



Estrasburgo, 1 de agosto de 2011

CDL-JU(2011)015
Sólo en esp.

COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA POR EL DERECHO
(COMISIÓN DE VENEZIA)

CONFERENCIA

SOBRE

**"LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL: REFLEXIÓN EN TORNO AL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA"**

SANTA CRUZ, BOLIVIA, 8 DE JULIO DE 2011

PONENCIA

**“DIVISIÓN DE COMPETENCIAS Y ESTADOS
DESCENTRALIZADOS: CASO BRASILEÑO”**

por

Sr. Gilmar Ferreira Mendes
(Ministro del Supremo Tribunal Federal de Brasil,
Miembro de la Comisión de Venecia)

La adopción del sistema federativo ha sido una tendencia mundial creciente, en los últimos sesenta años. Muchos países han asentado su democracia en el federalismo, que, al lado de la protección de los derechos individuales y de la idea de sociedad civil, es considerado la base de la democracia moderna¹.

El modelo de Estado Federal está presente en el ordenamiento jurídico brasilero desde su primera Constitución republicana, de 1891, y se mantuvo en todos los textos constitucionales siguientes². En la Constitución vigente, de 1988, está expresamente previsto como cláusula pétrea, o sea, no puede ser objeto de alteración en lo que se refiere a su núcleo esencial³.

Serán señalados, en esa exposición, los principales aspectos relacionados al federalismo brasilero, dividiéndola, para eso, en tres partes esenciales: definiciones de cuáles entes componen la Federación brasilera; cómo se da la división de competencias y, finalmente, cuál es el papel del Supremo Tribunal Federal como órgano legitimado para dirimir controversias federativas.

1. ENTES FEDERATIVOS

Conforme a lo previsto en el art. 1º de la Constitución de 1988, la República Federativa de Brasil es formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal. De eso se desprende que son entes de la Federación brasilera la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios.

La Unión es el fruto de la alianza de los Entes entre si, con función integrativa y legitimidad para actuar en nombre de la Federación. A ella compete el mantenimiento de la unidad federativa, siendo responsable, por eso, por ejemplo, de la intervención federal.

Además del Distrito Federal, Brasil posee, hoy, 26 Estados-Miembros, autónomos y con gobiernos propios, que desempeñan las funciones de los tres poderes - Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El poder constituyente estadual no es soberano, pero por derivar del poder constituyente originario, encuentra justamente en estas limitaciones específicas.

De esa forma, las Constituciones estaduais están sujetas a los denominados *principios constitucionales sensibles* de la Constitución Federal, que son normas de contenido que deben ser observadas por los Estados. Cualquier conflicto entre Constitución Federal y Estadual se resuelve por la prevalencia de aquella.

El reconocimiento de los Municipios como entidades pertenecientes a la Federación es una peculiaridad brasilera y el resultado de una intención descentralizadora, que fortalece el poder local y mejora la eficiencia de la administración. El texto de 1988 le otorgó poder de auto-organización, por medio de ley orgánica⁴, así como legitimidad para disponer de Ejecutivo y Legislativo propios.

Con respecto a la discusión sobre si el Municipio es o no un ente federativo no es un asunto pacífico en la doctrina. Aunque enunciado, por la Constitución Federal, al lado de los Estados Miembros, de la Unión y del Distrito Federal, como integrante de la Federación, es cierto que, al ser comparado con los demás, carece de algunas características, como la

¹ ELAZAR, Daniel J. Federalism, diversity, and rights. *In: Federalism and rights*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1996.

² La primera Constitución brasilera fue del Imperio, de 1824, seguida por las Constituciones Federales de 1891, 1934 (y Carta de 1937), 1946, 1967 y, finalmente, la actual, de 1988.

³ Art. 60, § 4º, I, CF: *No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir I- la forma federativa de Estado*

⁴ Art. 29 CF.

existencia de un Poder Judicial. De esta forma, algunos afirman que los Municipios serían meras divisiones político-administrativas de sus estados miembros.

El Distrito Federal, a su vez, fue creado para ser sede de la Unión, no confundiendo con un Estado-Miembro o con un Municipio, aún cuando posea características de ambos.

