. für die Gemeinden, etwa bei gesetzgeberischen Einschränkungen ihrer Planungshoheit, die durch überörtliche Interessen von höherem Gewicht geboten sein müssen” (tradução livre: “Ele [o princípio da proporcionalidade] não pode ser aplicado à delimitação de competências, p. ex. entre Federação e Estados, nem às formas de exercício de competências. O princípio da proporcionalidade, contudo, tem aplicação na relação entre órgãos estatais quando lhes é reconhecido um direito subjetivo. Isso vale, p. ex., para os municípios [*Gemeinden*], como quando há restrições legislativas a seu primado de planejamento [*Planungshoheit*] as quais ganham maior peso tendo em vista interesses suprarregionais”).

³²⁵ Entre nós, a crítica mais bem fundamentada à proporcionalidade, com ênfase nos problemas de racionalidade do subcritério da proporcionalidade *stricto sensu*, e notícia ampla do debate na literatura jurídica alemã encontra-se em DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, p. 255-267. Deve-se ressaltar que os autores também discordam da premissa adotada neste trabalho de fundamentação constitucional da proporcionalidade no princípio do Estado de Direito, preferindo enxergá-la como deduzida “da própria essência do sistema dos direitos fundamentais, garantindo seu respeito por meio de sua limitação racionalmente controlada” (p. 220). Para a tradução do debate alemão, cf. CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016.

(3) do conjunto de regras positivadas que possam ser interpretadas como manifestações parciais da lealdade federativa.

Já se encontram considerações desta natureza no ensaio seminal de Smend. Para o jurista, o instituto derivaria de aspectos diversos, como certas normas escritas da Constituição e do direito infraconstitucional, observações da prática política do período imperial, além dos chamados “fundamentos contratuais” da Constituição de 1871³²⁶. No contexto da Lei Fundamental seria, em tese, plausível, cogitar-se dessa proposta de fundamentação da lealdade federativa tendo como ponto de partida a própria história da redemocratização alemã com forte participação dos Estados-membros no processo, os diversos artigos constitucionais que remetem ao denominador comum da lealdade federativa e que foram multiplicados em períodos subsequentes, assim como a prática política do denominado federalismo cooperativo a partir dos anos 1960³²⁷.

Bauer, entretanto, pondera que “uma tal compilação de referências individuais não seria convincente para uma ciência jurídica que trabalha normativamente”. Para o autor, todos os aspectos referenciados seriam indícios dignos de nota da existência da lealdade federativa, podendo assegurar “heurísticamente” essa ideia e fornecer apoio suplementar, mas não teriam força suficiente para fundamentá-la normativamente³²⁸. Fabian Wittreck adiciona que seria problemático reconhecer a lealdade federativa como princípio imanente a diversas normas constitucionais quando um dos seus principais escopos é justamente limitar o alcance destas mesmas normas³²⁹.

³²⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 60-61.

³²⁷ Por exemplo, em BVerfGE 72, 330 (387), encontra-se a tentativa de derivação do a partir do art. 107 da Lei Fundamental: “Die grundsätzliche Bindung an die Steuerverteilung gemäß Art. 107 Abs. 1 GG gilt auch für die in Art. 107 Abs. 2 Satz 3 GG vorgesehenen Bundesergänzungszuweisungen. In dieser Regelung kommt wiederum das bündische Prinzip des Einstehens füreinander zum Tragen, diesmal allerdings im Verhältnis zwischen Bund und Ländern. Dort wo die Steuerverteilung innerhalb der Ländergesamtheit eine Finanzausstattung erbringt, die unter diesem Gesichtspunkt korrekturbedürftig ist, wird der Weg für den Bund eröffnet, die Stellung eines oder mehrerer seiner Glieder finanziell zu verbessern. Das Grundgesetz gibt durch die fakultative Ausgestaltung - ebenso wie in Art. 107 Abs. 1 Satz 4 GG - zu erkennen, daß solche Ergänzungszuweisungen nicht in jedem Fall ein notwendiger Bestandteil der bundesstaatlichen Steuerverteilung sind” (tradução livre: “A vinculação fundamental à distribuição da receita, conforme o art. 107, parágrafo 1, da Lei Fundamental, vale também para as subvenções complementares da Federação, previstas no art. 107, parágrafo 2, frase 3, da Lei Fundamental. Nessas regras, por sua vez, ganha relevo o princípio da aliança de apoio mútuo [*das bündische Prinzip des Einstehens füreinander*], nesse caso, porém, na relação entre Federação e Estados. Ali onde a distribuição da receita gera, dentro da totalidade dos estados, uma situação financeira que necessita, sob esse ponto de vista, de correção, abre-se caminho para que a Federação melhore as condições financeiras de um ou mais de seus membros. A Lei Fundamental, a partir da delimitação facultativa – também no art. 107, parágrafo 1, frase 4, da Lei Fundamental – também permite reconhecer que tais subvenções complementares não são, em todo caso, um componente necessário da distribuição federativa da receita”).

³²⁸ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 235-237.

³²⁹ WITTRECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 518.

Concorda-se com a posição destes últimos autores, no ponto, porém, com uma ressalva. Se é verdade que não se mostra especialmente persuasiva a proposta de fundamentação jurídico-constitucional da lealdade federativa a partir da sinopse dos aspectos individuais de um dado sistema jurídico, a chamada função “heurística” dos aspectos individuais, apontada por Bauer, não pode ser menosprezada³³⁰.

E isto porque, como já aludido, é imprescindível reconhecer que, qualquer que seja a proposta de fundamentação jurídico-constitucional adotada, o conteúdo próprio do instituto da lealdade federativa (seu alcance e seus efeitos) será altamente dependente das peculiaridades do direito positivo, seja ele o alemão, o suíço, o comunitário europeu ou o brasileiro. Isto torna imprescindível uma “sinopse de aspectos individuais” a partir do contexto brasileiro, no qual seria possível identificar elementos da lealdade federativa no texto constitucional³³¹.

Esta posição coincide – no sentido acima explicitado de valorização da função “heurística” da sinopse dos aspectos individuais, mas sem sobrevalorizá-los como critério de fundamentação normativa da lealdade federativa – com a opinião do Tribunal Constitucional Federal no caso da Concordata do *Reich*, em que encontra-se a menção de que o princípio da lealdade federativa só pode ser entendido corretamente em conjunto com todas as outras normas constitucionais que regulam a relação entre os entes federados³³². Passa-se, assim, a análise de alguns dos aspectos individuais mais relevantes do texto constitucional brasileiro.

2.2.3.1 Princípio federativo

O início da análise dos aspectos individuais do direito constitucional positivo deve se situar na identificação das normas que abrigam a opção do constituinte pelo princípio federativo

³³⁰ Alguns autores brasileiros, no entanto, se valem dessa estratégia “ecclética” de fundamentação jurídica. Assim, BARROSO, Luís Roberto. **Federalismo, lealdade e petróleo, ainda uma vez: inconstitucionalidade da supressão das participações especiais devida aos estados. interpretação conforme a Constituição do art. 5º da Lei nº 12.276/2010.** Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, Edição Especial, Royalties do Petróleo, 2013, p. 234 e 235 e KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988.** 2012. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 159-188.

³³¹ Entretanto, diferentemente do que acontece com a Alemanha, não parece ser possível intuir aspectos da lealdade federativa de forma sólida a partir da práxis política brasileira, na qual, não raro, as decisões dos entes maiores que impactam de modo decisivo na realidade administrativa e orçamentária dos entes menores são tomadas sem qualquer diálogo prévio ou, o que é pior, por vezes evitando deliberadamente a criação de canais de comunicação.

³³² BVerfGE 6, 309 (361): “Zu den dem Grundgesetz immanenten Verfassungsnormen, die das Verhältnis von Bund und Ländern regeln, gehört der Verfassungsgrundsatz der Bundestreue. Er kann nur aus der Zusammenschau mit allen anderen Verfassungsnormen, die dieses Verhältnis regeln, richtig verstanden werden” (tradução livre: “O princípio constitucional da lealdade federativa faz parte das normas constitucionais imanentes à Lei Fundamental que regulam a relação entre a Federação e os Estados. Ele só pode ser compreendido a partir da observação conjunta de todas as outras normas que regulam essa relação”).

enquanto norma estruturante do Estado brasileiro. Entretanto, alerta-se que, como o princípio federativo é a principal alternativa de fundamentação do princípio da lealdade federativa na Alemanha, tendo sido consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal e pela maioria da literatura especializada, a análise de suas implicações será feita em tópico apartado, logo após a sinopse dos aspectos individuais do direito brasileiro.

O princípio federativo vem instituído logo no *caput* do art. 1º da CF, o qual dispõe que a República Federativa do Brasil, será “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”, constituindo-se em Estado Democrático de Direito. O aspecto da indissolubilidade do pacto federativo é um dado relevante da Constituição brasileira em relação à Lei Fundamental, que não contém de forma expressa a proibição do exercício do direito de secessão pelos *Länder*, sem prejuízo do seu reconhecimento recente pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. A norma do art. 1º vem complementada pelo art. 18, *caput*, da CF, que inaugura o Título III, relativo à organização do Estado, e dispõe acerca da autonomia dos entes federados, ao determinar que a “organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. As repercussões desses dispositivos sobre a definição dos sujeitos vinculados à lealdade federativa no direito brasileiro serão tecidas no tópico 3.1.2 da investigação.

Ainda, guarda íntima conexão com a ideia geral de lealdade federativa o disposto no art. 19, incisos II e III da CF, que estabelece a vedação aos entes federados de “recusar fé aos documentos públicos” e “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”. Com efeito, a proibição dos atos estatais que se recusem a reconhecer a autenticidade de documentos públicos reforça a autonomia dos entes federados, enquanto a proibição da criação de distinções e preferências entre brasileiros garante a isonomia sob duplo aspecto, o do indivíduo e o federativo³³³. Ambas as proibições coincidem com o programa normativo da lealdade federativa e, mais especificamente, com o dever jurídico geral de “consideração recíproca” que deve ser observado pelas entidades estatais.

A Constituição Federal, no entanto, não se limita a consagrar o princípio federativo, preocupando-se também em salvaguardá-lo através de certos mecanismos. Em primeiro lugar, cite-se que o princípio federativo é protegido em face do poder constituinte reformador pela

³³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 3ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, Tomo II, p. 275: “As preferências que o art. 31, I, [da Constituição de 1946] veda, e, pois, faz nulas, são tôdas as que, direta ou indiretamente, criarem vantagens aos filhos de um Estado-membro em relação aos filhos de outro Estado-membro, bem como entre um Estado-membro e outro ou outros, ou, ainda, entre os Municípios de um Estado-membro e os de outro ou do mesmo Estado-membro”.

cláusula pétrea contida no inciso I do §4º do art. 60 da CF, pela qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado”, norma já tradicional no direito brasileiro. A previsão equivale à “cláusula de eternidade” contida no art. 79 III GG, por meio da qual uma alteração da Lei Fundamental será considerada inadmissível “se afetar a divisão da Federação em Estados, o princípio da cooperação dos Estados na legislação ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20”.

Ademais, os incisos I e II do art. 85 da CF estabelecem que são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra a existência da União e o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação. Por fim, o instituto da intervenção federal, previsto nos arts. 34 e 36, e que funciona como mecanismo de salvaguarda do princípio federativo no Brasil, será objeto de análise em tópico especial.

2.2.3.2 Repartição constitucional de competências

Diversos aspectos individuais da ideia de lealdade federativa podem ser apreendidos a partir da leitura das normas que estabelecem a repartição constitucional de competências entre os entes federados. De fato, a necessidade da criação de mecanismos que regulem os conflitos entre os componentes do Estado federal nasce da ordem de competências positivada na Constituição. A simples estruturação desta ordem, por si só, torna possíveis, *prima facie*, tanto as tensões quando do desempenho das competências constitucionais quanto o imperativo de que estas sejam exercidas de forma harmônica, ou seja, vedando-se o desempenho egoístico e prejudicial ao interesse dos demais e do conjunto.

Sobretudo nas normas de competência administrativa comum e da competência legislativa concorrente, encontra expressão a ideia geral de lealdade federativa, na medida em que o seu correto deslinde depende de esforços legislativos e administrativos concertados entre União, Estados e Municípios, seja no sentido de suplementar, para a realidade regional ou local, diretivas legislativas mais amplas, seja na tentativa de não estabelecerem-se comandos legislativos contraditórios entre si ou que atinjam de modo expresse interesses uns dos outros. Inclusive, na Alemanha, chegou-se, de forma isolada, a tentar situar na antiga redação do art.

72 II GG, que trata do direito do ente central de legislar em matéria de competências concorrentes, o principal fundamento normativo da lealdade federativa³³⁴.

Porém, mesmo no caso de competências privativas, o princípio da lealdade federativa cumpre um papel relevante, sendo fonte de deveres de abstenção. O Tribunal Constitucional Federal, nesse sentido, já teve a oportunidade de fazer derivar, das competências exclusivas da Federação, a obrigação dos Länder de absterem-se de adotar medidas, através da formação de vontade estadual, com as quais exerçam pressão política sobre os órgãos federais para alterar as decisões substantivas por eles tomadas no exercício das competências federais exclusivas³³⁵.

Com efeito, o art. 21 da CF estabelece, para a União, nos incisos IX³³⁶, XVIII³³⁷, XIX³³⁸, XX³³⁹, XXI³⁴⁰ e XXII³⁴¹, competências de planejamento e para o estabelecimento de diretrizes gerais em diversos setores. Dessas competências, pode-se destacar, por exemplo, que no contexto do planejamento “contra as calamidades públicas”, adquirem relevo os deveres de

³³⁴ BLECKMANN, Albert. **Zum Rechtsinstitut der Bundestreue – Zur Theorie der subjektiven Rechte im Bundesstaat**. Juristen Zeitung, v. 46, n. 19, p. 900–907, 1991.

³³⁵ BVerfGE 8, 104 (117 s.): “Das klare Ziel der Volksbefragungsaktion der Länder – die zuständigen Verfassungsorgane des Bundes zu zwingen, eine von ihnen für richtig gehaltene und getroffene Entscheidung im Bereich des Verteidigungswesens zu ändern – stellt aber einen von den Ländern her versuchten Eingriff in die ausschließliche Zuständigkeit des Bundes dar; die Zuständigkeit der Bundesorgane zur ausschließlich eigenverantwortlichen Bewältigung einer Sachaufgabe wird nicht erst dann von den Ländern beeinträchtigt, wenn sie ein Stück dieser Aufgabe dem Bund dadurch entziehen, daß sie selbst es sachlich regeln, sondern schon dann, wenn sie die Bundesorgane durch den in einer von ihnen angeordneten amtlichen Volksbefragung liegenden politischen Druck zwingen wollen, die von ihnen getroffenen Sachentscheidungen zu ändern, also einen Landesstaatswillen bilden wollen, um ihn dem verfassungsmäßig gebildeten Bundesstaatswillen entgegenzusetzen” (tradução livre: “O objetivo claro da consulta popular [*Volksbefragung*] dos Estados – de forçar os órgãos constitucionais competentes da Federação a alterar uma decisão considerada correta por eles na área de defesa – representa uma intervenção por parte dos Estados em uma competência exclusiva da Federação; a competência dos órgãos da Federação para cumprir, de própria responsabilidade, uma tarefa material não é perturbada apenas quando, ao regulá-la materialmente, os Estados retiram da Federação uma parte dessa tarefa, mas quando querem forçar órgãos constitucionais federais, por meio da pressão política presente em uma consulta popular instituída por eles, a alterar uma decisão, isto é, quando querem formar uma vontade estatal estadual para contrapô-la a uma vontade estatal federal formada constitucionalmente”). No caso da inconstitucionalidade da proibição de transporte de combustíveis nucleares no porto de Bremen (2 BvL 2/15), consta do parágrafo 56: “Die ausschließliche Bundeszuständigkeit bedingt zudem eine – dem Gebot der Bundestreue entspringende – Verpflichtung der Länder, Maßnahmen zu unterlassen, mit denen im Wege der Bildung eines Landesstaatswillens politischer Druck auf Bundesorgane ausgeübt wird, die von ihnen unter Inanspruchnahme einer Bundeskompetenz getroffenen Sachentscheidungen zu ändern” (tradução livre: “A competência exclusiva da Federação pressupõe um dever dos Estados – advindo do preceito da lealdade federativa – de não tomar medidas com as quais, em meio ao processo de formação da vontade estatal estadual, seja feita pressão sobre órgãos federais para que esses alterem decisões materiais tomadas a partir do acionamento da pretensão a uma competência”).

³³⁶ IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

³³⁷ XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações.

³³⁸ XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso.

³³⁹ XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

³⁴⁰ XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação.

³⁴¹ XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras.

informação com relação a acidentes ou desastres de caráter transfronteiriço, ou seja, que atinjam mais de um território federado. Conforme salientado no primeiro capítulo, um dos exemplos extraídos do direito alemão se refere justamente aos deveres de informação em caso de eventos com efeitos que transcendam os limites de um *Land*, como acidentes naturais ou em plantas industriais ou nucleares³⁴² (tópico 1.3.2.1.2).

Em outro aspecto, os incisos XIII e XIV do art. 21³⁴³, complementados pelo inciso XVII³⁴⁴ do art. 22 positivam verdadeiros deveres de apoio da União em benefício do Distrito Federal. Os deveres de ajuda e apoio, como analisados no primeiro capítulo (item 1.3.2.1.1), são uma espécie de concretização positiva do princípio da lealdade federativa já sistematizada no direito alemão. Eles impõem prestações positivas que obrigam os entes federados em caso de outro ente se encontrar necessitado. Não possuem caráter ilimitado e somente são exigíveis quando realmente necessário e, além disso, quando razoável, ou seja, quando sua prestação não for capaz de tumultuar as finanças do ente prestador.

Ainda no art. 22 da CF, que trata das competências legislativas privativas da União, encontram-se em contexto sistemático com a lealdade federativa os incisos III³⁴⁵, IX³⁴⁶, XV³⁴⁷,

³⁴² Ainda no que tange às competências de planejamento da União, em total consonância com as preocupações próprias ao princípio da lealdade federativa, mas referindo-se à ideia de “democracia participativa”, destaca Fernanda Dias Menezes de Almeida: “Sem desdenhar das vantagens que podem resultar de um planejamento integrado – e isto é o que se supõe seja necessário para a elaboração e execução principalmente dos planos regionais a que se refere a Constituição –, o que se lamenta, numa linha de democracia participativa, é que se tenha perdido a oportunidade de tornar impositiva a audiência dos Estados e dos organismos regionais e municipais interessados, quando da elaboração dos diversos planos. Nesse sentido constava, por exemplo, no anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, que precedeu os trabalhos constituintes, a competência da União para planejar e promover o desenvolvimento nacional, ouvidos os Estados e os órgãos interessados (art. 72, XII). De fato, tanto para evitar previsíveis conflitos de competência entre as diversas instâncias de Poder como para evitar que se elaborem planos divorciados da realidade, ambiciosos ou sofisticados demais, e por isso mesmo fadados ao insucesso, é de todo recomendável que os destinatários de tais planos possam se manifestar sobre as diretrizes e princípios que lhes condicionarão o comportamento.” (Em: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2a. ed. [s.l.] São Paulo, Sp Saraiva Jur São Paulo, Sp Almedina, 2018).

³⁴³ XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios; XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia penal, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio.

³⁴⁴ XVII – organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes;

³⁴⁵ III – requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra

³⁴⁶ IX – diretrizes da política nacional de transportes;

³⁴⁷ XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;

XXI³⁴⁸, XXIII³⁴⁹, XXIV³⁵⁰, XXVII³⁵¹, XXVIII³⁵² e, principalmente, o parágrafo único³⁵³. Cita-se, ainda, as competências administrativas comuns estabelecidas para União, Estados, Distrito Federal e Municípios no art. 23 da CF³⁵⁴, bem como as competências legislativas concorrentes estabelecidas para União, Estados e Distrito Federal no art. 24 da CF³⁵⁵.

Para os Estados, têm ainda relevo as competências estipuladas no art. 25, §1º e §3º³⁵⁶. Para os Municípios, o art. 30, que contém tanto normas de competência exclusiva (incisos I,

³⁴⁸ XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares

³⁴⁹ XXIII - seguridade social;

³⁵⁰ XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;

³⁵¹ XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

³⁵² XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;

³⁵³ Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

³⁵⁴ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único. 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.

³⁵⁵ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II - orçamento; III - juntas comerciais; IV - custas dos serviços forenses; V - produção e consumo; VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação; X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - procedimentos em matéria processual; XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII - assistência jurídica e Defensoria pública; XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV - proteção à infância e à juventude; XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

³⁵⁶ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição. [...] § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

III, V e VIII³⁵⁷) quanto normas de competência concorrente ou comum (incisos II, IV e IX³⁵⁸) sendo de relevo a previsão expressa da necessidade de cooperação técnica e financeira dos Estados e a União (*rectius*, deveres de ajuda e apoio técnico e financeiros em favor dos Municípios) nos incisos VI e VII³⁵⁹. Por fim, para o Distrito Federal, a atribuição das competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios se dá pelo art. 32, § 1º, da CF³⁶⁰.

2.2.3.3 Federalismo cooperativo

A consagração do chamado “federalismo cooperativo” como opção do constituinte para certas áreas do Estado brasileiro reforça pontos centrais da lealdade federativa. Rememore-se que, na Alemanha, desde a segunda metade da década de 1960, a manutenção da lealdade federativa recebeu importante apoio na mudança do sistema federal para um “Estado cooperativo”. A ideia do federalismo cooperativo buscava “uma ordem federal que permitisse um sistema equilibrado e flexível de coordenação e cooperação entre os entes federados”. O federalismo cooperativo “estabelece uma relação de sinergia com a lealdade federativa”, cujo programa normativo “parece quase feito sob medida para esse novo modelo estatal³⁶¹”.

A experiência alemã também acentua que os deveres de colaboração e cooperação derivados da lealdade federativa devem ser particularmente observados quando a relação cooperativa tiver sido “normativamente preordenada”. O cerne do federalismo cooperativo

³⁵⁷ Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; [...] III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; [...] VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

³⁵⁸ II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; [...] IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; [...] IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

³⁵⁹ VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

³⁶⁰ Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

³⁶¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 170-175.

brasileiro³⁶² encontra-se no já analisado art. 23 da CF³⁶³, que trata das competências administrativas comuns, e no 241 da CF³⁶⁴. Outras disposições constitucionais também que impõe a cooperação e a colaboração, como na saúde³⁶⁵, ensino³⁶⁶, cultura³⁶⁷ e assistência social³⁶⁸.

Assim, por exemplo, o art. 241 da CF é a fonte normativa para a celebração de “consórcios públicos” e “convênios de cooperação” entre os entes federados, para o compartilhamento de competências, a gestão de serviços públicos e a realização de atividades de interesse comum. A análise de todas as potencialidades desse dispositivo, ainda inexplorado na nossa “práxis estatal” não é o objeto primordial desta investigação. Para os fins do presente trabalho, basta assinalar que o dispositivo é uma manifestação dos deveres de colaboração e cooperação que derivam do princípio da lealdade federativa³⁶⁹. Outras consequências destas disposições para a lealdade federativa serão analisadas no item 3.1.4.2.3 da dissertação.

Nesse mesmo contexto, no âmbito do ensino, a Constituição exige que os entes federados organizem seus regimes de ensino “em regime de colaboração” (art. 211, *caput*, da

³⁶² Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

³⁶³ Especial ênfase deve ser dada ao parágrafo único do dispositivo: “Parágrafo único. 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”.

³⁶⁴ KRELL, Andreas J. **Leis de Normas Gerais, Regulamentação do Poder Executivo e Cooperação Intergovernamental em Tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

³⁶⁵ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

³⁶⁶ Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

³⁶⁷ Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

³⁶⁸ Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social

³⁶⁹ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 256: “A atuação conjugada e concertada entre os diversos entes é de fundamental importância tanto para o desenvolvimento do país quanto para a concretização dos direitos fundamentais, pois contribui para uma ação mais ampla, uniforme e eficiente do Poder Público, aumentando a sua capacidade de realização e de atendimento das necessidades dos cidadãos em geral. Nesse sentido, a efetiva utilização dos consórcios públicos é uma forma de concretização do *princípio da lealdade federativa* na medida em que fortalece os laços de solidariedade entre os entes federativos, condicionando-os a atuar em conjunto nas mais diversas tarefas visando dar conta dos anseios de uma sociedade cada vez mais complexa e exigente – e reduz a tendência à adoção de posturas competitivas entre os entes federativos”.

CF). O §4º do mesmo artigo, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020, dispõe que na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios “definirão formas de colaboração”, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. A Constituição prevê, ainda, que o Sistema Nacional de Cultura seja “organizado em regime de colaboração” (art. 216-A da CF).

Já o § 1º do art. 211 da CF impõe à União, no contexto do ensino, a “função redistributiva e supletiva”, com o papel de “equalização de oportunidades educacionais” e “padrão mínimo de qualidade do ensino” mediante “assistência técnica e financeira” aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Nesse caso, o constituinte opta pela positivação de deveres de ajuda e apoio da União em face dos Estados e Municípios. Assim como no caso alemão da compensação financeira, a concretização desses deveres deve ficar a cargo, primordialmente, do legislador, que deve densificar conceitos como “função redistributiva”, “equalização de oportunidades”, “padrão mínimo de qualidade” a partir da ideia geral de lealdade federativa.

Só através da lei é que se torna claro em que medida a ajuda da União é devida, equilibrando-se a independência, a autorresponsabilidade e a preservação da individualidade, por um lado, e a responsabilidade conjunta pela existência e independência dos membros da Federação, por outro. O encontro dessa sintonia fina é, naturalmente, muito controvertido e pode gerar questionamentos perante a jurisdição constitucional – como demonstra, igualmente, o caso da compensação financeira alemã – que, no controle da atividade do legislador, também deverá se pautar pelo dever geral de lealdade federativa.

Nesses casos, o estabelecimento de um parâmetro mais específico na própria Constituição auxilia na atividade de controle de constitucionalidade. Justamente nesse sentido é que a Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020, adicionou o § 7º ao art. 211 da CF para determinar que o “padrão mínimo de qualidade” deverá considerar “as condições adequadas de oferta e terá como referência o Custo Aluno Qualidade (CAQ), pactuados em regime de colaboração na forma disposta em lei complementar, conforme o parágrafo único do art. 23 desta Constituição”. A disposição fortalece a ideia de que o “padrão mínimo de qualidade” a ser fixado pela União deva observar o princípio da lealdade federativa, haja vista a necessidade de pactuação “em regime de colaboração”.

2.2.3.4 Constituição financeira e tributária

Assim como ocorre no direito alemão, inúmeras disposições da nossa Constituição financeira e tributária encontram-se em um “contexto dogmático” com a ideia de conduta federativa amistosa. A repartição de receitas entre as unidades federativas é considerada a peça-chave da sua autonomia, e daí derivam repercussões para a temática da lealdade federativa.

De início, o §1º do art. 20 da CF estipula ser “assegurada, nos termos da lei, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração”. A elaboração da lei em comento deve guiar-se pelo princípio da lealdade federativa, de modo a estabelecer critérios de repartição que se situem em consonância com o interesse geral da Federação e não com os interesses exclusivos dos Estados, sejam eles “produtores” ou não, o que, naturalmente, envolve diversas complicações, as quais transcendem os limites da presente investigação.

Especificamente para as competências tributárias, os arts. 151 e 152 da CF estabelecem limites aos entes federados. Esses dispositivos são exemplos de limites ao exercício de direitos (*Beschränkung von Rechten*) pelos entes federados ou, numa formulação mais adequada ao nosso direito positivo, barreira à competência³⁷⁰ (*Kompetenzschränke*) ou barreira ao exercício de competências³⁷¹ (*Kompetenzsausübungsschränke*). Esses “limites” ou “barreiras” se justificam para impedir que o poder de tributar (i. e. as competências legislativas em matéria tributária) sejam utilizadas de modo a prejudicar os interesses dos outros entes federados e dos cidadãos a eles vinculados.

Pelo art. 151, I, da CF, fica vedado à União “instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional” ou que “implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro”. Em harmonia com o art. 3º, III, da CF, no entanto, é “admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País”. O inciso II proíbe que o poder de tributar da União seja utilizado em detrimento dos outros entes, sendo vedado “tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes”. No inciso III, por fim,

³⁷⁰ DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht**, p. 199 e ss.

³⁷¹ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 65. LINDNER, Josef Franz. **Das bundesstaatliche Prinzip**. Em: Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, p. 743 e ss.

estabelece-se a proibição de “instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”.

Pelo art. 152, por fim, fica vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino³⁷²”. No mesmo contexto se insere a imunidade tributária recíproca do art. 150, VI, “a”³⁷³, §§ 2º³⁷⁴ e 3º³⁷⁵ da CF, valendo a pena anotar que a literatura de direito tributário comumente se refere às imunidades como normas de competência negativa. A coordenação e a cooperação no âmbito do ICMS é preordenada pelo art. 155, § 2º, XII, “g”, segundo o qual cabe à lei complementar “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”. Por fim, deve-se também mencionar as disposições constitucionais acerca da repartição de receitas tributárias entre os entes federados, em especial o art. 153, §5º, I e II e os arts. 159 a 162 da CF.

2.2.3.5 Princípio da solidariedade e a redução de desigualdades sociais e regionais

O art. 3º da CF positiva os chamados “objetivos fundamentais” da República Federativa do Brasil, dentre os quais “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; “garantir o desenvolvimento nacional”; “reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Do inciso I depreende-se o chamado princípio da solidariedade. Como mencionado no capítulo anterior, a lealdade federativa intersecciona o princípio da solidariedade no âmbito das obrigações de ajuda e apoio, que serão retomados no terceiro capítulo da dissertação.

A Constituição dá especial destaque às iniciativas que tendam a reduzir as desigualdades sociais e regionais, o que também pode se dar através de obrigações de ajuda e apoio entre os

³⁷² Esse dispositivo guarda nítida semelhança com a “*dormant Commerce Clause*” ou “*negative Commerce Clause*” do direito norte-americano que, numa síntese muito geral, proíbe o protecionismo por parte dos Estados federados. A conexão entre a “*dormant Commerce Clause*” e o precedente “*McCulloch v. Maryland*” com o princípio da lealdade federativa é reconhecido por EGLI, Patricia. **Die Bundestereue als Grundprinzip Föderalistischer Rechtsordnungen**. DAJV Newsletter, vol. 36, no. 4, p. 169.

³⁷³ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI - instituir impostos sobre: [...] a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

³⁷⁴ § 2º A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

³⁷⁵ § 3º As vedações do inciso VI, “a”, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

entes federados. Assim é que o *caput* do art. 43 da CF enuncia que “a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais”, sendo que “lei complementar disporá sobre [...]: a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes” (art. 43, §1º, inciso II, da CF). A redução das desigualdades regionais é, por fim, princípio da ordem econômica (art. 170, VII, da CF).

2.2.3.6 Intervenção federal

A intervenção federal é um mecanismo estabilizador previsto pelo constituinte como medida excepcional de levantamento completo ou setorial, por prazo determinado, da autonomia de um ente federado para a preservação do equilíbrio federativo, das finanças públicas estaduais ou municipais e da própria ordem constitucional. Trata-se de instituto já tradicional em nosso direito, adotado desde a primeira Constituição republicana, em 1891, como corolário do princípio federativo, e se mantendo em todas as Constituições posteriores, estando atualmente previsto nos arts. 34 a 36 da CF.

As repercussões mais imediatas da lealdade federativa para o ente interventor consistem em: (1) autorizar a utilização da intervenção apenas como *ultima ratio*, no intuito de preservar a autonomia política dos entes federados. Nesses casos, a lealdade federativa atua sobre o “se” da intervenção³⁷⁶. Além do mais, (2), submeter as medidas concretamente determinadas a um juízo de razoabilidade. Nessa hipótese, a lealdade federativa atua sobre o “como”. Isso não significa, entretanto, que a proporcionalidade, princípio que rege a relação entre Estado-cidadão, ganhe aplicabilidade no âmbito do direito do Estado federal. Em verdade, o que se aplica para fundamentar esse juízo de razoabilidade é o princípio da lealdade federativa ainda que, admitidamente, isso não gere maiores repercussões práticas³⁷⁷.

³⁷⁶ Certamente, a lealdade federativa também atua para reduzir o âmbito de discricionariedade do Presidente no caso de ser a intervenção solicitada por outro ente (art. 34, IV c/c art. 36, I, da CF).

³⁷⁷ BAUER, Hartmut. **La coerción federal en el ordenamiento territorial de la constitución alemana**, p. 13: “Si el examen de los presupuestos de la coerción conduce a afirmar que estos concurren, entonces el Gobierno federal da un segundo paso relativo a “si” a su parecer es necesario recurrir a la coerción federal. El artículo 37.1 GG, al decir que el Gobierno “puede” adoptar medidas de coerción, le deja un margen de maniobra, que siguiendo la terminología propia del derecho administrativo es interpretado como un espacio de discrecionalidad. Eso abre al Gobierno federal incluso la posibilidad de permanecer completamente inactivo, de forma que se limite a mirar de utilizar su influencia política o a ir ante el Tribunal Constitucional Federal instando un procedimiento de los recogidos en el artículo 93.1.3 GG. Como límite en aquel espacio de discrecionalidad se cita también por lo común la prohibición de tomar medidas excesivas, desproporcionadas. Con todo, la aplicación de este principio de

Muito embora o texto constitucional não obrigue a nomeação de interventor³⁷⁸ em toda e qualquer hipótese, é certo que, na práxis constitucional pretérita a 1988, a intervenção ocorria com o afastamento do Chefe do Executivo durante seu prazo de vigência, reconduzindo-se ao cargo o mandatário eleito quando do término da medida. Nos últimos anos, porém, tem-se tornado mais recorrente a adoção de uma forma mitigada de intervenção, o que se verificou pela primeira vez em 2018 no Estado do Rio de Janeiro (Decreto Federal nº 9.288/2018), privilegiando-se a ingerência pontual e cirúrgica da União em área setORIZADA do Estado, sem o afastamento do respectivo Governador³⁷⁹. Essa práxis pode ser reconstruída como uma manifestação da lealdade federativa no sentido de submeter a medida a ser concretamente adotada a um juízo de razoabilidade, preservando-se, na medida do possível, a autonomia do ente federado que sofre a intervenção.

Sob outro ângulo, a lealdade federativa serve como fundamento dos deveres que o Estado possui e que, uma vez inadimplidos, dão azo à medida excepcional adotada pela União. No direito alemão, é controvertido se o descumprimento da lealdade federativa pode ensejar a adoção da medida de coerção federal³⁸⁰. Entre nós, dada a redação taxativa dos arts. 34 e 35, o melhor caminho parece ser o de privilegiar a função interpretativa do instituto em relação a cada um dos incisos que expressamente autorizam a intervenção.

proporcionalidad es precaria, ya que el Tribunal Constitucional ha declarado que este principio, propio de los derechos individuales y de la esfera de libertad que de ellos se deriva, es inaplicable a las relaciones entre Federación y Länder y a la determinación de sus competencias. En cualquier caso parece más compatible con el sistema jurídico, y ciertamente preferible, recurrir al principio de lealtad federal, cuyas concreciones, con respecto a las limitaciones que se decida aplicar, no tendrían que llevar en la práctica a resultados que se alejaran del principio de proporcionalidad. Ahora bien: con respecto a las consecuencias de mayor alcance de las obligaciones que se derivan de la lealtad federal, y que generan por el gobierno federal, por ejemplo, el deber de dar al Land afectado la oportunidad de manifestar su posición dentro del procedimiento y que la Federación considere el contenido, esta obligación adicional de escuchar el Land se puede omitir en caso de urgencia. Independientemente de estas consideraciones, sin embargo, la coerción federal se tendría que utilizar, por razones de prudencia y de consideración politicoconstitucional, solo como ultima ratio”.

³⁷⁸ É ocioso dizer que, apesar da equivocada redação do art. 2º, parágrafo único, do Decreto Federal nº 9.288/2018, o cargo de Interventor tem natureza *civil*, ainda que seja eventualmente ocupado por um militar. E isto porque não existe intervenção militar no Brasil, destinando-se o instituto à manutenção da ordem constitucional, do pacto federativo e das finanças públicas. Nesse sentido: LEWANDOWSKI, *ob. cit.*, p. 161.

³⁷⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 169.

³⁸⁰ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 97-99, pela possibilidade. BAUER: “En cambio, tienen que descartarse, como normas que generen obligaciones en el sentido del artículo 37.1 GG, debido a la redacción de este, normas como los reglamentos federales, el derecho consuetudinario federal, el derecho federal no escrito, así como los acuerdos entre länder o los acuerdos entre administraciones, todo eso con la única excepción que una determinada disposición contenida en alguna de estas normas se pueda entender, mediante una interpretación razonable, que es al mismo tiempo en realidad parte de la Constitución federal o de una ley federal. Por las mismas razones, el recurso en general a la lealtad federal como base para fundamentar o generar obligaciones en el sentido del artículo 37.1 GG resulta a priori problemático y discutido, a pesar de estar aquella incluida en cierta medida entre los deberes federales” (BAUER, Hartmut. **La coerción federal en el ordenamiento territorial de la constitución alemana**, p. 11).

Esse aspecto pode ser exemplificado a partir da análise da recente intervenção decretada em sequência à tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito perpetrada através da prática, em diversos pontos do território nacional, de atos de violência, destruição, sabotagem e obstrução, no dia 8 de janeiro de 2023. Para fazer frente ao movimento golpista, foi editado o Decreto nº 11.337/2023, o qual determina intervenção federal no Distrito Federal, até 31 de janeiro de 2023, limitada à área de segurança pública, com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública, sendo que as atribuições que não tiverem relação direta ou indireta com a segurança pública permanecerão sob a titularidade do Governador (art. 1º, *caput* e §§ 1º e 2º e art. 3º, §4º, do Decreto).

Dentro desse contexto, o inciso I do art. 23 da CF estabelece a competência comum dos entes federados de zelar pelas instituições democráticas e conservar o patrimônio público. Num primeiro momento, estas competências se referem ao patrimônio e às instituições do próprio ente federado. No entanto, com base no princípio da lealdade federativa, o art. 23, I, da CF deve ser interpretado no sentido de que os entes também têm o dever de preservar o patrimônio e as instituições dos demais entes federados. Isso se aplica com maior intensidade ao Distrito Federal que, enquanto unidade federada, tem a sua razão de ser justamente no fato de que abriga a sede dos Poderes da União e demais prédios públicos federais. O art. 23, I, da CF, em suma, é fonte de um dever positivo do Distrito Federal de preservar e defender o patrimônio da União e, mais especificamente, de prestar ajuda e apoio à União no caso de uma invasão, como a ocorrida no 8 de janeiro de 2023.

A inação do Distrito Federal em prestar ajuda e apoio à União no caso da insurreição golpista pode ser qualificada como uma violação à lealdade federativa e, na medida em que acirra a situação de grave comprometimento da ordem pública, justifica, constitucionalmente, a intervenção federal (art. 34, III, da CF). E isto porque, uma vez verificada a tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito, bem como a destruição do patrimônio público, deveria ter o ente federado prestado, de imediato e a contento, todo o auxílio necessário à União, especialmente o de natureza policial, a fim de preservar-se a ordem democrática, as sedes dos Poderes constituídos e o patrimônio histórico-cultural conspurcado.

2.2.4 O princípio federativo

Na Alemanha, a opinião majoritária na literatura encontra o fundamento da lealdade federativa no princípio do Estado federal³⁸¹, positivado no art. 20 I GG: “A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social”. Isto se dá tanto por força das origens do instituto na literatura jurídico-constitucional quanto pela ampla consagração deste modo de fundamentação pelo Tribunal Constitucional Federal³⁸².

Como já analisado, a concepção de lealdade federativa defendida no texto precursor de Smend se baseava numa fundamentação jurídico-normativa vaga. Smend, buscando trazer elementos da “realidade política” para a análise jurídica da Constituição Imperial, encontrava indícios da ideia de fidelidade federativa no “uso federativo da linguagem” e “estilo federativo” da vida constitucional de então³⁸³. Rememora-se que, conforme a apreciação de Bauer, a proposta de fundamentação da lealdade federativa de Smend se aproxima de uma “sinopse de aspectos individuais” muito distintos, como normas individuais escritas da Constituição e do direito infraconstitucional, observações da prática política, os chamados “fundamentos contratuais” da Constituição e a referência a uma ideia de lealdade “contratual”³⁸⁴.

De qualquer sorte, mostra-se problemático para o desenvolvimento posterior dessa linha de argumentação o fato de Smend explicitamente vincular sua concepção de lealdade federativa ao Estado monárquico, como uma forma de diferenciá-lo do Estado republicano³⁸⁵. Para Smend, a Constituição de 1871 era “uma Lei Fundamental política que deliberadamente não diz tudo o que quer dizer³⁸⁶”, de sorte que seria necessário investigar-se as causas dessa

³⁸¹ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 27-45; DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht**, p. 198-199; HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, p. 116-118; JESTAEDT, Matthias. **Bundesstaat als Verfassungsprinzip**, p. 837; ROBBERS, Gerhard. **Der Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Gestaltung des Bundesstaates in Deutschland**, p. 156.

³⁸² BVerfGE 34, 9 (20); 43, 291 (348); 92, 203 (230); 103, 81 (88).

³⁸³ SMEND, Rudolf. **Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat**, p. 49: “Das Problem hat aber seinen Sitz nicht allein in der Reichsverfassung und in den Besonderheiten ihrer Gesetzestechnik. Es besteht darüber hinaus auch in der Praxis des Reichsstaatsrechts, in gewissen Eigentümlichkeiten der Beziehungen zwischen Reich und Einzelstaaten, die man als den föderativen Sprachgebrauch oder noch besser als den föderativen Stil unseres gesamtstaatlichen Verfassungslebens bezeichnen könnte” (tradução livre: “O problema, porém, não se encontra apenas na Constituição do Império e nas particularidades de sua técnica legislativa. Ele consiste, para além disso, na prática do direito estatal do Império, em certas singularidades das relações entre Império e Estados individuais, o que se poderia chamar de uso linguístico federativo ou, ainda melhor, como estilo federativo da vida constitucional do Estado como um todo”).

³⁸⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 61-62.

³⁸⁵ SMEND, Rudolf. **Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat**, p. 55-59.

³⁸⁶ SMEND, Rudolf. **Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat**, p. 54: “Und dieselben Gründe, die hier der Theorie gefährlich geworden sind, verhindern zugleich die volkstümliche Wirkung der Verfassung: ein politisches Grundgesetz, das geflissentlich nicht alles sagt, was es meint – und das gilt von der Reichsverfassung sowohl nach der föderativen wie nach der unitarisch-konstitutionellen Seite – ein solches Grundgesetz kann auch niemals für ein Volk die Grundlage seiner verfassungsrechtlichen Überzeugungen und der Ausdruck seines politischen Selbstbewusstseins werden, wie das den älteren republikanischen Vorbildern gelungen ist und einer Verfassung in der Art der Frankfurter auch in Deutschland gelungen wäre” (tradução livre:

“incompletude de conteúdo” (*inhaltlichen Unvollständigkeit*) e “peculiaridade fática” (*sachlichen Eigentümlichkeit*), a demandar a integração a partir de princípios constitucionais não escritos.

Em primeiro lugar, isto residiria na “dificuldade técnica” de plasmar as relações jurídicas entre o Império e os Estados individuais “em artigos constitucionais bem definidos”. Segundo o autor, certas relações, se expressas em artigos constitucionais, por mais cuidadosa e ponderada que fosse a sua formulação, fariam “mais mal do que bem em casos individuais”, o que equivaleria a impor a “quadratura do círculo”, enquanto “o princípio geral da ‘lealdade federativa’ é suficientemente elástico para determinar corretamente o espírito e os pormenores da solução de tais questões³⁸⁷”.

Em segundo lugar, e em conexão com o primeiro, essa situação de incompletude da ordem federal monárquica derivaria da necessidade de “uma certa cortesia federal”: no Estado monárquico, a Constituição não poderia enumerar de forma expressa, “com crueldade fria” todos os deveres dos Estados perante o Império. As Constituições republicanas, por outro lado, seriam “mais livres de tais considerações” de modo que não “mediriam palavras” a esse respeito. Ao contrário, essa não seria a maneira de se dirigir às realezas, vale dizer, não seria a linguagem correta a ser utilizada no “tratado federal” – a Constituição – para a comunicação com os “aliados”. Alternativamente, deveria ser privilegiado o “estilo diplomático” suave das relações internacionais³⁸⁸.

“E os mesmos motivos que aqui se tornaram perigosos para teoria impedem, ao mesmo tempo, o efeito popular: uma Lei Fundamental política que deliberadamente não diz tudo o que quer dizer – e isso vale para a Constituição do Império tanto do ponto de vista federativo quanto do unitário-constitucional – uma tal Lei Fundamental nunca poderá ser, para um povo, a base de suas convicções constitucionais nem a expressão de sua autoconsciência política, da forma como conseguiram os modelos republicanos mais velhos e como uma constituição à maneira dos frankfurtianos teria conseguido”).