Es regido, por ejemplo, por una ley orgánica, de la misma manera que los Municipios, pero es colocado al lado de los Estados-Miembros en cuanto a varias competencias típicamente estatales, inclusive en lo que se relaciona a las competencias legislativas concurrentes con la Unión. Al contrario de los Estados, no puede subdividirse en Municipios, y su autonomía es parcialmente tutelada por la Unión.

Finalmente, aunque no exista, hoy, ningún Territorio, es importante mencionar que la Constitución Federal autoriza su creación, por ley complementaria federal⁵. Esos territorios son descentralizaciones administrativas de la Unión, y carecen de autonomía.

2. DIVISION DE COMPETENCIAS – DESCENTRALIZACIÓN X CENTRALIZACIÓN

Acerca de la análisis de la división de competencias en el Estado brasilero, necesario destacarse, primeramente, la importancia de esa distribución en una Federación.

El Estado Federado se relaciona esencialmente a la constitución de un Estado descentralizado, en el que se procura establecer una estructura plural de ejercicio del poder político. Cada Estado, por medio de su ordenamiento constitucional positivo, posee un determinado grado de descentralización, que, conjugado con factores de orden práctico, indica la forma del sistema federativo adoptado por su Carta Magna.

El factor que define el grado de descentralización estatal es la distribución de competencias. Ella atiende a un principio corporativo territorial, de modo que determinadas materias tendrán incidencia en todo el territorio federal, en cuanto otras quedarán distribuidas entre los ordenamientos parciales de los Estados-Miembros y Municipios. Normas totales y normas parciales, en la lección de Kelsen.

La distribución de competencias es considerada el punto más importante de la estructura federativa, siendo, por eso, denominada por los doctrinarios como “elemento esencial de la constitución federal” (Claude-Sophie Douin), de “grande cuestión del federalismo” (Jean François Aubert), de “columna de sustentación de todo el edificio constitucional del Estado Federal”⁶ o de la “clave de la estructura del poder federal” (Loewenstein)⁷. Así mismo, en comparación con otra rama jurídica, se afirma que “la competencia equivale a la capacidad en el derecho privado, esto es, al poder de practicar actos jurídicos”⁸.

Es justamente la decisión adoptada en el momento de distribuir competencias entre la Unión y los Estados que condicionará el funcionamiento del Estado Federal e indicará la preferencia del constituyente por un tipo de federalismo, entre los diversos existentes, como federalismo centripeto, federalismo centrifugo, federalismo dual, federalismo cooperativo, federalismo de equilibrio⁹.

⁵ Art. 18

⁶ Citados por HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 349.

⁷ LÖWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976. p. 356.

⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 34.

⁹ Así mismo, en clasificaciones de especies federativas, presentan los doctrinarios el federalismo asimétrico/simétrico, federalismo por adición/sustracción, relacionados, respectivamente, a la forma como fue el Estado Federal constituido y a la existencia de desniveles socioeconómicos entre los Estados-miembros, con la debida adecuación de la fórmula adoptada por la Constitución.

Resáltese, en este punto, el carácter asimétrico de la Federación brasilera. En un país con la extensión territorial como Brasil, es inevitable que ocurran desigualdades entre sus entes, tanto en relación a la población, cuanto al tamaño geográfico o a las finanzas.

Para tener idea de las diferencias, los datos indican que ocho (de los veintisiete) Estados representan el 72,8% del Producto Bruto Interno (PBI) del país, siendo que apenas el Estado de São Paulo es responsable por cerca del 37% de la economía nacional¹⁰. Su capital, el municipio de São Paulo, representa el 11,7%, habiendo recaudado, en 2010, R\$ 10 billones de sus contribuyentes – mientras todas las municipalidades del país recaudaran R\$ 43 billones¹¹.

Todos los estados federales son, de alguna forma, asimétricos¹², y es necesario encontrar un medio de acomodar la diversidad en la unidad, característica típica del federalismo. Para el mantenimiento de la Unión, la fórmula adoptada en muchos países, como Suiza o España, viene siendo la búsqueda del equilibrio y de la cooperación por medio de divisiones regionales, de la división de tributos o de la redistribución de la recaudación.

De esa forma, se procura la reducción de desigualdades entre los entes por medio de políticas que puedan lograr un desarrollo equilibrado de la unidad federativa. En la Constitución de 1988, es posible identificar puntos de asimetría en el cuadro de las competencias comunes (art. 23), en la posibilidad de instalación de regiones de desarrollo (art. 43) y en la creación del ICMS, impuesto estadual (art. 155). Sin embargo, aunque tales acciones estén destinadas a la disminución de las asimetrías, estas pueden generar eventuales crisis entre las unidades federadas, como la guerra fiscal, que será abordada más adelante¹³.

De modo resumido, la Constitución Federal de 1988 distribuye las competencias en cinco planos distintos:

-Competencia general de la Unión (art. 21, CF) - considerablemente amplia, enumera temas que envuelven el ejercicio de poderes soberanos o que precisan ser objeto de atención del gobierno central – como mantener relaciones con Estados extranjeros, emitir moneda, administrar las reservas de divisas, instituir directrices para el desarrollo urbano.

-Competencia legislativa privativa de la Unión (art. 22, CF) – es, de cierta forma, un soporte a la competencia general de la Unión al autorizar que esta ejecute los preceptos en ella enunciados por medio de ley y de norma jurídica.

Se prevé la posibilidad de una ley complementaria federal que autorice a los Estados-Miembros a legislar sobre cuestiones específicas de materias relacionadas en este artículo. Tal ley complementaria no podrá, sin embargo, transferir la regulación integral de toda una materia de competencia privativa de la Unión, ya que la delegación habrá de referirse a cuestiones específicas. En cualquier momento, la Unión podrá legislar sobre el mismo asunto, retomando su competencia.

-Competencia común de la Unión, de los Estados-Miembros, del Distrito Federal y de los Municipios (art. 23, CF) – puede ser ejercida por todos los entes de la Federación, con la

¹⁰ Cf, datos divulgados en el sitio electrónico del Instituto Brasileiro de Geografía y Estadística, disponible en: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1756&id_pagina=1. Consulta del 04.7.2011.

¹¹ Reportaje “Campeões de impostos”. Revista Isto é, N° Edição: 2138 | 29.Out.10 - 10:00, disponible en http://www.istoe.com.br/reportagens/108268_CAMPEOES+DE+IMPOSTO, consulta del 04.7.2011.

¹² KATZ, Ellis, Apud CAGGIANO, Monica Herman S. Federalismo. In: Revista Direito Mackenzie, n.2, ano 1, p. 31.

¹³ CAGGIANO, Monica Herman S. Federalismo. In: Revista Direito Mackenzie, n.2, ano 1, p. 32.

finalidad de ejercer y fomentar ciertos intereses. Son esos, por ejemplo: protección del medio ambiente y combate a la polución; mejora de las condiciones habitacionales y de saneamiento básico; protección de las obras de arte, sitios arqueológicos, paisajes naturales notables y monumentos.

El párrafo primero de ese artículo así mismo autoriza a la ley complementaria a la fijación de normas para la cooperación entre la Unión y los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, con el objetivo de asegurar el equilibrio del desarrollo y del bienestar nacional (art. 23, párrafo único).

-Competencia legislativa concurrente (art. 24, CF) – se refiere a las materias para las cuales cabe a la Unión editar normas generales – o sea, normas no exhaustivas, leyes-marco, principios amplios –, que trazan un plan, sin establecer pormenores. A los Estados-Miembros y al Distrito Federal resta, en esta hipótesis, la posibilidad de ejercer competencia suplementaria (art. 24, § 2º, CF).

Para las materias contempladas como competencia legislativa concurrente, ante la falta de la ley con normas generales, el Estado podrá legislar ampliamente, supliendo la inexistencia de diploma federal. Si la Unión editase la norma general faltante, queda suspendida la eficacia de la ley estadual, en lo que contradiga a la federal. Opera, entonces, un bloqueo de competencia toda vez que el Estado no podrá legislar más sobre normas generales, como le era permitido hacer hasta ahí.