³⁸⁷ SMEND, Rudolf. **Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat**, p. 55-56.

³⁸⁸ SMEND, Rudolf. **Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat**, p. 56: “So kann man nicht zu gekrönten Häuptern, oder, wie der Sprachgebrauch der Reichspraxis es ausdrücken würde, so kann nicht ein Bundesvertrag zu den Verbündeten sprechen: wobei die staatenbündische Formel wieder lediglich die Einkleidung für den sachlichen Gedanken sein würde, dass der Einzelstaat dem Reich gegenüber Anspruch auf die Behandlung hat, die Verbündete voneinander erwarten können. Z. T. hierauf beruht die schonende Einkleidung der Pflichten der Einzelstaaten gegen das Reich: sie sollen erfüllt und geltend gemacht werden nicht wie Untertanenpflichten, sondern erfüllt im Geist der Bündniserfüllung und geltend gemacht im diplomatischen Stil des völkerrechtlichen Verkehrs, nicht im befehlenden der vorgesetzten Behörde” (tradução livre: “Não pode se dirigir assim às realezas [*gekrönten Häuptern*] ou, conforme diria a linguagem da prática imperial, um tratado federal [*Bundesvertrag*] não pode se dirigir assim aos aliados [*Verbündeten*]: de modo que a fórmula pactual-estatal [*staatenbündische Formel*] é apenas uma expressão do pensamento material de que o Estado individual tem, perante ao Império, a pretensão a uma forma de tratamento que aliados possam esperar uns dos outros. Nisso se baseia, em parte, a formulação cuidadosa dos deveres dos Estados individuais perante o Império: eles devem ser cumpridos e validados não como deveres dos súditos, mas cumpridos no espírito do cumprimento do pacto federativo e validos no estilo diplomático do tratamento internacional, não no estilo imperativo de autoridades superiores”).

Isto leva ao terceiro e último ponto de Smend, vale dizer, a “ligação” do seu problema com a “essência do Estado federal monárquico”. Nesse contexto, a “lealdade dos príncipes e dos Estados individuais” seria “um princípio constitucional” do Estado federal monárquico, “válido juridicamente”; a “lealdade contratual dos príncipes” (*Vertragstreue der Fürsten*), nas palavras de Bismarck, ou, ainda, a “lealdade federativa dos príncipes” (*Bundestreue der Fürsten*) adquire o *status* de “pilar do *Reich* alemão”³⁸⁹. A “essência última” do Estado residiria, portanto, no reconhecimento de que “os Estados alemães individuais têm mais direitos e mais deveres para com o *Reich* do que os Estados individuais no Estado federal republicano têm para com ele”³⁹⁰.

E se o papel de cada Estado individual “só é descrito em termos gerais pela Constituição Imperial, mas em muitos casos não é enunciado com toda a clareza e expressão”, isso não obsta a que os Estados exerçam “a sua influência na vida do *Reich* com toda a irracionalidade da sua singularidade histórico-política”, já que, para tanto, a Constituição abre-lhes as vias, “em parte de natureza mais diplomática”, do *Bundesrat* e da Comissão de Relações Exteriores, e “em parte de natureza mais administrativa”, como a influência na administração do *Reich* através da “participação proporcional na composição do corpo de funcionários”³⁹¹.

Essa breve recapitulação bem explícita as razões pelas quais Hesse e outros autores se posicionaram, de forma tão veemente, contra a fundamentação do princípio oferecida pelo Tribunal Constitucional Federal com arrimo na teoria de Smend. A recepção acrítica dos teoremas federativos do passado, de fato, colocava sob suspeita a pertinência da máxima de conduta federativa amistosa com a ordem constitucional da Lei Fundamental. A *Lei Fundamental*, subtraída de qualquer fundamento “contratual”³⁹², inaugura um Estado federal democrático e republicano, com maior pretensão de completude no que diz respeito à distribuição de tarefas e competências entre a Federação e os Estados e, ainda por cima, contando com um órgão que desempenha a jurisdição constitucional com atribuição específica para a resolução de conflitos federativos³⁹³.

³⁸⁹ SMEND, Rudolf. *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, p. 56-57.

³⁹⁰ SMEND, Rudolf. *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, p. 58.

³⁹¹ SMEND, Rudolf. *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, p. 59.

³⁹² JESTAEDT, Matthias. *Bundesstaat als Verfassungsprinzip*, p. 837.

³⁹³ WITTECK, Fabian. *Die Bundestreue*, p. 500: “Dieser Ursprungs-kontext muss als solcher die Rechtsfigur der Bundestreue nicht desavouieren. Gravierender als die bloße Genese im monarchischen Staat des Spät-konstitutionalismus ist erstens die Beobachtung, dass Smends Überlegungen ihre Überzeugungskraft aus einer Verfassungsstruktur herleiten, die mit gutem Grund als Bündnis ehemem souveräner Fürsten angesprochen werden konnte und damit tatsächlich Vertragselemente aufwies, vom Grundgesetz aber denkbar weit entfernt ist” (tradução livre: “Esse contexto de surgimento não deve, por si, deslegitimar a figura jurídica da lealdade federativa. Mais grave do que a mera gênese no Estado monárquico do constitucionalismo tardio é, em primeiro lugar, a

Não fosse o bastante, problematizou-se, ainda, e não sem razão, o que se pode chamar de as “credenciais democráticas” do pensamento da lealdade federativa de Smend. Embora não tivesse sido desenvolvida nessa específica direção no ensaio de 1916, a lealdade federativa posteriormente veio a adquirir um papel de relevo no âmbito da chamada teoria da integração (*Integrationslehre*)³⁹⁴. Esta é uma concepção problemática da teoria do Estado, tanto do ponto de vista da “ordem constitucional livre e democrática” quanto diante do próprio primado da normatividade sobre fatos ou valores, em matéria de interpretação constitucional³⁹⁵.

É dentro desse contexto que deve ser compreendida a estratégia do Tribunal Constitucional Federal de fundamentar a lealdade federativa a partir da “essência” ou “natureza” do Estado federal (*Wesen des Bundesstaates*)³⁹⁶. Esse caminho foi empreendido justamente na tentativa de desacoplar a lealdade federativa do “espírito da concepção orgânica de Estado” (*Geist der organischen Staatsauffassung*)³⁹⁷. Ocorre que essa argumentação “essencialista”, para além da sua precariedade metodológica³⁹⁸, deve também ser colocada sob a pressão de demonstrar que a lealdade federativa seria ínsita a todo e qualquer Estado federal.

observação de que as reflexões de Smend tiram seu poder de convencimento da estrutura da Constituição, que, com boas razões, podia ser chamada de pacto entre príncipes até então soberanos e que, assim, apresentava elementos contratuais, estando, porém, muito longe da Lei Fundamental”).

³⁹⁴ SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*. Em: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze. Dritte, wiederum erweiterte Auflage*. Berlin: Dunker & Humblot, 1994, p. 272-273.

³⁹⁵ WITTECK, Fabian. *Die Bundestreue*, p. 499: “Als dogmatischer Figur haften ihr bis in die Gegenwart hinein ihre Entstehung in einem mit dem freiheitlichen Verfassungsstaat inkompatiblen Umfeld” (tradução livre: “Enquanto instituto dogmático, acusa-se, até o presente, o seu surgimento em um contexto incompatível com o Estado constitucional livre”) e p. 501: “Ferner markiert der Beitrag in der Festschrift für Mayer sehr sensibel den methodischen Schwenk in der Staatsrechtslehre des späten Kaiserreiches, der an die Stelle des staatsrechtlichen Positivismus Labandscher Prägung verschiedene Richtungen einer materialen oder eben ‘geisteswissenschaftlichen’ Aufladung des Verfassungsrechts treten lässt. Der Gedanke des ‘bundesmäßigen Einvernehmens’ erweist sich in dieser Perspektive als schattenhafter **Vorläufer der** späteren **Integrationslehre** und trägt deren inzwischen nahezu einhellig anerkannte Geringschätzung der normativen Verbindlichkeit der geschriebenen Verfassung als Last mit sich” (tradução livre: “Além disso, a publicação em homenagem a Mayer marca, de forma muito sensível, a virada metodológica na teoria do direito do Estado do Império tardio, que, no lugar de um positivismo jurídico-estatal à maneira de Laband, coloca em evidência diversas correntes de um direito constitucional carregado materialmente pelas ‘ciências do espírito’. A ideia de ‘concordância com a Federação’ se mostra, nessa perspectiva, como um precursor nebuloso da teoria da integração, e carrega o fardo, hoje reconhecido quase unanimemente, de sua baixa estima pela força vinculante normativa da Constituição escrita”).

³⁹⁶ BVerfGE 8, 122 (138).

³⁹⁷ WITTECK, Fabian. *Die Bundestreue*, p. 500.

³⁹⁸ LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution*. Ein Beitrag zur politischen Soziologie. 2a. ed. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1974, p. 59-60: “Das Wesen des Wesens ist unbekannt” (tradução livre: “A essência da essência é desconhecida”). Vide, também, JESTAEDT, Matthias. *Bundesstaat als Verfassungsprinzip*, p. 837; WITTECK, Fabian. *Die Bundestreue*, p. 520-521: “Besonders prekär erscheint schließlich die offene Herleitung der Bundestreue aus dem ‘Wesen’ des Bundesstaates. Die Kritik muss dabei am ‘Wesen’ wie am ‘Bundesstaat’ zugleich ansetzen. Zum erstgenannten gilt es die gravierenden methodischen Bedenken gegen jede Art von Argumentation mit dem ‘Wesen’ zu berücksichtigen” (tradução livre: “Especilmente precária é a derivação aberta da lealdade federativa da ‘essência’ do Estado federal. A crítica diz respeito tanto à ‘essência’ quanto ao ‘Estado federal’. Com relação à primeira, é importante considerar as graves preocupações metodológicas contra toda forma de argumentação que se valha da categoria de ‘essência’”).

No entanto, isto é desmentido por um olhar panorâmico sobre o direito comparado³⁹⁹, em que pese elementos do programa normativo da lealdade federativa possam ser, com frequência, encontrados em outros sistemas, inclusive no modelo norte-americano. Por essas razões, a fundamentação com recurso à “essência” do Estado federal merece ser descartada⁴⁰⁰.

Diante desse cenário é que é possível compreender as atitudes atualmente observadas na Alemanha: a do Tribunal Constitucional Federal, de limitar-se à alusão ao art. 20 I GG e à sua própria jurisprudência, no que é acompanhado pela literatura majoritária; a de Bauer que, no intuito de “salvar” a lealdade federativa, busca a sua fundamentação no princípio geral de direito da boa-fé; por fim, a de Wittreck que, minoritariamente, descarta qualquer possibilidade

³⁹⁹ WITTRUCK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 521: “Zum zweitgenannten ist zu unterstreichen, dass eine Ableitung der Bundestreue nur dann gelingen kann, wenn man zuvor einen bestimmten Begriff des Bundesstaates unterstellt, sich also die Karten so zurechtlegt, dass das gewünschte Ergebnis herauskommt. Neben dieser offen zirkulären Argumentation streitet auch noch der rechtsvergleichende Befund gegen die Annahme, der Bundesstaat verlange unabhängig von seiner konkreten Konstitution denknotwendig nach der Rechtsfigur einer besonderen Treue der Bundesglieder” (tradução livre: “Com relação ao segundo, é necessário frisar que uma derivação da lealdade federativa só pode ter êxito se, anteriormente, for estabelecido um conceito definido de Estado federal, isto é, caso as cartas sejam arranjadas de tal forma que o resultado desejado possa ser obtido. Além dessa argumentação abertamente circular, o direito comparado se contrapõe à suposição de que todo Estado federal exigiria necessariamente, de sua Constituição, a figura jurídica de uma determinada lealdade entre os membros da Federação”). No mesmo sentido, mas com referência ao sistema jurídico do Canadá, DA SILVA, Michael. **Federal Loyalty and the ‘Nature’ of Federalism**. *Review of Constitutional Studies*, vol. 24, no. 2, 2019-2020, pp. 207–240.

⁴⁰⁰ BAUER, Harmut. **Die Bundestreue**, p. 230: “Ähnliche Vorbehalte sind gegenüber den Meinungen anzumelden, die bei der Begründung der Bundestreue maßgeblich auf das ‘Wesen’ des Bundesstaates und das föderalistische beziehungsweise bundesstaatliche Prinzip abstellen. Denn mit dem Hinweis auf das Wesen des Bundesstaates wird auf eine ‘Leerformel’ zurückgegriffen, die als freischwebende Denkfigur manches andeutet und vieles zulässt. Vor allem aber verführt sie zu unzulässigen Durchgriffen auf vor- und außerverfassungsrechtliche, namentlich historisch beeinflusste Bundesstaatstheoreme und muss deshalb als Grundlage für überzeugende juristische Argumentation ausscheiden. Nicht wesentlich anders verhält es sich in dem hier interessierenden Zusammenhang mit dem föderalistischen beziehungsweise bundesstaatlichen Prinzip, das ebenfalls als Verhüllungsformel für den direkten Zugriff auf den Reliquienschein der Verfassungsgeschichte dient und daher nur scheinbar die gebotene ‘Distanz zu entstehungsgeschichtlichen Hypothesen wie Bundesvertragstreue’ wahrt. [...] Die Anknüpfung am bundesstaatlichen beziehungsweise föderalistischen Prinzip erweist sich also letztlich als Kunstgriff, um die später sogar als begriffliche Voraussetzung des Bundesstaates eingestufte, rechtlich wie sachlich aber verfehlte Vorstellungswelt eines ‘Bündnisses’ und mit ihr die traditionelle bündische Bundestreue durch die Hintertüre in den heutigen Normenbestand einzubringen. Übersehen wird dabei, dass für das ältere bündische Gedankengut im Grundgesetz schlechterdings kein Platz mehr ist” (tradução livre: “Devem ser feitas reservas contra opiniões que, para fundamentar a lealdade federativa, sustentam-se substancialmente na ‘essência’ do Estado Federal e no princípio federalista ou do Estado federal. Isso porque, com a referência à essência do Estado federal, recorre-se a uma ‘fórmula vazia’ que, enquanto ideia flutuante, insinua e permite muita coisa. Sobretudo, porém, ela permite recorrer indevidamente a teoremas federalistas pré- e extraconstitucionais, influenciados pela história, e deve, portanto, ser descartada enquanto base de uma argumentação jurídica convincente. Não é diferente o que acontece com relação ao princípio federalista ou do Estado federal, que, da mesma forma, serve como fórmula de encobrimento do acesso direto a resquícios da história da Constituição e que, portanto, mantém apenas aparentemente a devida ‘distância das hipotecas histórico-genéticas como a lealdade ao tratado federal’. [...] A ligação ao princípio do Estado federal ou federalista se mostra, assim, como uma manobra artificial para introduzir, pela porta dos fundos, na ordem normativa atual, a concepção jurídica e materialmente errônea de ‘aliança’ – mais tarde colocada até mesmo como pressuposto conceitual do Estado Federal – e com ela a tradicional lealdade federativa das alianças [*bündische Bundestreue*]. Nisso, porém, perde-se de vista que não há qualquer espaço na Lei Fundamental para o antigo conjunto de pensamentos ligados à ideia de aliança”).

de fundamentação e, com isso, posiciona-se contrariamente não só ao reconhecimento do caráter jurídico da lealdade federativa⁴⁰¹ como também à própria decisão de conflitos pelo Tribunal Constitucional fora dos casos estritamente regulados pela divisão de competências da Lei Fundamental⁴⁰².

Feita essa breve retrospectiva, passa-se à análise do direito brasileiro. De início, deve-se lembrar que a possibilidade de fundamentação da lealdade federativa no Brasil deve ser analisada de acordo com o contexto específico do seu direito constitucional, sua história, desenvolvimento e situação atual. Por isso é que eventual conclusão pela viabilidade da fundamentação jurídica do instituto não poderia ser considerada, estritamente, como um “transplante jurídico” da Alemanha para o Brasil. Na verdade, o programa normativo da

⁴⁰¹ WITTECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 521: “Als vorzugswürdig erweist sich das gegenteilige Ergebnis, dass dem Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland eine Rechtspflicht zur Bundestreue fremd ist, die sich in einer Weise formulieren ließe, die dem Bestimmtheitsgebot Genüge tun könnte. Dass gegenseitige Rücksichtnahme im Bundesstaat (wie in der Europäischen Union) dem Gelingen des Ganzen förderlich ist, begründet mit anderen Worten möglicherweise moralische Pflichten der Akteure, wohl auch föderative Klugheitsregeln im Sinne der Hobbes’schen Laws of nature, aber keine justiziablen Normen des einfachen oder gar des Verfassungsrechts” (tradução livre: “Mostra-se como digno de preferência o resultado contrário segundo o qual um dever de lealdade federativa que possa ser formulado de forma a fazer jus ao preceito de determinação é estranho ao direito constitucional da República Federativa da Alemanha. Que a consideração mútua no Estado federal (assim como na União Europeia) é uma exigência para o êxito do todo, fundamenta-se possivelmente, com outras palavras, nos deveres morais dos atores, bem como em regras de inteligência federativa no sentido das ‘*laws of nature*’ de Hobbes, mas não em normas justiciáveis do Direito ou do direito constitucional”).

⁴⁰² WITTECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 521-522: “An die Stelle latent spekulativer und stets ideologiefälliger Suche nach ungeschriebenen Treuepflichten sollte demnach die strikte Orientierung an der geschriebenen Zuständigkeitsverteilung der Verfassungsurkunde treten, die nicht unter Berufung auf eine vermeintliche Bundes- oder auch Ländertreue kurzgeschlossen werden darf” [...] “Wie eingangs angedeutet, ist wichtiger als die fehlende Notwendigkeit der Rechtsfigur der Bundestreue ihre fehlende normative Verankerung: Selbst wenn sich einer der bislang entschiedenen Fälle nach Ansicht des Gerichts und der großen Mehrheit der Staatsrechtslehre ohne den Rekurs auf ungeschriebenes Verfassungsrecht nicht ‘befriedigend’ lösen ließe, rechtfertigt dieser Befund nicht die freihändige Schaffung von Richterrecht. Den Weg weist vielmehr die Schweiz: Sollte die Bundestreue für die Funktionsweise des deutschen Bundesstaates wirklich derart unabdingbar sein, so wäre sie nach dem Vorbild von Art. 44 BV zu kodifizieren. Die geringe Anzahl von entscheidungserheblichen Konfliktfällen spricht dagegen. Im Übrigen gilt es sich zu vergegenwärtigen, dass jeder Bundesstaat das Risiko eines Konflikts sehenden Auges eingeht: Die Multiplizierung von Entscheidungsträgern mitsamt deren parteipolitischer Radizierung setzt – gewollte – Reibungskräfte frei und kann nicht von Gerichten wegen auf eine prästabilisierte föderale Harmonie zurückgeführt werden” (tradução livre: “No lugar da busca latentemente especulativa e constantemente sujeita a ideologias por deveres de lealdade não escritos deveria entrar a orientação rígida na distribuição escrita de competências do documento constitucional, que não podem ser desconsideradas por meio da invocação de suposta lealdade entre Federação e Estados” [...] “Como já insinuado, mais relevante do que a ausência da necessidade do instituto da lealdade federativa é a ausência de seu fundamento normativo. Ainda que um dos casos decididos até agora não seja, segundo a concepção do Tribunal e da maioria da teoria do direito estatal, solucionável ‘satisfatoriamente’ sem recorrer a direito constitucional não escrito, essa constatação não justifica a criação judicial livre do direito. A Suíça mostra o caminho: se a lealdade federativa fosse realmente indispensável para o funcionamento do Estado federal, então ela deveria ser codificada conforme o artigo 44 da Constituição da Confederação [Suíça]. O pequeno número de casos de conflitos decisoriamente relevantes se contrapõe a isso. De resto, é necessário lembrar que todo Estado federal corre o risco de entrar em conflito: a multiplicação de entes que tomam decisões, juntamente com a divisão de suas orientações político-partidárias, gera atritos – desejáveis – e não pode ser reconduzida, em razão de decisões judiciais, a uma harmonia federal previamente estabilizada”). Conclui com uma provocação: “Bundestreue oder Bundesverfassungsgerichtstreue?”, isto é: lealdade à Federação ou ao Tribunal Constitucional Federal?

lealdade federativa deve ser conformado pelo direito positivo e, em especial, pelo desenho (jurídico) peculiar do federalismo brasileiro, o que influencia os três aspectos centrais do instituto: sua fundamentação normativa, seus conteúdos essenciais e a forma da sua justiciabilidade. Esclarecido esse ponto inicial, passa-se à explicação das razões pelas quais se entende que a ancoragem normativa da lealdade federativa no princípio federativo (art. 1º, *caput*, da CF) não parece ser problemática no Brasil. Em primeiro lugar, isso se dá por razões históricas. Em segundo lugar, elementos do direito positivo e aportes da dogmática jurídica contribuem para essa conclusão.

Acerca do primeiro ponto, deve-se salientar que, na Alemanha, o federalismo possui uma longa tradição. Para alguns autores, seria até mesmo possível concluir pela natureza federal de arranjos estatais que, majoritariamente, são encaradas como de tipo confederativo, como é o caso do Sacro-Império Romano Germânico ou da Confederação Germânica⁴⁰³. Sem embargo dessa divergência, que deve ser relegada aos especialistas em história do direito alemão, a literatura aponta que o *Kaiserreich* inaugurado pela Constituição de 1871 era um Estado federal e, mais do que isso, que o federalismo foi o instrumento utilizado para a obtenção da unificação alemã. Federalismo e monarquia, portanto, são ideias que nascem juntas na Alemanha, e essa constatação explica muito da reserva dos juristas alemães com derivações abstratas feitas pela jurisprudência a partir de uma ideia vaga de “federalismo” ou, ainda pior, da “aliança” (termo que remete ao “pacto” entre os monarcas) “federal”.

No Brasil, por outro lado, do ponto de vista histórico, operou-se exatamente o inverso. O federalismo foi o instrumento político utilizado pelas oligarquias para a superação do Estado unitário criado pela Constituição do Império de 1824. O federalismo, no Brasil, sempre andou de mãos dadas com o princípio republicano: a federação é a forma de organização do Estado que adveio em oposição à monarquia imperial, o que se deu não por razões primordialmente teóricas, mas pelas “individualidades histórico-concretas” de nosso percurso político⁴⁰⁴.

⁴⁰³ BAUER, Hartmut. **Artikel 20 [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht]**. Em: DREIER, Horst (Org). **Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82**, p. 149-153, para uma breve recapitulação da história do federalismo alemão, com amplas referências bibliográficas, mas aderindo à visão majoritária de que o primeiro arranjo estatal propriamente federal se verificou apenas com o Império de 1871.

⁴⁰⁴ Essa é a opinião colhida da historiografia: “o livro trata da construção de um projeto republicano, que passava, necessariamente, pelo federalismo. Tal projeto constituiu-se em ruptura em relação ao passado monárquico, caracterizado por um Estado centralizado em torno do Imperador. Já o projeto republicano apostava no poder das antigas províncias, transformadas em estados, e em sua autonomia. Optava pelo conflito em relação ao consenso, desde que administrado por regras que garantissem estabilidade ao novo regime. Preferiam a descentralização à concentração de poderes. Eliminaram o Imperador, o Poder Moderador e conferiram independência às partes, em prejuízo do todo. Certamente a Primeira República foi o período mais descentralizado de nossa história, no qual a crença nos valores liberais de autonomia dos indivíduos e dos estados-atores fundamentava o projeto de mudança radical ocorrido em 1889. Passadas várias décadas, o Brasil oscilou entre experiências mais ou menos

Inclusive, a Constituição Federal não apenas segue essa tradição de um “republicanismo federalista” como também demonstra que o federalismo brasileiro é umbilicalmente ligado a outro princípio próprio ao direito da organização do Estado: o princípio democrático. E isso porque é uma constante a afirmação de que, na história brasileira, momentos autoritários são acompanhados de forte tendência de centralização em desfavor de Estados e Municípios. Por outro lado, momentos de maior abertura democrática vêm associados à garantia de franquias mais amplas de liberdade aos entes locais, aí incluída a autonomia municipal. Portanto, de um ponto de vista histórico⁴⁰⁵, o princípio federativo (art. 1º, *caput*, da CF), é “candidato insuspeito” para a fundamentação “constitucionalmente adequada” do princípio da lealdade federativa no Brasil.⁴⁰⁶

Além disso, razões de ordem normativa e de dogmática jurídica podem ser adicionadas a essa conclusão. Nesse sentido, um traço distintivo do direito positivo brasileiro em relação ao alemão consiste na explicitação do caráter “indissolúvel” do vínculo federativo (art. 1º, *caput*, da CF), do qual deriva a proibição de secessão para os entes federados. A proibição de secessão não é explorada nas monografias alemãs acerca da lealdade federativa, o que provavelmente ocorre em razão da ausência de previsão expressa no texto da Lei Fundamental, mas pode ser objeto de um engajamento produtivo para a fundamentação do instituto no Brasil.

Em verdade, este ponto parece só ter se tornado mais relevante para a prática quando, em 2016, o Tribunal Constitucional Federal rejeitou reclamação constitucional do Estado da Baviera com pretensões secessionistas. A Corte anotou, numa decisão de apenas um parágrafo, que na ordem constitucional alemã, calcada no princípio da soberania popular, os Estados não

descentralizadas. As segundas, sempre mais democráticas que as primeiras, o que nos faz pensar, que talvez os ‘velhos republicanos’ tivessem razão” (VISCARDI, Cláudia Maria Ribeiro. **Unidos Perderemos: a construção do federalismo republicano brasileiro**. Curitiba: CRV, 2017, p. 22).

⁴⁰⁵ A afirmação da correlação histórica (e não causalidade) entre federalismo e república, de um lado, e federalismo e democracia, do outro, não significa, evidentemente, que do ponto de vista dogmático esses princípios organizatórios não possam entrar em tensão. Aparentes tensões entre os princípios federativo e republicano, por exemplo, são o pano de fundo da jurisprudência “centralizadora” do Supremo Tribunal Federal em matéria de resolução de conflitos de competência entre os entes federados, diante da experiência de que a autonomia dos entes federados por vezes é instrumentalizada não para promover a diversidade de formas de vida no seio da comunidade política, mas para a obtenção de privilégios por grupos ou corporações.

⁴⁰⁶ Adicione-se, ademais, que eventual objeção à fundamentação do princípio da lealdade federativa que se prenda excessivamente ao seu contexto de nascimento no “espírito da concepção orgânica de Estado” perderia a sua força persuasiva diante da constatação de que os conceitos e as ideias não se mantêm estáticos ao longo do tempo, variando em seu conteúdo de acordo com o momento histórico e o espaço em que inseridos. Inclusive, mesmo na Alemanha, como demonstra a notícia histórica do item 1.2 do primeiro capítulo, a lealdade federativa há muito se desprende das formulações de Rudolf Smend, talhadas para o Estado federal monárquico, de sorte que o seu contexto de criação não parece ser um obstáculo particularmente difícil de ser superado.

são “senhores da Lei Fundamental” (*Herren des Grundgesetzes*)⁴⁰⁷. De qualquer sorte, a proibição de secessão, que deriva da indissolubilidade do vínculo federativo, é um indicativo de que os entes federados devam buscar, nas suas relações recíprocas, uma convivência harmônica. Além disso, tensões que tendam à dissolução da ordem federal devem ser atenuadas por mecanismos jurídicos de diversa intensidade, dentre os quais a lealdade federativa⁴⁰⁸.

Outro ponto que merece ser explorado é o caráter intrinsecamente incompleto da ordem federal da Constituição de 1988. Diante do texto constitucional brasileiro, bem como dos tipos de conflitos federativos vivenciados na nossa “práxis estatal”, não se sustenta a afirmação de Wittreck de que todos eles podem ser prontamente solucionados pelo simples recurso ao direito escrito. A maior prova disto está na jurisprudência acerca da chamada “guerra fiscal”. Como analisado, trata-se de um conjunto de decisões que visam a combater o uso egoístico das competências tributárias, que gera efeitos deletérios não só para a arrecadação dos entes federados como também para as garantias constitucionais dos contribuintes.

Em que pese a regulamentação extremamente detalhada da ordem financeira e tributária na Constituição Federal, a proibição da “guerra fiscal” não encontra nenhum fundamento normativo expresso, sendo intuída a partir de dispositivos como o art. 150 da CF e o art. 155, §2º, XII, “g”, da CF. Seu tratamento pelos Tribunais recorrentemente demanda que sejam desenvolvidos raciocínios de cunho mais geral ou principiológico e demonstra o caráter inevitavelmente incompleto da ordem federal da Constituição de 1988. Dentro desse contexto, para a solução dos conflitos interfederativos no contexto da “guerra fiscal”, a ancoragem no princípio da lealdade federativa oferece mais precisão e concretude em termos metodológicos do que referências quase sempre abstratas e indeterminadas ao “federalismo”, à “autonomia federativa” ou ao “princípio federativo”.

⁴⁰⁷ 2 BvR 349/16. Na íntegra: “In der Bundesrepublik Deutschland als auf der verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes beruhendem Nationalstaat sind die Länder nicht ‘Herren des Grundgesetzes’. Für Sezessionsbestrebungen einzelner Länder ist unter dem Grundgesetz daher kein Raum. Sie verstoßen gegen die verfassungsmäßige Ordnung” (tradução livre: “Na República Federativa da Alemanha, enquanto Estado nacional no qual reside o poder constituinte do povo alemão, os Estados não são ‘senhores da Lei Fundamental’. Não há lugar, conforme a Lei Fundamental, para intuídos separatistas dos Estados individuais. Isso viola a ordem constitucional”).

⁴⁰⁸ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 164: “A expressão união indissolúvel muito mais do que uma reunião física e territorial entre os entes políticos, significa a existência de um dever imposto a todos e a cada um de implementar os interesses públicos de forma harmoniosa e complementar. [...] uma característica da estrutura federalista é ‘a existência de uma finalidade comum a todos os entes federativos, que justifica a sua agregação em um único Estado, ainda que organizado sob a forma de federação. O federalismo pressupõe, portanto, cooperação, lealdade e convivência harmônica entre as pessoas políticas que integram o Estado. Ainda que organizadas de maneira independente, elas dedicam-se à consecução do mesmo interesse público”.

Deve-se fazer, alusão, ainda, à fundamentação a partir do princípio do Estado federal que se pode qualificar como “funcionalista”, ou seja, que deriva a ideia de lealdade federativa a partir da “função” ou do “funcionamento” do federalismo. Na Suíça, essa posição é defendida por Patrícia Egli, em estudo acerca da lealdade federativa que compara tal sistema com os modelos alemão, norte-americano e europeu. Segundo a autora, a melhor forma de justificação do instituto resultaria da interpretação orientada para a finalidade ou “sentido” da ordem federal, podendo ser extraída das várias normas consagradas no texto constitucional e das obrigações mútuas dos entes federados de assistência, cooperação e respeito. Com arrimo na literatura norte-americana, ela cogita de uma fundamentação derivada da própria “estrutura” do texto constitucional⁴⁰⁹.

Na Alemanha, essa formulação é adotada por Jestaedt, para quem a lealdade federativa decorreria “da partilha vertical de competências, ou seja, do exercício repartido do poder estatal entre a Federação e os Estados, bem como do funcionamento do todo na sua estrutura e nos seus membros⁴¹⁰”. A lealdade federativa assumiria a função de assegurar o funcionamento do sistema de divisão de competências, no qual, “podem ocorrer bloqueios, que não podem ser resolvidos por mecanismos mais concretos de resolução de colisões⁴¹¹”. Graficamente, o princípio teria a função de “óleo lubrificante” nas “engrenagens da mecânica do Estado federal”, de modo a “suprimir as perdas por fricção ou mesmo os bloqueios do sistema e para assegurar o entrosamento imperturbável das engrenagens individuais, salvaguardando assim o funcionamento do todo⁴¹²”. Com isto, renunciar-se-ia às conotações “subjetivas” do princípio em prol de uma feição “objetiva”, vale dizer, funcional⁴¹³.

⁴⁰⁹ EGLI, Patricia. **Die Bundestereue als Grundprinzip Federalistischer Rechtsordnungen**, p. 170.

⁴¹⁰ JESTAEDT, Matthias. **Bundesstaat als Verfassungsprinzip**, p. 837.

⁴¹¹ JESTAEDT, Matthias. **Bundesstaat als Verfassungsprinzip**, p. 837-838.

⁴¹² JESTAEDT, Matthias. **Bundesstaat als Verfassungsprinzip**, p. 838.

⁴¹³ JESTAEDT, Matthias. **Bundesstaat als Verfassungsprinzip**, p. 838-839: “Die geläufige und herkömmliche Terminologie erweist sich insoweit als irreführend und überschießend, als es nach der verfassungsgeberischen Intention ausschließlich um – objektive – Existenz- wie Funktionssicherung des Gesamtsystems Bundesstaat in seinen Teilen geht, nicht aber weitergehend um – subjektiv konnotierte – Bundes-Treue, Bundes-Loyalität oder Bundes-Freundlichkeit. Mehr als die Einhaltung von Missbrauchs- und Obstruktionsverboten auf der einen Seite und gegebenenfalls die Erfüllung von Kooperationspflichten auf der anderen Seite ist nicht gefordert. Ein Böswilligkeitsnachweis ist entbehrlich. Funktionsfähigkeit im hier gemeinten Sinne fragt nicht danach, auf welche Weise am besten ein funktionierender Bundesstaat kreierte werden kann und welche dabei die Anteile des Bundes und der Glieder sind. Sie fragt vielmehr lediglich danach, wie bestehende Kompetenzzuweisungen dergestalt aufeinander abgestimmt werden müssen, dass die zulässige Kompetenzausübung des einen Teils – sei es des Bundes, sei es eines Landes – die in gleicher Weise zulässige Kompetenzausübung des anderen Teils nicht unmöglich macht oder doch intentionswidrig beschränkt. Dass das grundgesetzlich niedergelegte bundesstaatliche Kompetenzsystem im ganzen wie für jedes seiner Teile auch ins Werk gesetzt werden kann, geht nicht ausschließlich den Bund oder ausschließlich die Länder an, sondern unterschiedslos sämtliche am bundesstaatlichen Rechtsverhältnis Beteiligten” (tradução livre: “A terminologia comum e convencional revela-se enganadora e excessiva, na medida em que, de acordo com a intenção do constituinte, se trata exclusivamente

Dessa maneira, a lealdade federativa, pelo menos enquanto ideia geral, seria uma exigência derivada da própria repartição de competências legislativas e materiais estabelecida na Constituição de 1988 – repartição esta que, por sua vez, é também corolário do princípio federativo do art. 1º da CF – a qual frequentemente produz a superposição de atuações entre os entes federados, que, não raro, gera divergências de orientação normativa e insegurança jurídica no tráfico privado, para além da potencialidade no abuso de competências por um ente em detrimento dos demais e do todo. O funcionamento desse complexo arranjo estatal reclama a existência de um princípio geral abrangente (a lealdade federativa) que atue de modo a combater os tensionamentos excessivos e o exercício egoístico das competências.

Ademais, do inventário de dispositivos constitucionais empreendido no tópico 2.2.3 deste capítulo, depreende-se que o modelo de federalismo adotado pela Constituição já coincide, em diversos pontos, com o programa normativo da lealdade federativa e, em especial, com as suas concretizações essenciais. Nesse sentido, a partir da análise do texto constitucional, é possível extrair-se três tipos de relações jurídicas que podem se desenrolar entre os entes federados, todas elas pautadas pelo princípio da lealdade federativa: relações jurídicas de cooperação, coexistência e contraposição.

As relações jurídicas de cooperação podem ser identificadas nos diversos dispositivos constitucionais que positivam entre nós, o modelo cooperativo de Estado, analisadas anteriormente. Estas normas criam, para os entes federados, obrigações de ajuda e apoio e de coordenação e cooperação que muito se assemelham àquelas do direito alemão, facilitando a comparação e aproximação entre os dois sistemas. Ademais, o federalismo cooperativo incentiva que sejam criados arranjos interfederativos que promovam a informação, a consulta e o trabalho conjunto entre as distintas esferas de governo. A existência de competências legislativas concorrentes e de competências materiais comuns completa esse quadro.

Porém, nem só na cooperação e no trabalho conjunto se desenrola a “vida” do federalismo. Ela é também calcada nas relações de coexistência, vale dizer, na autonomia e na

– objetivamente – de assegurar a existência e o funcionamento de todo o sistema federal nas suas partes, mas não de – numa conotação subjetiva – lealdade federativa, fidelidade federativa ou simpatia federativa. Não se exige mais do que o cumprimento da proibição de abuso e obstrução, por um lado, e, se necessário, o cumprimento das obrigações de cooperação, por outro. A prova de má-fé é dispensável. A funcionalidade, no sentido aqui utilizado, não pergunta qual é a melhor forma de criar um Estado federal funcional e quais são as quotas da Federação e dos seus membros. Pelo contrário, ela apenas pergunta como as atribuições de competências existentes devem ser coordenadas entre si, de modo que o exercício admissível de competências por uma parte – seja a Federação, seja um Estado – não torne impossível ou, pelo menos, restrinja, contrariamente à sua intenção, o exercício igualmente admissível de competências pela outra parte. O fato de o sistema federal de competências estabelecido na Lei Fundamental também poder ser implementado na sua totalidade, bem como para cada uma das suas partes, não diz respeito exclusivamente à Federação ou exclusivamente aos Estados, mas sim a todos os participantes na relação jurídica federal, sem distinção”).

ausência de hierarquia entre os entes federados, estabelecidas no art. 18 da CF, possibilitando a diversidade e o pluralismo no interior do Estado e, com isso, atenuando as tendências de unitarização excessiva atreladas ao modelo cooperativo e ao princípio do Estado social. Nesse sentido, a Constituição cria competências concorrentes ou comuns para os entes federados, de modo a viabilizar a coexistência de distintas regulamentações sobre um mesmo assunto na federação, como no caso da educação e da proteção ao meio ambiente. Da mesma forma, relações de coexistência existem no caso de competências privativas, como é o caso das competências tributárias, vale dizer, coexistem regulações autônomas e distintas acerca de um mesmo tributo (e. g. o ICMS), cada qual relativa ao ente competente para instituí-lo e cobrá-lo.

Por fim, a ordem constitucional também prevê hipóteses de contraposição entre os entes federados. A contraposição ocorre, primordialmente, na forma dos conflitos que surgem quando do desempenho das competências legislativas e materiais atribuídas aos entes pelo texto constitucional, nas quais a jurisdição constitucional detém a prerrogativa de definir o ente competente de modo vinculativo e com isto, por vezes, anular o ato de outro ente, através das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Do ponto de vista subjetivo, relações de contraposição se desenvolvem quando da submissão de um conflito interfederativo à competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “f”, da CF). Por fim, a contraposição se materializa na intervenção da União sobre os Estados ou destes em face dos Municípios, aí incluída a hipótese de representação interventiva perante o STF.

Inclusive, é da nossa tradição a afirmação de que a intervenção federal deve se submeter a um duplo juízo de proporcionalidade, seja na verificação dos pressupostos hábeis à sua decretação, seja na eleição dos meios interventivos concretos. Isso aproxima essa figura da *Bundeszwang* do direito alemão e, em especial, da relação que a literatura daquele país faz entre *Bundeszwang* e *Bundestreue*, como já analisado. Por fim, no caso da ação cível originária submetida ao Supremo Tribunal Federal para a resolução de um conflito que tenha o potencial de “abalar” o pacto federativo, a exigência de lealdade entre as partes é igualmente pressuposta e chega a ser até mesmo uma exigência processual, como corolário da boa-fé (art. 5º do CPC).

Essas três formas de relacionamento entre os entes federados, cooperação, coexistência e contraposição, equivalem aos três tipos de relações jurídicas federativas especiais que podem se verificar no Estado federal. Ao lado da relação jurídica federativa fundamental, que decorre como eficácia direta e imediata do art. 1º, *caput*, da CF e possui caráter perene (“indissolúvel”), desenvolvem-se inúmeras outras relações jurídicas federativas especiais entre os entes federados, que podem assumir as formas que se optou por traduzir como cooperação (*Miteinander*), coexistência (*Nebeneinander*) e contraposição (*Gegeneinander*). Trata-se de

uma construção dogmática elaborada por Bauer⁴¹⁴ a partir do pensamento de Stern⁴¹⁵, e que pode ser aproveitada com grande valia à nossa ordem federal.

A relação federativa fundamental (art. 1º, *caput*, da CF), de caráter permanente, é a base, enquadramento e referência para as relações constantes entre os entes federados, formando uma comunidade de destino “uns com os outros”, “uns ao lado dos outros” e “uns contra os outros”. Nela, a lealdade federativa entra em jogo como um “dever federativo fundamental” (*bundesstaatliche Grund-Pflicht*) que, retomando o Tribunal Constitucional Federal, “governa” toda a relação entre os entes federados⁴¹⁶. Ela assume a tarefa de “vincular mais estreitamente” os entes federados “sob a ordem constitucional comum⁴¹⁷”. Assim, contribui para a consolidação da ordem federal com uma “orientação geral ambivalente” (*ambivalenten Gesamtausrichtung*): garante “unidade e pluralismo”; obriga a cooperação, mas também o respeito à autonomia e bloqueia o caminho tanto para unitarização quanto para a particularização excessivas do federalismo⁴¹⁸. Da mesma forma, é corolário da consagração do princípio federativo no art. 1º, *caput*, da CF, que se estabelece, no texto constitucional, a repartição de competências legislativas e administrativas entre os entes federados, a qual demanda, para o seu bom funcionamento, a postulação de um dever geral de consideração recíproca (*gegenseitige Rücksichtnahme*).

Sem embargo, deve-se reconhecer que, na prática, a relação federativa fundamental e o correspondente dever geral de lealdade federativa que a acompanha não se encontram em primeiro plano. Em vez disso, o que interessa ao aplicador do direito são, sobretudo, as relações

⁴¹⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 266: “Dennoch besteht kein Anlass zu Resignation. Wichtige Hinweise für eine aus sektoralen Systembildungen herausführende Gesamtdogmatik können nämlich einer bislang zu wenig beachteten Bemerkung von Klaus Stern entnommen werden. Danach verwirklicht sich die ‘bundesstaatliche Idee ... in einem Miteinander, Nebeneinander und Gegeneinander’, welche die verfehlten ‘Formeln von Gleichordnung, Überordnung und Unterordnung abzulösen’ haben. In der Tat lässt sich die normative Ordnung der Bund-Länder-Beziehungen heuristisch auf den Grundgedanken des ‘Miteinander, Nebeneinander und Gegeneinander’ ausrichten, der ein ‘weites Feld für Verbindungslinien und Trennstriche’ eröffnet” (tradução: “Contudo, não é o caso de resignação. Importantes orientações para uma dogmática global que conduz para fora de uma formação de sistemas setoriais podem ser derivadas de uma consideração de Klaus Stern, que, até o momento, recebeu pouca atenção. Segundo ele, ‘a ideia de Federação’ se realiza ‘em uma relação de cooperação [Miteinander], coexistência [Nebeneinander] e contraposição [Gegeneinander]’, a qual deve eliminar as errôneas ‘fórmulas de paridade [Gleichordnung], superioridade [Überordnung] e subordenação [Unterordnung]’. De fato, a ordem normativa das relações entre a Federação e os Estados pode se orientar heurísticamente em direção aos pensamentos fundamentais de ‘cooperação [Miteinander], coexistência [Nebeneinander] e contraposição [Gegeneinander]’, os quais abrem vasto campo para linhas de união e cortes de separação”).

⁴¹⁵ STERN, Klaus. **Die föderative Ordnung im Spannungsfeld der Gegenwart. Politische Gestaltung im Miteinander, Nebeneinander und Gegeneinander von Bund und Ländern**. Em: **Politikverflechtung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden**. Schriftenreihe der Hochschule Speyer ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1975, v. 55, p. 16–40.

⁴¹⁶ BVerfGE 61, 149 (205); 12, 205 (254); 81, 310 (337).

⁴¹⁷ BVerfGE 1, 299 (315).

⁴¹⁸ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 304-307.

jurídicas especiais que seccionam elementos da relação fundamental sob uma das três formas analisadas (cooperação, coexistência ou contraposição) e desenvolvem as concretizações do dever geral de lealdade, especialmente com vistas à resolução de um conflito concreto⁴¹⁹.

Porém, a lealdade federativa não prescinde da relação jurídica federativa fundamental, justamente porque é nela que se encontra o seu fundamento último. Não faria mesmo sentido fazer derivar um dever de lealdade especificamente aplicável aos entes federativos que não encontrasse a sua fundamentação no princípio que consagra a forma federativa do Estado e, com isso, estabelece uma relação jurídica permanente (“indissolúvel”) entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Portanto, a fundamentação da lealdade federativa deve ser extraída do art. 1º, *caput*, da CF, compreendido como a fonte normativa da relação jurídica fundamental “indissolúvel” estabelecida entre os entes federados, no contexto da qual nasce um dever jurídico, de caráter igualmente geral, voltado para assegurar o funcionamento do sistema de divisão de competências legislativas e administrativas estabelecido na Constituição Federal.

Esse aspecto, no entanto, escapa à concepção de Bauer, que, apesar de ter levado adiante a construção dogmática da lealdade federativa em conexão com as relações jurídicas geral e especiais do direito do Estado federal, preferiu fundamentar o instituto exclusivamente no princípio da boa-fé. A identificação dessa incongruência não parece ter sido objeto de maiores considerações na Alemanha, mas será explorada no tópico a seguir.

2.2.5 Princípio geral da boa-fé

A proposta de Bauer⁴²⁰ de fundamentação da lealdade federativa no princípio geral da boa-fé pretende superar os déficits de justificação inerentes ao instituto no contexto alemão, no

⁴¹⁹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 307-308.

⁴²⁰ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 247-248: “In der Tat liefert der gedankliche Dreischritt von – erstens – dem allgemeinen Rechtsgrundsatz über – zweitens – die Geltung von Treu und Glauben auch im öffentlichen Recht zu – drittens – der als besondere Ausprägung dieses Grundsatzes im Bundesstaatsrecht verstandenen Bundestreue einen normativ ansetzenden, juristisch disziplinierten, rational nachvollziehbaren und – auch dies – einfachen Ableitungszusammenhang. Er stellt das bundesfreundliche Verhalten auf eine solide, klare Rechtsgrundlage, macht den Rückgriff auf das undurchsichtige Gewirr von zudem teilweise historisch vorbelasteten Prinzipien und Erwägungen welcher Art auch immer entbehrlich und trägt außerdem dem Selbstverständnis der Akteure des Bundesstaates Rechnung, wonach Bund und Länder in einem ‘wechselseitigen Treueverhältnis’ zueinander stehen” (tradução livre: “De fato, tem-se um raciocínio derivativo simples, normativamente estabelecido, juridicamente disciplinado e racionalmente compreensivo quando se utiliza o seguinte pensamento de três partes: parte-se – primeiro – do princípio jurídico geral, passa-se – segundo – pela validade da regra de boa-fé também no direito público e chega-se – terceiro – na lealdade federativa compreendida como uma marca especial desse princípio no Estado federal. Tal raciocínio confere à conduta federativa amistosa uma base jurídica sólida e clara, torna dispensável o recurso ao confuso emaranhado de princípios historicamente

qual o recurso ao princípio federativo, como visto, é alvo de críticas⁴²¹. Essa posição não encontra eco na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, que mantém, até os dias atuais, sua orientação tradicional no sentido de ancorar o dever de conduta federativa amistosa diretamente no art. 20 I da Lei Fundamental, contentando-se, ademais em fazer referência às suas próprias decisões anteriores⁴²². De qualquer sorte, mesmo entre os críticos na literatura, reconhece-se que a proposta de Bauer é considerada “a mais ambiciosa” para a justificação do princípio⁴²³.

O raciocínio parte da constatação de que a lealdade federativa possui uma ligação histórica e até mesmo terminológica (“*Bundes*” + “*treue*”) com o princípio da boa-fé objetiva (“*Treu*” und *Glauben*, literalmente “lealdade e confiança”, na dicção do § 242 do BGB). De fato, já no ensaio de Smend, encontra-se a constatação de que “tal como o princípio da boa-fé é juridicamente decisivo [...] também o princípio da lealdade ao tratado e a conduta federativa

carregados e de ponderação desse tipo, bem como considera a compreensão que os atores do Estado federal têm de si, segundo a qual a Federação e os Estados se colocam em uma ‘relação de lealdade recíproca’).

⁴²¹ ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. **Federalismo no Brasil e na Alemanha**, p. 452-453, adere à formulação de Hartmut Bauer: “De nossa parte, **acreditamos que o posicionamento da lealdade federal como uma aplicação do princípio da boa-fé objetiva** – o qual permeia o ordenamento jurídico alemão como um princípio geral do Direito, ainda que ele seja mais conhecido pela sua positivação no âmbito do Direito Civil – é o mais convincente e também o mais útil. Note-se que não há um problema em fundamentar o dever de comportamento federativo amigável como um desdobramento típico, ou mesmo como o principal desdobramento da adoção da forma de Estado Federal. Todavia, tal opção não necessariamente atribui um conteúdo específico ao referido princípio, ao contrário do que ocorre quando a fundamentação se dá por meio da ideia de boa-fé objetiva. Nesse último caso, **a lealdade federativa passa a ser descrita como um dever genérico imposto aos entes federativos de proceder com lealdade em relação aos demais componentes da federação e buscar entendimento mútuo, e cujo desdobramento abrange inclusive o dever de levar em consideração o interesse dos outros entes federativos no momento de exercer os seus próprios direitos e deveres**” (grifos no original).

⁴²² Exemplifica a continuidade dessa prática a fundamentação oferecida no caso da proibição de transporte de combustíveis nucleares no porto de Bremen (2 BvL 2/15). Neste julgado, a fundamentação da lealdade federativa é feita a partir do princípio federativo e com referência a diversas decisões anteriores da Corte: “Bei der Inanspruchnahme der ihnen zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen unterliegen Bund und Länder der aus dem Bundesstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG folgenden Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten [...]. Die Bundestreue verpflichtet Bund und Länder, bei der Wahrnehmung ihrer Gesetzgebungskompetenzen die gebotene und ihnen zumutbare Rücksicht auf das Gesamtinteresse des Bundesstaats zu nehmen [...]. Wie dem Bund seine Befugnisse nur zum Wohl des Ganzen zugemessen sind, müssen auch die Länder in bestimmten Fällen Rücksicht auf das Gesamtwohl nehmen” (tradução livre: “No exercício da pretensão de suas competências legislativas, a Federação e os Estados se submetem ao dever de conduta federativa amistosa, derivado do princípio do Estado federal do art. 20, parágrafo 1, da Lei Fundamental [...]. A lealdade federativa obriga a Federação e os Estados, no exercício de suas competências legislativas, a demonstrar a devida e razoável consideração perante o interesse comum do Estado federal [...]. Assim como as competências [*Befugnisse*] da Federação lhe são atribuídas apenas em função do bem do todo, também os Estados devem, em determinados casos, considerar o bem do todo [*Gesamtwohl*]”).

⁴²³ WITTECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 520: “Der anspruchsvollste Versuch einer normativen Verortung in der jüngeren Literatur stammt von Hartmut Bauer, der für eine Ableitung der Bundestreue aus dem ‘allgemeine[n] Grundsatz von Treu und Glauben in bundesstaatsspezifischer Ausprägung’ votiert hat” (tradução livre: “Na literatura mais recente, proposta mais ambiciosa de uma localização normativa é de Hartmut Bauer, que opta pela derivação da lealdade federativa do ‘princípio geral de boa-fé em seu matiz específico ao Estado federal’”).

amistosa são legalmente decisivos para o conteúdo das disposições da Constituição do *Reich*⁴²⁴ e, mais adiante, referência ao “princípio da *bona fides* federativa” (*Prinzip der bundesstaatlichen bona fides*)⁴²⁵. Durante a República de Weimar e mesmo no contexto posterior da Lei Fundamental, estas similitudes e conexões cruzadas com o princípio da boa-fé objetiva continuaram a ser traçadas e ressaltadas.

Por exemplo, na primeira monografia especialmente dedicada ao tema, de autoria de Bayer, em 1961, encontra-se menção à tentativa aproveitarem-se os resultados da dogmática civilista do § 242 do BGB para a lealdade federativa, no que diz respeito à elaboração do caráter da complementariedade ou subsidiariedade⁴²⁶. Este autor também se vale do pensamento da boa-fé objetiva para estruturar a lealdade federativa como uma “barreira imanente ao exercício de direitos”⁴²⁷. Aponta, ainda que com reservas, a função interpretativa assumida pelos dois

⁴²⁴ SMEND, Rudolf, **Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat**, p. 51: “Was das Reich und die Einzelstaaten, d. h. was politisch angesehen vor allem Preußen und die übrigen Einzelstaaten einander schuldig sind, das ist nur zum Teil der Reichsverfassung zu entnehmen; wie neben den sonstigen Vorschriften über den Inhalt der einzelnen Schuldverhältnisse für den Geist ihrer Erfüllung der Grundsatz von Treu und Glauben rechtlich maßgebend ist, so für den Inhalt der Vorschriften der Reichsverfassung, soweit die Einzelstaaten irgendwie beteiligt sind, der Grundsatz der Vertragstreue und der bundesfreundlichen Gesinnung” (tradução livre: “O que o Império e os Estados individuais, isto é, o que sobretudo a Prússia e os demais Estados individuais devem politicamente uns aos outros, pode ser derivado apenas em parte da Constituição do Império; da mesma forma que, entre outros preceitos, o princípio da boa-fé é juridicamente decisivo para o espírito das diversas relações de obrigação, também o princípio da lealdade ao tratado e a convicção federativa amistosa são legalmente decisivos para o conteúdo das disposições da Constituição do *Reich*”).

⁴²⁵ SMEND, Rudolf. **Verfassung und Verfassungsrecht**, p. 272.

⁴²⁶ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 64: “Noch verhältnismäßig jungen Datums ist eine Lehre, die annimmt, dass die Bundestreue zwar keine »neuen Rechte und Pflichten«, des Bundes und der Länder begründe, wohl aber als ein »subsidiäres«, ein »ergänzendes« Prinzip neben die schon bestehenden Rechte und Pflichten trete. Die Anhänger dieser Lehre geben für ihre Ansicht keine Begründung. Der Zusammenhang, in den sie ihre Ausführungen stellen, lässt aber keinen Zweifel daran aufkommen, dass es ihnen darum geht, die von der Zivilrechtsdogmatik in dem Bemühen um eine Erfassung der Wirkungsmöglichkeiten des § 242 BGB gewonnenen Ergebnisse für das hier in Frage stehende Problem fruchtbar zu machen” (tradução livre: “É ainda recente uma teoria que supõe que a lealdade federativa não fundamenta ‘direitos e deveres novos’ da Federação e dos Estados, mas que essa surge, ao lado de outros direitos e deveres já existentes, como um princípio ‘subsidiário’ e ‘complementar’. Os defensores dessa teoria não apresentam qualquer fundamentação para esse ponto de vista. O contexto no qual eles situam suas colocações, porém, não deixa dúvidas quanto ao fato de que pretendem, para o problema aqui em questão, aproveitar-se dos resultados obtidos pela dogmática civilista em sua tentativa de apreender efeitos do § 242 do Código Civil [BGB]”).

⁴²⁷ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 65: “Auf die Bundestreue angewandt ergibt sich aus dem zuvor Gesagten, dass die Pflicht, den gemeinsamen Interessen Rechnung zu tragen, in erster Linie als ein materiales Prinzip gesehen werden muss, das jeweils neben eine formelle Hauptpflicht tritt, um die vollkommene Verwirklichung des vom Grundgesetz mit der Konstituierung derartiger Pflichten erstrebten Erfolges sicherzustellen: Die Bundestreue als ergänzende Nebenpflicht. Aus dem zu § 242 BGB Gesagten ergibt sich außerdem, dass die Bundestreue auch als inhaltliche Bindung formeller Rechte verstanden werden kann, als eine »Schranke, die dem Recht immanent ist« und dessen Ausübung insoweit begrenzt, als das gemeinsame Interesse von Bund und Ländern entgegensteht: Die Bundestreue als Ausdruck des Verbots der unzulässigen Rechtsausübung. Stellt die Betrachtung allein auf den zuletzt erwähnten Gesichtspunkt der Begrenzung von Rechten ab, so lässt sich die Bundestreue funktionell als Rechtsansäbungsschranke charakterisieren” (tradução livre: “Aplicado à lealdade federativa, resulta do que se disse anteriormente que o dever de considerar os interesses em comum deve ser visto como um princípio material, que, por sua vez, coloca-se ao lado de um dever formal principal de garantir a completa realização do êxito intentado pela Constituição com a instituição de tais deveres:

princípios⁴²⁸ e, finalmente, escora-se na boa-fé objetiva para defender que o trabalho de concretização da lealdade federativa deve ser feito com auxílio do método indutivo, através da sistematização de grupos de casos⁴²⁹. Mesmo no âmbito da literatura didática as semelhanças entre a lealdade federativa e o princípio da boa-fé objetiva são reiteradamente reconhecidas. Exemplo disso se encontra na obra de Degenhart, para quem a lealdade federativa seria uma “cláusula geral” comparável, grosso modo, ao princípio da boa-fé, apesar dos “problemas metodológicos” de tais comparações entre os distintos ramos jurídicos⁴³⁰.

a lealdade federativa enquanto dever secundário complementar. Do que se disse sobre o § 242 do Código Civil [BGB], resulta, além disso, que a lealdade federativa pode ser compreendida como vinculação material de direitos formais, como uma ‘restrição que é imanente ao direito’ e cujo exercício é limitado na medida em que não deve se contrapor ao interesse comum da Federação e dos Estados: a lealdade federativa enquanto expressão da proibição do exercício indevido de direitos. Caso o foco recaia exclusivamente sobre os últimos aspectos relativos à restrição de direitos, a lealdade federativa passa a se caracterizar funcionalmente como limitação do exercício de direitos”).

⁴²⁸ BAYER. Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 66-67: “Eine Untersuchung, die diesem Bedürfnis gerecht werden will, darf auf der einen Seite neben der Tradition, die die Bundestreue gerade als Auslegungsprinzip in der Staatsrechtslehre seit langem besitzt, den Umstand nicht aus dem Auge verlieren, dass die Rechtsprechung insbesondere des BVerfG mit Vorliebe dazu neigt, den »elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers« die »Wirkung von Auslegungsregeln« beizumessen. Sie darf auf der anderen Seite nicht unberücksichtigt lassen, dass auch in der Behandlung des hier wiederum als Modellfall verwendbaren Prinzips von Treu und Glauben nach und nach eine Verlagerung von der Auslegungsfunktion – § 157 BGB – zur materiellen Rechtssatzfunktion – § 242 BGB – hin sich vollzogen hat. Lässt sich der zuletztgenannte Umstand, wie vermutet werden darf, als Ausdruck der Forderung nach höchstmöglichem Rechtsschutz deuten, so dürften die besseren Gründe dafür sprechen, der Bundestreue regelmäßig die Funktion einer *Rechtsausübungsschranke* beizulegen” (itálico no original) (tradução livre: “Por um lado, um exame que faça jus a essa necessidade não pode deixar de, ao lado da tradição que, há muito, vê na lealdade federativa um princípio de interpretação da teoria do direito do Estado, considerar que a jurisprudência, sobretudo do Tribunal Constitucional Federal, tende a conferir o ‘efeito de regras de interpretação’ aos ‘princípios constitucionais elementares e às decisões fundamentais do legislador constitucional’. Tal exame, por outro lado, não deve deixar de considerar que, também no tratamento do princípio da boa-fé, aqui utilizado como caso modelo, ocorre uma realocação da função interpretativa – § 157 Código Civil Alemão [BGB] – em direção a uma função de regra jurídica material. Caso essa última circunstância seja interpretada, como se pode pressupor, como expressão da exigência de proteção jurídica máxima, então as melhores razões devem permitir que se confira à lealdade federativa a função de *limitadora do exercício de direitos*”).

⁴²⁹ BAYER. Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 75-76: “Ausgangspunkt jeder Bemühung, einen allgemeinen Rechtsgrundsatz im Wege der Induktion zu konkretisieren, ist, wie die Dogmatik zu § 242 BGB lehrt, die Erfassung und Systematisierung einer größeren Zahl einschlägiger Präjudizien. Es kommt darauf an, aus »kontinuierlichen Entscheidungsreihen« typisierte, durch besondere Interessenlagen gekennzeichnete Sachverhalte zu erschließen und die aus der Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf sie jeweils abgeleiteten Rechtsfolgen in einer allgemein gültigen Form zu bestimmen: An Hand einer »Vielzahl von Entscheidungen, deren inhaltlicher Kern sich auf die Verbindung bestimmter individualisierter Tatbestände mit bestimmten Rechtsfolgen zurückführen lässt«, werden konkrete Rechtssätze gewonnen” (tradução livre: “Ponto de partida de todo o esforço para concretizar um princípio jurídico geral pela via da indução é, conforme ensina a dogmática do § 242 do BGB, a apreensão e sistematização de um número maior de prejudgados na mesma direção. É necessário extrair fatores típicos, caracterizados por situações de interesse específicas, de séries de decisões continuadas, bem como determinar, de maneira universalmente válida, as consequências jurídicas derivadas da aplicação de um princípio jurídico geral: por meio de um ‘grande número de decisões, cujo núcleo de conteúdo pode ser reconduzido à conexão de determinados casos individualizados com consequências jurídicas determinadas’, extraem-se regras jurídicas concretas”).

⁴³⁰ DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht: mit Bezügen zum Europarecht**, p. 199, parágrafo 503: “Es handelt sich beim Gebot der Bundestreue um eine (ungeschriebene) *Generalklausel*, etwa vergleichbar (bei aller methodischen Problematik derartiger Vergleiche zwischen unterschiedlichen

De qualquer sorte, como as citações acima demonstram, trata-se da sugestão de meros “paralelos” ou “conexões cruzadas” entre os institutos, sem que se tenha dado um passo adiante no sentido de fazer derivar a lealdade federativa diretamente do princípio da boa-fé. Isso se justifica por diversos fatores. Em primeiro lugar, cabe mencionar a jurisprudência “formadora de opinião” do Tribunal Constitucional Federal, que preferiu a adoção de outros caminhos para a justificação do princípio. Além disso, as reservas contra a transferência de um princípio supostamente do direito civil para o direito público e o esforço por oferecer uma justificação mais específica ao Estado Federal oferecem outras explicações. Por fim, reservas de caráter mais geral contra uma pretensa judicialização excessiva de conflitos políticos, assim como contra o recurso a cláusulas gerais pela jurisdição constitucional, completam este quadro.

Nesse contexto, partindo das contribuições anteriores, Bauer defende que o princípio da boa-fé seria um princípio geral de direito que, embora tenha encontrado “expressão” especial no BGB, não seria peculiar ao direito privado, podendo reclamar validade como princípio “não escrito” de toda a ordem jurídica⁴³¹. Como consequência, também todos os ramos do direito público se encontrariam regidos pelo princípio da boa-fé, como demonstra o exemplo do direito administrativo, a partir da conhecida jurisprudência alemã acerca do princípio da proteção da confiança legítima do cidadão perante a Administração Pública⁴³².

Rechtsgebieten) dem Grundsatz von *Treu und Glauben*. Ähnlich wie dieser allgemeine Rechtsgrundsatz, erschließt sich das Gebot der Bundestreue in seiner konkreten Bedeutung aus bestimmten **Fallgruppen**, die sich insbesondere in der Rspr herausgebildet haben. Es ist in der Regel nicht unmittelbar und selbstständig zur Beantwortung verfassungsrechtlicher Fragestellungen heranzuziehen, sondern meist erst in Ergänzung und ggf in Korrektur der zunächst aus der positiven Ordnung des Grundgesetzes ermittelten Ergebnisse” (grifos e itálicos no original) (tradução livre: “Quanto ao preceito da lealdade federativa, trata-se de uma cláusula geral não escrita, comparável (apesar de toda problemática metodológica de tais comparações entre áreas jurídicas diversas) ao princípio da *boa-fé*. Similarmente a esse princípio jurídico geral, o preceito da lealdade federativa é extraído, em seu significado concreto, de **grupos de casos** específicos que se formam sobretudo na jurisprudência. Em regra, não é utilizado direta e autonomamente para responder a questionamentos jurídico-constitucionais, mas, principalmente, para complementar ou, em certos casos, para corrigir os resultados obtidos inicialmente da ordem positivada na Lei Fundamental”).

⁴³¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 245.

⁴³² BVerfGE 59, 128 (167), onde se lê: “Der in dieser Rechtsprechung in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht aus dem Rechtsstaatsprinzip entwickelte Vertrauensgrundsatz bedeutet, daß nach dem auch im öffentlichen Recht herrschenden Grundsatz von Treu und Glauben ein rechtswidriger Verwaltungsakt nur zurückgenommen werden darf, wenn das öffentliche Interesse an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung das durch den Erlaß des fehlerhaften Aktes begründete Vertrauen des Begünstigten auf die Beständigkeit behördlicher Entscheidungen überwiegt. Aus dieser Rechtsprechung ist die Tendenz entnommen worden, spezialgesetzliche Rücknahme- und Widerrufsregelungen im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen über den Widerruf und die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte auszulegen und den Vertrauensschutz zu berücksichtigen” (tradução livre: “O princípio da confiança, desenvolvido na jurisprudência a partir do princípio do Estado de Direito, em consonância com as decisões do Tribunal Constitucional Federal, significa que, segundo o princípio de boa-fé, também válido no direito público, um ato ilícito da administração só deve ser desfeito se o interesse público na legalidade da Administração se sobrepor à confiança do favorecido, fundamentada na execução do ato equivocado, na permanência das decisões administrativas. Dessa jurisprudência, adveio a tendência de considerar a defesa da confiança e de interpretar regras especiais de revogação e anulação em consonância com os princípios gerais de revogação e anulação de atos administrativos que favoreçam o cidadão”).

Inclusive, a concretização a partir de grupos de casos, a função de obstáculo ao exercício de competências ou como fonte de deveres adicionais, a aplicabilidade acessória e subsidiária, a função de preenchimento de lacunas e a estrutura de “cláusula geral” fazem com que os programas normativos da lealdade federativa e da boa-fé objetiva coincidam em pontos centrais. Conclui, assim, que a fundamentação da lealdade federativa derivada do princípio geral de direito da boa-fé tornaria desnecessário o recurso a outros princípios e considerações, ancoraria em uma base sólida e permitiria a sua aplicação pelos Tribunais de modo disciplinado e racional através das concretizações em grupos de casos⁴³³.

O autor antecipa argumentos em face daqueles que possam se opor à sua proposta de fundamentação. Uma primeira objeção estaria voltada contra a generalização do princípio da boa-fé ao direito público, dado que este princípio nasceu para regular as relações privadas entre seres humanos (“ética humana institucionalizada”)⁴³⁴. Bauer argumenta que o princípio da boa-fé não se limitaria ao âmbito da conduta humana, como demonstra, por exemplo, a doutrina do direito internacional público, que reconhece a boa-fé como fundamento da própria ordem jurídica entre os Estados soberanos. Na verdade, a aplicação da boa-fé ao direito dos Estados federais não seria a transferência indevida de um princípio do direito privado, mas a aplicação de um princípio geral de direito que é também pertinente ao direito constitucional⁴³⁵.

Uma segunda reserva se refere àqueles autores que, não sem razão, receiam por uma judicialização inadequada dos conflitos e processos próprios à política⁴³⁶. Hesse, retome-se, se preocupava com o risco de alteração do “equilíbrio existente entre o controle jurídico e o poder político” e a “divisão de poderes entre a Federação e os Estados”. Para o constitucionalista, seria equivocado exigir lealdade ou relações amistosas “precisamente onde a disputa entre distintas posições jurídicas” seria “admitida e até mesmo exigida pela própria Constituição⁴³⁷”. O princípio da lealdade federativa transformaria “questões de fato em questões de direito” à margem do texto constitucional e substituiria elementos essenciais do processo político por

⁴³³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 248. Não seria esdrúxulo, a partir dessa proposta de fundamentação, cogitar-se de uma tradução não literal de “*Bundestreue*” como “boa-fé federativa”.

⁴³⁴ BAYER. Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 47-48. O autor atribui essa visão, a qual adere, a um artigo de 1933 acerca do princípio da boa-fé no direito administrativo da autoria de Adolf Schüle, para quem a boa-fé seria uma peça da “ética pessoal” que se transportou para o direito civil, de modo que o direito do Estado, que seguiria apenas as leis da “ética política”, não lhe deixaria espaço de aplicação.

⁴³⁵ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 249-250.

⁴³⁶ BAYER. Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 48, nota 17, menciona a posição de Justun Wilhelm Hedemann que, no artigo intitulado “Die Flucht in die Generalklauseln”, datado de 1933, considera que submeter “a contradição dos fatores de poder no estado real” à cláusula geral da boa-fé seria algo “grotesco”.

⁴³⁷ HESSE, Konrad. **El Estado Federal Unitario**, p. 17.

decisões do Tribunal Constitucional Federal, “em detrimento da política, do direito e dos Tribunais, que têm muito a perder⁴³⁸”.

Contra essa opinião, defende Bauer que a Lei Fundamental “não reconhece uma isenção total da política em relação ao direito”, mas que, pelo contrário o “controle jurídico do processo político” seria “a própria tarefa da Constituição enquanto ordem jurídica fundamental”, de modo que, diante de sua própria pretensão de força normativa, a “luta das forças políticas no Estado federal” deveria subordinar-se e exercer-se nos limites do direito⁴³⁹.

Uma terceira crítica se refere à posição de Hesse acerca da suposta amplitude, vagueza e dos contornos “nebulosos” da lealdade federativa⁴⁴⁰. Bauer julga que essas preocupações devem ser levadas a sério, dado que o “recurso precipitado” a princípios não escritos conduz, com demasiada facilidade, a uma “argumentação superficial” tendente a “anular o direito escrito”. Entretanto, considera que, embora tais objeções sejam procedentes, elas devem limitar-se a uma oposição à extrapolação sem limites da lealdade federativa, sem atingir de modo definitivo sua validade enquanto princípio constitucional não escrito⁴⁴¹.

De fato, a amplitude relativa e a indeterminação de conteúdo não são qualidades exclusivas da lealdade federativa. A indeterminação, na verdade, é inerente ao fenômeno jurídico, apenas variando de acordo com o caráter gradualmente mais aberto ou fechado da norma jurídica que se pretenda analisar. Além disso, o caráter vago e indeterminado – e, conseqüentemente, a possibilidade de abuso judicial – da lealdade federativa é compartilhado por outras categorias do direito constitucional, como a proporcionalidade e mesmo os próprios direitos fundamentais (e. g. a dignidade da pessoa humana), sem que tal caráter aberto e indeterminado seja suficiente para inviabilizar um trabalho metodologicamente sério com essas categorias. Mais adiante, a partir dessa proposta de fundamentação, que não seria apenas de “interesse acadêmico”, o autor extrai quatro ordens de conclusões.

A primeira delas diz respeito à nomenclatura. Envolve a reafirmação da opção pelo termo “*Bundestreue*” para a designação da lealdade federativa, de modo preferencial em relação aos termos alternativos em alemão, com a tolerância de expressões tidas como sinônimas, como “*bundesfreundliches Verhalten*” (conduta federativa amistosa) e “*bundesstaatliche Treuepflicht*” (dever federativo de lealdade). Isto se justificaria porque a união dos termos “*Bundes*” e “*Treue*” tornaria evidente a fundamentação no princípio geral da

⁴³⁸ HESSE, Konrad. **El Estado Federal Unitario**, p. 17.

⁴³⁹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 250-251.

⁴⁴⁰ HESSE, Konrad. **El Estado Federal Unitario**, p. 14-18.

⁴⁴¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 251.

boa-fé e a peculiaridade de se tratar de uma expressão da boa-fé específica ao “mundo fático” (*Sachwelt*) do Estado federal. O autor adverte que a manutenção do termo “*Bundestreue*” deve ser feita de modo a eliminar conscientemente tanto as conotações éticas quanto o pano de fundo “místico-material” (*mystisch-materiale Tiefen*) que impregnam a história do instituto. Da mesma maneira, a opção pela manutenção da terminologia tradicional deve, não obstante, ser acompanhada do afastamento de interpretações no sentido de um dever apenas unilateral dos *Länder* de submeterem-se ao *Bund*, o que resta de todo inapropriado diante do efeito vinculante recíproco e multilateral reconhecido à lealdade federativa⁴⁴².

A segunda das conclusões diz respeito às críticas formuladas ao princípio da lealdade federativa. Com efeito, a fundamentação a partir do princípio geral da boa-fé forneceria uma resposta aos autores céticos, na medida em que, primeiramente, estaria associada a um abandono consciente dos contextos tradicionais de justificação do princípio, indefensáveis na ordem vigente. Ademais, poderia ser utilizada para contrapor-se à posição de Hesse segundo a qual a lealdade federativa poderia ser substituída pelo princípio da proibição do abuso de direito, justamente porque tal proibição também remonta, em última instância, ao princípio da boa-fé. Assim, a opção entre lealdade federativa ou proibição do abuso de direito para a resolução dos conflitos interfederativos redundaria num falso dilema⁴⁴³.

A terceira conclusão segue, nessa esteira, pela prescindibilidade de institutos alternativos que complementem o direito estatal federal escrito. Na medida em que o princípio geral da boa-fé seria suficiente, não haveria a necessidade de desenvolvimento de outros institutos, princípios ou normas que objetivassem substituir a lealdade federativa, já que sua integração ao ordenamento federal seria tão ou mais problemática do que a fundamentação do princípio em análise. Esse seria o caso da proporcionalidade⁴⁴⁴.

Por fim, uma quarta conclusão diz respeito à possibilidade de reconhecimento da função interpretativa da lealdade federativa, não como princípio constitucional hermenêutico autônomo, mas sim no contexto dos cânones sistemático e teleológico. A função interpretativa terá lugar especialmente diante de normas constitucionais individuais que sejam identificadas como expressão ou concretização parcialmente positivada da lealdade federativa, com o fim de identificar conexões sistemáticas, aclarar a *ratio* ou o *telos* da respectiva norma individual e, dessa forma, influenciar no processo decisório. Isso não significa que a lealdade federativa possa assumir a função de superação do direito escrito, “abrindo um conflito que já esteja pronto

⁴⁴² BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 254-257.

⁴⁴³ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 257-258.

⁴⁴⁴ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 258-259.

para decisão” com base na ordem positivada de competências à valoração subjetiva do aplicador e conduzindo, assim, o caso a um resultado diverso daquele propugnado pela ordem jurídica posta, com “alto grau de flexibilidade” até o limite puro e simples da arbitrariedade judicial⁴⁴⁵.

A proposta de Bauer não parece ter adquirido foros de aceitabilidade ampla⁴⁴⁶. Jestaedt⁴⁴⁷, por exemplo, aponta que a remissão ao princípio da boa-fé não solucionaria, mas apenas “prolongaria” o problema, assumindo um caráter de compromisso dilatatório, já que continuaria controvertida a existência de um princípio da boa-fé na ordem constitucional da Lei Fundamental, especificamente destinado a regular as relações entre os entes federados. Além disso, a posição daquele autor parece sofrer de certas deficiências não negligenciáveis quando abre mão completamente do princípio federativo como norma justificadora da lealdade federativa. Pelo menos até agora, os aspectos a seguir analisados parecem não ter sido objeto de maiores considerações na literatura alemã⁴⁴⁸. De qualquer sorte, um trabalho de direito comparado que objetive avaliar a viabilidade de aplicação do princípio da lealdade federativa a outro sistema jurídico oferece a oportunidade para o aprofundamento destas objeções.

A esse respeito, é instrutiva a argumentação de Bauer quando enfrenta o problema de definir se há uma independência da lealdade federativa diante do princípio geral da boa-fé. De fato, se é verdade que a boa-fé é um princípio que não se circunscreve ao direito privado e que

⁴⁴⁵ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 260.

⁴⁴⁶ Na nova edição do tratado de Klaus Stern, coorganizada por Helge Sodan e Markus Möstl, Josef Franz Lindner, atualizador do capítulo relativo ao princípio do Estado federal, parece aderir à proposta de Bauer: “[...] Das Grundgesetz hat sich für die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Bund und Ländern auf wesentliche Aspekte beschränkt, insbesondere auf die Frage der Verteilung der Kompetenzen, der Lösung von Normkollisionen sowie der Mitwirkung der Länder bei der Willensbildung des Bundes. Darüber hinaus ist für Rechtsverhältnisse nicht nur im Privatrecht, sondern auch im öffentlichen Recht anerkannt, dass es auch ungeschriebene Rechte und Pflichten gibt, die letztlich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgen. Für das Bundesstaatsprinzip versucht man dies unter dem Begriff der ‘Bundestreue’ oder des bundesfreundlichen Verhaltens zu fassen. Es handelt sich dabei um einen ungeschriebenen, das grundgesetzlich festgelegte Rechtsverhältnis zwischen Bund und Ländern ergänzender Grundsatz, der in der Staatspraxis freilich mit aller Vorsicht anzuwenden ist” (LINDNER, Josef Franz. **Das bundesstaatliche Prinzip**. Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, p. 743-744). Tradução livre: “A Lei Fundamental limitou-se aos aspectos essenciais da relação jurídica entre a Federação e os Estados, em especial à questão da distribuição de competências, à resolução de conflitos de normas e à participação dos Estados na formação da vontade da Federação. Além disso, reconhece-se que, nas relações jurídicas, não só no direito privado, mas também no direito público, existem também direitos e obrigações não escritos que, em última análise, decorrem do princípio da boa-fé. No que se refere ao princípio do Estado federal, procura-se apreendê-lo através do conceito de ‘lealdade federativa’ ou conduta federativa amistosa. Trata-se de um princípio não escrito que complementa a relação jurídica entre a Federação e os Estados, tal como estabelecida na Lei Fundamental e que deve, naturalmente, ser aplicado com a devida cautela na prática estatal”.

⁴⁴⁷ JESTAEDT, Matthias. **Bundesstaat als Verfassungsprinzip**, p. 839, nota de rodapé 358. Da mesma forma, WITTRECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 521.

⁴⁴⁸ A única referência encontrada na pesquisa se insere na mesma nota de rodapé de Jestaedt cima citada, na qual o autor destaca que, mesmo que fosse possível a derivação defendida por Bauer, a lealdade federativa deveria ser entendida como “a afiliação (*Anverwandlung*) específica do princípio da boa-fé com o Estado federal; nesta perspectiva, o princípio mais específico do Estado federal também se sobreporia à *lex generalis* da boa-fé” (JESTAEDT, Matthias. **Bundesstaat als Verfassungsprinzip**, p. 839, nota de rodapé 358).

também encontra aplicação no direito constitucional, seria de se cogitar se a lealdade federativa não seria um conceito totalmente dependente da ideia de boa-fé e, por isso mesmo, supérfluo diante das necessidades de uma ciência jurídica que se preocupe com a precisão argumentativa e não invista suas energias apenas na criação de várias terminologias para a descrição de um mesmo fenômeno.

A resposta de Bauer passa pelo reconhecimento de que a aplicação do princípio da boa-fé exige que “as peculiaridades da respectiva área do direito” sejam levadas em conta, vale dizer, o “estoque de normas de direito escrito” e sua “densidade regulatória”, bem como o “respectivo contexto fático”⁴⁴⁹. Desse modo, a boa-fé poderia assumir um caráter específico na área individual de incidência das relações interfederativas. Embora ancorada no princípio geral da boa-fé, a lealdade federativa estaria relacionada à relação fundamental entre a Federação e os Estados e, assim, “recebe um caráter específico dessa área de aplicação” além de “adaptar o programa normativo abstrato da boa-fé às condições da ordem constitucional do Estado federal”. Como uma “expressão da boa-fé específica ao Estado federal”, a lealdade federativa seria “pré-moldada” por suas máximas, mas receberia uma “impregnação substantiva específica por meio de sua referência à ordem estatal federal” e, nesse aspecto, garantiria “certa independência” em relação ao princípio mais amplo⁴⁵⁰.

A resposta, entretanto, apenas demonstra que a remissão ao princípio federativo não pode ser descartada para a fundamentação da lealdade federativa. Afinal de contas, a “ordem estatal federal” e as relações entre a Federação e os Estados não são dados do “mundo fático”, mas sim dados normativos. As “peculiaridades” da área das relações interfederativas são derivadas da incidência do princípio federativo enquanto princípio estruturante do Estado, o qual inaugura as relações jurídicas entre os entes federados (podendo assumir as formas gerais da oposição, cooperação ou coexistência); fornece o “estoque de normas” do direito escrito que serão objeto de interpretação e aplicação de acordo com a lealdade federativa; e, assim completa de “forma substantiva” o programa normativo do princípio geral da boa-fé.

Tudo isso torna impossível cogitar da existência, independente da boa-fé, do princípio da lealdade “federativa” sem fazer referência ao princípio “federativo”. Caso o fundamento do dever de lealdade se situasse exclusivamente no princípio geral da boa-fé, a própria construção de um princípio autônomo seria tarefa redundante. Como a lealdade federativa possui um caráter mais específico do que o princípio geral da boa-fé, possibilitando a resolução de conflitos federativos de forma mais setorizada, a partir de contornos gerais e concretizações

⁴⁴⁹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 252.

⁴⁵⁰ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 253.

individuais que de forma alguma poderiam ser extraídos automaticamente do princípio geral da boa-fé, a conclusão a que se chega é que a remissão ao princípio federativo na sua fundamentação é inevitável, o que comprova o acerto da orientação jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, apesar do seu notório déficit de fundamentação.

Do contrário, seria difícil até mesmo justificar o porquê de certas concretizações do princípio da boa-fé objetiva, consagradas no âmbito privado, não serem aplicáveis no contexto da lealdade federativa, como é o caso da objeção *tu quoque*, da *supressio* e da *surrectio*. A inaplicabilidade desses aspectos deriva justamente da fundamentação da lealdade federativa no princípio federativo que, dentre outros efeitos, inaugura uma ordem constitucional de competências dos entes federados marcada por características como a indisponibilidade e a imprescritibilidade.

O que deve ser objeto de reserva, na verdade, é a confusão – criada pelo próprio Tribunal Constitucional Federal em suas primeiras decisões, a partir de uma importação acrítica das ideias de Smend – entre o significado do princípio federativo no contexto de uma ordem constitucional republicana fundada no princípio da soberania popular e o “contrabando” de noções incompatíveis com essa mesma ordem. Essas noções impregnaram a compreensão do federalismo alemão, não podendo penetrar na ordem constitucional atual como que por “cavalos de Troia⁴⁵¹” (“*trojanische Pferde*”).

Esclarecido o conteúdo do princípio federativo e “purificado” o conceito de lealdade federativa, a fim de eliminar dele todos os elementos “emocionais” e “irracionais”, seria possível cogitar-se, no máximo, de uma fundamentação concorrente do instituto a partir de um entrelaçamento do Estado federal com o princípio geral da boa-fé. Sem embargo, no presente trabalho, prefere-se apenas reconhecer que entre a lealdade federativa e o princípio da boa-fé objetiva existem inegáveis conexões e paralelos metodológicos sem que, no entanto, isso seja suficiente para tornar a lealdade federativa um instituto derivado (ainda que de forma concorrente) do princípio da boa-fé. Isto não nos impede, entretanto, de reconhecer os méritos da proposta de Bauer, ainda que se deva contextualizá-los ao caminho aqui perseguido.

Primeiramente, ainda que se prefira fundamentar a lealdade federativa no princípio federativo (art. 20 I da GG e art. 1º, *caput*, da CF), é inegável que o conceito de lealdade deve sofrer uma depuração de modo a afastar-se dele qualquer elemento “ético ou místico”, incompatível com a “ordem constitucional livre e democrática” – no Brasil ou na Alemanha – e, mais do que isso, estranho à toda a história do federalismo brasileiro. Em segundo lugar, a

⁴⁵¹ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 224-231 e 235.

adoção do termo “lealdade federativa” deve sempre ser seguida da advertência acerca de sua eficácia recíproca e multilateral na ordem federal, a qual é composta de relações jurídicas formadas entre sujeitos de direito que se encontram numa posição *prima facie* de igualdade e não de hierarquia.

Ademais, o esclarecimento das conexões com a boa-fé, de fato, serve para superar as propostas de substituição do instituto por equivalentes funcionais como a proibição do abuso de direito e a proporcionalidade, além de realçar a possibilidade – e os limites – da sua utilização como norma de decisão de conflitos judiciais. Por fim, é digno de nota que as conexões com a boa-fé tornam possível que a lealdade federativa seja concretizada a partir da metodologia dos grupos de casos, o que diminui a insegurança jurídica atrelada ao programa normativo elástico e indeterminado da conduta federativa amistosa e contribuem para uma aplicação mais racional e previsível do direito.

3 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO, CONCRETIZAÇÕES ESSENCIAIS E JUSTICIABILIDADE DA LEALDADE FEDERATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

No capítulo anterior, demonstrou-se a possibilidade de fundamentação do princípio da lealdade federativa na ordem federal da Constituição de 1988 enquanto emanção, vale dizer, eficácia constitutiva autônoma, do princípio federativo, contido no art. 1º, *caput*, da CF. No entanto, a lealdade federativa não se esgota na enunciação de um dever genérico para os entes federados aplicável na ordem constitucional. Resta, ainda, a tarefa da elaboração, em vista das peculiaridades do direito brasileiro: (1) dos seus critérios de aplicação; (2) de uma proposta de sistematização de suas concretizações essenciais; bem como (3) da explicitação das suas formas e limites de justiciabilidade.

3.1 Critérios de aplicação da lealdade federativa

A aplicação da lealdade federativa na resolução de conflitos interfederativos deve observar a presença de certos requisitos prévios. A construção de tais critérios de aplicação deve, mais uma vez, obedecer às especificidades do direito brasileiro. Não obstante, os influxos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal e, principalmente, a detalhada reconstrução e aprimoramento dogmáticos elaborados na obra de Bauer servem como parâmetro para o delineamento desses requisitos.

De forma ampla, o campo de incidência da lealdade federativa depende da prévia identificação de uma relação jurídica entre os sujeitos a ela vinculados. Dessa relação jurídica emanarão certos deveres ou limitações que influenciarão as possibilidades de ação *in concreto* dos entes federados. Isso não significa, entretanto, que a lealdade federativa não possa produzir efeitos perante terceiros, nem que os sujeitos vinculados não possam ser obrigados a agir de determinado modo perante esses terceiros como efeito do dever de lealdade. Ademais, não serão todas as violações ao programa normativo abstratamente concebido da lealdade federativa que levarão à invalidação prática de atos jurídicos ou à imposição de deveres de ação ou procedimento.

3.1.1 O dever geral de lealdade federativa e as suas concretizações

No item 2.3 do capítulo anterior, fez-se referência ao art. 1º, *caput*, da CF como a fonte de uma relação jurídica permanente entre os entes federados que pode ser qualificada como

“fundamental”, ou seja, como a base ou moldura para o desenvolvimento de outras relações entre eles. No contexto dessa relação geral, nasceria também um dever igualmente geral que teria por função primordial garantir o bom funcionamento da ordenação constitucional de competências, neutralizando, no federalismo, pulsões fratricidas ou de orientação centrífuga. Essas ideias, no entanto, demandam algum aprofundamento.

3.1.1.1 A relação jurídica federal fundamental e o dever geral de lealdade

A distinção entre a relação jurídica fundamental (geral) e as relações jurídicas “concretas” (especiais) do direito do Estado federal, elaborada por Bauer, corresponde à diferenciação entre o dever geral de lealdade federativa e os deveres concretos, limitações e regras adicionais a partir daí derivados⁴⁵². Tal distinção corresponde ao esforço do autor no sentido de reconstruir pronunciamentos do Tribunal Constitucional Federal que, se tomados isoladamente, parecem incompatíveis e até contraditórios entre si.

Com efeito, na jurisprudência encontram-se citações do Tribunal Constitucional Federal que parecem denotar a aplicabilidade da lealdade federativa, de forma ampla, a todas as relações travadas entre os entes federados. A título de exemplo, tem-se que: “[n]o Estado federal alemão, toda a relação jurídico-constitucional entre o Estado como um todo e os seus membros, bem como a relação jurídico-constitucional entre os membros, orienta-se pelo princípio constitucional não escrito do dever recíproco da Federação e dos Estados de conduta federativa amistosa⁴⁵³”; ainda, assevera-se o fato de a Federação e os Estados “no Estado federal estarem sempre em uma relação jurídico-constitucional entre si”⁴⁵⁴.

Por outro lado, há pronunciamentos que dão à lealdade federativa um âmbito de incidência aparentemente mais estreito. Nesse sentido, o Tribunal já afirmou que o dever

⁴⁵² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 303-304.

⁴⁵³ BVerfGE 12, 205 (254); 61, 149 (205); 81, 310 (337).