Menciónese, en este sentido, la creación, por la Unión, del piso nacional de profesores de educación básica de la red pública de enseñanza, materia que tuvo su constitucionalidad impugnada por algunos Estados sobre la base de control abstracto¹⁴. En el juzgamiento, ocurrido en mayo de este año, fue dejado de lado el argumento de que la Unión, al establecer tal piso, habría ofendido el pacto federativo. Su competencia para enunciar directrices y bases de la educación, a nivel nacional, fue confirmada, cabiendo a los Estados establecer reglas complementarias, haciendo uso de su competencia suplementaria.

Finalmente, destáquese también la importancia de valorizar la competencia concurrente entre la Unión, Estados y Distrito Federal como medio de preservación del poder de los entes federativos de dictar normas que atiendan a sus anhelos y características locales, adecuándolas a su realidad. Ese hecho posibilitará que nuevas y exitosas experiencias sean eventualmente formuladas.

Los Estados pasan, así, a ser partícipes importantes en el desarrollo del derecho nacional y a actuar activamente en la construcción de posibles experiencias que podrán ser adoptadas por otros entes o en todo el territorio nacional. Se trata del Estado actuando como verdadero laboratorio legislativo de la Federación.

-Competencia relativa a los poderes reservados de los Estados (art. 25, CF) – corresponde la atribución a los Estados de un doble poder: el poder de auto-organización y de los poderes reservados y no vedados por la Constitución Federal. Además de esos últimos, llamados remanentes o residuales, algunas competencias fueron expresamente discriminadas, como la competencia estadual para la explotación de servicios de gas canalizado.

En este punto, un aspecto innovador del orden constitucional instaurado en 1988 – que indica un claro rompimiento con el centralismo que marcaba a la federación brasilera hasta entonces, revelando el avance en dirección a un federalismo de cooperación – es la facultad,

¹⁴ DI 4167/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 6 y 7.4.2011

conferida a los Estados, de, mediante ley complementaria, instituir regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas y microrregiones, constituidas por el agrupamiento de Municipios limítrofes, para integrar la organización, el planeamiento y la ejecución de funciones públicas de interés común. A ese aspecto, se suma la competencia normativa conferida a los Municipios en la elaboración de sus leyes orgánicas y en la legislación sobre materias de interés local.

Finalmente, las competencias reservadas a los Municipios se encuentran enumeradas en el art. 30, CF, mereciendo destacarse el hecho de que a estos cabe "legislar sobre asuntos de interés local". Pese a la difícil conceptualización, interés local se refiere a aquellos intereses que afectan más directamente a las necesidades inmediatas del municipio.

2.1 COMPETENCIAS TRIBUTARIAS Y EL ESTADO FISCAL

En un Estado basado en tributos, como es el brasilero, hay fundamentalmente dos formas de asegurar la autonomía financiera de las personas jurídicas de derecho público: compartir competencias tributarias y compartir el producto de la recaudación. Los dos caminos fueron adoptados por el constituyente brasilero de 1988, ambos apuntando para un mismo objetivo: la descentralización fiscal.

El diseño de la distribución constitucional de los ingresos se hace con una considerable descentralización a favor de Estados y, sobretudo, Municipios. Los impuestos fueron divididos por la materialidad de sus hipótesis entre Unión, Estados y Municipios, cabiendo al Distrito Federal competencia para instituir tanto tributos municipales como estatales.

La Unión conservó la competencia para tributar sobre importación, exportación, renta y provento de cualquier naturaleza, productos industrializados, operaciones de crédito, cambio y seguro, las relativas a títulos o valores mobiliarios, propiedad territorial rural y grandes fortunas. El último de los impuestos, como se sabe, nunca llegó a ser creado.

La Unión también detiene competencia residual para instituir, por ley complementaria, otros impuestos, desde que no sean acumulativos, ni repitan base de cálculo o hecho imponible ya previstos en la CF. Veinte por ciento del producto de la recaudación del impuesto que la Unión establece en el ejercicio de la competencia residual deberá ser distribuido a los Estados y al Distrito Federal, por fuerza de lo dispuesto en el art. 157, II, de la Constitución Federal¹⁵.