⁴⁵⁴ BVerfGE 42, 103 (113): “Um im vorliegenden Fall zu einer eindeutigen Abgrenzung zu kommen, ist das dem Streit zugrunde liegende Rechtsverhältnis zur Ermittlung der Rechtsnatur des Streites um die geltend gemachten Ansprüche heranzuziehen. Dabei ist wiederum von Bedeutung, daß die Länder im Bundesstaat stets in einem verfassungsrechtlichen Verhältnis zueinander stehen; aber nicht alle Ansprüche zwischen ihnen gründen in diesem verfassungsrechtlichen Grundverhältnis. Geltend gemachte Ansprüche können in einem engeren Rechtsverhältnis wurzeln, und dann ist dieses engere Rechtsverhältnis und seine Rechtsnatur maßgebend für die Rechtsnatur der geltend gemachten Ansprüche” (tradução livre: “Para se chegar a uma delimitação clara, no caso em apreço, a relação jurídica subjacente ao litígio deve ser utilizada para determinar a natureza jurídica do litígio relativo às pretensões invocadas. Neste contexto, é novamente importante o fato de os Estados no Estado federal estarem sempre em uma relação jurídico-constitucional entre si; no entanto, nem todas as pretensões entre eles se baseiam nesta relação jurídico-constitucional fundamental. As pretensões podem ter por fundamento uma relação jurídica mais estreita e, nesse caso, essa relação jurídica mais estreita e a sua natureza jurídica são decisivas para a natureza jurídica das pretensões”).

constitucional de conduta federativa amistosa “teria relevância apenas caso houvesse uma relação constitucional concreta entre a Federação e os Estados”⁴⁵⁵; “[o] princípio da lealdade federativa [...] constitui ou limita direitos e deveres dentro de uma relação jurídica existente entre Federação e Estados”; ele, porém, “não fundamenta, por si só, uma relação jurídica entre eles. As relações jurídicas recíprocas, dentro das quais a lealdade deve ser mantida, precisam já ser existentes ou serem fundamentadas por meio de negociações”⁴⁵⁶. A lealdade federativa possui natureza acessória, vale dizer, ela “por si só, não pode justificar deveres (de ação, de omissão, de tolerância) da Federação ou dos Estados”; isso significa que a lealdade federativa “tem relevância apenas em uma relação jurídica (legal ou contratual) fundamentada em um outro momento ou em um dever jurídico independente e fundamentado legalmente em um outro momento”⁴⁵⁷.

Diante desse quadro, a proposta de Bauer é a de que os pronunciamentos sejam compatibilizados, de modo a compreender-se que os mais amplos se referem à “relação jurídico-federativa fundamental” (*bundesstaatliche Grundverhältnis*), de caráter geral, a qual seria acompanhada pelo “dever geral de lealdade” (*allgemeine Treuepflicht*), ao passo que as afirmações mais restritivas diriam respeito ao que ele chama de “relações jurídicas especiais do direito do Estado federal” (*besonderen Rechtsverhältnisse des Bundesstaatsrechts*) e às “concretizações do dever geral de lealdade” (*Konkretisierungen der allgemeinen Treuepflicht*).

Dentro dessa visão, a relação fundamental do direito do Estado federal referir-se-ia à “relação fundamental geral, multifacetada (multipolar), à qual a Federação e os Estados estão vinculados na ordem estatal federal da Lei Fundamental⁴⁵⁸”. Estar-se-ia diante de uma “relação jurídica geral, na qual já existem posições jurídicas gerais, mas da qual ainda não se podem extrair conclusões nem deveres específicos (concretos) para os sujeitos de direito envolvidos⁴⁵⁹”. Esta relação fundamental seria “concebida constitucionalmente para ser permanente” e uniria “a Federação e todos os Estados numa relação permanente de Estado federal, formando uma comunidade de destino”, sendo o ponto de referência e quadro para a “constante ‘cooperação, coexistência e contraposição’” (*Miteinander, Nebeneinander und Gegeneinander*), “moldada pelo direito constitucional através da atribuição de direitos e deveres e na qual a ordem federal se torna realidade diariamente”⁴⁶⁰. O autor enumera que as

⁴⁵⁵ BVerfGE 21, 312 (326).

⁴⁵⁶ BVerfGE 13, 54 (75).

⁴⁵⁷ BVerfGE 42, 103 (117).

⁴⁵⁸ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 304.

⁴⁵⁹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 304.

⁴⁶⁰ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 305.

características essenciais dessa relação fundamental entre os entes federados seriam “a cooperação, a coordenação, a solidariedade, o contato permanente no respeito e consideração recíprocos”; mas também “a disponibilidade (temporária) para o conflito e a confrontação na perspectiva da resolução de litígios nos procedimentos juridicamente previstos”, abrangendo, por fim, o respeito à “autonomia independente” de cada esfera de governo⁴⁶¹.

Da relação fundamental acima descrita, “o dever geral de lealdade recebe o seu caráter específico, os seus contornos e o seu *telos*”. O dever geral teria por tarefa vincular as “partes” interdependentes do Estado federal mais estreitamente sob a ordem constitucional comum, e, assim, contribuir para a consolidação do Estado federal e a realização do bem comum federal, mantendo dentro de limites o egoísmo dos entes federados, contrariando “sistematicamente os sinais de afrouxamento, bem como as tendências de divisão”, e obrigando “as partes envolvidas a não empreenderem nada que prejudique o todo ou seus membros”. Ao mesmo tempo, porém, preocupa-se em “salvaguardar os interesses bem compreendidos” dos entes federados e “impõe limites aos esforços que ameaçam perturbar o equilíbrio da distribuição federal de direitos e deveres”⁴⁶².

Portanto, o dever geral de lealdade seria “mais do que a mera soma dos deveres individuais concretos que dele derivam num determinado momento e que, de qualquer modo, nunca podem ser determinados de forma conclusiva”, permeando “todo o direito do Estado federal” como um “componente definidor da ordem federal” da Lei Fundamental dotado de “orientação geral ambivalente” (*ambivalenten Gesamtausrichtung*): ele garante “unidade e pluralismo”, obriga à cooperação, mas também o respeito à autonomia e bloqueia o caminho tanto para unitarização quanto para a particularização excessivas do federalismo⁴⁶³.

Estas afirmações “situam-se num nível comparativamente abstrato e, consideradas isoladamente, não são (ainda) adequadas para a decisão”, mas “são indispensáveis para a dogmática do direito do Estado federal”, pois “fornecem conhecimentos essenciais sobre as estruturas jurídicas básicas da ordem federal”, podendo, ainda, “apontar conexões sistemáticas e teleológicas e, assim, orientar o processo de determinação do direito (*Rechtsfindung*)”. Por fim, “orientam a resolução de litígios”, sobretudo “na esfera extrajudicial, cuja importância é muitas vezes subestimada, na qual o dever federal de lealdade desempenha um papel importante⁴⁶⁴”.

⁴⁶¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 305.

⁴⁶² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 305-306.

⁴⁶³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 305-306.

⁴⁶⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 306-307.

3.1.1.2 As relações jurídicas federais especiais e as concretizações do dever geral de lealdade

Sem embargo, no trabalho cotidiano, a relação jurídica federal fundamental e o dever geral de lealdade assumem um papel secundário. O maior interesse prático recai sobre as relações jurídicas especiais, que são subáreas ou secções da relação jurídica federal global. Os direitos e obrigações que daí decorrem baseiam-se na Constituição, na lei ou em contratos, convênios e instrumentos congêneres, devendo ser determinados em cada caso com base nas normas jurídicas relevantes – dentre as quais se insere o princípio da conduta federativa amistosa. No entanto, o dever geral de lealdade tem apenas “capacidade limitada para responder às questões jurídicas que surgem nas relações jurídicas especiais, porque, regra geral, não é (ainda) suficientemente operacional para a prática jurídica quotidiana”⁴⁶⁵.

Em razão disto, são necessárias especificações mais precisas e pormenorizadas, vale dizer, as “concretizações do dever geral de lealdade”. Assim, “nas relações jurídicas especiais do direito do Estado federal, não são sobretudo as declarações gerais de lealdade federal que são aplicadas, mas sim os deveres federais concretos de lealdade que delas derivam”. As concretizações têm, doravante, “o seu ponto de referência central nas relações jurídicas especiais e servem, em primeiro lugar, para gerir os conflitos entre os interesses opostos das respectivas partes”. Estas relações especiais “têm objetos muito diferentes e os postulados substantivos dos deveres concretos de lealdade são correspondentemente diversos”; a depender do caso, exigem “interação” (*Zusammenwirken*), “participação” (*Mitwirkung*), “informação” (*Information*), “entendimento” (*Verständigung*), “coordenação” (*Abstimmung*), “negociação” (*Verhandlung*), um “estilo negocial justo” (*fairen Verhandlungsstil*), “ajuda” (*Hilfeleistung*), “apoio” (*Unterstützung*), “consideração” (*Rücksichtnahme*), “respeito” (*Achtung*) e outros⁴⁶⁶.

3.1.2 Sujeitos de direito vinculados

Conforme analisado no item 1.1.3, no direito alemão, entende-se que, do ponto de vista da abrangência, a lealdade federativa obriga igualmente a todos os sujeitos da relação federativa que, naquele sistema jurídico, são os Estados e a Federação. Por outro lado, a literatura é da opinião de que os Municípios não estariam diretamente vinculados ao dever de conduta

⁴⁶⁵ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 307.

⁴⁶⁶ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 308.

federativa amistosa, numa construção corroborada pelo entendimento do Tribunal Constitucional Federal no caso dos referendos no Estado de Hesse.

No direito brasileiro, não é possível proceder-se a uma tal limitação. E isto porque a conjugação dos arts. 1º, *caput* e 18, *caput*, da CF torna saliente uma importante peculiaridade do federalismo brasileiro em relação ao alemão: a menção aos Municípios como peça essencial do pacto federativo e, portanto, como sujeitos do direito do Estado federal. Isso significa que, por expressa disposição constitucional, no Brasil, o princípio da lealdade federativa também deve ser exigido pelos Municípios ou pelos outros entes federados em face deles, não cabendo, no ponto, uma transferência acrítica das construções da dogmática alemã, já que, naquele sistema jurídico, os Municípios não integram o pacto federativo enquanto entidades político-estatais, isto é, não se qualificam como “entidades intraestatais rígidas”⁴⁶⁷.

Por esta razão é que não se pode concordar com certas passagens da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da lealdade federativa, quando anunciam que “[a]s relações entre entes da Federação, especialmente entre a União e Estado-membro, devem ser regidas por vetores constitucionais como lealdade federativa, solidariedade e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos”⁴⁶⁸. Com efeito, o princípio da lealdade federativa não se limita, na ordem constitucional brasileira, às relações entre União e Estado-membro, aplicando-se, da mesma forma, aos Municípios, que são entes federados (arts. 1º e 18 da CF)⁴⁶⁹. Ainda, não há que se falar em uma vinculação diferenciada ao “especial” na relação União-Estado, haja vista que a lealdade federativa, como visto, possui a característica da “eficácia jurídica

⁴⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 345. Na jurisprudência do STF, *vide* a ADI 2.112 MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 11-5-2000, na qual afirma o Relator: “[...] Dar alcance irrestrito à alusão, no art. 29, caput, CF, à observância devida pelas leis orgânicas municipais aos princípios estabelecidos na Constituição do Estado, traduz condenável misoneísmo constitucional, que faz abstração de dois dados novos e incontornáveis do trato do Município da Lei Fundamental de 1988: explicitar o seu caráter de ‘entidade infraestatal rígida’ (sic) e, em consequência, outorgar-lhe o poder de auto-organização, substantivado, no art. 29, pelo de votar a própria lei orgânica”.

⁴⁶⁸ Conferir, nesse sentido, os seguintes julgados: “[...] 3. As relações entre entes da Federação, especialmente entre a União e Estado-membro, devem ser regidas por vetores constitucionais como lealdade federativa, solidariedade e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. [...]” (ACO 2178, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 09-03-2023 PUBLIC 10-03-2023); “[...] 3. As relações entre entes da Federação, especialmente entre a União e Estado-Membro, devem ser regidas por vetores constitucionais, como lealdade federativa, solidariedade e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos”. (ACO 3119, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 29-06-2020 PUBLIC 30-06-2020).

⁴⁶⁹ Nesse sentido, conferir trecho do voto do Min. Gilmar Mendes na Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 19/03/2009, em conexão com a ideia de lealdade federativa: “Estamos diante de um texto constitucional que, na linha da nossa tradição, galvaniza com cláusula pétrea o princípio federativo, e o texto de 1988 é ainda muito mais radical ao referir-se também ao município. E isso tem algum sentido, não pode se fazer *tabula rasa* dessas unidades políticas. Não se pode simplesmente desaparecer unidades políticas por se entender que elas são indevidas ou foram criadas com uma má intenção [...]”.

recíproca e multilateral” (*wechsel- und mehrseitige Rechtswirkung*), a exprimir que os entes federados a ela se vinculam sempre na mesma medida, como corolário da igualdade federativa e da ausência de hierarquia entre eles.

3.1.3 Produção de efeitos perante terceiros

Como analisado no item 1.1.4, os efeitos da lealdade federativa são limitados às relações jurídicas entre os entes federados. Os sujeitos que não são participantes da relação federativa, mas que travam relações de outro tipo com os entes federados são coletivamente denominados de “terceiros”. Os terceiros não estão diretamente vinculados ao dever de lealdade, mas os entes federados podem ser obrigados a comportar-se de determinada maneira perante eles com base nas relações federativas existentes entre si.

Enquanto participantes da relação federativa, os entes federados nunca se encontram completamente “livres” e desvinculados na sua conduta perante terceiros, devendo sempre levar em consideração os interesses dos outros entes federados. Trata-se do “efeito irradiador” da lealdade federativa. Por meio disso, os terceiros não se tornam diretamente “responsabilizados”, alargando a aplicação do instituto. Pelo contrário, apenas os entes federados, devido aos vínculos na sua “relação interna”, são obrigados a observar a lealdade federativa nas suas interações com terceiros.

Ademais, nesse contexto, insere-se a dimensão da lealdade federativa relacionada aos cidadãos. Os cidadãos, em princípio, são desconsiderados na aplicação do dever de conduta federativa amistosa. O raciocínio é o de que se os cidadãos pudessem exigir lealdade federativa de seus Estados, seria então um pequeno passo até que eles próprios pudessem “demandar” lealdade federativa enquanto sujeitos de direito e, com isso, pudessem tentar, por exemplo, “derrubar” ou “corrigir” a “diversidade federal” que “tenha se tornado impopular”, em setores como o sistema educacional e os salários do funcionalismo público. O dever de lealdade é próprio às relações jurídicas entre os entes federativos, apenas produzindo efeitos neste contexto. Doravante, a referência direta ao cidadão não é justificável do ponto de vista normativo.

Isso não significa, entretanto, que a lealdade federativa seja indiferente para o cidadão. A este respeito, os direitos fundamentais devem funcionar como uma “correia de transmissão” (*Transmissionsriemen*). Assim, por exemplo, caso uma lei seja nula por violação à lealdade federativa, o cidadão afetado em suas posições jurídicas subjetivas tem direito a postular em juízo valendo-se da “ponte” dos direitos fundamentais de liberdade. Sem embargo, tal dimensão

da lealdade federativa deve ser entendida no contexto da relação Estado-indivíduo, que é mediada pelos direitos fundamentais, ou seja, como meramente indireta, não sendo suficiente para que o cidadão se transforme em “titular” de um “direito” à lealdade federativa.

No direito brasileiro, essa construção dogmática também parece encontrar guarida. Não obstante, deve-se reconhecer que o conjunto de direitos fundamentais consagrado na nossa Constituição Federal é reconhecidamente mais amplo do que aquele albergado pela Lei Fundamental alemã, abrangendo, a título de exemplo, além de direitos sociais clássicos, como saúde (art. 196 da CF) e educação (art. 205 da CF), também direitos difusos e coletivos como o direito ao meio ambiente (art. 225 da CF), à segurança pública (art. 144, *caput*, da CF), etc. Dessa forma, a possibilidade de afetação, por atos estatais em desacordo com a lealdade federativa, das posições jurídicas subjetivas do cidadão, titular de direitos fundamentais, parece ser *prima facie* muito mais alargada no Brasil do que na Alemanha.

Porém, daí não se pode concluir que a construção dogmática desenvolvida naquele país seja inútil para o nosso sistema. Na verdade, ela se mostra adequada à ordem federal da Constituição de 1988, que reconhece apenas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a qualidade de atores do Estado federal (arts. 1º, *caput*, e 18, *caput*, da CF). Em inúmeros casos, apenas os entes federados deterão a legitimidade para judicializar possíveis violações à lealdade federativa. A título de exemplo, ainda nesse capítulo serão analisados casos da jurisprudência do STF nos quais os interesses suscitados são tipicamente estatais, não repercutindo, juridicamente, sobre a esfera dos cidadãos, pelo menos de forma imediata – pense-se nos exemplos do contingenciamento do Fundo Nacional de Segurança Pública, das compensações decorrentes das perdas do ICMS e das ações cíveis originárias destinadas à revisão de contratos de cessão de *royalties* celebrados entre os entes federados.

Em todas essas situações, a tutela da saúde financeira dos entes federados, que pode ser colocada como pano de fundo comum, repercute, de modo inequívoco, sobre a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Afinal de contas, é impossível ao Estado o cumprimento dos deveres de proteção e das pretensões de cunho prestacional, exigíveis pelo cidadão como corolários dos direitos fundamentais, sem recursos públicos suficientes. Isso não significa, no entanto, que o cidadão se torne, automaticamente, parte detentora de legitimidade e interesse, no sentido processual, para tutelar a observância do dever de lealdade em todo e qualquer caso, ainda que as possibilidades de ação dos titulares de direitos fundamentais sejam, como dito, mais alargadas no Brasil.

Por fim, outro aspecto relevante para os cidadãos parece se encontrar naquilo que se chama de “coordenação suprarregional”. Rememora-se que o Tribunal Constitucional Federal

já decidiu, para o sistema de radiodifusão alemão, que este depende de uma coordenação de regulamentações, na medida em que isso é necessário para o funcionamento do sistema e, em especial, para o respeito aos direitos dos particulares, especificamente os anunciantes publicitários, que não podem ser submetidos a múltiplas regulamentações, conflitantes entre si, sob pena de ver-se inviabilizado o próprio exercício de sua atividade profissional.

Uma última observação, que também guarda conexão com a ideia de cooperação federativa, é a de que, por mais indispensáveis que sejam os deveres de coordenação e cooperação no federalismo, eles não devem ser aplicados de modo a anular a diversidade federal. A lealdade federativa não pode, portanto, ser entendida como princípio de coordenação universal nem de uniformização completa. Na verdade, até mesmo a competição (leal) pode ser fomentada no âmbito das políticas públicas sem que isso encontre qualquer contradição com a ideia de conduta federativa amistosa.

Isso se exemplifica com o caso da legislação sobre a remuneração de agentes públicos. No direito alemão, chegou-se a discutir se os desníveis de remuneração não consistiriam em um tipo de “deslealdade federativa”, na medida em que os Estados que estabelecem remunerações mais altas colocam os demais sob a possibilidade de “pressão” para um aumento nas remunerações. Entretanto, a resposta dada a essa questão é no sentido de, em princípio, não reconhecer uma tal violação. E isto porque, em matéria de política salarial, a ordem constitucional aspira pela competição, diversidade e respeito à autonomia e capacidade de cada ente. Inclusive, um dos objetos da reforma do federalismo de 2006 foi a de devolver aos Estados essa competência legislativa específica. Vale a observação segundo a qual do dever de recíproca consideração não deriva necessariamente um dever de harmonização de regulações⁴⁷⁰.

No Brasil, da mesma forma, as diferenças de remuneração para um mesmo cargo ou função entre os entes federados não podem ser consideradas como violação ao princípio da lealdade federativa. No nosso direito, essas reivindicações encontram uma barreira, na relação Estado-agente público, já no inciso XIII do art. 37 da CF, que estabelece que “é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público”. Porém, na relação entre entes federados, nas quais uma pretensa violação à lealdade poderia ser aventada pelas “pressões políticas” decorrentes das políticas

⁴⁷⁰ DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht: mit Bezügen zum Europarecht**, p. 200, parágrafo 506; LINDNER, Josef Franz. **Das bundesstaatliche Prinzip**. Em: Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, p. 743 e ss.

salariais variadas, não há, igualmente, qualquer óbice. Na verdade, o que se tem é a expressão da autonomia político-administrativa de cada esfera de governo (art. 18, *caput*, da CF).

O limite a uma tal “diversidade federal” parece se encontrar justamente nos direitos fundamentais. Como visto, os cidadãos são considerados terceiros para fins de vinculação à lealdade federativa, não podendo exigir dos entes federados que adotem regulações idênticas com vistas a anular tal diversidade. A comparação entre regulamentações, entretanto, pode servir como base para a aferição de violação a um direito fundamental.

Nesse sentido, a título de exemplo, pode-se estabelecer uma conexão entre o direito fundamental à educação, positivado de forma ampla no art. 6º, *caput*, da CF e a previsão contida no já referenciado art. 211, §1º, da CF, que estabelece a necessidade, no sistema de ensino, de uma “equalização de oportunidades educacionais”. Nessa situação, a “diversidade federal” pode ser a causa de uma violação da área de proteção do direito fundamental à educação, provavelmente como consequência de uma omissão estatal ou de uma prestação positiva insuficiente.

Tome-se, como um caso hipotético, o entendimento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI 4060/SC⁴⁷¹. Nesse precedente, o STF reconheceu que a competência

⁴⁷¹ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. PARTILHA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO (CRFB, ART. 24, IX). LEI ESTADUAL DE SANTA CATARINA QUE FIXA NÚMERO MÁXIMO DE ALUNOS EM SALA DE AULA. QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA. IMPUGNAÇÃO FUNDADA EM OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE NORMAS GERAIS. COMPREENSÃO AXIOLÓGICA E PLURALISTA DO FEDERALISMO BRASILEIRO (CRFB, ART. 1º, V). NECESSIDADE DE PRESTIGIAR INICIATIVAS NORMATIVAS REGIONAIS E LOCAIS SEMPRE QUE NÃO HOUVER EXPRESSA E CATEGÓRICA INTERDIÇÃO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO REGULAR DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA AO DETALHAR A PREVISÃO CONTIDA NO ARTIGO 25 DA LEI Nº 9.394/94 (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL). PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 1. O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V) 2. A invasão da competência legislativa da União invocada no caso sub judice envolve, diretamente, a confrontação da lei atacada com a Constituição (CRFB, art. 24, IX e parágrafos), não havendo que se falar nessas hipóteses em ofensa reflexa à Lei Maior. Precedentes do STF: ADI nº 2.903, rel. Min. Celso de Mello, DJe-177 de 19-09-2008; ADI nº 4.423, rel. Min. Dias Toffoli, DJe-225 de 14-11-2014; ADI nº 3.645, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 01-09-2006. 3. A prospective overruling, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988. 4. A competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre educação e ensino (CRFB, art. 24, IX) autoriza a fixação, por lei local, do número máximo de alunos em sala de aula, no afã de viabilizar o adequado aproveitamento dos estudantes. 5. O limite máximo de alunos em sala de aula não ostenta natureza de norma geral, uma vez que dependente das circunstâncias peculiares a cada ente da federação, tais como o número de escola colocadas à disposição da comunidade, a oferta de vagas para o ensino, o quantitativo de crianças em idade escolar para o nível fundamental e médio, o número de professores em oferta na região, além de aspectos ligados ao

legislativa estadual para dispor sobre educação e ensino autoriza a fixação, por lei local, do número máximo de alunos em sala de aula, a fim de viabilizar o adequado aproveitamento dos estudantes. De acordo com o julgado, o limite de alunos em sala de aula não ostenta natureza de norma geral, uma vez que depende das circunstâncias peculiares a cada ente da federação, tais como o número de escolas colocadas à disposição da comunidade, a oferta de vagas para o ensino, o quantitativo de crianças em idade escolar para o nível fundamental e médio, o número de professores em oferta na região, além de aspectos ligados ao desenvolvimento tecnológico nas áreas de educação e ensino.

A orientação do Supremo Tribunal Federal viabiliza, portanto, a diversidade federal em matéria de limitação máxima de alunos em salas de aula. Isso significa que regulamentações estaduais distintas sobre esse assunto não violam o princípio da lealdade federativa. Como visto, embora a lealdade federativa pressuponha a cooperação, ela não pode ser entendida como máxima de coordenação universal ou uniformização completa. A diversidade federal, no campo do ensino, premia iniciativas inovadoras das legislaturas estaduais, que podem gerar experiências exitosas em matéria de políticas públicas.

O titular do direito fundamental à educação não pode, portanto, a princípio, recorrer ao Poder Judiciário para obrigar o ente federado ao qual se vincula a adotar uma regulamentação de limite máximo de alunos por sala de aula idêntica à que tenha vigência em outra unidade federada. Com efeito, não há um direito à “anulação” da diversidade federativa por parte do titular do direito fundamental à educação. Porém, como a Constituição também garante, no art. 211, §1º, da CF, a “equalização de oportunidades educacionais”, seria de se questionar se legislações extremamente díspares não seriam capazes de violar o direito à educação de um determinado aluno ou conjunto de alunos que, pelas condições de “superlotação” de sala de aula admitidas em sua unidade federada, pudessem comprovar que o seu direito de competir em igualdade de oportunidades com outros alunos teria sido violado.

Trata-se, evidentemente, de um caso complexo, na medida em que o reconhecimento de uma tal violação deveria exigir, por parte do interessado, a produção de um acervo probatório que comprovasse a ineficácia da política pública educacional vigente em sua unidade federada quando os limites de alunos por sala de aula sejam muito elevados o que, por si só, já envolveria alguma dificuldade. Ademais, o Judiciário, no equacionamento da questão, deverá levar em conta a capacidade financeira do ente público demandado, já que um menor limite de alunos

por sala de aula, em geral, implicará na necessidade da contratação de novos professores e mesmo da construção de mais escolas. De qualquer sorte, o caso hipotético acima tem apenas a finalidade de demonstrar como os direitos fundamentais podem servir de limite à diversidade federal. O caso hipotético também demonstra, ainda que topicamente, as frequentes tensões entre os princípios estruturantes do Estado social, que objetiva o atingimento de um nível mínimo de homogeneização, no sentido de garantia de condições de existência digna, e do Estado federal, na sua dimensão de promoção e proteção da diversidade⁴⁷².

3.1.4 Acessoriedade

Conforme analisado no item 1.1.11, a posição da jurisprudência e da literatura jurídica predominante na Alemanha é no sentido de que a aplicação da lealdade federativa demandaria a identificação de uma relação jurídica concreta previamente existente entre os entes federados. Isso significa que a lealdade federativa não estabelece, por si só, uma tal relação jurídica, dependendo sempre da sua identificação em momento anterior. Como corolário, os deveres concretos de conduta federativa amistosa possuiriam caráter apenas acessório, não servindo a lealdade federativa para a fundamentação de deveres de caráter principal.

Em que pese tal posição, Bauer argumenta que a função da conduta federativa amistosa não se esgota na justificativa de obrigações secundárias suplementares “mais ou menos marginais”, mas deve ser entendida “em um sentido mais abrangente”⁴⁷³. De acordo com sua opinião, a regra deveria ser a de que, na aplicação do princípio da lealdade federativa, fosse exigida, em primeiro lugar, a identificação de uma relação jurídica concreta entre os entes federados para, só num momento posterior, cogitar-se da aplicação de alguma de suas concretizações.

Entretanto, isso não se aplicaria a todas as constelações de problemas. A uma, porque algumas disposições da Lei Fundamental devem ser entendidas como positivamente parciais do instituto, tornando supérflua a identificação de uma relação jurídica especial. A duas, porque a lealdade federativa não desempenha exclusivamente um “caráter acessório” na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nesses casos excepcionais, o instituto poderia servir como

⁴⁷² Da mesma forma, no direito alemão, os limites constitucionais para o legislador na disciplina da política salarial só derivam dos direitos fundamentais e, mais especificamente, do art. 33, parágrafo 5, GG. Vide: HEBELER, Timo. **Die Bundestreue als verfassungsrechtliche Begrenzung für den Gesetzgeber im Beamtenrecht?** ZBR 2015, p. 1-6.

⁴⁷³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 333-334.

fonte de relações jurídicas autônomas, assumindo a função independente de estabelecimento de deveres⁴⁷⁴.

Assim, o Tribunal Constitucional Federal já reconheceu, por exemplo, o estabelecimento de deveres jurídicos baseados na lealdade federativa que dificilmente poderiam ser classificados como acessórios: a) o dever dos Estados de exercerem a supervisão municipal, no intuito de proteção da ordem constitucional⁴⁷⁵; b) os deveres da compensação financeira⁴⁷⁶; c) o dever dos Estados de observação dos tratados internacionais dos quais seja signatária a Federação⁴⁷⁷; d) os deveres de conduta da Federação e dos Estados no marco das “negociações no Estado federal”⁴⁷⁸.

Por fim, Bauer afirma que, ainda que não se queira concordar com a relativização proposta, deve-se reconhecer que o requisito prévio da relação jurídica especial estabelecida não é um obstáculo demasiado grande. E isto porque a própria jurisprudência tem sido maleável no que diz respeito à identificação da relação jurídica concreta. Assim, o caráter acessório seria uma barreira facilmente superável, uma “espada sem corte” (*stumpfes Schwert*) para a tarefa de limitar as possibilidades de aplicação da lealdade federativa⁴⁷⁹. De qualquer sorte, e não obstante as críticas do autor, constata-se que o caráter acessório da lealdade federativa continua a ser afirmado pelo Tribunal Constitucional Federal⁴⁸⁰.

Essa parece ser, de fato, a melhor orientação. De regra, deve-se reconhecer que a lealdade federativa possui apenas um caráter acessório, dependendo sempre da existência de uma relação jurídica federativa previamente estabelecida entre os entes federados. Não obstante, tal pré-requisito não pode ser válido para todas as manifestações do princípio. E isso porque os entes federados sempre estão envolvidos, pelo menos, na relação jurídica fundamental derivada do art. 1º, *caput*, da CF, a qual pressupõe-se indissolúvel. Em muitos casos, como, por exemplo, na decisão sobre a compensação das perdas financeiras do ICMS (ADPF 984 e ADI 7191), a ser analisada em momento oportuno, é justamente essa relação

⁴⁷⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 335-336.

⁴⁷⁵ BVerfGE 8, 122 (138 s.).

⁴⁷⁶ BVerfGE 1, 117 (131); 72, 330 (397 s.).

⁴⁷⁷ BVerfGE 6, 309 (328, 361 s.).

⁴⁷⁸ BVerfGE 12, 205 (255 ss.).

⁴⁷⁹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 336-337.

⁴⁸⁰ 2 BvL 2/15, número de referência 119: “Die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten ist akzessorischer Natur und begründet für sich genommen keine selbständigen Pflichten des Bundes oder eines Landes. Im Bereich der Gesetzgebungskompetenzen kommt sie daher erst und nur dann zum Tragen, wenn das Land die Kompetenz zur Gesetzgebung überhaupt besitzt” (tradução livre: “O dever de conduta federativa amistosa é de natureza acessória e não justifica, por si só, quaisquer deveres da Federação ou de um Estado. No âmbito da competência legislativa, ele só adquire, portanto, relevância, caso o Estado possua competência para legislar”).

jurídica fundamental que serve de base para o reconhecimento de deveres por parte de um ente federado em face dos demais⁴⁸¹.

Em outras situações, deveres concretos que guardam conexão com o programa normativo da lealdade federativa emanam diretamente do texto constitucional, sem que se estabeleça uma relação jurídica concreta entre os entes federados. Esse é o caso, por exemplo, do dever de zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público, que emana do art. 23, inciso I, da CF. Não é necessário o estabelecimento de uma relação jurídica especial entre os entes federados para que se reconheça que, forte nas máximas de lealdade federativa, os deveres de guarda das instituições democráticas e de conservação do patrimônio público não se circunscrevem aos bens do próprio ente federado, estendendo-se para a proteção das instituições e do patrimônio dos demais. Isso é especialmente válido em relação ao Distrito Federal perante a União, conforme já analisado no tópico 2.2.3.6 do trabalho, que tratou do instituto da intervenção federal.

3.1.5 Limiar de relevância (*Erheblichkeitsschwelle*)

Conforme já referenciado no item 1.1.11, sob o epíteto do “limiar de relevância⁴⁸²” (*Erheblichkeitsschwelle*), reúnem-se os esforços tendentes a condicionar a aferição de violações ao princípio da lealdade federativa aos casos de “descumprimentos flagrantes”, “sérios” ou “desarrazoados”, admitindo-se uma espécie de “margem de insignificância” que não seria sindicável pela jurisdição constitucional. Fala-se, doravante, na necessidade de demonstração de que uma das partes incorreu em “abuso evidente”⁴⁸³ ou, ainda, que haja risco de “séria perturbação da ordem constitucional”.

O Tribunal Constitucional Federal, a esse respeito, tem limitado sua análise à “conformidade com os limites máximos⁴⁸⁴” (*Einhaltung äußerster Grenzen*), exigindo a

⁴⁸¹ Nesse sentido, o seguinte trecho do voto do Relator: “Não há dúvidas de que a partilha das receitas, especialmente de impostos, é uma questão fundamental do pacto federativo brasileiro, assim como de qualquer Estado fiscal que se estruture na forma de Federação. De nada adianta o zelo na partilha de competências constitucionais, entre os diferentes entes federativos, se essa repartição não é acompanhada da divisão de recursos próprios e suficientes para fazer frente às diversas tarefas que lhes foram conferidas pelo Poder Constituinte. As competências constitucionais esvaziam-se sem as condições materiais para o seu exercício. [...] A nossa Federação é formada pela união indissociável de todos os entes federativos e estamos aqui para debater as suas bases de continuidade!” (ADI 7191/DF e ADPF 984/DF, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2023, acórdão pendente de publicação).

⁴⁸² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 339.

⁴⁸³ BVerfGE 104, 249 (269 s.); 106, 1 (27); 110, 33 (52).

⁴⁸⁴ BVerfGE 4, 115 (140): “Eine Rechtsschranke für die Ausübung von Gesetzgebungsbefugnissen im Bundesstaat - für Bund und Länder - ergibt sich aus dem ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der Bundestreue. Bleiben die

demonstração de prejuízos “injustificáveis⁴⁸⁵” ou, de forma mais geral, enfatizando que o princípio não seria uma “barreira” para “inibir nulidades⁴⁸⁶”.

Em síntese, trata-se de um juízo de relevância ou seriedade da violação como pré-requisito restritivo da aplicação da lealdade federativa⁴⁸⁷, e que continua sendo exigido pela jurisprudência até os dias atuais. Na literatura especializada, Lindner sintetiza que o princípio da lealdade federativa seria uma “cláusula de abuso” (*Missbrauchsklausel*), que se destina a impedir que um ente federado utilize suas competências legislativas ou administrativas de modo

Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung nicht auf den Raum des Landes begrenzt, so muß der Landesgesetzgeber Rücksicht auf die Interessen des Bundes und der übrigen Länder nehmen. Bei der Ordnung der Besoldung ihrer Beamten müssen die Länder also bedenken, daß trotz der in Art. 109 GG verbürgten selbständigen Haushaltswirtschaft von Bund und Ländern das Finanzwesen im Bundesstaat ein Gesamtgefüge darstellt. Da auch der Bund und die übrigen Länder Beamte haben, müssen die Länder nach dem Grundsatz der Bundestreue bei der Regelung der Besoldung ihrer Beamten jedenfalls so viel Rücksicht auf die Besoldungsverhältnisse in Bund und Ländern nehmen, daß eine Erschütterung des gesamten Finanzgefüges von Bund und Ländern vermieden wird. Das Gericht muß darum auch prüfen, ob das Land Nordrhein-Westfalen durch den Erlaß seines Besoldungsgesetzes gegen eine aus dem Grundsatz der Bundestreue abzuleitende Schranke seiner Gesetzgebungsbefugnis verstoßen hat. Bei dieser Prüfung kann es sich allerdings nur um die Kontrolle der Einhaltung äußerster Grenzen handeln” (tradução livre: “Uma restrição jurídica para o exercício de competências legislativas no Estado federal – para Federação e Estados – resulta do princípio não escrito da lealdade federativa. Caso os efeitos de um instrumento legal não se limitem ao espaço territorial de um Estado, o legislador estadual deve considerar os interesses da Federação e dos demais Estados. Na regulamentação dos rendimentos de seus funcionários, os Estados devem, portanto, considerar que, apensar da gestão orçamentária autônoma da Federação e dos Estados, estabelecida no art. 109 da Lei Fundamental, as finanças constituem, no Estado Federal, uma estrutura conjunta. Já que a Federação e os demais Estados também possuem seus funcionários, os Estados devem, ao regulamentar os rendimentos de seus funcionários, considerar, conforme o princípio da lealdade federativa, as remunerações no âmbito da Federação e dos Estados, de modo a evitar um abalo de toda a estrutura financeira da Federação e dos Estados. O Tribunal deve, portanto, examinar se o Estado da Renânia do Norte-Vestefália, ao promulgar sua Lei Salarial [*Besoldungsgesetzes*], ultrapassou, indevidamente, o limite da sua competência legislativa, que pode ser derivada do princípio da lealdade federativa [*Grundsatz der Bundestreue*]. Nessa verificação, porém, trata-se apenas do controle da conformidade com os limites máximos [*die Kontrolle der Einhaltung äußerster Grenzen*]”). Igualmente em BVerfGE 81, 310 (337); 104, 249 (270).

⁴⁸⁵ BVerfGE 76, 1 (77): “Die vom Land Baden-Württemberg für den Bereich des Ehegatten- und Familiennachzugs eingeführten Wartezeitregelungen fügen sich in das von der Bundesregierung verfolgte Ziel einer Begrenzung des Zuzugs von Ausländern ein. Daß sich aufgrund der besonders weitgehenden Einschränkung der Nachzugsmöglichkeit durch diese Regelungen möglicherweise eine nicht unerhebliche Zahl von Ausländern dazu entschließen wird, ihren Wohnsitz in Länder zu verlegen, die - anders als Baden-Württemberg - der Empfehlung der Bundesregierung vom 2. Dezember 1981 in vollem Umfang gefolgt sind, kann ohne besondere weitere Umstände nicht als eine unvermeidbare Beeinträchtigung der Belange dieser Länder angesehen werden” (tradução livre: “A regras de tempo de espera introduzidas pelo Estado de Baden-Württemberg no âmbito de reagrupamento familiar se coaduna com o objetivo do Governo Federal de restringir o influxo de estrangeiros. Devido à abrangente limitação das possibilidades de agrupamento familiar acarretada por essas regras, o fato de que provavelmente um número considerável de estrangeiros decidirá buscar domicílio em Estados que - diferentemente de Baden-Württemberg - seguiram integralmente a recomendação do Governo Federal de 2 de dezembro de 1981 pode ser visto como uma perturbação dos interesses desses Estados”).

⁴⁸⁶ BVerfGE 34, 9 (45): “Der Grundsatz der Bundestreue ist schließlich keine Schranke, mit der man Nichtigkeiten inhibieren kann. Die beanstandeten hessischen Regelungen liegen, soweit nicht ihre Unvereinbarkeit mit besoldungsrechtlichen Vorschriften des Bundes festgestellt werden kann, bei einer nüchternen Bewertung unterhalb der Schwelle dessen, was Bundestreue an Zurückhaltung bei der Inanspruchnahme einer Kompetenz und innerhalb des durch Bundesrecht gezogenen Rahmens von einem Land fordert” (tradução livre: “O princípio da lealdade federativa não é, afinal, uma limitação com a qual se possa inibir nulidades. As questionadas normas de Hesse, encontram-se, por meio de uma avaliação sólida, enquanto não se verifique a sua incompatibilidade com preceitos salariais da Federação, abaixo da linha do que a lealdade federativa exige de um Estado em termos de contenção do exercício de uma competência ou dentro da moldura estabelecida pelo direito federal”).

⁴⁸⁷ JESTAEDT, Matthias. **Bundesstaat als Verfassungsprinzip**, p. 840.

que os demais sejam afetados de forma desproporcional, vale dizer, “quando o exercício das competências prejudica excessivamente o funcionamento do Estado federal⁴⁸⁸”.

A exigência de um limiar de relevância para o reconhecimento das violações à lealdade federativa, merece, a princípio, a atenção da jurisdição constitucional também no Brasil, como uma forma de evitar-se a excessiva “juridificação” de conflitos federativos que, naturalmente, tem um componente político que não pode ser ignorado. Porém, não se podem perder de vista as objeções que, mais uma vez, Bauer apresenta à postura do Tribunal Constitucional Federal. Em sua visão, a imposição genérica de um “limiar de relevância” para todos os casos seria insustentável. O autor afirma que a jurisprudência não esclarece onde se situaria o “limiar”, ou seja, a partir de quando uma violação pode ser considerada “séria” o suficiente para reclamar intervenção judicial; a referência a violações “obviamente abusivas”, “particularmente graves” ou “evidentes” seria excessivamente indeterminada⁴⁸⁹.

O jurista argumenta que as fontes do “limiar de relevância” seriam muito variadas, “misturando considerações sobre proibição do abuso de direito com aquelas sobre densidade do controle judicial, autocontenção judicial e a relação entre direito e política”, bem como com considerações pragmáticas acerca de uma “reserva geral de insignificância”. Por fim, o limiar de relevância, mesmo que definido, “não seria relevante para todas as concretizações”, o que impediria a introdução de um limiar geral como pré-requisito. De qualquer sorte, não estaria excluída a possibilidade de que, em concretizações individuais, fossem talhados “limiares” (no plural) de relevância, atendendo assim às particularidades de cada grupo de casos⁴⁹⁰.

3.1.6 Demais critérios de aplicação

3.1.6.1 Independência de culpa

Conforme referido no item 1.1.6, as violações ao princípio da lealdade federativa não implicam seja analisado qualquer elemento subjetivo de deslealdade ou culpa dos agentes que, enquanto órgãos, manifestam a vontade oficial do ente federado a que se encontram vinculados. Isso quer dizer que as violações à lealdade federativa prescindem da análise da culpa *lato sensu*

⁴⁸⁸ LINDNER, Josef Franz. **Das bundesstaatliche Prinzip**. Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, p. 744. O autor se vale da expressão “*übermäßig beeinträchtigt*” (“excessivamente prejudicado”) o que, mais uma vez, denota os paralelos metodológicos entre a lealdade federativa e a proporcionalidade haja vista que, num nível mais abstrato, ambas se voltam contra condutas abusivas, excessivas ou desarrazoadas dos entes federados.

⁴⁸⁹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 340.

⁴⁹⁰ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 340.

dos agentes envolvidos. A imputação de violação do dever de conduta federativa amistosa a um ente federado, portanto, é de tipo objetivo.

3.1.6.2 Exclusão da objeção “*tu quoque*”

A objeção “*tu quoque*”, ínsita ao princípio da boa-fé objetiva, não pode ser levantada no contexto das relações interfederativas. Como visto no item 1.1.7, isso se dá pela impossibilidade de ser traçada uma ligação sinalagmática entre os deveres dos entes federados, o que torna inviável a invocação de uma defesa comparável à exceção de contrato não-cumprido própria do direito privado. Ademais, nenhum dos entes federados pode ser liberado da observância de seus deveres, pois isso poderia “desencadear bloqueios recíprocos que, em casos extremos, colocam em risco o funcionamento da ordem federal e, portanto, têm o efeito oposto ao que a lealdade federativa deve alcançar”⁴⁹¹.

3.1.6.3 Responsabilidade civil do Estado

Por fim, literatura e jurisprudência são unânimes em apontar que do descumprimento da lealdade federativa não emana qualquer pretensão de reparação civil em face do ente faltoso (item 1.1.8). Isso não significa que deveres de compensação financeira não possam ser derivados da lealdade federativa, mas apenas que isso não se dá a título de reparação civil pela prática de um ilícito. Tais obrigações podem surgir no contexto dos deveres de ajuda e apoio, como, por exemplo, a contrapartida pelo exercício de uma competência de determinado ente federado que afete, de forma desproporcional, os demais. Nesse sentido, tem-se o caso da ACO 3121/RR, analisado no tópico 3.1.1.4 abaixo.

3.2 Concretizações

Conforme analisado no tópico 3.1, para a prática jurídica, a relação fundamental federal e o dever geral de lealdade assumem um papel, a princípio, secundário. O maior interesse prático se dá sobre as relações jurídicas especiais e, mais especificamente, sobre as

⁴⁹¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 338. No mesmo sentido: ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 251; ainda, LINDNER, Josef Franz. **Das bundesstaatliche Prinzip**. Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, p. 743 e ss.

concretizações do dever geral de lealdade. O trabalho de concretização envolve a identificação das instituições que participam no seu processo, o seu âmbito de aplicação no que diz respeito às distintas funções do Estado (legislativa, administrativa e jurisdicional), a elaboração de uma tipologia de funções que permita o agrupamento em conjuntos de casos e, por fim, a elucidação de uma proposta das concretizações essenciais em espécie do instituto.

3.1.1 Instituições que participam do trabalho de concretização

A inerente indeterminação de conteúdo da lealdade federativa confere ao instituto uma amplitude de conteúdo que “permite uma grande mobilidade na resolução dos conflitos” com o perigo de chegar-se ao “limite da arbitrariedade”. Entretanto, como bem adverte Bauer, o princípio não é fonte não escrita de um “superdireito”, nem uma “autorização geral para meras decisões de equidade”. Por isso, é necessária a racionalização e delimitação do seu campo de incidência através do “trabalho de concretização”⁴⁹² (*Konkretisierungsarbeit*).

Neste trabalho, diversas instituições são chamadas à concretização, como o legislador constitucional, os atores do direito do Estado federal, a literatura jurídica e a jurisprudência. Rememora-se que Bauer propugna por um modelo no qual o trabalho de concretização se integre num “processo dialógico de argumentação racional”, que “permite determinar as concretizações individuais suscetíveis de consenso” e, ainda, “mantém a porta aberta para desenvolvimentos posteriores”. Esse modelo “obriga a uma racionalização e argumentação constantes”, visa ao “convencimento mútuo” e “permite a verificabilidade intersubjetiva dos resultados encontrados”⁴⁹³.

3.1.1.1 Legislador constitucional

O legislador constitucional desempenha um papel importante no trabalho de concretização, ainda que a lealdade federativa assuma o *status* de princípio jurídico implícito (não escrito). E isso porque diversas normas constitucionais por ele editadas remetem à ideia da conduta federativa amistosa e, por isso, podem ser consideradas como sua “expressão”. Ademais, a atuação do poder constituinte derivado reformador pode servir como “salvaguarda

⁴⁹² BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 316-317.

⁴⁹³ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 320-321.

adicional” da lealdade federativa, quando destinada a reforçar os vínculos de consideração recíproca entre os entes federados⁴⁹⁴.

No tópico 2.2.3, foi feito um inventário do estoque de normas da Constituição Federal que podem ser consideradas como “expressão” ou “manifestação” do princípio da lealdade federativa no Brasil. Sua interpretação “à luz” da lealdade federativa auxilia na identificação do *telos* da norma individual e torna visíveis conexões sistemáticas. Ademais, enquanto enunciados individuais que positivam, parcialmente, aspectos de lealdade federativa, tais normas fornecem indicações relevantes de concretizações generalizáveis. Por outro lado, no que diz respeito às emendas à Constituição, o trabalho do constituinte reformador, como visto, cumpre a função de “salvaguarda adicional” da lealdade federativa. Na verdade, essa função pode se estender, até mesmo, para a explicitação do princípio como parte componente da ordem jurídica do Estado federal, como bem exemplifica o atual modelo suíço, que decidiu por incorporar a lealdade federativa ao art. 44 do seu texto constitucional.

3.1.1.2 Entes federados

Os entes federados também contribuem de forma autônoma para a concretização do princípio da lealdade federativa. Segundo Bauer⁴⁹⁵, isso se verificaria de, pelo menos, duas maneiras. Primeiramente, os entes federados, por intermédio de suas competências legislativas, detêm a capacidade de “moldar” o conteúdo mais específico dos deveres oriundos da lealdade federativa. Em segundo lugar, acordos formais e informais, entabulados entre as distintas esferas de governo, inclusive para a autocomposição de litígios, podem fornecer indicações acerca do conteúdo do princípio. Nessas situações, como aponta o autor, “a concretização da conduta federativa amistosa é tudo menos uma *quantité négligeable*”⁴⁹⁶.

Na realidade brasileira, os órgãos da advocacia pública (arts. 131 e 132 da CF), nos três níveis da federação, assumem importante papel nesse trabalho de concretização a ser desempenhado pelos atores do direito do Estado federal. Seja no exercício das funções de assessoramento jurídico, através de pareceres jurídicos e respostas a consultas, seja na representação dos entes federados no âmbito de negociações interfederativas, a advocacia pública tem à sua disposição o princípio da lealdade federativa como instrumento que orienta o encontro de soluções para os problemas do cotidiano da Administração Pública.

⁴⁹⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 321.

⁴⁹⁵ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 322.

⁴⁹⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 322.

As especificações da conduta federativa amistosa levadas adiante pelos entes federados, por mais importantes que sejam, entretanto, não podem ser consideradas como conclusivas e vinculantes, já que aqueles não possuem a competência para uma “decisão final” acerca do tema, a qual recai sobre o Poder Judiciário e, em última instância, o Supremo Tribunal Federal. De qualquer sorte, a intervenção dos tribunais só será necessária no caso de um acordo frustrado entre as esferas de governo, de modo que as contribuições dos entes federados não podem ser negligenciadas. Além disso, o caráter indeterminado do princípio exige da jurisdição a adoção de uma postura cautelosa, de modo a levar em consideração, na medida do possível, as orientações trazidas à mesa pelos entes federados, além de estimular, entre eles, a adoção de soluções autocompositivas, conforme se desenvolverá no item 3.3.1 abaixo.

Na Alemanha, a postura do Tribunal de Estado no caso *Donauversirkung* ilustra o papel que a jurisdição constitucional pode cumprir como mediadora do trabalho de concretização da lealdade federativa a ser desempenhado pelos entes federados. Naquela decisão, a Corte de Weimar limitou-se a “preparar o problema, elaborando as máximas da lealdade federativa e especificando-as mais pormenorizadamente em relação ao caso; para além disso, instruiu as partes envolvidas a encetarem novas negociações entre si⁴⁹⁷”, de modo a possibilitar um acordo posterior que concretizasse os princípios da decisão do Tribunal. Segundo Bauer, o Tribunal “recuou” a uma “posição moderadora” (“*moderierende Position*”), relegando às partes a “possibilidade de chegarem a um acordo amigável, e assim, especificarem elas próprias de forma mais pormenorizada o que era exigido no caso concreto” pela lealdade federativa⁴⁹⁸.

Nesse contexto, pode-se fazer referência ao recente caso da ACO 3.568/PE⁴⁹⁹. Nesta demanda, ajuizada pela União em face do Estado de Pernambuco, postulava-se fosse reconhecida a titularidade federal sobre o Arquipélago de Fernando de Noronha e determinada a observância, pelo Estado de Pernambuco, do contrato de cessão de uso em condições especiais da ilha. Na ação, a Advocacia-Geral da União (AGU) sustentou que o governo estadual estaria embaraçando a atuação da Secretaria de Patrimônio da União (SPU) e de órgãos ambientais

⁴⁹⁷ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 323 e ss.

⁴⁹⁸ Daí é que é possível se extrair, do princípio da lealdade federativa, a orientação para a autocomposição de conflitos, descrita no item 1.1.10 da investigação. Assinale-se, inclusive, que esse aspecto da conduta federativa amistosa foi, inclusive, expressamente positivado no art. 44, 3, da Constituição da Confederação Suíça: “Art. 44 Grundsätze: 1 Bund und Kantone unterstützen einander in der Erfüllung ihrer Aufgaben und arbeiten zusammen. 2 Sie schulden einander Rücksicht und Beistand. Sie leisten einander Amts- und Rechtshilfe. 3 Streitigkeiten zwischen Kantonen oder zwischen Kantonen und dem Bund werden nach Möglichkeit durch Verhandlung und Vermittlung beigelegt” (tradução livre: “Art. 44 Princípios: 1 A Confederação e os Cantões se apoiam mutuamente no cumprimento de suas tarefas e trabalham juntos. 2 Eles se obrigam a consideração e apoio mútuos. Eles prestam uns aos outros auxílio jurídico e administrativo. 3 Conflitos entre Cantões ou entre Cantões e a Confederação são dirimidos, se possível, por meio de negociação e mediação”).

⁴⁹⁹ Acórdão não publicado.

federais na gestão da área, por entender que o artigo 15 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁵⁰⁰ teria atribuído a titularidade do arquipélago ao Estado de Pernambuco.

De acordo com a União, o descumprimento de cláusulas do contrato estaria evidenciado pela concessão de autorizações indevidas para edificações na faixa de praia e permissões de uso sem autorização da SPU, pelo crescimento irregular de rede hoteleira, com várias denúncias apresentadas ao Ministério Público Federal, pela ocorrência de conflitos de competência entre o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e a Agência Estadual de Meio Ambiente de Pernambuco, entre outras irregularidades identificadas pela Controladoria-Geral da União (CGU) e pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Também não estaria sendo cumprida a obrigação de prestação de contas anual das atividades desenvolvidas no arquipélago e os pagamentos mensais à União.

A União também alegou que teria havido tentativa de solução consensual da controvérsia no âmbito da CGU, sem sucesso. Ainda de acordo com a argumentação, o Estado de Pernambuco requereu fosse interrompida a demarcação de terrenos de marinha na ilha pela União. Segundo a AGU, o Estado, ao não reconhecer o domínio da União sobre o arquipélago, teria esvaziado os termos do contrato de cessão, mormente no tocante às competências constitucionais do ente central para gestão de bem público de sua titularidade. A União pediu a concessão de liminar para que fosse declarada sua titularidade sobre o arquipélago e determinado ao Estado de Pernambuco o imediato cumprimento do inteiro teor do contrato de cessão. No mérito, requereu a confirmação da liminar e o fornecimento, pelo Estado, de informações necessárias ao ressarcimento quanto aos valores devidos a título de pagamento mensal sobre as áreas remanescentes cedidas.

De imediato, foram realizadas várias audiências de autocomposição ao longo do ano de 2022 e do início de 2023, por determinação do Relator, Min. Ricardo Lewandowski, findo o qual as partes chegaram a um consenso quanto à possibilidade de estabelecer um marco regulatório com efeitos prospectivos⁵⁰¹. Em decisão monocrática, posteriormente referendada pelo Colegiado, o Relator aplicou o art. 356, II, do CPC, que possibilita o julgamento antecipado

⁵⁰⁰ Art. 15. Fica extinto o Território Federal de Fernando de Noronha, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco.

⁵⁰¹ Consta da decisão do Relator: “Por decisão datada de 16/5/2022 (doc. eletrônico 52), designei os Juízes Instrutores Dra. Caroline Santos Lima e Dr. Paulo Cesar Batista dos Santos para conduzirem a mediação. As sessões de conciliação ocorreram nos dias 25/5/2022, 9/8/2022, 8/11/2022, 6/12/2022, 15/12/2022 e 7/2/2023 (docs. Eletrônicos 57, 74-77 e 93), com ampla participação dos representantes das partes e demais convidados dos órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente. Na última sessão, as partes encerraram as tratativas, ficando consignado em ata que: ‘As partes chegaram a um consenso quanto à possibilidade de estabelecer um marco regulatório com efeitos prospectivos, que será juntado aos autos até dia 10/3/2023.’ (doc. eletrônico 93) Em 10/3/2023 foi juntado aos autos o acordo firmado entre as partes (doc. eletrônico 95), o qual se encontra em conferência com os termos da negociação para a sua posterior homologação”.

parcial de mérito para a resolução das pretensões que estejam em condições de imediato julgamento, fundadas em fatos incontrovertidos e em matéria eminentemente jurídica, assinalando, ainda, a possibilidade de “um acordo parcial estruturante, que trate de aspectos relacionados ao objeto da lide e possa, inclusive, ampliar seu escopo para abarcar situações não descritas na petição inicial e que sejam igualmente relevantes para prevenir conflitos futuros”.

Dessa maneira, declarou-se a nulidade do “contrato de cessão de uso em condições especiais da Ilha de Fernando de Noronha”, celebrado em 12/7/2002, por ter sido firmado, tão somente, pelo então Governador do Estado de Pernambuco e pelo Procurador-Chefe da Fazenda Nacional naquela unidade, diante da ausência de autorização legislativa (arts. 48, V, e art. 188, § 1º, ambos da Constituição Federal, e do art. 4º, § 1º, da Constituição do Estado de Pernambuco), preservando os atos administrativos praticados durante a sua vigência, em homenagem ao princípio da boa-fé e da segurança jurídica⁵⁰².

Após a decisão, foi homologado, em 22/03/2023, novo acordo firmado entre a União e o Estado de Pernambuco para gestão compartilhada do território de Fernando de Noronha. Entre as cláusulas, consta garantia de cumprimento, pelos entes federativos, dos objetivos gerais e específicos das unidades de conservação que afetam o arquipélago, em especial a proteção da diversidade biológica, o disciplinamento do uso do solo e a sustentabilidade do uso dos recursos naturais. O texto previu, ainda, a compatibilização da gestão da exploração do território como expoente de fomento ao turismo do Estado de Pernambuco.

Nesse sentido, a gestão compartilhada deverá buscar o bem-estar de habitantes e visitantes do conjunto de ilhas por meio de um planejamento territorial que ampare as atuais e as futuras gerações. O documento também coíbe construções irregulares e a ampliação desordenada do perímetro urbano de Noronha. Para cumprimento do pacto e prevenção de disputas, previu-se a criação de um Comitê de Acompanhamento e Gestão do Acordo, composto por representantes da União e de Pernambuco. O acordo tem prazo indeterminado e pode ser substituído apenas por novo acordo entre as partes, que deverá ser submetido ao STF⁵⁰³.

⁵⁰² “[...] Considerando os princípios que informam o federalismo cooperativo, a fim de solucionar matéria de grande repercussão na esfera jurídica dos entes públicos envolvidos, e também de particulares, referendou-se a decisão de declaração de invalidade do contrato de cessão de uso em condições especiais da Ilha de Fernando de Noronha, desde a sua assinatura. Ficam preservados, contudo, os atos administrativos praticados durante a sua vigência, em homenagem ao princípio da boa-fé e da segurança jurídica, sem prejuízo da possibilidade de revisão desses mesmos atos, por mérito administrativo, pelo Poder Público competente” (ACO 3568 Ref, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 21-03-2023 PUBLIC 22-03-2023).

⁵⁰³ Conforme notícia publicada originalmente no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal em 22/03/2023: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504464&ori=1>>. Acesso em 04. jun. 2023.

Segundo o entendimento do Relator em decisão homologatória nos mesmos autos, as cláusulas do acordo prestigiam “*standards* atinentes ao federalismo cooperativo” e representam “marco em matéria de gestão compartilhada sobre bens públicos” com o potencial de “ser replicado para outros domínios nos quais haja compartilhamento de competências federativas”. O acordo assegura “a necessária autonomia da União e do ente federado envolvido” e contribui “no tocante às respectivas esferas de competência, para a manutenção da ordem urbana e ambiental”. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha feito uso do princípio da lealdade federativa neste caso, deve-se assinalar que se trata de paradigma que coincide quase que totalmente com a orientação germânica acima descrita e que, por isso mesmo, pode ser reconstruído como um exitoso exemplo de concretização das máximas da conduta federativa amistosa pelos entes federados, com a mediação da jurisdição constitucional. Por fim, deve-se apontar que esse não foi o único caso que se encaixa nesse modelo de concretização. Abaixo, nos itens 3.1.2.1 e 3.3.1 serão apresentados outros precedentes do STF que também se inserem nesse contexto.

3.1.1.3 Literatura jurídica especializada

De acordo com Bauer, a tarefa da ciência do direito consiste na “seleção, ordenação e integração sistemática do material fornecido em tema de ‘lealdade federativa’”. De modo especial, “ao criar grupos de caso tipificados, contribui para a dogmatização (*Dogmatisierung*) e facilita assim a aplicação prática do princípio da conduta federativa amistosa”⁵⁰⁴. Não deve, no entanto “contentar-se com um papel de mero traçador de desenvolvimentos e [...] de acompanhamento crítico dos mesmos, ou mesmo de minguante (pós-) glosador da jurisprudência”, contribuindo para o “pensamento do futuro” e mantendo o princípio “suscetível a mudanças e adaptações”. De qualquer sorte, “essa vertente não deve ser sobrevalorizada” e, de modo geral, possui “ainda menos força vinculativa do que as determinações dos atores do direito do Estado federal”. Os trabalhos acadêmicos, portanto, só podem ser “sugestões para a concretização da lealdade federativa, que só adquire força vinculativa através de sua recepção alhures – nem mais, mas também nem menos”⁵⁰⁵.

3.1.1.4 Jurisprudência

⁵⁰⁴ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 324.

⁵⁰⁵ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 324-325.

Por fim, a jurisprudência, assume papel decisivo no trabalho de concretização, o que se justifica pelo efeito vinculante para a prática das decisões dos tribunais. No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem prestado relevante contribuição ao trabalho de concretização. Ainda que se trate de uma práxis incipiente, importantes indicações para o desenvolvimento futuro são dadas, sobretudo diante da opção do Tribunal de efetuar um diálogo direto com a dogmática e a jurisprudência alemãs. Isso torna a pesquisa comparativa entre os dois sistemas mais próxima da prática judicial e permite que, através de uma continuação e aprofundamento deste diálogo, caminhos para uma evolução sejam apontados.

Não obstante, mais uma vez conforme Bauer, “este ‘poder de ter a última palavra’ não deve ser sobrevalorizado”, já que os conflitos interfederativos são, em grande parte, resolvidos extrajudicialmente, “pelo que a jurisprudência reflete, inevitavelmente, apenas uma parte da verdade e da realidade”. Ademais, “mesmo uma decisão que se tornou juridicamente vinculativa pode ser corrigida nas suas afirmações mais fundamentais – seja através de uma autocorreção judicial posterior, seja através de uma alteração constitucional”⁵⁰⁶. Isso não retira, de qualquer forma, o papel de destaque e proeminência da jurisprudência.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da lealdade federativa pode ser dividida em duas fases ou estágios evolutivos: num primeiro estágio, percebe-se a utilização do princípio de forma esparsa em apenas alguns julgados que, apesar do grande relevo da matéria de fundo, não colocaram o instituto em primeiro plano. Pertence ainda a esta primeira fase uma série de julgados sobre “guerra fiscal”, repartição de receitas tributárias e a inscrição de Estados e Municípios no CADIN que, muito embora não façam menção expressa ao princípio, guardam íntima conexão com as suas ideias centrais⁵⁰⁷. A segunda fase da jurisprudência se caracteriza pelo surgimento dos primeiros julgados nos quais a lealdade federativa assume papel central, de modo a constar não só do voto condutor do julgamento como da própria ementa dos julgados, denotando o início da sua difusão no âmbito do STF.

Na chamada primeira fase, o princípio foi desenvolvido a partir de votos do Ministro Gilmar Mendes em julgamentos colegiados ou em decisões monocráticas⁵⁰⁸. No caso Raposa Serra do Sol, o princípio foi invocado para assentar que, no exercício de uma competência

⁵⁰⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 325.

⁵⁰⁷ A reconstrução do que denominamos “primeira fase” da jurisprudência do STF adota como ponto de partida o levantamento jurisprudencial feito na tese de doutoramento de KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988**, p. 176-188.

⁵⁰⁸ Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 19/03/2009 (demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol); STA 175-AgR/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, j. em 17.3.2010 (fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo SUS a pacientes com doenças graves);

privativa da União (a demarcação de terras indígenas (art. 231, *caput*, da CF⁵⁰⁹), deveria ser assegurado aos demais entes federados um direito de participação no procedimento, entendido como “direito de voz e voto”, a fim de efetivar os direitos constitucionais dos povos indígenas, mas “garantindo que, diante de alternativas igualmente válidas de concretização desses direitos, seja escolhida a que melhor preserve o princípio federativo”. Já no caso da STA 175, o princípio da lealdade federativa foi usado para sinalizar a necessidade de adoção de “um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos”.

Ademais, outros pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal podem ser objeto de uma reconstrução *a posteriori* de modo a contextualizá-los com o princípio da lealdade federativa. Isso significa que, muito embora o princípio não tenha sido invocado nestes julgados, a ideia que os “anima”, implicitamente, equivale, de forma central, ao programa normativo da conduta federativa amistosa. O grande exemplo disto se dá com a jurisprudência da chamada “guerra fiscal”⁵¹⁰. Nesse contexto, como bem assevera Kubliskas⁵¹¹, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que, à luz dos já abordados arts. 150, § 6º e art. 155, §2º, XII, “g”, da CF, “é inconstitucional a concessão unilateral pelos Estados de incentivos fiscais – diretos e indiretos (financeiro-fiscais) - relativamente ao ICMS sem a anuência dos demais Estados-membros no âmbito do CONFAZ”. Em outros julgados, conforme o autor, o Tribunal foi além, vedando a “fixação de alíquotas internas em percentuais inferiores às instituídas pelo Senado Federal para a alíquota interestadual e o princípio da uniformidade tributária” e, ainda, “na ADIN n.º 2320/SC, além da necessidade do convênio interfederativo, o STF menciona a questão dos impactos da guerra fiscal sobre o *equilíbrio econômico* dos envolvidos⁵¹²”.

⁵⁰⁹ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

⁵¹⁰ “Procurando estabelecer uma visão global do que seja a guerra fiscal, pode-se dizer que ela é a disputa fiscal no contexto federativo, que se manifesta de forma conflituosa e desordenada, através da intensificação de práticas concorrenciais unilaterais e extremas entre os Estados da federação, no que diz respeito à gestão de suas políticas desenvolvimentistas, em flagrante desrespeito à ordem jurídica, decorrente da ausência de políticas de desenvolvimento regionais e nacionais, revelando, entretanto, seu aspecto perverso pelos resultados negativos gerados para toda a sociedade brasileira” (MESQUITA, Carlos José Wanderley de. **Um novo enfoque sobre a guerra fiscal no Brasil**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 104, n. Maio-Jun/2012, p. 203 – 257).

⁵¹¹ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988**, p. 184-185, com referência aos seguintes julgados do STF: “ADIN n.º 2376; ADIN n.º 2906; ADIN n.º 3413; ADIN n.º 3664; ADIN n.º 3674; ADIN n.º 3794; ADIN n.º 3803; ADIN n.º 4152 e ADIN n.º 4457. Para uma análise da evolução da jurisprudência, cf. ADIN n.º 2464/AP; ADIN n.º 3410/MG; ADIN n.º 3312/MT; ADIN n.º 1308/RS; ADIN n.º 2458/AL; ADIN n.º 1179/RJ; ADIN n.º 2439/MS; ADIN n.º 1276/SP; ADIN n.º 286/RO; ADIN n.º 1597/DF; ADIN n.º 2157/BA; e ADIN n.º 930/MA”.

⁵¹² KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988**, p. 184-185.

A proibição da guerra fiscal guarda dupla conexão com a lealdade federativa: (1) por um lado, é a concretização de uma barreira à competência⁵¹³ (*Kompetenzschränke*) ou barreira ao exercício de competências⁵¹⁴ (*Kompetenzsausübungsschränke*), impedindo que a política fiscal dos entes federados (especialmente na concessão de benefícios fiscais) seja exercida de forma desordenada para o atingimento dos fins egoísticos de cada esfera de governo; (2) por outro lado, os mecanismos tendentes a suavizar ou anular os seus efeitos passam pela construção de arranjos interfederativos que são a concretização de deveres de coordenação e cooperação próprios à conduta federativa amistosa.

No âmbito da repartição de receitas tributárias, aspectos do dever de lealdade federativa podem ser detectados no RE nº 572.762/SC, no qual se entendeu que é inconstitucional a concessão de benefícios fiscais pelos Estados quando estes afetarem a “quota-parte do ICMS” que, na dicção constitucional, “pertence” aos Municípios (art. 158, IV, da CF⁵¹⁵). A síntese do julgado é a de que a competência dos Estados de conceder incentivos fiscais unilaterais não pode prejudicar o repasse constitucional aos Municípios, já que aqueles entes federados, em que pese titulares da competência tributária, não têm disponibilidade sobre os recursos a serem repassados. Segundo aponta Kubliskas⁵¹⁶, em conexão com o princípio da lealdade federativa, “o Estado agiu de forma desleal em relação ao Município quando autorizou unilateralmente o recolhimento do tributo de forma diferida, colidindo com o interesse concreto do Município, e, em última análise, indo de encontro ao interesse geral do Estado Federal”⁵¹⁷.

O último conjunto de casos desta primeira fase se refere à jurisprudência sobre a vedação de inscrição de Estados e Municípios no Cadastro Nacional de Inadimplentes – CADIN, impossibilitando-os de celebrar convênios e receber recursos da União. O STF entendeu como

⁵¹³ DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht**, p. 199 e ss.

⁵¹⁴ BAYER. Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 65.

⁵¹⁵ Art. 158. Pertencem aos Municípios: [...] IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

⁵¹⁶ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988**, p. 187.

⁵¹⁷ “A retenção da parcela do ICMS constitucionalmente devida aos municípios, a pretexto de concessão de incentivos fiscais, configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias” (Repercussão Geral – Tema 42). Cumpre anotar, entretanto, que houve evolução na jurisprudência do STF na matéria. Nesse sentido: (1) “É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades” RE 705423/SE, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17/11/2016 (Repercussão Geral - Tema 653); e (2) “Os programas de diferimento ou postergação de pagamento de ICMS — a exemplo do FOMENTAR e do PRODUZIR, do Estado de Goiás — não violam o sistema constitucional de repartição de receitas tributárias previsto no art. 158, IV, da Constituição Federal, desde que seja preservado o repasse da parcela pertencente aos municípios quando do efetivo ingresso do tributo nos cofres públicos estaduais.” RE 1288634/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/12/2022 (Repercussão Geral – Tema 1.172).

abusiva a inclusão dos entes federativos em vista dos impactos causados pela medida para a continuidade na prestação dos serviços públicos⁵¹⁸. Todos esses casos, na verdade, dizem respeito à concretização de verdadeiros deveres procedimentais derivados da lealdade federativa. Tanto é assim que foram fundamentados especificamente no princípio do devido processo legal, i. e., especificamente na ausência da concessão de oportunidade de contraditório e ampla defesa aos entes federados (art. 5º, incisos LIV e LV da CF).

Portanto, pode-se sintetizar que, na primeira fase da jurisprudência do STF, avanços importantes foram dados no sentido de reconhecer as principais concretizações da lealdade federativa: (1) deveres de coordenação e cooperação, inclusive no contexto da criação de arranjos interfederativos que possibilitem o direito de oitiva e voto dos entes federados impactados; (2) barreiras ao exercício de competências (concessão de benefícios fiscais) lesivas ao interesse de outras unidades e ao interesse geral do Estado; e (3) deveres procedimentais, a serem respeitados como pré-requisito para a inclusão de Estados e Municípios nos cadastros de inadimplência federais.

Atualmente, pode-se dizer que a jurisprudência ingressa numa segunda fase, na qual o princípio passa a assumir uma posição de maior destaque dentre as razões de decidir nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Além das ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, especial destaque deve se dar para as ações cíveis originárias, nas quais os conflitos entre os entes federados se desenvolvem perante o Tribunal na dimensão de processos de índole subjetiva.

No âmbito da ADI 750/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes⁵¹⁹, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes para a declaração de inconstitucionalidade dos incisos II, III e IV do art. 2º da Lei 1.939, de 30 de dezembro de 2009, do Estado do Rio de Janeiro, que “dispõe sobre a obrigatoriedade de informações nas embalagens dos produtos alimentícios comercializados no Estado do Rio de Janeiro”. O caso envolvia a definição dos limites da competência do legislador estadual para legislar sobre direito do consumidor, matéria há muito controvertida não só na literatura especializada como na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, até os dias atuais, ainda carece da elaboração de parâmetros claros.

⁵¹⁸ ACO-QO n.º 1048-6/RS.

⁵¹⁹ Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Repartição de competências. Lei 1.939, de 30 de dezembro de 2009, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a obrigatoriedade de informações nas embalagens dos produtos alimentícios comercializados no Estado do Rio de Janeiro. Alegação de ofensa aos artigos 22, VIII, e 24, V, da Constituição Federal. Ocorrência. Ausência de justificativa plausível que autorize restrições às embalagens de alimentos comercializados no Estado do Rio de Janeiro. Competência legislativa concorrente em direito do consumidor. Ausência. Predominância de interesse federal a evitar limitações ao mercado interestadual. Ação julgada parcialmente procedente. (ADI 750, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 08-03-2018 PUBLIC 09-03-2018)

O voto inicia estabelecendo a premissa de que, em sede de competência concorrente, o “livre espaço para a atividade legislativa estadual é autorizado na hipótese de não existir legislação nacional a contemplar a matéria. Ao existir norma geral, a legislação estadual poderá preencher eventuais lacunas, como claramente previsto no texto constitucional”. O Relator entende, porém, que “existe um claro conflito entre as normas [a lei impugnada e o CDC] ao menos no plano pragmático”, uma vez que “um mesmo produto não pode ter dois rótulos ou duas embalagens, uma nacional e outra para o Estado em questão”, apontando para os riscos da autorização “para que tenhamos tantos rótulos quantos são os estados da Federação brasileira”.

Identificou-se, doravante, um problema de proporcionalidade, na medida em que “ainda que eventualmente justificável dentro de uma unidade federativa, do ponto de vista da estrutura normativa da Federação, como um todo, as normas ora impugnadas são flagrantemente desproporcionais e criam dificuldades a produtos provenientes de outros estados”. A decisão cita o princípio da lealdade federativa e, posteriormente, conclui pela violação ao art. 22, VIII, da CF, que trata da competência da União para legislar sobre “comércio exterior e interestadual”.

O princípio da lealdade federativa não foi objeto de maior desenvolvimento nesta decisão, adquirindo mais um caráter de *obiter dictum*. Na verdade, é duvidosa a sua incidência ao caso, uma vez que a conclusão do Tribunal foi a de que predomina a regra de competência do art. 22, VIII, da CF sobre aquela do art. 24, V, da CF, tendo em vista as repercussões da norma impugnada para o comércio entre os Estados e no âmbito do Mercosul. Rememora-se que um dos requisitos para o reconhecimento da violação é o de que o ente federado em questão seja formal e materialmente competente para a edição do ato impugnado⁵²⁰. No caso de competências privativas, a lealdade federativa apenas entra em jogo em situações excepcionais, nas quais se identifique que o ente federado editou a norma com o intuito de exercer pressão política sobre o órgão detentor da competência privativa violada⁵²¹.

Na ACO 3.119/PR⁵²², Rel. Min. Alexandre de Moraes, relativo à possibilidade de revisão de contrato firmado entre a União e o Estado do Paraná pela verificação da onerosidade

⁵²⁰ BVerfGE 34, 9 (44). Na literatura, *vide* ROBBERS, Gerhard. **Der Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Gestaltung des Bundesstaates in Deutschland**, p. 160.

⁵²¹ BVerfGE 8, 104 (117 s); 2 BvL 2/15.

⁵²² Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CESSÃO DE ROYALTIES E COMPENSAÇÕES FINANCEIRAS DECORRENTES DE APROVEITAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS ENTRE ESTADO-MEMBRO E UNIÃO. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO VERIFICADO. POSSIBILIDADE DE REVISÃO. TEORIA DA IMPREVISÃO. 1. Pedido de revisão de contrato de cessão de royalties e compensações financeiras decorrentes de aproveitamento de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica sob alegação de desequilíbrio econômico-financeiro. 2. O prazo prescricional não pode ser contado a partir da

excessiva superveniente, assentou-se que as relações interfederativas “devem ser regidas por vetores constitucionais, como lealdade federativa, solidariedade e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos”, bem como que “nem mesmo nas relações estritamente privadas se tolera o ganho desproporcional, decorrente de motivos imprevisíveis”.

O caso concreto envolvia um contrato de cessão dos direitos de créditos originários do aproveitamento de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica. O Estado celebrou a avença com a União cedendo, no período de maio/2000 a dezembro/2020, os *royalties* e a compensação financeira decorrentes do aproveitamento de recursos hídricos para gerar energia elétrica, valorados em R\$ 3.079.200.000,00 (três bilhões, setenta e nove milhões e duzentos mil reais), enquanto a União se comprometia a emitir títulos a favor do Estado do Paraná no montante total de R\$ 1.637.203.967,00 (um bilhão, seiscentos e trinta e sete milhões, duzentos e três mil, novecentos e sessenta e sete reais), que deveriam ser utilizados exclusivamente para capitalizar os Fundos de Previdência e Financeiro daquele Estado.

Com o passar dos anos, verificou-se que os valores repassados pela União ao Estado por força dos títulos emitidos ficaram muito abaixo do montante dos créditos cedidos pelo Estado à União, tanto no que diz respeito às compensações financeiras quanto no que concerne aos *royalties*, de modo que seria necessária a revisão do contrato para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro e impedir a margem de lucro excessiva da União.

celebração do contrato. O prejuízo apenas poderia ser constatado ao final da execução do ajuste, quando seria possível aferir se houve onerosidade excessiva para uma das partes. O termo inicial do prazo prescricional, portanto, é a data do último repasse de royalties à União. Além disso, o prazo de prescrição é de cinco anos, tal como previsto no Decreto nº 20.910/1932, que é norma especial em relação ao Código Civil. Como os repasses dos royalties e dos valores atinentes à compensação financeira, objeto da cessão de crédito, permanecem até hoje, não há que se falar em decurso do aludido prazo prescricional. 3. As relações entre entes da Federação, especialmente entre a União e Estado-Membro, devem ser regidas por vetores constitucionais, como lealdade federativa, solidariedade e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Nem mesmo nas relações estritamente privadas se tolera o ganho desproporcional, decorrente de motivos imprevisíveis. 4. O contrato firmado entre a União e o Estado do Paraná teve por propósito, conforme expressa disposição legal que o autorizou, a capitalização dos fundos previdenciários e financeiros dos servidores estaduais. Não se afigura legítimo que sua execução imponha ao Estado a entrega de prestações que montam a valor muito superior à expectativa inicial das partes, gerando um desequilíbrio entre as obrigações. A hipótese, portanto, é de onerosidade excessiva para o Estado-Membro e de ganho desproporcional para a União. 5. Os créditos originados dos royalties e das compensações financeiras, cedidos durante o período de maio de 2000 a dezembro de 2020, foram adquiridos considerando o critério de fluxo de caixa descontado, estabelecido para que se pudesse estabelecer um sinalagma entre as obrigações reciprocamente contraídas. 6. Considerando o dever de cooperação e de solidariedade entre os entes federados e os ganhos inesperados da União, afigura-se proporcional o recebimento das prestações pela União até o ajuizamento da ação, como remuneração pela operação desenvolvida, oportunidade em que se dá por resolvido o negócio, com base na teoria da imprevisão, tal como previsto no artigo 478 do Código Civil. 7. Ação Cível Originária julgada parcialmente procedente para declarar resolvido o contrato no momento do ajuizamento da ação e condenar a União a restituir ao autor os valores que foram repassados pelo Estado do Paraná a título de royalties e compensações financeiras a partir da data da resolução, como correção monetária e juros moratórios, estes contados da citação. Honorários sucumbenciais arbitrados em R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), nos termos do artigo 85, § 8º, do CPC de 2015, devidos ao Estado-Autor. (ACO 3119, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 29-06-2020 PUBLIC 30-06-2020).

Na decisão, o STF afirmou que “tanto na formação quanto da execução dos contratos entabulados entre os entes da federação, é de se exigir dos sujeitos da relação negocial postura leal e coerente, direcionada ao atingimento do resultado econômico inicialmente previsto”. Ademais, “ainda que não seja proibida a busca de lucro por parte do ente político contratante e tampouco ilícita a presença de carga aleatória nestas modalidades contratuais, tais componentes são excepcionais diante dos objetivos visados com tais contratos administrativos”. Com base nisto, configurou-se legítima a invocação, pelo Estado, da teoria da imprevisão, para “restabelecer a justiça contratual nos contratos aperfeiçoados pelos entes políticos quando, por fato superveniente anormal e imprevisível, o cumprimento das prestações por um deles se tornar excessivamente oneroso, com proveito econômico desproporcional para o outro”.

Trata-se de desenvolvimento coerente com o princípio da lealdade federativa que, como analisado no item 1.3.2.3, tem em uma de suas concretizações a atenuação da regra *pacta sunt servanda* pela cláusula *rebus sic stantibus*. Pela cláusula *rebus*, diante de mudanças nas circunstâncias fáticas, pode se tornar desproporcional, para uma das partes, a manutenção do vínculo contratual nos seus moldes originários⁵²³. A consequência jurídica não será sempre a extinção do vínculo, mas, principalmente, a adaptação do contrato às novas circunstâncias, ou seja, a modificação do conteúdo da obrigação assumida, como no caso em análise.

Já a ACO 3.329/DF⁵²⁴, rel. Min. Rosa Weber, foi proposta por todos os Estados-membros em face da União questionando “o contingenciamento dos recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP, Lei 13.756/2018) promovido por meio da Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2019 (Lei 13.808/19)”. Mais especificamente, o ponto controvertido residia em aferir a constitucionalidade da “rubrica da LOA que teria contingenciado/criado reserva de contingência de R\$ 1.140.180.899,00 (um bilhão, cento e quarenta milhões, cento e oitenta mil, oitocentos e noventa e nove reais) das receitas daquele Fundo”. O STF concluiu que o referido contingenciamento, além de contrário a texto expresso de Lei (art. 5º, § 2º, da Lei 13.756/2018), “viola o princípio da lealdade federativa (arts. 1º, 18

⁵²³ BVerfGE 34, 216 (232).

⁵²⁴EMENTA: AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL E FINANCEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTINGENCIAMENTO DOS RECURSOS DO FUNDO NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA (LEI 13.756/2018, ART. 5º, § 2º). OFENSA AO PACTO FEDERATIVO E AO MODELO DE FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO. DEVER DE SEGURANÇA PÚBLICA (ART. 144 DA CF). PEDIDOS JULGADOS PROCEDENTES. 1. É admitida a ACO para arguição incidental de inconstitucionalidade enquanto constitua, a arguição, a causa de pedir (e não o próprio pedido da demanda). Precedentes. 2. A segurança pública é programa nobre do pacto federativo. O contingenciamento dos recursos do FNSP, a par de contrário a texto expresso de Lei (art. 5º, § 2º, da Lei 13.756/2018), viola o princípio da lealdade federativa, o modelo de federalismo de cooperação e afronta o dever de segurança pública previsto no art. 144 da CF. 3. Pedidos julgados procedentes. (ACO 3329, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-015 DIVULG 27-01-2022 PUBLIC 28-01-2022).

e 60, § 4º, I, CF), o modelo de federalismo de cooperação (arts. 3º, I, II e III, e 241, CF) e afronta o dever de segurança pública previsto no art. 144 da CF”.

No âmbito da ADPF 848 MC-Ref/DF⁵²⁵, Rel. Min. Rosa Weber, o “dever de fidelidade com o pacto federativo” – i. e., a lealdade federativa – foi um dos fundamentos utilizados para determinar-se a impossibilidade de convocação dos Governadores de Estado para deporem, na condição de testemunhas, na chamada “CPI da Pandemia”. Na fundamentação do julgado, a Relatora apontou que “a fidelidade com o pacto Federativo, muito longe de criar uma obrigação de submissão dos Estados-membros (através de seus Governadores) à União (na figura das Comissões Parlamentares de Investigação)”, impõe ao legislativo federal, “o dever de respeito e confiança em relação aos demais ententes federados, de modo a promover o fortalecimento dos laços federativos de cooperação e solidariedade no enfrentamento das crises sociais”.

Assim, ainda que fosse possível, hipoteticamente, impor-se aos Governadores o comparecimento coativo perante órgãos de investigação parlamentar federal, “essa medida extrema estaria sujeita, em decorrência do dever de fidelidade ao pacto federativo, ao postulado da subsidiariedade, justificando-se somente como *‘ultima ratio’*”. Ademais, “o modelo

⁵²⁵ ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PEDIDO DE LIMINAR. CPI DA PANDEMIA. CONVOCAÇÃO DE GOVERNADORES DE ESTADO PARA DEPOR NA CONDIÇÃO DE TESTEMUNHAS. INADMISSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E AFRONTA À AUTONOMIA FEDERATIVA DOS ESTADOS-MEMBROS. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. REFERENDO. 1. O poder investigatório exercido pelas Comissões Parlamentares de Inquérito configura atribuição de natureza ancilar, destinada a auxiliar o Poder Legislativo no desempenho de suas funções de legislar e exercer o controle externo da Administração Pública, sujeito, ipso facto, às restrições e limites que conformam o princípio da separação dos poderes e o sistema de checks and balances. 2. O Chefe do Poder Executivo da União é titular de prerrogativas institucionais assecuratórias de sua autonomia e independência perante os demais Poderes. Além da imunidade formal (CF, art. 86, § 3º) e da irresponsabilidade penal temporária (CF, art. 86, § 4º), a Constituição Federal isenta-o da obrigatoriedade de depor ou prestar esclarecimentos perante as Casas Legislativas da União e suas comissões, como emerge da dicção dos arts. 50, caput e § 2º, e 58, § 2º, III, da Constituição Federal, aplicáveis, por extensão, aos Governadores de Estado. 3. O modelo federativo impõe a observância da ética da solidariedade e do dever de fidelidade com o pacto federativo. O espírito do federalismo orienta a atuação coordenada das pessoas estatais no sentido de fortalecer a autonomia de cada ente político e priorizar os interesses comuns a todos. Conflitos federativos não de ser solucionados tendo como norte a colaboração recíproca para a superação de impasses, o primado da confiança e da lealdade entre as unidades federadas e a preferência às soluções consensuais e amistosas em respeito aos postulados da subsidiariedade e da não intervenção. 4. A competência para julgar as contas de gestores de verbas federais repassadas aos Estados e Municípios pela União cabe, a teor da Constituição Federal, ao Tribunal de Contas da União (CF, art. 71, II), e não ao Congresso Nacional. No âmbito dessa esfera de competência própria, o Tribunal de Contas da União realiza julgamento de perfil técnico, agindo com autonomia e independência, e profere decisões dotadas de executividade direta e imediata (CF, art. 73, § 3º), não se subordinando à revisão pelo Poder Legislativo. As investigações parlamentares devem visar à apuração de fatos vinculados ao exercício das competências do respectivo órgão legislativo. A fiscalização de verbas federais sujeitas ao controle de legalidade, legitimidade e economicidade desempenhado, com exclusividade, pelo Tribunal de Contas da União (CF, art. 71, II) traduz matéria estranha às atribuições parlamentares das CPI's. 5. Liminar deferida, ad referendum do Plenário desta Corte, suspendendo as convocações dos Governadores de Estado realizadas no âmbito da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada no Senado Federal (CPI da Pandemia), sem prejuízo da possibilidade do órgão parlamentar convidar essas mesmas autoridades estatais para comparecerem, voluntariamente, a Reunião da Comissão a ser agendada de comum acordo. 6. Medida liminar referendada. (ADPF 848 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 20-10-2021 PUBLIC 21-10-2021)

federativo impõe a observância da ética da solidariedade e do dever de fidelidade com o pacto federativo”, sendo que “o espírito do federalismo deve orientar a atuação coordenada das pessoas estatais no sentido de fortalecer a autonomia de cada ente político e favorecer o triunfo dos interesses comuns a todos” e os conflitos eventualmente existentes devem ser solucionados “tendo como norte a colaboração recíproca para a superação de impasses, o primado da confiança e da lealdade entre as unidades federadas e a preferência às soluções consensuais e amistosas”.

Na ACO 3121/RR⁵²⁶, Rel. Min Rosa Weber, verificou-se que o Estado de Roraima, “pequeno em dimensão territorial e, atualmente, também em renda, se comparado aos demais

⁵²⁶ EMENTA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. FLUXO MIGRATÓRIO MASSIVO DE REFUGIADOS DA VENEZUELA. CONFLITO FEDERATIVO. PRETENSÃO DE REFORÇO NAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS NAS ÁREAS DE CONTROLE POLICIAL, SAÚDE E VIGILÂNCIA SANITÁRIA NA FRONTEIRA. ACORDO REALIZADO E HOMOLOGADO. PEDIDO DE FECHAMENTO DA FRONTEIRA OU LIMITAÇÃO DE INGRESSO DOS VENEZUELANOS. INDEFERIMENTO. PEDIDO INCIDENTAL DA UNIÃO PARA SUSPENSÃO DE DECRETO ESTADUAL RESTRITIVO AOS IMIGRANTES. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO. PREJUDICADO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DA UNIÃO A APORTAR RECURSOS ADICIONAIS PARA SUPRIR CUSTOS DO ESTADO COM SERVIÇOS PÚBLICOS AOS IMIGRANTES. POLÍTICA MIGRATÓRIA. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. ÔNUS DESPROPORCIONAL DO ESTADO DE RORAIMA DECORRENTE DO AUMENTO POPULACIONAL PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. FEDERALISMO COOPERATIVO. COOPERAÇÃO OBRIGATÓRIA. SOLIDARIEDADE. ARBITRAMENTO PROPORCIONAL EM METADE DA QUANTIA VINDICADA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I. Pedido de condenação da União à promoção de medidas administrativas nas áreas de controle policial, saúde e vigilância sanitária na região da fronteira entre o Brasil e a Venezuela. Acordo realizado no processo e homologado. Pedido prejudicado. II. Pedido de fechamento temporário da fronteira entre Brasil e Venezuela ou limitação do ingresso de venezuelanos no Brasil. Indeferimento. No marco do Estado democrático de direito, as opções disponíveis à solução de crises restringem-se àquelas compatíveis com os padrões constitucionais e internacionais de garantia da prevalência dos direitos humanos fundamentais. Pretensão que contraria o disposto nos arts. 4º, II e IX, e 5º, LIV, da Constituição da República, no art. 45, parágrafo único, da Lei nº 13.445/2017 e no artigo XVIII do Acordo sobre Cooperação Sanitária Fronteiriça entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela. Pedido rejeitado. III. Pedido incidental da ré para suspensão dos efeitos do Decreto estadual de Roraima nº 25.681/2018 porque restritivo a direitos dos imigrantes. Superveniente revogação do ato pelo Governador do Estado. Pedido prejudicado. IV. Pedido de aportes adicionais da União para suprir o aumento de gastos do Estado com os imigrantes. 1. Na hipótese, o Estado de Roraima teve gastos extraordinários com saúde, educação, segurança pública e assistência social em decorrência do fluxo de imigrantes venezuelanos e há prova suficiente nos autos. 2. O fluxo da imigração massiva é evento extraordinário, imprevisível, excepcional, e seu impacto no Estado-autor decorre do fato da posição geográfica de Roraima se mostrar atraente a facilitar a entrada dos imigrantes ao Brasil. 3. O gasto extraordinário não resultou de qualquer fato imputável ao Estado de Roraima, mas sim da necessária – decorrência do cumprimento de tratados internacionais – abertura da fronteira, pelo Estado brasileiro, para recepcionar refugiados venezuelanos. 4. O federalismo brasileiro é de base cooperativa, o que encontra fundamento constitucional. 5. Nas matérias de que trata o art. 23 da CF o cooperativismo é obrigatório, e não facultativo. 6. O princípio da solidariedade é constitucional e aplica-se nas relações entre os entes federados. 7. O Estado de Roraima é pequeno em dimensão territorial e, atualmente, também em renda, se comparado aos demais Estados brasileiros, e menor ainda à luz da União, que tem mecanismos para socorrer os entes federados em casos de anormalidade. 8. Há precedentes internacionais no sentido de o Estado Federal arcar com parcela dos gastos com os refugiados. 9. Necessária a contribuição financeira da União nos gastos do Estado de Roraima ante o incremento com os serviços públicos prestados a refugiados. 10. Tal se justifica pelos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da solidariedade, e encontra fundamento na Constituição da República desde seu preâmbulo e no conceito de “união indissolúvel”, bem como no disposto no art. 3º, I e III, e, especificamente, no obrigatório auxílio que decorre do federalismo cooperativo e competências de que trata o art. 23, além dos arts. 30, 144, 196, 205, e seus incisos, todos da Constituição Federal. 11. A ausência de previsão normativa específica

Estados brasileiros, e menor ainda à luz da União, que tem mecanismos para socorrer os entes federados em casos de anormalidade”, teria incorrido “em gastos extraordinários com saúde, educação, segurança pública e assistência social” em decorrência do influxo acentuado de imigrantes, “evento extraordinário, imprevisível, excepcional, e seu impacto no Estado-autor decorre do fato da posição geográfica de Roraima se mostrar atraente a facilitar a entrada dos imigrantes ao Brasil”.

Dessa forma, julgou-se “necessária a contribuição financeira da União nos gastos do Estado de Roraima ante o incremento com os serviços públicos prestados a refugiados”, o que se justificaria pelos princípios da “razoabilidade, da proporcionalidade e da solidariedade”, além de encontrar “fundamento na Constituição da República desde seu preâmbulo e no conceito de ‘união indissolúvel’”, além do “disposto no art. 3º, I e III, e, especificamente, no obrigatório auxílio que decorre do federalismo cooperativo e competências de que trata o art. 23, além dos arts. 30, 144, 196, 205, e seus incisos, todos da Constituição Federal”. Ao final, entendeu-se, com base em “interpretação razoável e proporcional da cláusula da cooperação”, pela “divisão destes custos adicionais em metade para cada parte”.

Muito embora o referido julgado não tenha feito referência à lealdade federativa, entende-se que é este o princípio, especificamente na sua função de justificação de deveres adicionais de ajuda e apoio financeiro, que fundamenta a decisão do Tribunal de determinar a contribuição financeira da União em benefício do Estado de Roraima, para que este pudesse fazer frente às despesas extraordinárias incorridas como consequência da entrada de grande número de refugiados em seu território.

Na ADI 3454/DF⁵²⁷, Rel. Min. Dias Toffoli, decidiu-se que a requisição administrativa “para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações

quanto ao grau de comprometimento de cada ente federativo no que diz com as matérias de competência comum no âmbito do federalismo cooperativo, especialmente ante a falta da regulamentação de que trata do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, não pode implicar ônus desproporcional ao Estado de Roraima. 12. Da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), especialmente de seus artigos 4º, 21 e parágrafo único, 23 e 26, § 1º, I, extraem-se os vetores voltados aos princípios da proporcionalidade e da equidade como parâmetros para balizar uma solução que possa mais aproximar a Justiça à hipótese 13. A solução, considerando tratar-se de litígio em que se conclui necessário um aumento do grau de participação contributiva por parte da ré, à luz inclusive do exemplo internacional e também da interpretação razoável e proporcional da cláusula da cooperação, é a divisão destes custos adicionais em metade para cada parte. Pedido acolhido em parte. V. Ação Cível Originária julgada procedente em parte para determinar à União a transferência de recursos adicionais ao Estado de Roraima em quantia correspondente à metade do vindicado pelo autor, conforme se apurar em liquidação, observados como parâmetros máximos os valores documentados nos autos, para assim suprir a metade dos custos que vem suportando com a prestação de serviços públicos aos imigrantes oriundos da Venezuela, ou autorizar a compensação do débito. (ACO 3121, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 26-10-2020 PUBLIC 27-10-2020)

⁵²⁷ EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 15, inciso XIII, da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde ' SUS). Requisição administrativa de bens e serviços para atendimento de necessidades

de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias”, prevista no art. 15, XIII, da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (Lei nº 8.080/90), não recai sobre bens ou serviços públicos de outro ente federativo, uma vez que as relações jurídicas entre esses entes “se caracterizam pela cooperação e pela horizontalidade, não se admitindo a ente federativo requisitar bem ou serviço pertencente a outro, sob pena de ferimento da autonomia desse ente e, conseqüentemente, ofensa ao pacto federativo”.

Ainda, na ADI 2355/PR⁵²⁸, Rel. Min. Nunes Marques, o Tribunal entendeu que viola a autonomia municipal norma estadual que dispõe sobre a destinação dos recursos recebidos pelos Municípios a título de repartição constitucional de ICMS, obrigando-os a aplicarem 50%

coletivas, urgentes e transitórias decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias. Interpretação conforme à Constituição. Vedação a que um ente federado requisite bem ou serviço de outro. Entendimento jurisprudencial da Suprema Corte consolidado no decorrer da Pandemia da Covid-19. Ofensa à autonomia do ente federado e ao pacto federativo. Princípio do federalismo cooperativo. Cooperação e horizontalidade. Procedência do pedido. 1. A questão jurídica debatida nos autos está em saber se a requisição de que trata o art. 15, inciso XIII, da Lei nº 8.080/90 pode recair sobre bens e serviços públicos. Em outras palavras, discute-se, na presente ação, se um ente federativo pode requisitar bens e serviços pertencentes a outro. 2. Segundo a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ofende o princípio federativo a requisição de bens e serviços de um ente federativo por outro, o que somente se admitiria à União, de forma excepcional, durante a vigência das medidas excepcionais de estado de defesa (art. 136, § 1º, inciso II, da CF) e estado de sítio (art. 139, inciso VII, da CF) (v.g., ACO nº 3.463-MC-REF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 8/3/21, publicado no DJe de 17/3/21; ACO nº 3.393-MC-Ref, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/6/20, publicado no DJe de 8/7/20; ACO nº 3.398, Rel. Min. Roberto Barroso, publicado em 23/6/20; e ACO nº 3.385, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no DJe de 23/4/20). 3. Conforme entendimento firmado na ADI nº 6.362, a requisição administrativa é instrumento de intervenção do Estado na propriedade privada que independe de aquiescência do particular e atuação prévia do Judiciário, cujo pressuposto único é o atendimento de uma situação de perigo público iminente. 4. Mesmo que os bens públicos estejam vocacionados ao atendimento de uma finalidade pública (o que é indiscutível) e que o pressuposto único indispensável para a requisição seja o atendimento de situação de perigo público iminente (e não a natureza do bem requisitado), seu uso excepcional e transitório por ente federativo que não aquele a que está vinculado o bem (ou serviço), ainda que a pretexto de acudir a uma situação fática de extrema necessidade, fere a autonomia do ente cujo bem seja requisitado e lhe acarreta incontestável desorganização. 5. A validade constitucional do dispositivo questionado está condicionada à exclusão da possibilidade de que a norma recaia sobre bens e serviços públicos, uma vez que tal preceito se volta a disciplinar a relação entre o Poder Público e o particular, constituindo-se em garantia desse em face daquele. No tocante aos entes federativos, suas relações se caracterizam pela cooperação e pela horizontalidade, não se admitindo a ente federativo requisitar bem ou serviço pertencente a outro, sob pena de ferimento da autonomia desse ente e, conseqüentemente, ofensa ao pacto federativo. 6. Pedido que se julga procedente para se conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 15, inciso XIII, da Lei nº 8.080/90, excluindo-se a possibilidade de requisição administrativa de bens e serviços públicos de titularidade de outros entes federativos. (ADI 3454, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 16-08-2022 PUBLIC 17-08-2022). No mesmo sentido: ACO 3463 MC-Ref/SP, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 8/3/2021.

⁵²⁸ EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.690, DE 18 DE OUTUBRO DE 1999, DO ESTADO DO PARANÁ. REPASSES CONSTITUCIONAIS DO IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS). TITULARIDADE. DESTINAÇÃO POR LEI ESTADUAL DOS RECURSOS DOS MUNICÍPIOS. AUTONOMIA MUNICIPAL. VIOLAÇÃO. 1. A parcela devida aos Municípios em razão da repartição constitucional de receitas lhes pertence de pleno direito. 2. Viola a autonomia municipal norma estadual que dispõe sobre a destinação dos recursos recebidos pelos Municípios a título de repartição constitucional de ICMS. 3. Medida cautelar confirmada e pedido julgado procedente para declarar-se inconstitucional a Lei n. 12.690, de 18 de outubro de 1999, do Estado do Paraná. (ADI 2355, Relator(a): NUNES MARQUES, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 28-09-2022 PUBLIC 29-09-2022).

do repasse constitucional do ICMS diretamente em áreas indígenas localizadas em seus territórios.

Por fim, mencione-se o caso do julgamento conjunto da ADI 6573/AL, ADI 6911/AL e ADPF 863/AL, Rel. Min. Edson Fachin⁵²⁹, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu ser inconstitucional norma que prevê a concentração excessiva do poder decisório nas mãos de só um dos entes públicos integrantes de região metropolitana. Nessa situação, os arts. 8º e 14 da Lei Complementar nº 50/2019, do Estado de Alagoas, violam a Constituição Federal, naquilo que concerne à autonomia dos Municípios, “uma vez que o Estado-federado concentra sessenta por cento dos votos na Assembleia Metropolitana e no Conselho de Desenvolvimento Metropolitano, unificando em si, de facto, todo o poder decisório da empreitada comum”.

3.1.2 Âmbito de aplicação

⁵²⁹ CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADIS Nº 6.573 E Nº 6.911. ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. REGIÃO METROPOLITANA DE MACEIÓ. LEI COMPLEMENTAR Nº 50/2019, DO ESTADO DE ALAGOAS. SISTEMAS DE SANEMANETO BÁSICO NÃO INTERLIGADOS. AUSÊNCIA DE CONURBAÇÃO. SITUAÇÕES NÃO IMPEDITIVAS DA CONSTITUIÇÃO DE REGIÃO METROPOLITANA. SERVIÇO PÚBLICO DE INTERESSE COMUM METROPOLITANO. AUTONOMIA MUNICIPAL. COMPATIBILIDADE COM A INSTITUIÇÃO DE REGIÕES METROPOLITANAS DESDE QUE GARANTIDA A PARTICIPAÇÃO MUNICIPAL. TITULARIDADE DO INTERESSE PÚBLICO METROPOLITANO E DO PODER CONCEDENTE. COMPETÊNCIA CONJUNTA. PROIBIÇÃO DE CONCENTRAÇÃO DE PODER DECISÓRIO EM UM ÚNICO ENTE-FEDERADO. MODULAÇÃO DE EFEITOS. ADI Nº 6.573 JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. ADI 6.911 JULGADA PROCEDENTE. 1. O argumento de que as cidades da Região Metropolitana de Maceió não possuem sistema de saneamento básico integrado, ou que não se verifica, naquelas localidades, o fenômeno da conurbação é insuficiente para inquirar a constitucionalidade da Lei Complementar nº 50/2019, do Estado de Alagoas. Nos termos da jurisprudência dominante neste Supremo Tribunal Federal, são legítimas as regiões metropolitanas criadas por lei complementar estadual, e que se dirijam a agrupamento de municípios limítrofes com o objetivo de integrar a organização, o planejamento e a execução no âmbito de funções públicas de interesse comum. 2. No julgamento da ADI nº 1.842, a Corte se posicionou sobre a titularidade do interesse público metropolitano, afastando as posições extremadas que alocavam esta titularidade quer seja no Município, quer seja no conjunto de Municípios, quer seja no Estado-federado. Prevaleceu a tese da competência e da titularidade conjuntas, a qual implica que deva existir, no seio da região metropolitana, estrutura colegiada asseguratória da participação dos Municípios. Ainda que o Supremo Tribunal Federal não tenha definido, de maneira positiva, o desenho institucional a ser adotado pelas regiões metropolitanas, assentou-se a proibição de que as instituições colegiadas concentrem poder decisório em um só ente-federado. 3. Os arts. 8º e 14 da Lei Complementar nº 50/2019, do Estado de Alagoas, violam a Constituição da República, naquilo que concerne à autonomia dos Municípios, uma vez que o Estado-federado concentra sessenta por cento dos votos na Assembleia Metropolitana e no Conselho de Desenvolvimento Metropolitano, unificando em si, de facto, todo o poder decisório da empreitada comum. 4. Proposta de modulação de efeitos para resguardar a continuidade do essencial serviço de saneamento básico na região. 5. Ações diretas conhecidas para julgar a ADI nº 6.573 parcialmente procedente e a ADI nº 6.911 procedente às inteiras, e, na forma do art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade dos arts. 8º e 14 da Lei Complementar 50/2019, do Estado de Alagoas, mantendo sua vigência excepcional pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, durante os quais o legislador estadual deverá reapreciar o desenho institucional da Região Metropolitana de Maceió. (ADI 6911, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 16/05/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 31-08-2022 PUBLIC 01-09-2022)

A lealdade federativa pode encontrar aplicação, em tese, sempre que se identifique uma relação jurídica especial entre os entes federados, seja ela de contraposição, cooperação ou coexistência⁵³⁰. Na esteira da jurisprudência do Tribunal Constitucional, os entes federados devem observar o dever de conduta federativa amistosa em “cada uma das suas atuações”⁵³¹. Pela lealdade federativa, os entes federados podem ser obrigados a não fazer uso de determinada competência ou de atuar de determinada maneira em virtude dessa competência⁵³². O dever federativo de lealdade pode ser violado, portanto, tanto por ação quanto por omissão⁵³³. No entanto, apesar dessa aparente pretensão de validade ampla, a lealdade federativa se aplica apenas de forma graduada no âmbito das funções legislativa, administrativa e jurisdicional.

3.1.2.1 Função legislativa

A lealdade federativa tem importância global para a atividade legiferante, aplicando-se no caso de competências legislativas privativas ou concorrentes. Considerações acerca da lealdade federativa devem influir, de modo preponderante, sobre o “como”, vale dizer, sobre a forma de exercício das competências legislativas, de modo a prevenir a edição de atos que, de forma abusiva, violem os interesses dos demais entes federados e do conjunto. Sem embargo, Bauer defende que, em certos casos, a lealdade federativa pode ser importante para o “se”, isto é, para a questão de se determinado ente federado pode fazer uso de sua função legiferante e em que medida⁵³⁴. Isso significa que os entes federados podem ser obrigados a abster-se do exercício de uma competência legislativa que lhes é atribuída pelo texto constitucional, o que já foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal⁵³⁵.

Do ponto de vista da jurisdição constitucional, essa vinculação é relevante na medida em que pode levar à configuração de inconstitucionalidades comissivas pelo legislador. Tais patologias são aptas a serem remediadas, no controle concentrado, pela via da ação direta de

⁵³⁰ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 327.

⁵³¹ BVerfGE 8, 122 (131).

⁵³² BVerfGE 21, 312 (326).

⁵³³ BVerfGE 8, 122 (131).

⁵³⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 328.

⁵³⁵ BVerfGE 34, 9 (29): “Jedenfalls verbietet in Fällen wie dem vorliegenden die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten, daß die Länder noch von ihrem Gesetzgebungsrecht Gebrauch machen, sobald der Bund dieselbe Materie zum Gegenstand eines Gesetzgebungsverfahrens zu machen beginnt. Die Länder können also hier nur noch legiferieren, soweit das einschlägige Bundesrecht – hier das Bundesbesoldungsgesetz und das Erste Besoldungsvereinheitlichungs- und Neuregelungsgesetz – es ausdrücklich gestattet” (tradução livre: “De toda forma, em casos como esse, o dever de conduta federativa amistosa proíbe que os Estados se utilizem de seu direito de legislar, assim que a Federação comece a tornar a mesma matéria objeto de um processo legislativo. Os Estados, portanto, só podem aqui legislar se o direito federal em uma mesma direção- aqui relativo à Lei de Salários e a Primeira Lei de Uniformização de Salários – o permitir expressamente”).

inconstitucionalidade ou da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, no controle difuso, pelas ações em geral, com especial destaque para o cabimento de recurso extraordinário perante o STF com base no art. 102, III, alíneas “a”, “c” e “d” da CF. Em todos esses casos, deve invocar-se a violação ao art. 1º, *caput* da CF, do qual a lealdade federativa é emanção (= eficácia constitutiva).

Da mesma forma, é possível fazer derivar da lealdade federativa obrigações, mandatos ou mandamentos legislativos, novamente tanto no que diz respeito ao “se” quanto no que diz respeito ao conteúdo (o “como”) da normativa respectiva⁵³⁶. A título de exemplo, na Alemanha, em face da Federação, são exigíveis deveres no contexto da compensação financeira⁵³⁷. Para os Estados, são exigíveis deveres no que tange à supervisão municipal⁵³⁸ ou para a implementação de leis destinadas a cumprir tratados internacionais da Federação. Conforme a opinião de Bauer, “mesmo que, nestes casos, se mantenha regularmente uma margem de conformação legislativa, isso não altera o fato de existirem, em princípio, obrigações legislativas correspondentes e de o legislador estar também vinculado aos respectivos requisitos materiais”⁵³⁹.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade admite o controle das omissões do legislador, seja pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou por meio de mandado de injunção. Já se aludiu ao fato de que a questão acerca da omissão inconstitucional traz consigo grandes perplexidades⁵⁴⁰. A problemática torna-se ainda mais complexa diante da lealdade federativa, instituto que cumpre na ordem federal o difícil papel de mediação entre os âmbitos jurídico e político. O reconhecimento de mandamentos legislativos derivados da lealdade federativa, portanto, deve ser realizado com cuidado e de modo bastante excepcional.

Nesse sentido, as advertências de Hesse acerca do uso indisciplinado da lealdade federativa demonstram sua atualidade. Sobretudo na seara da inconstitucionalidade por omissão, deve-se mover com “suma precaução” a fim de não deslocar o “equilíbrio existente entre controle jurídico e poder político”⁵⁴¹. Do contrário, corre-se o “risco de prejudicar a política, que se verá recortada em seu elemento essencial, o direito, porque será sobrecarregado, e o Tribunal Constitucional, que será chamado a pronunciar-se sobre questões que lhe são

⁵³⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 329.

⁵³⁷ Com referência, sobretudo, ao caso BVerfGE 72, 330.

⁵³⁸ BVerfGE, 8, 122.

⁵³⁹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 329 e s.

⁵⁴⁰ “É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno, envolvendo não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional” (MENDES, Gilmar Ferreira Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1251).

⁵⁴¹ HESSE, Konrad. **El Estado Federal Unitario**, p. 17.

estranhas”, fazendo com que questões políticas sejam decididas judicialmente, em prejuízo à liberdade de decisão e responsabilidade das instâncias políticas⁵⁴².

Não obstante, um interessante exemplo de omissão legislativa inconstitucional que guarda conexão com o programa normativo geral da lealdade federativa foi trabalhado na ADO 25/DF⁵⁴³, Rel. Min. Gilmar Mendes. Nesse julgamento, o Relator consignou que a política de desoneração de exportações incorporada na Emenda Constitucional nº 42/2003, embora produza resultados em prol de toda Federação, “afeta uma fonte de recursos dos estados e haveria de trazer consequências severas especialmente para aqueles que se dedicam à atividade de exportação de produtos primários”, isto é, “[o] esforço de desoneração das exportações, em termos técnicos, ocorreu mediante alteração (leia-se: redução) dos limites da competência tributária estadual. Ou seja, deu-se em prejuízo de uma fonte de receitas públicas estaduais”.

Por isso mesmo, em contrapartida, o art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), estabeleceu “uma fórmula de transferência constitucional obrigatória da União em favor dos estados e do Distrito Federal”, sem que, no entanto, o Poder Legislativo tivesse editado a lei complementar correlata. Nesse sentido, foi julgada procedente a ADO para reconhecer a mora do Congresso Nacional quanto à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 (doze) meses para que fosse sanada a omissão. Transcorrido *in albis* o prazo, definiu-se caber ao Tribunal de Contas da União o exercício supletivo das competências tendentes a realizar a compensação financeira devida.

Diante de sucessivos pedidos de prorrogação do prazo concedido, foi homologado, no julgamento de questão de ordem na ADO 25/DF, acordo entre os entes federados com remessa ao Congresso Nacional para deliberação⁵⁴⁴, aliando a técnica autocompositiva para o tratamento

⁵⁴² HESSE, Konrad. **El Estado Federal Unitario**, p. 18.

⁵⁴³ Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 2. Federalismo fiscal e partilha de recursos. 3. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. 4. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar. 5. Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão. Após esse prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União, enquanto não for editada a lei complementar: a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. (ADO 25, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 17-08-2017 PUBLIC 18-08-2017).

⁵⁴⁴ Questões de ordem na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 2. Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT. 3. Pedidos sucessivos de prorrogações dos prazos realizados pela União (primeiro requerimento, em 2.2019) e pela maioria dos Estados (segundo requerimento, em 2.2020). 4. Fatos supervenientes que justificam o abrandamento do prazo fixado no julgamento de mérito. Circunstâncias técnico-operacionais. Deferimento dos pleitos em parte. Precedentes. 5. Referendo das decisões. 6. Acordo realizado entre a União e todos os Entes Estaduais e Distrital. Homologação. 7. Encaminhamento ao Congresso Nacional para as deliberações cabíveis. (ADO 25 QO, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020)

do tema das inconstitucionalidades por omissão⁵⁴⁵, em uma metodologia que veio a ser posteriormente aprofundada no julgamento da ADPF 984 e da ADI 7191, relativas às compensações derivadas das perdas de arrecadação do ICMS-combustíveis.

⁵⁴⁵ Eis o teor do acordo: “CLÁUSULA PRIMEIRA. Os Estados da Federação e o Distrito Federal, representados pelos Governadores ou por seus legítimos representantes, nos autos da ADO 25, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, manifestam expressa concordância com o repasse, pela União, da ordem de R\$ 58.000.000.000,00 (cinquenta e oito bilhões de reais), no período de 2020 a 2037, nos termos da medida legislativa prevista no item 4.3 ou no item 4.4; acrescido do montante de (i) R\$ 3.600.000.000,00 (três bilhões e seiscentos milhões de reais), sendo R\$ 1.200.000.000,00 (um bilhão e duzentos milhões de reais), nos três anos subsequentes à aprovação da regulamentação da proposta de reforma constitucional que visa repassar mais recursos, da União aos demais Entes Federativos, de parte da receita proveniente do disposto no art. 20 da Constituição Federal, nos termos do item 4.2; e (ii) R\$ 4.000.000.000,00 (quatro bilhões de reais), da receita a ser obtida a título de bônus de assinatura com os leilões dos Blocos de Atapu e Sépia, previstos para o ano de 2020, consoante detalhado no item 4.5. PARÁGRAFO ÚNICO. Os anos de início e término dos períodos de repasse previstos na Cláusula Primeira, bem como nas demais cláusulas do presente Acordo, serão automaticamente postergados para o exercício financeiro no qual a respectiva medida legislativa seja devidamente promulgada. CLÁUSULA SEGUNDA. Com o presente Acordo, todos os Estados-Membros e o Distrito Federal reconhecem a quitação de valores porventura devidos, vencidos e vincendos, incluída a parcela de seus Municípios, decorrentes do disposto no art. 91 do ADCT. PARÁGRAFO ÚNICO. Não serão devidos honorários advocatícios nas ações judiciais que forem extintas em decorrência do presente Acordo. CLÁUSULA TERCEIRA. Uma vez promulgada a proposta legislativa que crie a obrigação de repassar os recursos previstos na cláusula primeira, a União deverá incluir, anualmente, em suas leis orçamentárias, a quantia necessária à realização da despesa. CLÁUSULA QUARTA. A União declara, por intermédio do Poder Executivo, que: 4.1. Envidará esforços para a promulgação da PEC nº 188, de 2019, nos termos em que apresentada ao Congresso Nacional, especialmente, em relação à aprovação da proposta nela constante de alteração do art. 20 da Constituição e de revogação do art. 91 de seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dos arts. 46 a 60 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010; 4.2. No caso de a PEC nº 188, de 2019, ser aprovada com a respectiva revogação do art. 91 do ADCT e com a introdução do § 3º no art. 20 da Constituição Federal, a União encaminhará, em até sessenta dias contados da promulgação da respectiva emenda constitucional, projeto de medida legislativa que disciplinará a transferência de recursos prevista no citado art. 20, § 3º, da Constituição Federal. Além das condições e vedações previstas nos §§ 3º e 4º do referido artigo constitucional, o projeto de medida legislativa estabelecerá os seguintes critérios de repartição da citada transferência de recursos: I. de 2020 a 2022, serão distribuídos R\$ 5.200.000.000,00 (cinco bilhões e duzentos milhões de reais) anuais; II. de 2023 a 2030, serão distribuídos R\$ 4.000.000.000,00 (quatro bilhões de reais) anuais; III. a partir de 2031 até 2037, o montante de que trata o subitem II será reduzido progressivamente em R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) a cada ano, até o pagamento da última parcela, de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), em 2037; IV. as parcelas pertencentes a cada Estado, incluídas as parcelas de seus Municípios, previstas nos subitens I, II e III deste item, serão proporcionais aos coeficientes individuais de participação previstos no anexo do presente acordo, e do Protocolo ICMS Confaz 69, de 4 de julho de 2008, ou outro documento que os substituam, na proporção de 50% (cinquenta por cento) cada; V. do montante referente à transferência temporária que cabe a cada Estado, a União entregará, diretamente, 75% (setenta e cinco por cento) ao próprio Estado e 25% (vinte e cinco por cento) aos seus Municípios, distribuídos segundo os mesmos critérios de rateio aplicados às parcelas de receita que lhes cabem do ICMS; VI. a quantia porventura excedente e, a partir de 2037, integral, prevista na medida legislativa referida neste item 4.2 será distribuída aos Estados e ao Distrito Federal e Municípios em conformidade com os demais critérios e condições estabelecidos na medida legislativa; VII. caso a PEC nº 188, de 2019, tenha sido promulgada sem a revogação dos arts. 46 a 60 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, prevista no art. 8º, XII, da citada proposta de emenda constitucional, tal revogação deverá constar no projeto de medida legislativa descrito neste item; VIII. a medida legislativa prevista neste item não poderá ser aplicada de forma cumulativa com a lei complementar prevista no item 4.3; IX. caso a presente medida legislativa venha a ser promulgada após a vigência da lei complementar prevista no item 4.3, deverão ser devidamente compensadas as parcelas já repassadas pela União. 4.3. Enquanto não promulgada a PEC nº 188, de 2019, com o intuito de suprir a comissão inconstitucional reconhecida nos autos da ADO nº 25, a União encaminhará, em até sessenta dias contados da homologação do presente acordo, projeto de lei complementar que, simultaneamente, reconhecera a implementação da regra de cessação referida no § 2º do art. 91 do ADCT e criará nova transferência temporária, a qual observará os seguintes critérios: I. de 2020 a 2030, serão distribuídos R\$ 4.000.000.000,00 (quatro bilhões de reais) anuais; II. a partir de 2031 até 2037, o montante de que trata o subitem I será reduzido progressivamente em R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) a cada ano, até o pagamento

da última parcela, de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), em 2037; III. do montante referente à transferência temporária que cabe a cada Estado, a União entregará, diretamente, 75% (setenta e cinco por cento) ao próprio Estado e 25% (vinte e cinco por cento) aos seus Municípios, distribuídos segundo os mesmos critérios de rateio aplicados às parcelas de receita que lhes cabem do ICMS; IV. no exercício em que a Lei Complementar de que trata este item 4.3 for aprovada, os valores mensais serão entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios em parcelas iguais, tantos quantos forem os meses entre a data de publicação e o final do respectivo exercício; V. caso a medida legislativa prevista no item 4.2 do presente acordo já tenha sido promulgada, o Presidente da República poderá requerer a retirada do Projeto de Lei Complementar previsto neste item; VI. para distribuição das parcelas pertencentes a cada Estado, incluídas as parcelas de seus Municípios, previstas nos subitens I e II, deste item, será observado o disposto na cláusula quarta, item 4.2, subitem IV deste termo de acordo. VII. a lei complementar de que trata este item conterá previsão expressa de perda de sua eficácia caso editada a medida legislativa prevista no item 4.2 do presente acordo. 4.4. No caso de a PEC nº 188, de 2019, ser aprovada sem a revogação do art. 91 do ADCT, mas com a introdução do § 3º no art. 20 da Constituição Federal, a União encaminhará, em até sessenta dias contados da sua promulgação, projeto de lei complementar que, simultaneamente, reconhecerá a implementação da regra de cessação referida no § 2º do art. 91 do ADCT, e disciplinará a transferência de recursos prevista no citado art. 20, § 3º, da Constituição Federal. Além das condições e vedações previstas nos §§ 3º e 4º do referido artigo constitucional, o projeto de lei complementar estabelecerá os seguintes critérios de repartição da citada transferência de recursos: I. de 2020 a 2030, serão distribuídos R\$ 4.000.000.000,00 (quatro bilhões de reais) anuais; II. a partir de 2031 até 2037, o montante de que trata o subitem I será reduzido progressivamente em R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) a cada ano, até o pagamento da última parcela, de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), em 2037; III. do montante referente à transferência temporária que cabe a cada Estado, a União entregará, diretamente, 75% (setenta e cinco por cento) ao próprio Estado e 25% (vinte e cinco por cento) aos seus Municípios, distribuídos segundo os mesmos critérios de rateio aplicados às parcelas de receita que lhes cabem do ICMS; IV. no exercício em que a Lei Complementar de que trata este item for aprovada, os valores mensais serão entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios em parcelas iguais, tantos quantos forem os meses entre a data de publicação e o final do respectivo exercício. V. para distribuição das parcelas pertencentes a cada Estado, incluídas as parcelas de seus Municípios, previstas nos subitens I e II, deste item, será observado o disposto na cláusula quarta, item 4.2, subitem IV deste termo de acordo; VI. a quantia porventura excedente e, a partir de 2037, integral, prevista na medida legislativa referida neste item 4.2, será distribuída aos Estados e ao Distrito Federal e Municípios em conformidade com os demais critérios e condições estabelecidos na medida legislativa; VII. caso esteja vigente a lei complementar prevista no item 4.3 do presente acordo, o projeto de lei complementar de que trata este item conterá previsão expressa de sua revogação, bem como da compensação das parcelas já repassadas pela União; VIII. a lei complementar descrita neste item não poderá ser aplicada de forma cumulativa com a aquela prevista no item 4.3; IX. caso a PEC nº 188, de 2019, tenha sido promulgada sem a revogação dos arts. 46 a 60 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, prevista no art. 8º, XII, da citada proposta de emenda constitucional, tal revogação deverá constar no projeto de lei complementar descrito neste item. 4.5. Independentemente das medidas referidas nos itens anteriores, a União envidará esforços para a realização dos leilões dos Blocos de Atapu e Sépia e encaminhará projeto de medida legislativa alterando a Lei nº 13.885, de 2019, para prever a distribuição adicional de R\$ 4.000.000.000,00 (quatro bilhões de reais) a serem descontados da parcela da União referente à receita a ser obtida a título de bônus de assinatura com os leilões, e distribuídos segundo os coeficientes individuais de participação previstos no anexo do presente acordo, e do Protocolo ICMS Confaz 69, de 4 de julho de 2008, ou outro documento que os substituam, na proporção de 50% (cinquenta por cento) cada. 4.5.1. Do montante referente à distribuição de que trata o item 4.5, a União entregará, diretamente, 75% (setenta e cinco por cento) ao próprio Estado e 25% (vinte e cinco por cento) aos seus Municípios, distribuídos segundo os mesmos critérios de rateio aplicados às parcelas de receita que lhes cabem do ICMS. 4.5.2. Enquanto não realizados ou frustrados os leilões dos Blocos de Atapu e Sépia, a União fica desobrigada do repasse de R\$ 4.000.000.000,00 (quatro bilhões de reais), o qual somente ocorrerá no exercício financeiro em que a receita com o bônus de assinatura efetivamente ingressar nos cofres da União. 4.5.3. Caso o leilão de cada bloco ocorra em exercícios distintos, o repasse de R\$ 4.000.000.000,00 (quatro bilhões de reais) será dividido nos dois períodos respectivos em que a receita com o bônus de assinatura efetivamente ingressar nos cofres da União, em duas partes iguais de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). CLÁUSULA QUINTA. Este acordo será utilizado como um dos fundamentos da justificativa dos projetos das medidas legislativas referidas na Cláusula Quarta, a serem encaminhados ao Congresso Nacional. CLÁUSULA SEXTA. Os Estados e o Distrito Federal reconhecem que, no que se refere à alegada parcela devida em decorrência do art. 91 do ADCT para o exercício financeiro de 2019, tal obrigação é considerada cumprida pela União com a realização da transferência prevista no item 4.5. PARÁGRAFO ÚNICO. A quitação da parcela devida em decorrência do art. 91 do ADCT para o exercício financeiro de 2019 e o cumprimento desta cláusula específica do acordo independem da eventual aprovação de quaisquer das medidas

3.1.1.2 Função administrativa

A lealdade federativa encontra um “campo de aplicação comparativamente amplo”⁵⁴⁶ no que diz respeito à função administrativa. Mais uma vez, na esteira do pronunciamento do Tribunal Constitucional Federal no Caso dos Referendos em Hesse, os entes federados devem observar o dever de lealdade em “cada uma das suas atuações”, abrangendo a “edição de atos de governo e administrativos” (*Regierungs- und Verwaltungsakten*)⁵⁴⁷. Consequência dessa observação é que, conforme Bauer, a lealdade federativa deve ser observada não apenas no âmbito das “relações jurídicas constitucionais”, mas também nas “relações de direito administrativo”, “pretensões regidas pelo direito administrativo”, de forma a abranger o direito migratório, o direito tributário e o direito das subvenções, demonstrando a “pretensão abrangente de validade” da lealdade federativa para a função administrativa⁵⁴⁸.

A literatura especializada diverge no que diz respeito à restrição da conduta federativa amistosa à “atividade soberana” (*hoheitliche Betätigung*) do Estado, vale dizer, à atividade que “se baseia na utilização de um poder coercitivo superior”, em oposição à chamada “atividade econômico-financeira” (*fiskalisch-erwerbswirtschaftlicher Betätigung*), numa distinção que remonta a Ernst Fortsthoft⁵⁴⁹. Enquanto Hermann-Wilfried Bayer⁵⁵⁰ postula a aplicabilidade do princípio apenas para o campo da atividade soberana, Hartmut Bauer é da opinião de que os

legislativas previstas nos itens 4.2, 4.3 e 4.4. CLÁUSULA SÉTIMA. A não aprovação de nenhuma das propostas legislativas previstas nos itens 4.2, 4.3 e 4.4 da Cláusula Quarta constitui-se em cláusula resolutiva do presente acordo, à exceção do item 4.5 da Cláusula Quarta e da Cláusula Sexta. PARÁGRAFO ÚNICO. A não aprovação da proposta legislativa prevista no item 4.5 constitui-se em cláusula resolutiva da Cláusula Sexta do presente acordo. CLÁUSULA OITAVA. Persistindo a mora legislativa, o Supremo Tribunal Federal poderá ser novamente instado a se manifestar nos autos da ADO 25, diante do descumprimento do prazo e das condições fixadas no julgamento de mérito da referida ação direta de inconstitucionalidade por omissão. CLÁUSULA NONA. Qualquer dúvida acerca da interpretação das cláusulas contidas neste acordo será dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, por se tratar de conflito federativo (art. 102, I, ‘f’, da CF)”.

⁵⁴⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 330.

⁵⁴⁷ BVerfGE 8, 122 (131): “[...] Im vorliegenden Fall fehlt es an einem Bundesgesetz, das die Länder auszuführen haben; der dem Bundesverfassungsrecht angehörende Satz von der Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichem Verhalten kann nicht verwaltungsmäßig als eigene Angelegenheit der Länder ausgeführt, er kann nur ‘beachtet’ werden und ist nach dem geltenden Verfassungsrecht von Bund und Ländern bei jeder ihrer Maßnahmen, sei es beim Erlaß von Gesetzen, sei es beim Erlaß von Regierungs- und Verwaltungsakten zu beachten” (tradução livre: “No presente caso, não há nenhuma Lei federal [*Bundesgesetz*] que os Estados devam executar; o princípio do dever de conduta federativa amistosa da Federação e dos Estados, que pertence ao direito do Estado federal, não pode ser executado administrativamente como uma questão separada dos Estados, ele só pode ser ‘observado’ e, de acordo com o direito constitucional vigente, deve ser observado pela Federação e pelos Estados em cada uma de suas medidas [*Maßnahmen*], seja na promulgação de leis ou na edição de atos de governo e administrativos [*Regierungs- und Verwaltungsakten*]”).

⁵⁴⁸ BVerfGE 42, 103 (112, 115f).

⁵⁴⁹ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 59-60.

⁵⁵⁰ BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 59-60.

entes federados nunca são completamente “livres” em suas ações, devendo sempre observar o dever de consideração, o que “exclui uma isenção da atividade não soberana (*nicht-hoheitlichen Tätigkeit*) das exigências da lealdade federativa”, na medida em que, “de outro modo, uma fuga do dever de conduta federativa amistosa, na escolha das formas adequadas de ação, seria uma preocupação, ou ao menos uma possibilidade”⁵⁵¹.

Essa segunda posição parece ser mais adequada à ordem jurídica brasileira, na qual, como analisado no item 3.1.1.4, concretizações da lealdade federativa ligadas à atividade econômico-financeira do Estado puderam ser desenvolvidas pela própria jurisprudência do STF. Ademais, não há nenhuma indicação na fundamentação jurídica, na relação jurídica fundamental do direito do Estado federal ou no dever geral de lealdade que indiquem o caminho da suposta limitação da abrangência da lealdade federativa, para a função administrativa, apenas no que diz respeito à “atividade soberana” do Estado. Portanto, a compreensão mais alargada do âmbito de aplicação da conduta federativa amistosa com relação à função administrativa parece ser mais consentânea tanto com o programa normativo geral da conduta federativa amistosa quanto com a práxis jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

3.1.2.3 Função jurisdicional

A lealdade federativa nunca atraiu maiores atenções no que diz respeito à atividade jurisdicional, concentrando-se as considerações acerca da incidência do princípio no âmbito dessa peculiar função estatal apenas na obra de Bauer. O autor cita o caso da coexistência entre a jurisdição constitucional na Federação e nos Estados, no qual a lealdade federativa poderia servir para ajudar a equilibrar as tensões que surgem do fato de uma mesma questão poder ser objeto de um processo perante o Tribunal Constitucional Federal e, simultaneamente, perante um Tribunal Constitucional estadual. Assim, por exemplo, a necessidade de suspensão de um dos processos para aguardar a decisão do outro seria a materialização de um dever de “cooperação e entendimento” (*Zusammenwirken und Verständigung*)⁵⁵². Ademais, outros campos de aplicação, “comparativamente muito estreitos”, se encontrariam, principalmente, no auxílio judiciário (*Rechtshilfe*) do art. 35 GG e, também, na administração da justiça e organização dos tribunais, sem, no entanto, que se possa falar em uma “importância central” da lealdade federativa para a função jurisdicional⁵⁵³.

⁵⁵¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 330-331.

⁵⁵² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 331.

⁵⁵³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 332.

As disposições sobre a cooperação judicial estão previstas, de forma ampla, nos arts. 67 a 69 do CPC⁵⁵⁴ e, de acordo com as concepções defendidas ao longo deste trabalho, devem ser interpretadas à luz do princípio da lealdade federativa. Em especial, o art. 67, *caput*, do CPC fala em um “dever de recíproca cooperação” entre os órgãos do Poder Judiciário em todas as esferas. Tal dever processual possui inegável conexão sistemática com o programa normativo geral da lealdade federativa e, em especial, com o dever geral de lealdade, na medida em que se busca assegurar, entre os órgãos judiciários, coordenação, respeito, auxílio e entendimento mútuos para a prática frutífera dos atos processuais objeto da cooperação.

Deve-se fazer menção, ainda, ao precedente firmado pelo STF no âmbito da ADI 5492/DF, Rel. Min Dias Toffoli⁵⁵⁵, julgado pelo Plenário Virtual em 27/04/2023. A ação foi ajuizada pelo Governador do Distrito Federal em face de diversos dispositivos do CPC, tendo o Tribunal julgado parcialmente procedentes os pedidos para assentar, dentre outros pontos que

⁵⁵⁴ Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores. Art. 68. Os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual. Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: I - auxílio direto; II - reunião ou apensamento de processos; III - prestação de informações; IV - atos concertados entre os juízes cooperantes. § 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código. § 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato; II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; III - a efetivação de tutela provisória; IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; VI - a centralização de processos repetitivos; VII - a execução de decisão jurisdicional. § 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário.

⁵⁵⁵ Acórdão pendente de publicação. Consta da decisão de julgamento: “O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido para: (i) declarar constitucionais a expressão ‘administrativos’ do art. 15; a expressão ‘dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’ do art. 242, § 3º; a referência ao inc. II do art. 311 constante do art. 9º, parágrafo único, inc. II, e do art. 311, parágrafo único; o art. 985, § 2º; e o art. 1.040, inc. IV, todos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil); (ii) atribuir interpretação conforme a Constituição ao art. 46, § 5º, do CPC, para restringir sua aplicação aos limites do território de cada ente subnacional ou ao local de ocorrência do fato gerador; (iii) atribuir interpretação conforme a Constituição ao art. 52, parágrafo único, do CPC, para restringir a competência do foro de domicílio do autor às comarcas inseridas nos limites territoriais do Estado-membro ou do Distrito Federal que figure como réu; (iv) declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘de banco oficial’, constante do art. 535, § 3º, inc. II, do CPC/2015 e conferir interpretação conforme ao dispositivo para que se entenda que a ‘agência’ nele referida pode ser de instituição financeira pública ou privada. Para dar cumprimento ao disposto na norma, poderá a administração do tribunal contratar banco oficial ou, caso assim opte, banco privado, hipótese em que serão observadas a realidade do caso concreto, os regramentos legais e princípios constitucionais aplicáveis e as normas do procedimento licitatório, visando à escolha da proposta mais adequada para a administração de tais recursos; e (v) declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘na falta desses estabelecimentos’ do art. 840, inc. I, do CPC/2015 e conferir interpretação conforme ao preceito para que se entenda que poderá a administração do tribunal efetuar os depósitos judiciais (a) no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou em banco do qual o Estado ou o Distrito Federal possua mais da metade do capital social integralizado, ou, (b) não aceitando o critério preferencial proposto pelo legislador e observada a realidade do caso concreto, os regramentos legais e os princípios constitucionais aplicáveis, realizar procedimento licitatório visando à escolha da proposta mais adequada para a administração dos recursos dos particulares. Ficaram parcialmente vencidos os Ministros Dias Toffoli (Relator), André Mendonça, Edson Fachin e Luiz Fux, tão somente no tocante à interpretação conforme a Constituição aos arts. 46, § 5º, e 52, parágrafo único, ambos do CPC. Redigirá o acórdão o Ministro Relator. Plenário, Sessão Virtual de 14.4.2023 a 24.4.2023”.

não são de interesse imediato da presente investigação, para atribuir interpretação conforme a Constituição (1) “ao art. 46, § 5º, do CPC, para restringir sua aplicação aos limites do território de cada ente subnacional ou ao local de ocorrência do fato gerador”; e (2) “ao art. 52, parágrafo único, do CPC, para restringir a competência do foro de domicílio do autor às comarcas inseridas nos limites territoriais do Estado-membro ou do Distrito Federal que figure como réu”. Prevaleceu, no ponto, o voto divergente do Min. Roberto Barroso, que, inclusive, propôs a fixação da seguinte tese: “é inconstitucional a regra de competência que permita que os entes subnacionais sejam demandados perante qualquer comarca do país, devendo a fixação do foro restringir-se aos seus respectivos limites territoriais”.

Essa não parece ser, no entanto, a conclusão mais consentânea com o modelo federativo adotado pela Constituição Federal e, de modo peculiar, com o princípio da lealdade federativa. Como salientou o Relator, Min. Dias Toffoli, vencido no ponto, a tese ventilada na petição inicial da ADI parte da premissa “de que os interesses das unidades da Federação que participem do processo na qualidade de Estado-Juiz sempre tenderiam a sobrepujar o interesse de bem prestar a jurisdição, leitura que vai de encontro à ideia de lealdade federativa”. Além disso, consignou o Relator que o argumento “pressupõe uma concepção fragmentada da própria jurisdição”, sendo que “a orientação à cooperação judiciária nacional, consagrada pelo CPC/2015, vai no sentido oposto”.

De fato, a partir dessa consideração, pode-se derivar que a lealdade federativa tem, perante a função jurisdicional, o efeito especial de proibir um tratamento discriminatório entre as partes por razões federativas. Vale dizer, trata-se da proibição de um ente federado receber tratamento favorável ou prejudicial em razão de ser ele o ente ao qual se vincula ou não o órgão julgador, o que, no mais, já deveria decorrer do dever processual de igualdade de tratamento entre as partes (art. 139, inciso I, do CPC). Caso se verifiquem abusos, na prática, relacionados a instrumentos processuais que gerem um tratamento prejudicial por razões federativas (como, no caso, o IRDR, aventado no voto do Min. Barroso⁵⁵⁶), não seria a regra de fixação de competência do CPC inconstitucional, senão, antes, a própria postura dos órgãos que exercem

⁵⁵⁶ “[...] a previsão questionada também traz efeito prejudicial ao avanço dos precedentes e dificulta a formação de soluções uniformes para a solução de questões locais por meio de incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR). Isso porque, ainda que determinada controvérsia de interesse local fosse resolvida por essa via no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado federativo afetado, o precedente obrigatório e qualificado firmado no incidente poderia ser desconsiderado se ação sobre o mesmo tema fosse proposta perante a Justiça Estadual do domicílio do autor, conforme a sua conveniência. Aqui não se presume, de forma alguma, que haja má-fé do requerente, mas se constata uma possibilidade sistemicamente indesejada de escolha de foro para litigar, em detrimento da segurança jurídica e da eficiência da prestação jurisdicional, elementos que inspiram o fortalecimento do sistema de precedentes”.

a função jurisdicional que, de modo inconstitucional, privilegiam ou prejudicam determinada parte por razões de índole federativa.

Com relação à alegação de violação da autonomia constitucional dos Estados-membros, entendeu o Relator que estas unidades federadas, sob a égide da CF, “jamais tiveram ao seu alcance a definição das regras gerais de distribuição de competência”, pois o “espaço de autonomia normativa que lhes cabe se relaciona com a distribuição das causas no espaço de cada unidade da Federação, à luz dos critérios gerais apostos na lei nacional”. Isso significa que, na ordem constitucional brasileira, “compete aos Estados a distribuição daquelas causas que lhes forem direcionadas pela lei processual nacional, entre os seus diversos órgãos jurisdicionais, em seu território”, sendo que “as normas questionadas, em nenhuma medida, interferem no exercício dessas competências pelos Estados-membros”.

Por outro lado, argumentou-se na inicial da ADI que o parágrafo único do art. 52 do CPC, ao permitir que a parte escolha onde demandar a Fazenda, “poderia dar ensejo ao abuso de direito, com a escolha da jurisdição que lhe fosse mais favorável”. Da mesma forma, quanto ao art. 46, § 3º, suscitou-se que esse dispositivo “potencializaria a guerra fiscal”, “pois um Estado poderia utilizar do seu Poder Judiciário em benefício próprio contra outro Estado que estivesse submetido à sua jurisdição”. Em face da argumentação, mais uma vez, apontou o Relator que, além dos deveres de boa-fé processual e cooperação aplicáveis ao processo, vige nas relações entre as unidades federadas “o princípio da lealdade federativa, segundo o qual os entes que compõem a federação, nas suas relações recíprocas, devem colaborar mutuamente de modo a aliviar as tensões do pacto federativo, em vez de agravá-las”, ou seja, os argumentos ventilados “não atacam os dispositivos legais em si, mas sim o uso que se poderia fazer deles”.

Por fim, cumpre ainda anotar que a posição majoritária parece ser problemática, ainda, sob mais um aspecto, tendo-se em vista que a opinião não esclarece como deve ser feita a determinação do órgão judiciário competente no caso de demandas ajuizadas em desfavor de dois Estados-membros. Basta que se imagine, nesse sentido, o exemplo do ajuizamento, por contribuinte, de ação de consignação em pagamento relativa a débito de ICMS ou IPVA, na forma do art. 164, inciso III, do Código Tributário Nacional (CTN)⁵⁵⁷, perante dois Estados distintos. Nesse caso, adotando-se as premissas assentadas no precedente, a determinação inequívoca de qual o foro competente para a causa não parece ser possível.

⁵⁵⁷ Art. 164. A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos: [...] III - de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.

3.1.3 Tipologia

Como analisado nos capítulos anteriores, a partir da fundamentação da lealdade federativa no princípio geral da boa-fé, Bauer deriva, dentre outras, a conclusão de que as concretizações essenciais da conduta federativa amistosa poderiam ser divididas em uma série de manifestações típicas, cada uma associada a uma função específica do instituto. Para o autor, trata-se do empréstimo da metodologia de trabalho dos civilistas para o manejo da boa-fé objetiva, já que “o direito civil tem uma tradição mais longa, o que se reflete num tratamento dogmático mais avançado dos conhecimentos sobre a boa-fé”, sem que, com isto se esteja procedendo a uma simples “analogia” ou a uma “transferência acrítica”, preservando-se a “autonomia do direito do Estado federal”⁵⁵⁸.

A tipologia teria por função indicar os efeitos da lealdade federativa, facilitar a formação de grupos de casos e permitir o tratamento juridicamente disciplinado do princípio na prática jurídica. Nesse contexto, a construção sistemática deveria partir de três funções: (1) a função de fundamentação de deveres; (2) a função de restrição de direitos; e (3) a função de fundamentação de regras adicionais para os tratados interfederativos. Em vista da ordem jurídica brasileira, a tipologia de funções da lealdade federativa que é oferecida por Bauer parece adequada e pode ser adotada de forma produtiva, ainda que com breves ajustes.

Em primeiro lugar, perante o texto constitucional brasileiro, parece mais adequado que se fale em barreira ao exercício de “competências” substituindo-se, ou ao menos complementando-se a expressão “direitos”. Analisando a questão perante o sistema jurídico alemão, Bauer⁵⁵⁹ fixa como premissa que, a fim de “evitar uma recaída em controvérsias conceptuais-jurídicas” as “determinações conceituais-axiomáticas não devem ser decisivas”. Em vez disso, “apenas a adequação ou conveniência factual e o poder explicativo da respectiva categoria em relação à realidade juridicamente moldada podem ser de interesse epistémico”. O autor compreende que uma ordem exclusivamente baseada em competências jurídicas seria questionável.

O cerne do argumento consiste na identificação de que “ainda não foi possível obter uma clareza conclusiva sobre a categoria da competência, que não é explicitamente utilizada no texto constitucional [alemão]⁵⁶⁰”. Sobretudo esta última constatação leva o autor a defender “que não se deve sistematizar o direito estatal federal exclusivamente em termos de um direito

⁵⁵⁸ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 332 e ss. e, em especial, nota de rodapé 40.

⁵⁵⁹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 286.

⁵⁶⁰ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 286.

de competências”⁵⁶¹. Para o autor, direito subjetivo seria a categoria mais adequada porque, para além de ser usado pela Lei Fundamental, “pode ser entendido como um conceito-quadro aberto que tem de ser preenchido e que pode ser aplicado no direito estatal federal sem quaisquer problemas”⁵⁶².

Adotando-se a mesma premissa metodológica de que a questão deve ser resolvida menos através da busca de “determinações conceituais-axiomáticas” e mais pela análise dos dados fornecidos pelo direito positivo, tem-se que a Constituição brasileira aponta, de maneira inequívoca, para uma ordem federal baseada em competências e que, portanto, deve ser o conceito preferencial para a tipologia de funções da lealdade federativa no Brasil, reservando-se a expressão “restrição de direitos” para os casos em que se esteja diante, por exemplo, de uma relação de tipo negocial entre os entes federados. Assim, diante da especificidade do texto constitucional brasileiro, parece ser mais adequado falar, em regra, em “competências” ao invés de “direitos subjetivos”, sem que, com isto, se ignore que, num nível analítico superior, a distinção, de fato, entre ambos os conceitos seja algo precária, já que ambos implicam o reconhecimento, pela ordem jurídica, de um poder de ação em relação ao seu titular ou detentor⁵⁶³.

Diante das considerações acima, e de modo a tornar ainda mais facilitado o tratamento dogmático do tema no Brasil sem que com isso se identifique qualquer perda em termos de rigor analítico, prefere-se, nessa investigação, sintetizar a tipologia de funções da lealdade federativa da seguinte forma: (1) “dimensão negativa” da lealdade federativa, a qual se identifica com a imposição de barreiras ao exercício de competências ou com a restrição ao exercício de direitos; e (2) “dimensão positiva” da lealdade federativa, a qual engloba tanto a fundamentação de deveres jurídicos adicionais para os entes federados quanto a fundamentação de regras adicionais para contratos, acordos, convênios e outros instrumentos congêneres.

3.1.4 Concretizações essenciais em espécie

3.1.4.1 Dimensão negativa

⁵⁶¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 288.

⁵⁶² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 289 e ss.

⁵⁶³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 283, nota de rodapé 155: “[...] den prekären Beziehungen zwischen ‘Kompetenz’ und ‘subjektivem Recht’ [...]” (tradução livre: “[...] a distinção precária entre ‘competência’ e ‘direito subjetivo [...]’”).

A dimensão negativa da lealdade federativa, como analisado ao longo do trabalho, envolve a imposição de barreiras ao exercício de competências aos entes federados ou a restrição ao exercício de direitos. Nesses casos, a lealdade federativa funciona tanto como proibição do abuso quanto como proibição do comportamento contraditório.

3.1.4.1.1 Proibição do abuso

De acordo com a exposição no item 1.3.2.2.1, a proibição do abuso impede que os entes federados exerçam seus direitos e competências de maneira egoística e persigam apenas seus próprios interesses, submetendo todo o exercício de direitos à consideração dos interesses das demais partes da Federação. A lealdade federativa atua, nessa vertente, como um filtro ou modulação no exercício dos direitos e competências dos entes federados, de modo a proibir ou corrigir abusos. A lealdade federativa é uma barreira ao exercício abusivo de direitos e competências pelos entes federados, em detrimento do funcionamento da ordem federal e da indissolubilidade (art. 1º, *caput*, da CF) do pacto federativo.

Entretanto, o simples exercício de um direito ou competência não pode ser considerado, por si só, como suficiente para violar o dever federal de lealdade. Pelo contrário, a violação só se verifica caso o “se” e/ou o “como” do exercício for abusivo. Tal constatação corresponde ao limiar de relevância da lealdade federativa (item 3.1.5). Portanto, a violação da proibição do abuso, para ser configurada, deve ser sujeita a exigências elevadas, que só serão satisfeitas excepcionalmente. Do forma analítica⁵⁶⁴, deve-se reconhecer o exercício abusivo do direito ou competência: (1) se o titular não persegue um interesse legítimo; (2) no caso de se oporem interesses superiores da outra parte ou partes envolvidas; ou (3) se o exercício do direito ou competência conduzir a uma grave perturbação da ordem federal. O momento em que se pode considerar que existe uma violação da proibição de abuso de direito depende, em última análise, das circunstâncias concretas de cada caso.

No contexto brasileiro, podem ser citados como exemplos da dimensão negativa da lealdade federativa enquanto barreira ao exercício abusivo de competências: (1) a proibição da chamada “guerra fiscal”; (2) as proibições inscritas nos arts. 151 e 152 da CF; (3) os limites impostos pela lealdade federativa sobre a interpretação das hipóteses autorizadoras e das medidas interventivas concretamente determináveis no âmbito da intervenção federal (arts. 34 a 36 da CF); (4) a proibição de requisição administrativa de bens públicos, especialmente

⁵⁶⁴ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 357.

ventiladores pulmonares ou insumos de vacinas adquiridos pelos Estados durante a pandemia da COVID-19; (5) as convocações dos Governadores de Estado realizadas no âmbito da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada no Senado Federal (CPI da Pandemia).

Cite-se, ainda, no contexto da pandemia da COVID-19, o caso do Decreto Federal nº 10.344, de 11 de maio de 2020, o qual alterou o Decreto Federal nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamentava a Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais, incluindo, dentre elas, em seus incisos LVI e LVII, “salões de beleza e barbearias, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde” e “academias de esporte de todas as modalidades, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde”. Da ausência de quaisquer evidências científicas de que salões de beleza, barbearias e academias de ginástica pudessem ser considerados serviços essenciais é que se põe em dúvida as reais motivações do Decreto Federal mencionado, não sendo despidendo supor que o intuito do Chefe do Executivo fosse o de se contrapor (abusivamente) às medidas administrativas de fechamento de comércio que haviam sido estabelecidas em diversas unidades da Federação.

Por fim, é importante anotar que desta vertente do princípio da lealdade federativa não se pode extrair qualquer dever de uniformidade no exercício de competências, sob pena de atentar-se diretamente contra o núcleo do federalismo, que é justamente o de possibilitar a diversidade na adoção de desenhos institucionais e ações para fazer frente aos desafios do Estado⁵⁶⁵. Os entes federados são legitimados a desenvolverem o exercício de suas competências de forma autônoma, servindo o interesse dos demais e o do conjunto como um limite para a sua atuação, e não como um imperativo ao qual o desempenho de todas as atividades estatais deva se subordinar, ainda que no contexto do federalismo cooperativo.

3.1.4.1.2 Proibição do comportamento contraditório

O desenvolvimento da dimensão negativa da lealdade federativa como proibição do comportamento contraditório, como visto, se deu, até o presente momento, apenas no âmbito da literatura especializada. Basta, portanto, a remissão ao item 1.3.2.2.2 da dissertação, no qual são feitas observações que, embora tecidas à luz do direito alemão, tem plena aplicabilidade para o direito brasileiro. Em especial, faz-se, mais uma vez, referência ao exemplo de Bauer de uma situação de cooperação de longo prazo entre os entes federados, de modo que, presentes os arranjos administrativos e financeiros apropriados para alcançar o objetivo desejado, tal

⁵⁶⁵ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, p. 250.

cooperação não deve ser encerrada abruptamente por uma das partes sem motivo suficiente, sob pena de verdadeiro *venire contra factum proprium*⁵⁶⁶.

3.1.4.2 Dimensão positiva

3.1.4.2.1 Deveres de ajuda e apoio

Conforme exposto no item 1.3.2.1.1, os deveres de ajuda e apoio impõem prestações positivas que obrigam os entes federados em caso de outro ente se encontrar necessitado, sendo a concretização, nas relações interfederativas, do princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CF). Estes deveres não têm caráter ilimitado, somente sendo exigíveis quando realmente necessário e, além disso, quando razoável, ou seja, se sua prestação não for capaz de tumultuar as finanças dos entes prestadores. Em particular, não devem ter por efeito a socialização dos prejuízos de um ente que gere mal suas finanças em detrimento daqueles que mantêm suas contas em dia.

No direito brasileiro, tem-se a identificação de uma série de deveres de ajuda e apoio: (1) compensação financeira derivada das perdas de ICMS; (2) compensação financeira derivada da desoneração de exportações promovida por emendas constitucionais; (3) compensação financeira derivada do recebimento de refugiados em grande número numa determinada unidade da Federação; (4) deveres de ajuda e apoio da União em favor do Distrito Federal (art. 21, incisos XIII e XIV e art. 22, inciso XVII, ambos da CF); (5) os deveres de “cooperação técnica e financeira” da União e dos Estados perante os Municípios para a prestação dos serviços de saúde e educação (art. 30, incisos VI e VII, da CF); (6) os deveres de redução das desigualdades regionais (art. 43 da CF); e, por fim, com maior relevo para a atualidade, (7) os deveres de ajuda e apoio a outros entes por força da prática de “atos antidemocráticos” (art. 23, I, da CF).

3.1.4.2.2 Deveres de informação e consulta

De acordo com o item 1.3.2.1.2 da investigação, os deveres de informação e consulta partem do pressuposto de que as esferas federais são conectadas entre si para formar uma “comunidade de destino” que é projetada para o longo prazo, o que equivale ao conteúdo do vínculo “indissolúvel” do pacto federativo (art. 1º, *caput*, da CF). Tal comunidade só tem

⁵⁶⁶ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 358-359.

chances de êxito se os participantes se informarem, em tempo hábil, sobre eventos e projetos que são importantes uns para os outros e os consultarem conjuntamente sobre as ações a serem empreendidas. A fim de evitar repetições excessivas, remete-se o leitor ao tópico referenciado a fim de que sejam apreendidos os principais elementos desses deveres. Por fim, como referenciado no item 2.2.3.2, o art. 21 da CF estabelece, para a União, nos incisos IX, XVIII, XIX, XX, XXI e XXII, competências de planejamento e para o estabelecimento de diretrizes gerais em diversos setores. No contexto do planejamento “contra as calamidades públicas”, adquirem relevo os deveres de informação com relação a acidentes ou desastres de caráter transfronteiriço, ou seja, que atinjam mais de um território federado.

3.1.4.2.3 Deveres de coordenação e cooperação

Os deveres de coordenação e cooperação atuam no sentido de atender às necessidades do modelo cooperativo de federalismo (item 1.3.2.1.3). Primordialmente, surgem nas situações em que a conduta de um participante tem ou pode ter efeitos especiais sobre outros sujeitos da relação interfederativa. Outros deveres surgem da necessidade de “coordenação suprarregional”, em especial para o respeito aos direitos fundamentais (item 3.1.3). Além disso, tais deveres podem ser encontrados nas situações em que um ente federado dependa diretamente de outro para um determinado fim. Por fim, também podem surgir no caso de relação cooperativa que já tenha sido iniciada ou que tenha sido “normativamente preordenada”.

A coordenação se refere à obtenção de soluções consensuais para problemas comuns, a partir da perspectiva que leva em consideração os interesses de todos os envolvidos. Exige que os participantes mantenham seu egoísmo sob controle e, se necessário, deixem de lado seus próprios interesses para alcançar um equilíbrio de visões opostas que seja consensual ou, pelo menos, razoável para todos. Coordenação, nesse contexto específico, é sinônimo de “concertação” ou “conciliação”.

Já a cooperação visa à participação, complementação e apoio mútuos, ou seja, à atuação conjunta para a concretização de um objetivo comum. Pressupõe, em determinadas circunstâncias, que um consentimento prévio seja obtido para uma determinada ação e visa a uma relação colaborativa consensual e de confiança, acompanhada de uma disposição para o compromisso. É o trabalho conjunto entre os entes federados.

A cooperação é “normativamente preordenada” pela Constituição Federal em diversas hipóteses, conforme o inventário de normas constitucionais contido no item 2.2.3.3 do trabalho: art. 23; 198; 204; 211; 216-A e 241, todos da CF. Nesses casos, os entes federados devem

participar na criação de arranjos institucionais com vistas ao atingimento dos fins constitucionalmente eleitos. A imposição constitucional de um modelo negociado para a consecução de diversos fins obriga ao trabalho conjunto entre as distintas esferas de governo que, animadas pela ideia de lealdade federativa, devem buscar formas de cooperação e colaboração concretas no âmbito de suas atuações.

Portanto, um papel relevante na concretização do dever de lealdade compete aos atores do Estado federal, que devem negociar e eleger os melhores meios para materializar a cooperação preordenada no texto constitucional (item 3.1.1.2). Não obstante, a jurisdição constitucional poderá intervir, nesses casos, quando for demonstrado que os meios eleitos não refletem, por exemplo: (1) a igualdade de representação das esferas de governo (ADI 6573/AL, ADI 6911/AL e ADPF 863/AL); (2) a possibilidade de os entes federados serem ouvidos e influenciarem as decisões finais a serem tomadas (Pet. 3.388/RR), ainda que através de órgãos de representação indireta⁵⁶⁷; (3) a elaboração e supervisão de acordos com vistas à gestão compartilhada de bens e serviços públicos para o longo prazo (ACO 3.568/PE); (4) a definição das formas de compensação financeira entre os entes (ADO 25, ADPF 984 e ADI 7191).

A jurisdição constitucional assume, assim, relevância ímpar no sentido de controlar e fomentar a cooperação interfederativa, de modo a que sejam produzidos incentivos para a formatação de arranjos institucionais mais isonômicos e colaborativos entre os entes federados, mormente quando as negociações extrajudiciais não sejam capazes de produzir tais resultados. Acredita-se, inclusive, que esse pode vir a ser o campo mais promissor a ser explorado e desenvolvido para a solução de controvérsias interfederativas no Brasil a partir do princípio da conduta federativa amistosa. Em tais casos, o programa normativo geral da lealdade federativa deve ser o pano de fundo a informar a jurisdição constitucional no exercício do controle da

⁵⁶⁷ Esse aspecto foi evidenciado no voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 6.341MC-Ref/DF, acerca das competências concorrentes dos Estados, DF e Municípios para a determinação de medidas de combate à COVID-19: “[...] imagino que, talvez, tenhamos que densificar nossa decisão para, até mesmo quando admitirmos a necessidade - e há a necessidade - de eventual regulamentação, termos a participação dos órgãos colegiados que representam estados e municípios. É preciso que avancemos nesse sentido. Inicialmente, subscrevo as propostas já feitas, no sentido de interpretação conforme a Constituição, mas não excluo a necessidade de que, se tiver de regulamentar direito federal em matéria de competência legislativa concorrente, o Presidente da República tenha que auscultar os órgãos representativos de estados e municípios que cuidam da saúde. É preciso entender o federalismo cooperativo nessa dimensão. Aqui, Presidente, há duas lealdades que precisam ser explicitadas. Os órgãos constitucionais têm de atuar de forma leal, fiel, ao Texto Constitucional e devem, reciprocamente, lealdade federativa. O Presidente não pode atropelar competências federativas, assim como os estados e municípios não podem atropelar as competências da União. É preciso que sejamos construtivos. Os alemães cunharam a expressão *Bundestreue*, lealdade federativa. É preciso entender no sentido de um dever recíproco. Por último - e a Ministra Cármen ressaltou o aspecto democrático -, o federalismo, entre nós, também realiza divisão de Poderes - isso precisa ser entendido - no plano vertical, não no plano horizontal, como normalmente olhamos. Estamos, de alguma forma, vivenciando isso e vivenciando positivamente”.

constitucionalidade da “organização e procedimento” em matéria de cooperação interfederativa⁵⁶⁸.

3.1.4.2.4 Deveres procedimentais

O desenvolvimento de deveres tipicamente procedimentais a partir do princípio da lealdade federativa, especialmente no que tange ao campo das negociações no Estado federal (item 1.3.2.1.4), foi o pano de fundo para as críticas ao Tribunal Constitucional Federal que se seguiram, na década de 1960, à publicação da Primeira Decisão sobre Radiodifusão.

No direito brasileiro, a princípio, é menos polêmica a possibilidade do desenvolvimento de deveres procedimentais destinados a reger a conduta dos entes federados, já que a ordem constitucional brasileira positiva, ao contrário da alemã, um direito fundamental ao devido processo legal (art. 5º, inciso LIV da CF), que tem sido usado pelo Supremo Tribunal Federal também no âmbito dos conflitos interfederativos, tanto no caso dos deveres de oitiva e participação nos procedimentos administrativos de demarcação de terras indígenas (Pet. 3.338/RR) quanto no caso da inscrição dos entes públicos nos cadastros de inadimplência. Ademais, como visto no item acima, os arranjos interfederativos criados pelos entes federados podem ser objeto de controle com base no princípio da lealdade federativa, o que abrange não só as formas de organização como os procedimentos adotados, a garantia de influência e participação e a igualdade de tratamento.

3.1.4.2.5 Regras adicionais para instrumentos negociais interfederativos

O desenvolvimento da lealdade federativa como a fonte do princípio *pacta sunt servanda* e da sua atenuação pela cláusula *rebus sic stantibus* não encontra entraves no direito brasileiro, já tendo sido objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal no caso da revisão dos contratos de *royalties* firmados entre a União e Estados-membros que, por circunstâncias supervenientes, se tornaram excessivamente desvantajosos para uma das partes. Além disso, pode-se extrair, nesse contexto, o dever adicional de os entes federados sempre buscarem a resolução dos conflitos derivados dos instrumentos entre eles pactuados através de métodos

⁵⁶⁸ A dimensão da lealdade federativa de fomentar deveres de organização e procedimento entre os entes federados pode tanto ser alocada no âmbito dos deveres de cooperação quanto no âmbito dos deveres procedimentais pois, como visto, todas essas categorias, ao menos em parte, se sobrepõem.

autocompositivos, como bem exemplifica o recente caso do acordo para a gestão compartilhada da ilha de Fernando de Noronha (ACO 3.568/PE).

3.3 Justiciabilidade

Encerrados os tópicos destinados a examinar os critérios de aplicação e as concretizações do princípio da lealdade federativa no Brasil, é chegado o momento de perquirir acerca da sua justiciabilidade, isto é, de sua utilização pelo Poder Judiciário, em especial a jurisdição constitucional, na resolução de conflitos interfederativos.

Antes de se proceder às questões propriamente ditas, deve-se iniciar a exposição com a advertência de que a questão da justiciabilidade da lealdade federativa encerra grandes dificuldades, as quais se devem ao fato de que este instituto se situa no campo sensível da mediação entre os sistemas jurídico e político, característica reconhecida desde o estudo inicial de Smend. Basta que se faça referência, mais uma vez, à polêmica em torno da lealdade federativa nos anos 1960, quando importantes vozes na literatura jurídica censuraram a declaração do Tribunal Constitucional Federal de que até mesmo o “estilo e o *procedere*” das negociações políticas entre os entes federados estariam submetidos à exigência da conduta federativa amistosa para se ter dimensão da magnitude das dificuldades com o tratamento da matéria.

De qualquer sorte, a partir das propostas da literatura jurídica especializada, é possível que seja feita a indicação de caminhos que podem ser traçados e de limites que a jurisdição constitucional deve respeitar no equacionamento dos conflitos federativos baseado na conduta federativa amistosa. A exposição da posição da literatura alemã demonstra, inclusive, a correção de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que, de modo inovador, têm optado por uma postura de mediação e incentivo à autocomposição na solução de controvérsias de alta complexidade fática, jurídica, econômica e social entre as distintas esferas de governo e que, em razão disto, simbolizam um futuro a princípio promissor para o desenvolvimento da lealdade federativa no sistema jurídico brasileiro.

3.3.1 A lealdade federativa como norma funcional e norma de decisão de conflitos

Conforme analisado no item 1.1.11 da dissertação, entende-se na Alemanha é a de que a lealdade federativa está sujeita apenas a uma “justiciabilidade limitada” (*eingeschränkten Justitiabilität*). Conforme indicado, o Tribunal Constitucional Federal, desde as suas primeiras

decisões, veio a estabelecer a diferenciação entre os conteúdos “justiciáveis” (*justitiablen*) e “não justiciáveis” (*nicht-justitiablen*) do dever de lealdade⁵⁶⁹, firmando a orientação de que o controle jurisdicional deveria ser exercido apenas com vistas à “conformidade com os limites máximos⁵⁷⁰” (*Einhaltung äußerster Grenzen*). Essas considerações, posteriormente trabalhadas na literatura especializada, conforme sintetiza Bauer, “baseiam-se na noção de que os vínculos impostos pelo princípio da conduta federativa amistosa aos atores do direito do Estado federal vão mais longe do que a revisão judicial da observância desses vínculos”. Doravante, “as máximas da lealdade federal não devem estar totalmente sujeitas à cognição jurisdicional do direito (*richterlichen Rechtserkenntnis*)⁵⁷¹”.

Entretanto, o autor é da opinião de que, por maiores que sejam os aplausos a tal construção, sua aplicação permanece incerta, não tendo sido capaz de produzir demarcações amplamente reconhecidas para além do postulado da autocontenção judicial⁵⁷² (*judicial self-restraint*) que, por ser muito abrangente, é pouco útil na prática. Na verdade, a “relativa

⁵⁶⁹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 366.

⁵⁷⁰ BVerfGE 4, 115 (140, 141): “Das Gericht muß darum auch prüfen, ob das Land Nordrhein-Westfalen durch den Erlaß seines Besoldungsgesetzes gegen eine aus dem Grundsatz der Bundestreue abzuleitende Schranke seiner Gesetzgebungsbefugnis verstoßen hat. Bei dieser Prüfung kann es sich allerdings nur um die Kontrolle der Einhaltung äußerster Grenzen handeln. Ein Landesgesetz könnte aus diesem Grunde nur verworfen werden, wenn der Landesgesetzgeber seine Freiheit offenbar mißbraucht hätte. [...] Der Umstand, daß das Gericht insofern nur die Einhaltung äußerster Grenzen nachprüfen kann, darf aber nicht dazu führen, daß die Länder diese Pflichten weniger ernst nehmen als diejenigen, die sich aus positiven Rechtsvorschriften ergeben und einer strengeren verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen. Im deutschen Bundesstaat haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Wie aber dem Bund seine Befugnisse nur zum Wohl des Ganzen zugemessen sind, so müssen auch die Länder die Freiheit ihrer Entscheidung der Rücksicht auf das Gesamtwohl unterordnen” (tradução livre: “O Tribunal deve, portanto, examinar se o Estado da Renânia do Norte-Vestefália, ao promulgar sua Lei Salarial [*Besoldungsgesetzes*], ultrapassou, indevidamente, o limite da sua competência legislativa, que pode ser derivada do princípio da lealdade federativa [*Grundsatz der Bundestreue*]. Nessa verificação, porém, trata-se apenas do controle da conformidade com os limites máximos [*die Kontrolle der Einhaltung äußerster Grenzen*]. Uma lei estadual só poderia ser assim afastada se o legislador estadual tivesse abusado manifestamente da sua liberdade [...] No entanto, o fato de o Tribunal apenas poder verificar a observância dos limites máximos nesta matéria não deve levar a que os Estados levem estes deveres menos a sério do que os que decorrem de disposições de direito positivo, e que estão sujeitos a um controle mais rigoroso do Tribunal Constitucional. No Estado federal alemão, os Estados têm o direito de legislar, na medida em que a Lei Fundamental não atribui competências legislativas à Federação. No entanto, da mesma forma que a Federação só tem competências para o bem do conjunto, também os Estados devem subordinar a liberdade da sua decisão à consideração do bem do todo [*Gesamtwohl*]”).

⁵⁷¹ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 366.

⁵⁷² BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**, p. 125: “Noch ungelöst ist das Problem, wieweit die Bundestreue den Anforderungen, die die Maßstabfunktion in der Praxis an sie stellt, wirklich gerecht zu werden vermag. Die vorliegende Untersuchung stimmt wenig zuversichtlich. Wenn sie nämlich eines gezeigt hat, dann dies, daß die Bundestreue inhaltlich noch zu ungewiß ist, als daß ohne ein hohes Maß an richterlicher Selbstzucht ihre Anwendung die Rechtssicherheit nicht gefährdete” (tradução livre: “O problema de saber até que ponto a lealdade federativa é efetivamente capaz de responder, na prática, às exigências que lhe são colocadas pela função de parâmetro [*Maßstabfunktion*] ainda não está resolvido. O presente estudo não inspira muita confiança. Se demonstrou alguma coisa, foi que o conteúdo da lealdade federativa é ainda demasiado incerto para que a sua aplicação não ponha em perigo a segurança jurídica [*Rechtssicherheit*] sem um elevado grau de autocontenção judicial [*richterlicher Selbstzucht*]”). Este trecho corresponde, literalmente, ao último parágrafo do livro de Bayer, demonstrando que as dificuldades no tema da judicialização são inerentes ao tratamento dogmático da lealdade federativa, não podendo ser menosprezadas numa investigação comparativa acerca do instituto”).

incerteza substantiva”, a “elasticidade” e a “abertura à situação” (“*Situationsoffenheit*”) do instituto “condenam ao fracasso todas as tentativas de uma definição conclusiva e vinculativa dos limites da justiciabilidade”. Não obstante, Bauer entende que seria possível “encontrar uma certa solução para o problema, ainda que não seja de modo algum clara”, com a diferenciação do princípio da lealdade federativa enquanto “norma funcional” (*Funktionsnorm*) e “norma de decisão de conflitos” (*Konfliktentscheidungsnorm*)⁵⁷³, a partir de uma construção semelhante à elaborada por Schenke⁵⁷⁴ para a lealdade entre órgãos constitucionais (*Verfassungsorgantreue*).

Essa diferenciação se fundamenta na ideia de que as exigências que o princípio da conduta federativa amistosa impõe à conduta dos entes federados *in concreto* são muitas vezes incertas, admitindo uma pluralidade de visões a princípio justificáveis sobre o tema, situação na qual “os tribunais não devem declarar a sua opinião subjetiva como orientação e ordem vinculativa para os atores do direito do Estado federal”, devendo relegar aos próprios entes “a resolução de questões controversas” sobre a lealdade federativa e, assim, “concretizar o dever federal de lealdade em relação ao respectivo caso individual⁵⁷⁵”. Portanto, seria imprescindível “uma dosagem muito cuidadosa das máximas da lealdade federativa na práxis decisória judicial”. Isso “leva a que o princípio da conduta federativa amistosa, enquanto norma de decisão judicial de conflitos, fique aquém do seu significado enquanto norma funcional⁵⁷⁶”.

O autor admite que, com a diferenciação proposta, “não é possível traçar limites completamente claros”, mas que estabelece-se um ponto de partida para o “tratamento restritivo da lealdade federativa” pela práxis jurisdicional, por exemplo, “quando estão em discussão concretizações de grande alcance e particularmente difíceis do dever geral de lealdade, como na derivação de deveres legislativos”, ou também na “na apreciação de situações de fato

⁵⁷³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 367-368.

⁵⁷⁴ SCHENKE, Wolf- Rüdiger. **Die Verfassungsorgantreue**, p. 140 e ss.

⁵⁷⁵ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 369.

⁵⁷⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 369, fazendo referência ao trecho acima transcrito de BVerfGE 4, 115 (141) e BVerfGE 43, 291 (349), onde se lê: “Die Feststellung eines Verstoßes gegen den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens durch das Bundesverfassungsgericht setzt indessen voraus, daß die Anforderungen, die der Grundsatz im Einzelfalle an das Verhalten eines Partners richtet, sich mit hinreichender Sicherheit konkretisieren lassen. Der Grundsatz enthält einen allgemeinen Maßstab, der es für sich allein nicht ermöglicht, die rechtliche Tragweite geringfügiger Differenzen zwischen den in Betracht kommenden Lösungen zu beurteilen. Die Gewinnung der notwendigen konkretisierenden Elemente würde hier voraussetzen, daß die Erwägungen, die für die Bemessung der Landesquoten nach dem Bevölkerungsanteil oder dem Bewerberanteil sprechen, bereits im gegenwärtigen Zeitpunkt bestätigt oder widerlegt sind” (tradução livre: “A constatação, pelo Tribunal Constitucional Federal, de uma violação ao princípio da conduta federativa amistosa pressupõe, contudo, que as exigências que o princípio impõe ao comportamento de um membro num caso individualizado possam ser concretizadas com suficiente certeza. O princípio contém um parâmetro geral, que não torna possível, sozinho, avaliar o alcance jurídico de pequenas diferenças entre as soluções consideradas. Para obter os elementos de concretização necessários, seria preciso que as considerações a favor da avaliação das quotas dos Estados em função da quota-parte da população ou da quota-parte de candidatos fossem confirmadas ou refutadas já no presente momento”).

particularmente complexas”, esta última na qual seria “aconselhável que os tribunais trabalhem no sentido de uma concretização das máximas de lealdade federal pelas próprias partes”⁵⁷⁷. Dentro dessa concepção, o papel da jurisdição constitucional seria o de “desenvolver o que considera ser o aspecto decisivo da ideia de lealdade federativa para a apreciação do caso”, delineando, em seguida, “as consequências concretas daí resultantes” e, por fim, conduzindo as partes em litígio a encetarem novas negociações entre si, de modo a se chegar a um “acordo que implemente na realidade os princípios da presente decisão provisória”.

A mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem oferecido exemplos de que é possível partilhar do caminho sugerido por Bauer, de modo satisfatório com vistas à complexidade dos conflitos interfederativos que se colocam diante de sua jurisdição. Mesmo que, nesses casos, a expressão “lealdade federativa” não tenha aparecido, de forma explícita, na fundamentação das decisões e da postura mediadora do Tribunal, é plenamente possível reconstruir a atuação da Corte de modo a apresentá-la como exemplo paradigmático do adequado tratamento jurisdicional do complexo emaranhado de problemas teóricos e práticos que acompanham o princípio da conduta federativa amistosa.

O primeiro desses exemplos é dado pelo já referido precedente firmado na ACO 3.568/PE, relativo à gestão compartilhada da ilha de Fernando de Noronha. Naquele caso, diante da complexidade fática e das repercussões ambientais, econômicas e sociais envolvidas, o Tribunal adotou uma postura conciliadora, dirigindo as partes para a conclusão de um novo acordo que respeitasse determinados *standards*. O processo culminou na homologação, em 22/03/2023, de um novo acordo para gestão compartilhada do território, inclusive com a previsão da criação de um Comitê de Acompanhamento e Gestão do Acordo, composto por representantes da União e de Pernambuco, com prazo indeterminado de validade e que pode ser substituído apenas por novo acordo entre as partes, que deverá ser submetido ao STF.

Ainda mais significativo, no sentido aqui examinado, parece ser o precedente firmado no julgamento da ADPF 984 e da ADI 7191⁵⁷⁸, ambas de relatoria do Min. Gilmar Mendes, relativas às perdas decorrentes da arrecadação do ICMS sobre combustíveis, decorrentes da Lei Complementar nº 194/2022, que passou a considerar essenciais bens e serviços relativos aos combustíveis, e da Lei Complementar nº 192/2022, que uniformizou as alíquotas do ICMS-combustíveis no país.

A ADPF 984/DF, ajuizada pelo Presidente da República, tinha o objetivo de limitar a alíquota do ICMS incidente sobre combustíveis nos vinte e seis estados e no Distrito Federal à

⁵⁷⁷ BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 370.

⁵⁷⁸ Acórdãos não publicados.

prevista para as operações em geral. Segundo a AGU, o alto custo gerado por alíquotas excessivas sobre um bem essencial estaria “penalizando o consumidor final” e ocasionando um “estado de coisas inconstitucional”. O argumento era o de que operações com combustíveis deveriam ter tratamento semelhante ao dado aos serviços de fornecimento de energia elétrica e de telecomunicações, considerados como essenciais pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e não poderiam ser alvo de tributação superior à das operações gerais.

Já na ADI 7191/DF, foi requerida, por Governadores de diversas unidades federadas, a declaração de inconstitucionalidade de regras da Lei Complementar nº 192/2022. A alegação era de que a inovação, por ato unilateral federal, impõe ônus excessivo e desproporcional a esses entes federados, comprometendo continuidade dos serviços essenciais prestados à população, importando em quebra do pacto federativo e interferência indevida na autonomia política, financeira, orçamentária e tributária desses entes. Os Estados sustentaram que a imposição implicaria grande perda de arrecadação direta e, ainda, impactos para os Municípios, que teriam redução nas transferências constitucionais obrigatórias.

Após a realização de diversas reuniões e da instituição de um grupo especial de trabalho criado pelo Ministro Relator, foi possível firmar um acordo parcial, homologado pelo Supremo Tribunal Federal em 15/12/2022, no qual estabeleceu-se a criação de um grupo de trabalho, com representantes da União e dos estados, para, entre outros pontos, revisar os critérios de apuração das perdas de ICMS-combustíveis e definir o valor da compensação e a contrapartida dos entes federados⁵⁷⁹.

Por fim, em 02/06/2023, foi homologado o acordo final entre os entes federados para a compensação de vinte e sete bilhões de reais decorrentes das perdas de arrecadação do ICMS-combustíveis. A proposta aprovada prevê que a compensação será proporcional à perda de arrecadação de cada ente federado. Os repasses serão feitos mensalmente, entre 2023 e 2025. Eventuais valores recebidos em decorrência de liminar deferida pelo STF em ações cíveis originárias serão descontados do total. Se a compensação tiver ocorrido de forma superior à definida no acordo, os valores a mais serão incorporados ao saldo devedor de contratos de

⁵⁷⁹ “Cláusula Quarta. [...] Parágrafo Primeiro. Fica instituído grupo de trabalho, por meio de negociação (como técnica autocompositiva) entre os próprios entes federativos, para fins de discussão do tema previsto no caput, com prazo de até 120 dias, a contar da presente data. Cláusula Quinta. No que concerne ao art. 3º da Lei Complementar 194/22, cria-se grupo de trabalho específico com representantes da União e dos Estados para, no prazo de até 120 dias, a contar da presente data, revisar os critérios de apuração da perda de arrecadação do ICMS”. Do voto, consta: “[...] É de bom alvitre salientar que a autocomposição será objeto de acompanhamento por parte desta Corte, propondo-se a permanência da fiscalização do cumprimento deste acordo, tendo em vista que existem pontos, que foram repassados a um grupo de trabalho a ser criado, pelos próprios Entes Federativos, para os fins de execução das cláusulas quarta e quinta”.

refinanciamento de dívida e, não havendo tais contratos, serão firmados contratos específicos ou convênios para custeio de obras de interesse federal⁵⁸⁰.

Em seu voto, o Ministro Relator ressaltou, de início, a importância do julgamento para o federalismo brasileiro, “não só pela densidade apta a abalar o pacto federativo mas também em decorrência da instabilidade político-jurídica que o tema suscita, com posições antagônicas”, ressaltando o aperfeiçoamento de “uma das facetas mais formidáveis da interpretação constitucional: o pensamento do possível no Federalismo cooperativo”. Diante da complexidade da matéria, foram convidadas “entidades dos segundo e terceiro setores, além de experts na área de finanças públicas e /ou de práticas tributárias do ICMS, que possuam ampla experiência nos temas em debates”, “para exercer a consultoria externa” da Corte, “de modo a auxiliar esta relatoria na exata dimensão das consequências fiscais da implementação das Leis Complementares 192/2022 e 194/2022”, de “forma transparente e em consonância com os princípios da razoável duração do processo e da boa-fé objetiva (de aplicação, inclusive, na seara processual e da mediação)”.

De modo relevante para o tratamento da justiciabilidade da lealdade federativa, o voto assenta que “diante das variáveis político-fiscal-orçamentárias, o papel do STF, no contexto autocompositivo, é reconstruir pontes para devolver à arena político-legislativa a solução final” já que este seria “o melhor caminho para se tutelarem os interesses envolvidos após o desenrolar da mediação/conciliação”. Ainda, registrou-se que “os termos do acordo⁵⁸¹ foram escritos,

⁵⁸⁰ Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508442&ori=1>>. Acesso em: 8 jun. 2023.

⁵⁸¹ Eis o teor do acordo: “CLÁUSULA PRIMEIRA. As partes têm como justo e acordado, neste ato, dar solução ao conflito referente à compensação devida pela União aos Estados e ao Distrito Federal em decorrência da redução do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e Comunicações (ICMS) determinada pela Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022, observadas as demais Cláusulas deste Acordo, de forma a: I) Renunciar ao direito em que se fundam as ações, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.469/1997, e extinguir todas as Ações Cíveis Originárias que tenham como objeto o direito à compensação em relação à União em razão das alterações implementadas no regime jurídico do ICMS e gastos vinculados pela Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022; II) Renunciar ao direito de ajuizar ação em face da União, objetivando o recebimento ou a compensação de valores, que tenha como causa de pedir, direta ou indireta, as alterações legislativas realizadas no regime jurídico do ICMS e gastos vinculados pela Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022; III) Reconhecer, de forma definitiva, em favor dos Estados e do Distrito Federal, o crédito constante da CLÁUSULA SEGUNDA, que integralmente pago ou compensado pelo União gerará quitação total da obrigação imposta à União pelos arts. 3º e 14 da Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022; IV) Definir a interpretação de normas de Direito Financeiro aplicáveis em função dos pagamentos, compensações e vinculações dispostas na Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022. Parágrafo primeiro. A renúncia ao direito em que se fundam as ações referidas nos itens I e II e o reconhecimento da quitação integral das obrigações da União decorrentes mencionada no item III, todos desta Cláusula, ficam condicionados ao cumprimento integral deste acordo. CLÁUSULA SEGUNDA. A União pagará a quantia nominal de R\$ 27.014.900.000,00 (vinte e sete bilhões, catorze milhões e novecentos mil reais) aos Estados e ao Distrito Federal, dividida proporcionalmente à perda de arrecadação, nos termos do Anexo, a título de quitação total do valor devido em função da redução do ICMS ocasionada pela Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022, no que se refere aos seus arts. 3º e 14, com abatimento de valores eventualmente gozados em

virtude de tutela antecipada, nestes termos: I) Os Estados e o Distrito Federal que, em razão de deferimento de tutela antecipada em ações cíveis originárias, compensaram valores superiores àqueles definidos no Anexo, terão a diferença negativa incorporada ao saldo devedor vincendo de contratos de refinanciamento de dívida firmados ao amparo da Lei nº 9496/1997 ou das Leis Complementares nº 159/2017 (art. 9º-A) ou nº 178/2021 (art. 23), ou, não havendo tal contrato de refinanciamento de dívida, celebrarão contratos específicos com as mesmas condições financeiras previstas no art. 23 da Lei Complementar nº 178/2021, ou convênio para custeio de obra de interesse da União, autorizados no projeto de Lei Complementar de que trata a Cláusula Quarta; II) Os Estados e o Distrito Federal que, em razão de deferimento de tutela antecipada em ações cíveis originárias, compensaram valores inferiores àqueles definidos no Anexo, ou que não tiveram valores compensados por força de decisão liminar, receberão a diferença positiva por meio de dedução do valor das parcelas vincendas de contratos de dívida administrados pela Secretaria do Tesouro Nacional, cujo crédito pertença à União; III) Os Estados e o Distrito Federal que não possuem contrato de dívida administrados pela Secretaria do Tesouro Nacional, cujo crédito pertença à União, ou no caso de parcela vincenda de dívida insuficiente para compensar o valor que lhes cabe em determinado ano, receberão a diferença positiva por meio de transferência direta de valores pela União. Parágrafo Primeiro. A compensação de valores da União aos Estados e ao Distrito Federal de que trata o caput e incisos desta será realizada mensalmente e obedecerá ao cronograma estabelecido no Anexo. Parágrafo Segundo. Os Estados e o Distrito Federal que possuem contrato de dívida administrada pela Secretaria do Tesouro Nacional cujo crédito seja da União e com saldo devedor inferior a um milhão de reais darão prioridade à quitação integral da dívida, com recebimento de valores ainda devidos por meio de transferência direta de valores pela União. Parágrafo Terceiro. Em cumprimento ao art. 4º da Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022, os Estados e o Distrito Federal deverão, na forma do art. 158, IV, da Constituição Federal, transferir aos Municípios 25% (vinte e cinco por cento) exclusivamente do valor reconhecido a cada ente no Anexo. Parágrafo Quarto. Os Estados e o Distrito Federal que compensaram valores com base em tutela de urgência deferida nas Ações Cíveis Originárias mencionadas na Cláusula Terceira devem cumprir no prazo de 30 (trinta) dias a obrigação do art. 4º da Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022, proporcionalmente ao valor já compensado até a data de homologação do presente Acordo, porém limitado ao valor reconhecido ao ente no Anexo. Parágrafo Quinto. O cumprimento do art. 4º da Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022, deve ser comprovado mensalmente à Secretaria do Tesouro Nacional, sob pena de serem cessados as deduções e os repasses de que trata esta Cláusula Segunda até a sua regularização, nos termos do § 3º do mencionado dispositivo legal. Parágrafo Sexto. Para fins do art. 5º da Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022, cabe aos Estados e ao Distrito Federal providenciar e assegurar as vinculações ao FUNDEB e às ações e serviços de saúde na proporção da receita que lhes foi atribuída no Anexo. Parágrafo Sétimo. Nos termos do Parágrafo Terceiro da Cláusula 5ª do Termo de Audiência de Conciliação celebrado em dezembro de 2022, os valores referentes a 2023 apresentados no Anexo são considerados urgentes e imprevisíveis, ficando justificada a abertura de crédito extraordinário à Lei Orçamentária Anual para a compensação de valores pela União, prevista no caput. Parágrafo Oitavo. Os efeitos financeiros e orçamentários já ocorridos em função de cumprimento de liminares concedidas, bem como eventuais registros contábeis e nas estatísticas fiscais daí decorrentes, serão mantidos em seu respectivo exercício e devem guardar estreita relação com os valores efetivamente impactados no respectivo exercício, inclusive os registros decorrentes do cumprimento deste Acordo. Parágrafo Nono. A baixa do ativo da União em decorrência do cumprimento das liminares concedidas com fundamento no art. 3º da Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022, no exercício de 2022, bem como do cumprimento do disposto na Cláusula Segunda deste Acordo, será feita independentemente do trânsito em julgado da respectiva Ação Cível Originária e de prévia dotação orçamentária, sem implicar no registro concomitante de uma despesa no exercício. Parágrafo Décimo. A União promoverá a baixa de quaisquer cadastros restritivos nos quais tenha inscrito Estados que tenham realizado compensação fundada em decisão liminar concedida em Ação Civil Originária. Parágrafo Décimo Primeiro. Nos casos previstos no Item I do caput desta Cláusula Segunda, é admitida a possibilidade de compensação da diferença negativa com créditos líquidos e certos que os Estados possuem em face da União, até a data de celebração deste acordo, inclusive aqueles que foram objeto de reconhecimento na via judicial, mediante acordo específico celebrado para esta finalidade com o respectivo ente em cada caso, nos termos do § 21 do art. 100 da Constituição Federal de 1988. CLÁUSULA TERCEIRA. As partes acordam que, com o cumprimento do disposto na Cláusula Segunda deste Acordo, os Estados e o Distrito Federal dão quitação quanto ao direito de obter as compensações de que tratam os arts. 3º e 14 da Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022. Parágrafo Primeiro. A partir da homologação judicial do presente acordo, as partes se comprometem a peticionar, em até 48 horas, nas ações cíveis originárias sobre o tema, solicitando a imediata suspensão de todas as ações, com a respectiva suspensão dos efeitos de todas as liminares já deferidas, sendo defeso às partes peticionar ou apresentar novos requerimentos em tais ações, até a ocorrência de qualquer das condicionantes enumerados no parágrafo terceiro. Parágrafo segundo. Os Estados se comprometem a não ajuizar novas ações sobre as compensações de que tratam os arts. 3º e 14 da Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022, até a ocorrência das condicionantes resolutivas enumeradas no parágrafo terceiro

desta Cláusula. Parágrafo Terceiro. A quitação de que trata o caput desta Cláusula, bem como a renúncia de que trata o parágrafo quinto desta Cláusula, se resolverá, permitindo aos Estados e ao Distrito Federal postularem novas compensações pelas perdas de arrecadação decorrentes da Lei Complementar nº 194/22, que entendam não estarem compreendidas nos valores abrangidos pelo acordo, se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 7.195 (rel. Min. Luiz Fux), vier a: I) reconhecer a constitucionalidade, ainda que em sede cautelar, do disposto no art. 2º da Lei Complementar n.º 194/2022, na parte em que alterou o art. 3º, inciso X, da Lei Complementar n.º 87/1996 (quanto à incidência de ICMS sobre os serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica); ou II) entender, ainda que em sede cautelar, que a gasolina se enquadra no rol dos combustíveis considerados essenciais para fins da seletividade de que trata o inciso III do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, de que trata o art. 18-A da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022. Parágrafo Quarto. A possibilidade de serem eventualmente requeridas novas compensações, nos termos do parágrafo terceiro, não representa a concordância da União com a existência de qualquer saldo remanescente que supere o valor oferecido no presente acordo ou com a interpretação defendida pelos Estados e Distrito Federal acerca dos critérios de apuração da perda de arrecadação de ICMS para fins de aplicação do art. 3º Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022. Parágrafo Quinto. Caso o Plenário do Supremo Tribunal Federal venha a referendar uma medida cautelar que reconheça a tese definida no Parágrafo Primeiro da Cláusula Quinta ou julgue, nesse sentido, o mérito da ADI nº 7.195, inclusive no que se refere à incidência de ICMS sobre os serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica, o que ocorrer primeiro, os Estados se comprometem a renunciar ao direito sobre o qual se funda a pretensão à compensação prevista na Lei Complementar nº 194/22, devendo aqueles que têm ações já ajuizadas apresentar, em até 48 horas, petição de renúncia e extinção das respectivas ações, observada a condição resolutiva de que trata o parágrafo terceiro desta Cláusula. Parágrafo Sexto. Cuidando-se de autocomposição e havendo homologação judicial, cada parte arcará com as respectivas custas, despesas processuais e demais consectários legais, não sendo devidos honorários advocatícios nas ações judiciais que forem extintas em decorrência do presente Acordo. CLÁUSULA QUARTA. O Poder Executivo da União encaminhará, em até trinta dias contados da homologação do presente Acordo, Projeto de Lei Complementar que autorizará o aditamento dos contratos de refinanciamento de dívidas celebrados com a União e criará transferência temporária, nos termos da Cláusula Segunda, inclusive observando os aspectos financeiros e os registros contábeis e nas estatísticas fiscais definidos na citada Cláusula. Parágrafo Primeiro. A não aprovação da proposta legislativa nos termos descritos na Cláusula Segunda constitui-se em cláusula resolutiva do presente Acordo, sendo franqueado aos Estados e ao Distrito Federal o ajuizamento de novas ações com o objeto descrito na Cláusula Terceira. Parágrafo Segundo. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, emendas parlamentares à proposta legislativa do Poder Executivo Federal devem ter pertinência temática com o projeto enviado e não podem gerar aumento de despesa ou renúncia de receita. Parágrafo Terceiro. Persistindo a mora legislativa ou havendo alteração substancial do Projeto de Lei Complementar de que trata o caput, o Supremo Tribunal Federal pode ser novamente instado a se manifestar. CLÁUSULA QUINTA. Com o propósito de auxiliar os Estados e o Distrito Federal a recompor as bases arrecadatórias do ICMS, a União declara, por intermédio do seu Poder Executivo, que envidará esforços para apoiar teses de defesa dos fiscos estaduais e distrital em litígios pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal que afetam questões estruturais da arrecadação do referido imposto. Parágrafo Primeiro. A União declara que é vantajoso apoiar, para os fins do presente Acordo, a tese defendida pelos autores da ADI nº 7.195 no sentido de que a interpretação conforme a Constituição da expressão “combustíveis” constante no art. 18-A da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e no art. 32-A da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), ambos com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022, exclui a gasolina do rol de combustíveis considerados essenciais para fins da seletividade de que trata o inciso III do § 2º do art. 155 da Constituição Federal. Parágrafo Segundo. A União, os Estados e o Distrito Federal postularão, em conjunto, a concessão da medida cautelar, nos termos do Parágrafo Primeiro, no âmbito da ADI nº 7.195. CLÁUSULA SEXTA. O presente Acordo, após as correspondentes validações internas e autorizações prévias pelas autoridades competentes, será submetido à homologação judicial, nos termos do Parágrafo Terceiro da Cláusula Quinta do Acordo homologado pelo Plenário do STF em 15/12/2022 nos autos da ADPF nº 984 e da ADI nº 7.191, igualmente sem custas, despesas processuais e demais consectários legais, não sendo devidos honorários advocatícios entre as partes. CLÁUSULA SÉTIMA. Qualquer dúvida acerca da interpretação das cláusulas contidas neste acordo será dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, por se tratar de conflito federativo (art. 102, I, “f”, da Constituição Federal). Parágrafo Primeiro. A presente transação entre a União, os Estados e o Distrito Federal não tem o efeito de reconhecer a constitucionalidade da Lei Complementar n. 194, de 23 de junho de 2022, mas tem como efeito a composição dos interesses econômicos entre as partes. Parágrafo Segundo. No período de vigência do presente acordo e no período de suspensão do curso das ações previstas neste acordo, não correrá decadência do direito e nem prescrição da pretensão dos Estados e do Distrito

debatidos, negociados e reescritos pelos próprios entes federativos, de forma direta, sem a interferência do Poder Judiciário”, sendo que apenas diante de “impasses jurídicos, houve a participação mais efetiva” do Relator e seu gabinete.

3.3.2 A lealdade federativa na decisão judicial de conflitos

O trabalho dogmático desenvolvido nesta investigação tem por objetivo orientar a aplicabilidade prática do princípio da lealdade federativa na decisão judicial de conflitos. Assim, a partir da sua fundamentação no princípio federativo, extrai-se o conceito geral da lealdade federativa, bem como a específica função que o instituto cumpre na preservação do pacto entre os entes federados que se pressupõe “indissolúvel”. Ademais, a explicitação dos critérios de aplicação e das concretizações essenciais torna mais fácil a identificação das manifestações da lealdade federativa e facilitam o processo argumentativo atrelado à aplicação do direito. Por fim, deve-se, ainda, salientar a questão da subsidiariedade da lealdade federativa e tecerem-se considerações acerca do postulado do *judicial self-restraint*.

3.3.2.1 A subsidiariedade da lealdade federativa

Como já referenciado ao longo de todo o trabalho, deve-se reconhecer um caráter de subsidiariedade à lealdade federativa na decisão de conflitos interfederativos. Não obstante o trabalho não adote a proposta de Bauer de fundamentação a partir do princípio da boa-fé objetiva, não se deve negar à lealdade federativa seu caráter de subsidiariedade para a resolução de conflitos⁵⁸². Segundo Hesse⁵⁸³, se o conflito puder ser resolvido pela aplicação de uma norma constitucional escrita, suficiente ao caso, o uso da lealdade federativa seria “não só supérfluo, como também inadmissível”, sob pena de violação do primado da norma especial sobre a norma geral, que existe por razões de “clareza jurídica e segurança jurídica”.

A lealdade federativa deve ter sobretudo uma função de preenchimento de lacunas e de complemento na decisão judicial, “sendo o recurso à cláusula geral não escrita dispensável se o conflito já puder ser resolvido com base nas normas de direito escrito”. Tem-se, assim, uma

Federal de cobrar seus créditos objeto deste Termo. E por estarem justos e acordados, a UNIÃO, os ESTADOS e o DISTRITO FEDERAL, neste ato representados pelas autoridades signatárias, REQUEREM a homologação do presente acordo pelo Excelso Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADFP nº 984 e ADI nº 7.191. Brasília, 31 de março de 2023”.

⁵⁸² BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue*, p. 371.

⁵⁸³ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 117-118.

espécie de “direito de reserva”, num sentido não propriamente técnico⁵⁸⁴. Não obstante, a lealdade federativa não se tornaria completamente irrelevante para o direito escrito, já que diversas normas estão em “contexto dogmático” com o princípio e podem ser encaradas como a sua “expressão”, ou seja, como a sua concretização. Nestes casos, entra em jogo a função interpretativa do instituto: a lealdade federativa pode indicar conexões sistemáticas, esclarecer a *ratio* e o *telos* da norma individual e, assim, influenciar o processo de determinação do direito (*Rechtsfindung*). Afora isto, o recurso à lealdade federativa só é admissível para o preenchimento de lacunas ou para completar o direito escrito⁵⁸⁵.

Essa característica também é evidenciada por Jestaedt. Segundo o jurista, o “meio de concordância federal” (*das föderative Konkordanzmedium*), vale dizer, o princípio da lealdade federativa, “só entra em ação quando a necessidade de coordenação especificamente federal não é satisfeita por outras técnicas de regulação constitucional”. Na medida em que a Lei Fundamental “reparte as competências entre a Federação e os Estados através de uma afetação estritamente alternativa, o princípio da conduta federativa amistosa não se aplica ao nível da repartição de competências”, ou seja, ele “não tem por efeito estabelecer competências” e “não altera a repartição de competências prevista na Lei Fundamental”. Entretanto, no nível do exercício de competências, “na medida em que a Lei Fundamental não prevê mecanismos de coordenação mais específicos, a lealdade federativa [...] assegura – ou melhor: orienta – a coordenação do exercício de competências em casos individuais⁵⁸⁶”.

Da mesma forma, salienta Lindner⁵⁸⁷ que “o princípio da lealdade federativa não é adequado para negar aos Estados a utilização das competências legislativas que lhes são atribuídas pela Lei Fundamental”, ou seja, mais uma vez, a lealdade federativa “não é uma regra de restrição de competências, mas, no máximo, uma regra de exercício de competências”, vale dizer, “um Estado, no exercício da sua competência, deve também ter em conta as relações jurídicas” que desenvolve com os demais entes federados.

É nesse sentido é que se sustenta, por exemplo, que a lealdade federativa apenas “entra em jogo” quando, previamente, seja reconhecido que o ente federado possui competência (legislativa ou administrativa) para a edição de um ato impugnado. Do contrário, a atividade de controle deve limitar-se ao reconhecimento da invasão de uma competência de outro ente federado, sendo desnecessária a apreciação de eventual violação à conduta federativa amistosa.

⁵⁸⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 371-372.

⁵⁸⁵ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 372.

⁵⁸⁶ JESTAEDT, Matthias. **Bundesstaat als Verfassungsprinzip**, p. 839.

⁵⁸⁷ LINDNER, Josef Franz. **Das bundesstaatliche Prinzip**. Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, p. 744.

Por isso mesmo, no caso de violação de uma competência privativa de determinado ente federado, não se analisa, como regra, eventual violação ao princípio da lealdade federativa, ressalvada a hipótese, construída pelo Tribunal Constitucional Federal, de fazer derivar, das competências exclusivas do ente central, uma obrigação das demais esferas de governo de absterem-se de adotar medidas com as quais exerçam “pressão política sobre os órgãos federais para alterar as decisões substantivas por eles tomadas no exercício das competências federais exclusivas”⁵⁸⁸.

3.3.2.1 O postulado da autocontenção judicial

Na medida em que a subsidiariedade da conduta federativa amistosa não impede a invocação deste princípio como norma de decisão de conflitos (“*Konfliktentscheidungsnorm*”), a jurisdição constitucional deve atentar para o respeito aos seus limites jurídico-funcionais. Segundo Hesse, caso o recurso à lealdade federativa seja indispensável, “é necessário respeitar os limites jurídico-funcionais que lhe são impostos [ao Tribunal Constitucional], sob pena de as decisões políticas dos órgãos de formação da vontade política serem substituídas, mais do que o necessário, pelas decisões dos tribunais”⁵⁸⁹.

Bauer⁵⁹⁰ aponta que, na literatura especializada, as preocupações de Hesse “são frequentemente combinadas e misturadas com o já referido apelo à contenção judicial ou à *judicial self-restraint*”, cuja ideia básica, nomeadamente é impor ao Tribunal Constitucional Federal a abstenção de “fazer política, ou seja, de intervir no espaço limitado de livre formação política criado pela Constituição⁵⁹¹”. No entanto, o autor, com correção, afirma que “parece duvidoso que tais considerações possam ser utilizadas para desenvolver diretrizes de aplicação geral para o tratamento do dever federal de lealdade na prática da tomada de decisões⁵⁹²”.

De acordo com o autor, dadas as dificuldades de demarcação dos limites entre jurisdição constitucional e política de modo geral, deve-se reconhecer que, para a lealdade federativa, “poderão ser discutidas, no máximo, abordagens diferenciadas de soluções específicas por

⁵⁸⁸ BVerfGE 8, 104 (117 s.).

⁵⁸⁹ HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, p. 117-118.

⁵⁹⁰ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 374.

⁵⁹¹ BVerfGE 36, 1 (14): “Der Grundsatz des judicial self-restraint, den sich das Bundesverfassungsgericht auferlegt, bedeutet nicht eine Verkürzung oder Abschwächung seiner eben dargelegten Kompetenz, sondern den Verzicht ‘Politik zu treiben’, d.h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen” (tradução livre: “O princípio do *judicial self-restraint*, que o Tribunal Constitucional Federal impõe-se a si próprio, não significa uma redução ou enfraquecimento da sua competência, mas antes a renúncia a ‘fazer política’, i. e., a intervir no espaço limitado de livre formação política criado pela Constituição”).

⁵⁹² BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 374.

função e por assunto⁵⁹³”. Em verdade, os âmbitos de aplicação do princípio “são demasiado vastos e as suas concretizações demasiado diversas para que seja possível uma especificação exaustiva e convincente da contenção judicial exigida em cada caso⁵⁹⁴”. Além disso, “a abertura ao desenvolvimento introduz um momento dinâmico suplementar (e as correspondentes incertezas de aplicação) na lealdade federativa, que pode ter um impacto⁵⁹⁵” na disposição dos tribunais para aplicar o instituto.

Tudo isto aconselha, na visão do autor, “a que se tome o postulado da contenção judicial por aquilo que ele é na sua essência”, vale dizer, uma “exigência juridicamente não vinculativa de deixar o debate político e a formação do espaço que ele merece, e de procurar os ‘limites’ do dever federal de lealdade principalmente noutro lugar”. Nesta perspectiva, exige-se da prática judicial uma “abordagem cautelosa das máximas da lealdade federativa”, a fim de preservá-la com a “flexibilidade de que necessita para cumprir a sua função e a sua tarefa” de “regular elasticamente a unidade e o pluralismo” nas relações entre os entes federados⁵⁹⁶.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal tem adotado uma postura prudente na dosagem do princípio. Inclusive, como bem rememora Fabian Wittreck⁵⁹⁷, em mais de setenta anos de jurisprudência, o Tribunal só proclamou violações à conduta federativa amistosa em três oportunidades: (1) o caso das consultas populares no Estado de Hesse (BVerfGE 8, 122); (2) a primeira decisão sobre a radiodifusão (BVerfGE 12, 205); e (3) a decisão acerca da diretiva da Comunidade Europeia sobre a radiodifusão (BVerfGE 92, 203). Da mesma maneira, pode-se indicar que a postura do Supremo Tribunal Federal parece promissora para o desenvolvimento da lealdade federativa. O STF não só vem desenvolvendo, em suas decisões, algumas concretizações do dever geral de lealdade federativa, fornecendo importantes indicações para o desenvolvimento futuro, como também vem adotando a utilização de técnicas autocompositivas para a resolução de casos mais complexos de conflitos interfederativos.

⁵⁹³ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 375.

⁵⁹⁴ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 375.

⁵⁹⁵ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 376.

⁵⁹⁶ BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue**, p. 376.

⁵⁹⁷ WITTRECK, Fabian. **Die Bundestreue**, p. 516.

CONCLUSÃO

Ao longo da investigação, concluiu-se pela viabilidade da fundamentação jurídico-constitucional da lealdade federativa na ordem constitucional de 1988 a partir do princípio federativo (art. 1º, *caput*, da CF), que é *lex specialis* em relação ao princípio geral da boa-fé, na esteira da compreensão majoritária alemã. Reconheceu-se que entre os princípios da lealdade federativa e da boa-fé há inúmeras semelhanças, as quais, não obstante, se verificam preponderantemente no plano jurídico-metodológico.

Nesse contexto, concluiu-se que o princípio federativo pode ser compreendido como a fonte normativa que inaugura uma relação jurídica fundamental entre os entes federados, de caráter indissolúvel, e que serve de base para relações jurídicas especiais entre tais sujeitos, sob as formas da cooperação, coexistência ou contraposição. No âmbito dessa relação jurídica base, desenvolve-se um dever geral de consideração recíproca que deve ser observado pelos entes federados e que tem por papel salvaguardar o funcionamento do sistema de competências legislativas e materiais positivado no texto constitucional. A relação jurídica fundamental e o dever jurídico geral de lealdade, embora possuam relevância dogmática e hermenêutica, cedem espaço, na jurisdição constitucional, para as relações jurídicas especiais e, principalmente, para as concretizações do dever de lealdade federativa.

Do ponto de vista da abrangência, concluiu-se que o princípio vincula a União, os Estados, o Distrito Federal e também os Municípios, nos termos do art. 1º, *caput* c/c art. 18, *caput*, da CF, de forma recíproca, multilateral e isonômica. Da mesma forma, a lealdade federativa é dotada de eficácia perante terceiros, como os cidadãos, Estados estrangeiros ou organismos internacionais. Isso significa que os entes federados, por terem o dever de levar em consideração os interesses uns dos outros, podem ver-se obrigados a atuar de determinada maneira perante tais terceiros, como no caso dos deveres de coordenação suprarregional, que se impõem com vistas a eliminar regulações jurídicas diversas que obstaculizem o exercício de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, inclusive, funcionam como uma correia de transmissão, de modo a viabilizar a invocação, ainda que indireta, pelo cidadão, de violações ao princípio da conduta federativa amistosa.

Com relação aos critérios de aplicação, o trabalho concluiu pela validade, na ordem jurídica brasileira, *prima facie*, dos mesmos parâmetros desenvolvidos pela literatura e jurisprudência na Alemanha, vale dizer, o caráter acessório, a existência de um limiar de relevância, a independência de culpa, a exclusão da objeção *tu quoque* e a inexistência de uma obrigação de reparação a título de responsabilidade civil do Estado. Especialmente com relação

à acessoriedade, o trabalho concluiu pelo acerto da posição minoritária de Bauer, não adotada pelo Tribunal Constitucional Federal, que defende que tal pré-requisito restritivo não deve sempre ser exigido da jurisdição constitucional, possibilitando, de forma excepcional, tanto a aplicação do princípio sem a existência de uma relação especial entre os entes federados – mas sempre com fundamento na relação fundamental do art. 1º, *caput*, da CF – quanto a fundamentação de deveres jurídicos autônomos, isto é, não meramente instrumentais.

No que tange às concretizações do princípio no sistema jurídico brasileiro, a dissertação, em primeiro lugar, aderiu ao modelo propugnado por Bauer, que vislumbra o trabalho concretizador como um processo argumentativo racional, pautado no convencimento mútuo e na verificabilidade intersubjetiva dos resultados, do qual participam o legislador constituinte, a literatura jurídica especializada e, de modo especial, tanto os entes federados quanto a jurisdição constitucional. Especificamente, o trabalho procedeu à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tanto em casos de aplicação expressa do princípio quanto em situações que podem ser reconstruídas como exemplos de concretização do instituto.

Concluiu-se pela incidência da conduta federativa amistosa no âmbito das três funções estatais – legislativa, administrativa e jurisdicional –, bem como apresentou-se uma tipologia própria do princípio, dividindo-o numa dimensão positiva e numa dimensão negativa. A partir dessa tipologia, apresentou-se, também, uma proposta autônoma, embora tome como ponto de partida o trabalho de Bauer, de sistematização das concretizações essenciais do dever geral de lealdade federativa no Brasil. A dimensão negativa englobaria a proibição de abuso e a proibição do comportamento contraditório. A dimensão positiva, por sua vez, referir-se-ia aos deveres de ajuda e apoio; de informação e consulta; de coordenação e cooperação; procedimentais e às regras adicionais para os pactos interfederativos.

Ainda no que diz respeito à dimensão positiva, concluiu-se que a jurisdição constitucional pode vir a assumir relevância no sentido de controlar e fomentar a cooperação interfederativa, de modo a que sejam produzidos incentivos para a formatação de arranjos institucionais mais isonômicos e colaborativos, especialmente quando as negociações extrajudiciais não sejam capazes de produzir tais resultados. Como referido, acredita-se que essa pode vir a ser a função mais promissora do instituto a ser explorada para a solução de controvérsias interfederativas no Brasil. Nesse sentido, o princípio da lealdade federativa pode servir como pano de fundo a informar a jurisdição constitucional no controle da organização e procedimento dos arranjos de cooperação entre os entes federados.

Acerca da justiciabilidade da lealdade federativa, especificamente com relação ao Supremo Tribunal Federal, a dissertação acolheu a diferenciação entre norma funcional e norma

de decisão judicial de conflitos elaborada por Bauer. Concluiu-se, inclusive, que decisões muito recentes do STF se encontram em harmonia com um modelo de jurisdição constitucional que agasalhe a autocomposição como técnica relevante para a resolução de conflitos interfederativos, especialmente aqueles de elevada complexidade fática e jurídica, sendo paradigmático, nesse contexto, o acordo firmado entre a União e os Estados-membros no caso das compensações pelas perdas de arrecadação relativas ao ICMS-combustíveis.

Especificamente no que diz respeito à decisão judicial de conflitos, o trabalho concluiu pela adequação do critério da subsidiariedade como resposta às demandas da literatura jurídica alemã acerca dos riscos de judicialização excessiva dos conflitos políticos com base na lealdade federativa. O trabalho, ainda, aderiu à postura cética de Bauer no que tange ao postulado da autocontenção judicial, dado o seu caráter não vinculativo para a prática. Conclui-se, de qualquer sorte, que o desenvolvimento observado na jurisprudência do STF parece ser promissor, porque o Tribunal tem promovido concretizações do instituto que são coerentes com o estágio atual do debate acerca do tema na Alemanha e, sobretudo, porque tem adotado técnicas inovadoras de autocomposição, sem que possa identificar, até o presente, qualquer caso sensível de extrapolação dos limites funcionais da jurisdição constitucional.

Por fim, algumas considerações devem ser tecidas acerca da relevância da lealdade federativa para os contextos jurídico-políticos alemão e brasileiro. Com efeito, se observa que, na Alemanha, a utilidade prática da lealdade federativa tem ficado aquém da atenção teórica que tem se dispensado ao assunto. E isso porque o princípio experimentou um desenvolvimento muito tímido na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal depois do impulso inicial dos anos 1950 e 1960. Como apontado no terceiro capítulo da dissertação, ao longo de mais de setenta anos, o Tribunal reconheceu uma violação à lealdade federativa apenas em três ocasiões. Tais constatações não devem autorizar, entretanto, a conclusão de que se trata de um princípio em “desuso” ou, menos ainda, de que a sua adaptação ao sistema jurídico brasileiro não seria capaz de render frutos ou de iluminar a compreensão do nosso federalismo.

Na verdade, se o número de conflitos interfederativos em que o princípio adquiriu um papel de destaque na Alemanha é reduzido, isso é muito mais a prova de que aquele modelo de Estado federal adquiriu um grau de estabilidade e harmonia que dispensa, de modo geral, a intervenção do Tribunal Constitucional Federal para a pacificação de conflitos graves. Porém, em que pese esse cenário favorável, a própria literatura daquele país insiste em afirmar que a lealdade federativa não perdeu o seu sentido e nem esvaziou seu potencial. E isto porque numa “realidade cada vez mais complexa, com conflitos de interesses que consomem espaço e diferentes entendimentos da política, [...] combinados com uma crescente heterogeneização de

valores numa sociedade plural”, também tendem a aumentar os conflitos interfederativos, demandando “um instrumento mais suave que permita a ‘sintonia fina’ da relação dinâmica” entre as distintas esferas de governo⁵⁹⁸.

Ao lado dessa observação, poder-se-ia adicionar a constatação de que a lealdade federativa cumpriu um papel importante em face de alguns dos principais dilemas políticos da Alemanha contemporânea: a reconstrução do federalismo que se seguiu à ditadura nazista, os dilemas cívico-políticos atrelados à questão nuclear, as dificuldades da inserção do Estado alemão na comunidade europeia e as demandas políticas e socioeconômicas advindas do processo de reunificação com a antiga Alemanha Oriental. Inclusive na recente “crise dos refugiados” (*Flüchtlingskrise*) de 2015-2016, a literatura especializada chegou a vislumbrar, na lealdade federativa, uma premissa composição de interesses dos entes federados, de modo a fazer frente aos efeitos colaterais da abertura humanitária para o acolhimento de migrantes⁵⁹⁹.

Por outro lado, a realidade brasileira se distancia da alemã principalmente quando se tem em vista as persistentes e profundas desigualdades regionais, aliadas à certa ineficiência dos mecanismos cooperativos concebidos pelo constituinte. Paradigmática, nesse contexto, foi a ausência da adoção de uma estratégia responsável, pelo ente central, para o enfrentamento da crise sanitária decorrente da pandemia da COVID-19, expondo as dificuldades para uma atuação conjunta eficiente das distintas esferas do Estado brasileiro, bem como os riscos daí advindos para a própria subsistência do pacto federativo. Os recentes ataques às instituições democráticas somam-se para formar um quadro geral de perplexidades.

Esse difícil contexto institucional reclama pela adoção de institutos que complementem e contribuam na melhora do funcionamento do federalismo brasileiro. A lealdade federativa pode vir a cumprir um importante papel neste sentido, na medida em que auxilia a jurisdição constitucional a melhor equacionar os frequentes e cada vez mais complexos conflitos que se colocam à sua apreciação. Cumprindo o seu desiderato de garantir o exercício harmônico das competências legislativas e administrativas atribuídas aos entes federados pela Constituição, é inclusive possível que o princípio venha a adquirir mais peso e importância prática no Brasil do que na Alemanha, justificando, doravante, o interesse no seu estudo e compreensão.

⁵⁹⁸ LINDNER, Josef Franz. **Das bundesstaatliche Prinzip**. Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, p. 745-746.

⁵⁹⁹ DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht**, p. 201; MÖSTL, Markus. **Staat – der deutsche Bundesstaat in der EU**. Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**. 2., Vollständig neu verfasste Auflage des von Klaus Stern begründeten Werks. Band I. **Grundlagen und Grundbegriffe des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung**. Munique: C. H. Beck, § 1, p. 26-27.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo **La función de la lealtad en el Estado Autonomico**. Teoría y Realidad Constitucional, n. 22, jan. 2008, p. 493–524.

ARBAN, Erika e ARIANO, Dirri. **Aspirational Principles in African Federalism: South Africa, Ethiopia and Nigeria Compared**. African Journal of International and Comparative Law, vol. 29, no. 3, ago. 2021, p. 362–382.

ARROYO GIL, Antonio; GABRIEL CARRANZA, Gonzalo **La coerción federal en Alemania y sus precedentes**. Revista Española de Derecho Constitucional, v. 120, n. 120, dez. 2020, p. 43–80.

BARROSO, Luís Roberto. **Federalismo, lealdade e petróleo, ainda uma vez: inconstitucionalidade da supressão das participações especiais devida aos estados. interpretação conforme a Constituição do art. 5º da Lei nº 12.276/2010**. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, Edição Especial, Royalties do Petróleo, 2013, p. 222–240.

BAUER, Hartmut. **Der Bundeszwang in der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes**. Revista Catalana de Dret Públic, Especial sobre l’aplicació de l’article 155 CE a Catalunya (número especial), 21 dez. 2020a, p. 1–20.

BAUER, Hartmut. **La coerción federal en el ordenamiento territorial de la constitución alemana**. Revista Catalana de Dret Públic, Especial sobre l’aplicació de l’article 155 CE a Catalunya (número especial), 21 dez. 2020b, p. 1–20.

BAUER, Hartmut. **Artikel 20 [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht]**. Em: DREIER, Horst (Org). **Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82**. 3ª Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 146–185.

BAUER, Hartmut. **Die Bundestreue. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992.

BAYER, Hermann-Wilfried. **Die Bundestreue**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1961.

BLECKMANN, Albert. **Zum Rechtsinstitut der Bundestreue – Zur Theorie der subjektiven Rechte im Bundesstaat**. Juristen Zeitung, v. 46, n. 19, 1991, p. 900–907.

BULLINGER, Martin. **Der Anwendungsbereich der Bundesaufsicht: Zum Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts**. Archiv des öffentlichen Rechts, v. 83 (N.F. 44), n. 2/3, 1958, p. 279–308.

BULLINGER, Martin. **Zum Verhältnis von Bundesaufsicht und Bundestreue**. Archiv des öffentlichen Rechts, v. 87 (N.F. 48), n. 4, 1962, p. 488–495

BULLINGER, Martin. **Staatsrechtslehrertagung 1962**. Archiv des öffentlichen Rechts, v. 88 (N.F. 49), n. 1, 1963, p. 81–95.

BULLINGER, Martin. **Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zuständigkeit von Bund und Ländern kraft Sachzusammenhangs und kraft Natur der Sache.** Archiv des öffentlichen Rechts, v. 96, n. 2, 1971, p. 237–285.

BUSSJÄGER, Peter. **Bundesstaatliches Berücksichtigungsprinzip und demokratische Homogenität. Anmerkungen zu zwei gegenläufigen Entscheidungen VfSlg 10.292/1984 vs VfGH 06.10.2020, G166/2020 ua (G166-168/2020, V340/2020)** Zeitschrift für Öffentliches Recht (ZoR): Journal of Public Law, 76(1), 2021, pp. 29–34.

CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social.** São Paulo: Saraiva, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2a. ed., São Paulo, Sp Saraiva Jur São Paulo, Sp Almedina, 2018.

CLAUS, Laurence. **Separation, Enumeration, and the Implied Bill of Rights.** Journal of Law & Politics, vol. 36, no. 2, 2021, pp. 93–130.

DA SILVA, Michael. **Federal Loyalty and the ‘Nature’ of Federalism.** Review of Constitutional Studies, vol. 24, no. 2, 2019-2020, pp. 207–240.

DE BAERE, Geert; ROES, Timothy. **EU loyalty as good faith.** International and Comparative Law Quarterly, v. 64, n. 4, out. 2015, p. 829–874.

DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht: mit Bezügen zum Europarecht.** 37^a ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2021.

DEUTSCHER BUNDESTAG - **Lei Fundamental da Republica Federal da Alemanha.** Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/informationmaterial/55/64/anr80208000>>. Acesso em: 19 nov. 2022.

DE VILLIERS, Bertus. **The Duty on Organs of State to Cooperate: Bundestreue, Cooperative Government and the Supply of Electricity in a Culture of Non-Payment.** Journal of South African Law, vol. 2019, no. 3, 2019, p. 605–618.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais – 6. ed. rev. atual. e ampl. –** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DREIER, Horst. **Artikel 28 [Homogenitätsgebot; kommunale Selbstverwaltung].** Em: DREIER, Horst (Org). **Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82.** 3^a Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 657–762.

EGLI, Patricia. **Die Bundestereue als Grundprinzip Federalistischer Rechtsordnungen.** DAJV Newsletter, vol. 36, no. 4, dez. 2011, p. 169-175.

EGLI, Patricia. **Die Bundestreue.** Zúriq: Dike Verlag, 2010.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-Francois. **Cooperative Federalism in Search of a Normative Justification: Considering the Principle of Federal Loyalty**. Constitutional Forum, vol. 23, no. 4, 2014.

HALBERSTAM, Daniel. **Of Power and Responsibility: The Political Morality of Federal Systems**. Virginia Law Review, v. 90, n. 3, maio 2004.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 20ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1999.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. **El Estado Federal Unitario**. Derecho Público, v. 10, n. 50, p. 9–36, 2013.

HORBACH, Beatriz Bastide. **A competência legislativa concorrente de divergência do direito alemão**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 49, n. 193, p. 171-182, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496565>>. Acesso em: 19 nov. 2022.

HUBER, Ernst Rudolf, ed., **Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte**, 3rd rev. ed., vol. 2, 1851-1900. Stuttgart: Kohlhammer, 1986, pp. 384–402.

HUCKO, Elmar M., ed.. **The Democratic Tradition: Four German Constitutions**. Oxford, New York, Munich: Berg, 1987, pp. 119–45.

ISENSEE, Josef. **Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz**. Em: ISENSEE, Josef e Paul KIRCHHOF, (orgs.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VI: Bundesstaat**. 3., Völlig neubearbeitete und erw. Aufl, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 2008, § 126, p. 3–200.

JACKSON, Vicki C. **Narratives of Federalism: Of Continuities and Comparative Constitutional Experience**. Duke Law Journal, v. 51, n. 1, out. 2001, p. 223–287.

JESTAEDT, Matthias. **Bundesstaat als Verfassungsprinzip**. Em: ISENSEE, Josef, e KIRCHHOF, Paul (orgs.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band II: Verfassungsstaat**. 3., Völlig neubearbeitete und erw. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 2004, § 29, p. 785–841.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Third edition, revised and expanded. Durham and London: Duke University Press, 2012.

KRELL, Andreas Joachim. **Leis de Normas Gerais, Regulamentação do Poder Executivo e Cooperação Intergovernamental em Tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

KRELL, Andreas Joachim. **Diferenças do conceito, desenvolvimento e conteúdo da autonomia municipal na Alemanha e no Brasil**. Brasília, Revista de Informação

Legislativa, v. 32, n. 128, p. 107–125, out./dez. 1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176412>>. Acesso em 19 nov. 2022.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988**. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

LAMARÃO, Patrícia. **O princípio da lealdade federativa como cláusula geral nas relações federativas**. Revista Consulex, vol. 14, n° 326, BBD 2011, 2010.

LASO, Pérez, Javier. **La lealtad federal en el sistema constitucional alemán**. Cuadernos De Derecho Público, (9). Recuperado a partir de <<https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/563>>, 2011. Acesso em: 19 nov. 2022.

LEGRAND, Pierre. **The Impossibility of Legal Transplants**. Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 4, no. 2, pp. 111–124, 1997.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Supremo Tribunal Federal: Prússia contra Reich**. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2022.

LINDNER, Josef Franz. **Das bundesstaatliche Prinzip**. Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**. 2., Vollständig neu verfasste Auflage des von Klaus Stern begründeten Werks. Band I. **Grundlagen und Grundbegriffe des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung**. Munique: C. H. Beck, § 16, p. 686–746.

LÜCKE, Jörg. **Bundesfreundliches und burgerfreundliches verhalten**. Zur burgerbezogenen ergänzungsbedurftigkeit des grundsatzes des bundesfreundlichen verhaltens. Der Staat, v. 17, n. 3, p. 341–368, 1978.

LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als Institution – Ein Beitrag zur politischen Soziologie**. 2ª. ed. Berlim: Duncker & Humblot GmbH, 1974.

MARTINS, Leonardo. **Direitos fundamentais: conceito permanente: novas funções**. – Rio de Janeiro, RJ: Marcial Pons, 2022.

MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. 2 ed. rev. atual. e ampl.. Induiutaba: Editora Foco, 2018a.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 2: Liberdade de consciência e crença, liberdades de expressão e comunicação social, liberdades artística e científica**. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS, 2018b.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**– 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MESQUITA, Carlos José Wanderley de. **Um novo enfoque sobre a guerra fiscal no Brasil**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 104, n. Maio-Jun/2012, p. 203–257.

MORALES, Maria Jesus Garcia. **Federal Execution, Article 155 of the Spanish Constitution and the Crisis in Catalonia**. Zeitschrift fur Offentliches Recht (ZoR): Journal of Public Law, vol. 73, no. 4, December 2018, p. 791–830.

MÖSTL, Markus. **Staat – der deutsche Bundesstaat in der EU**. Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**. 2., Vollständig neu verfasste Auflage des von Klaus Stern begründeten Werks. Band I. **Grundlagen und Grundbegriffe des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung**. Munique: C. H. Beck, § 1, p. 1–38.

MURKENS, Jo Eric Khushal. **Neither Parochial Nor Cosmopolitan: Appraising the Migration of Constitutional Ideas**. Modern Law Review, vol. 71, no. 2, March 2008, p. 303–319.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 3ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

POZEN, David E. **Constitutional Bad Faith**. Harvard Law Review, vol. 129, no. 4, February 2016, p. 885–955.

ROBBERS, Gerhard. **Der Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Gestaltung des Bundesstaates in Deutschland**. Revista catalana de dret públic, n. 43, jan, 2011, p. 151–185.

ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

RUDOLF, Walter. **Die Bundesstaatlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**. Em: STARCK, Christian (org.). **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**. Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Vol. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976, p. 233–252.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13 ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHAUER, Frederick. **On the Migration of Constitutional Ideas**. Connecticut Law Review, vol. 37, no. 4, Summer 2005, pp. 907–920.

SCHENKE, Wolf- Rüdiger. **Die Verfassungsorgantreue**. Berlin: Ducker & Humblot, 1977.

SCHLINK, Bernhard e JACOBSON, Arthur (org.). **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**. 2ª ed. California: University of California Press, 2002.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. 11ª ed. Berlim: Duncker & Humblot, 2017.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. **Artikel 20 [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht]**. Em: DREIER, Horst (Org). **Grundgesetz – Kommentar. Artikel 20-82**. 3ª Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 186–291.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 237, p. 271–316, 2004. DOI: 10.12660/rda.v237.2004.44376. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

SMEND, Rudolf. **Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze**. Dritte, wiederum erweiterte Auflage. Berlin: Dunker & Humblot, 1994.

STERN, Klaus. **Die föderative Ordnung im Spannungsfeld der Gegenwart. Politische Gestaltung im Miteinander, Nebeneinander und Gegeneinander von Bund und Ländern**. Em: **Politikverflechtung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden**. Schriftenreihe der Hochschule Speyer ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1975. v. 55p. 16–40.

STOLLEIS, Michael. **A history of public law in Germany, 1914-1945**. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2004.

TUSHNET, Mark. What Then Is the American. **Arizona Law Review**, v. 38, p. 873–880, 1996.

VISCARDI, Cláudia Maria Ribeiro. **Unidos Perderemos: a construção do federalismo republicano brasileiro**. Curitiba: CRV, 2017.

WITTRICK, Fabian. **Die Bundestreue**. Em: HÄRTEL, Ines (Org.). **Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt**, Vol. I., § 18, Springer-Verlag, 2012, p. 497–525.

WOLFF, Heinrich Amadeus. **Das rechtsstaatliche Prinzip**. Em: STERN, Klaus, SODAN, Helge e MÖSTL, Markus (orgs.). **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**. 2., Vollständig neu verfasste Auflage des von Klaus Stern begründeten Werks. Band I. **Grundlagen und Grundbegriffe des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung**. Munique: C. H. Beck, 2022, §15, p. 597–685.

ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. **Federalismo no Brasil e na Alemanha: estudo comparativo de repartição de competências legislativas e de execução**. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi:10.11606/T.2.2016.tde-04102016-181431. Acesso em: 11 ago. 2022.