A los Estados cabe la competencia para tributar transmisiones *mortis causae* y donación, de cualquiera de los bienes o derechos, operaciones relativas a la circulación de mercaderías y sobre prestaciones de servicios de transporte interestadual e intermunicipal y de comunicación y propiedad de vehículos automotores.

La previsión de competencia para tributación de operaciones relativas a la circulación de mercaderías es una particularidad del sistema tributario brasilero. No se tiene noticia de otro país en que se atribuya competencia para tributar hecho económico semejante a entes subnacionales. Y la razón es conocida: la atribución de esa competencia estimularía la competición fiscal intergubernamental predatoria y la exportación de tributos, perjudicando la recaudación fiscal y generando distorsiones económicas. Bases tributarias móviles, como la

¹⁵ Cf. SCHOUERI, Luis Eduardo, Discriminação de Competências e Competência Residual. In: ZILVETI, Fernando Aurélio; SCHOUERI Luis Eduardo. (Org.). Direito Tributário: Estudos em Homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Quartier Latin, 1998.

del ICMS, deben ser atribuidas al gobierno central para que se eviten las fallas que hoy son entrentadas en Brasil (v.g. Guerra fiscal)¹⁶.

Los Municipios tienen competencia para instituir impuestos sobre propiedad predial y territorial urbana, transmisiones inter vivos, por acto oneroso, de bienes inmuebles y de derechos reales sobre inmuebles y servicios de cualquier naturaleza. De entre los impuestos de competencia municipal, el ISS se presenta como aquel de mayor potencial recaudatorio. En tanto, la productividad económica del impuesto, como ocurre con el ICMS, es dependiente de la capacidad económica del propio ente público. Por esta razón es que solo los municipios más prósperos pueden confiar su autonomía financiera a la recaudación de este impuesto.

Tasas y contribuciones por mejoras pueden ser instituidas por la Unión, Estados y Municipios. Por tratarse de tributos vinculados a una actuación estatal – sea esa la prestación de un servicio, ejercicio de poder de policía o realización de obra pública – la competencia para institución queda a cargo del ente político competente para la actividad estatal a la que se vincula. En ese caso, la competencia residual es reservada a los Estados, en consecuencia de lo que prevé el art. 25, § 1º, de la Constitución Federal.

En relación a la distribución de ingresos mediante Fondos de Participación, los porcentuales previstos en la Constitución Federal indican cuanto de los ingresos recaudados por la Unión debe ser distribuido a los Estados y Municipios, pero no determina cuánto es que cada Estado o Municipio individualmente considerado deberá recibir.

La determinación de los criterios para el prorrateo cabe a ley complementaria prevista en el art. 161, II, de la Constitución Federal, que, en la distribución de los recursos de los fondos de participación deberá estar dirigida a la promoción del equilibrio socioeconómico de Estados y Municipios. En el caso del Fondo de Participación de los Municipios, los criterios son determinados por la Ley n. 5.172/66, el Código Tributario Nacional (CTN), que considera factores representativos de la población y del inverso de la renta per capita.

El CTN también era responsable por fijar los criterios para la distribución de los recursos del Fondo de Participación de los Estados hasta la entrada en vigor de la Ley Complementaria n. 62/89. Inicialmente, los coeficientes de participación de los Estados y del Distrito Federal fijados por la LC n. 62/89 deberían estar en vigencia hasta 1992, año a partir del cual serían fijados por ley específica sobre el tema. Aún así, su plazo de vigencia fue sucesivamente prorrogado por las Leyes Complementarias n. 71/92, 72/93 y 74/94.

Los criterios de distribución elegidos por la LC n. 62/89 fueron objeto de cuatro ADI's (ADI n.º 875/DF, ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 2.727/DF y ADI n.º 3.243/DF), juzgadas conjuntamente en 2010. En el caso, se argumentó que los coeficientes de prorrateo hoy vigentes no estarían de acuerdo con el objetivo del Fondo de Participación de los Estados, que, como consta en el art. 161, II, debe promover el equilibrio socioeconómico de los Estados. Los coeficientes individuales de cada Estado habrían sido fijados arbitrariamente, por fuerza de acuerdo político y deberían tener validez solo provisionalmente.

Estas acciones fueron juzgadas procedentes para declarar la inconstitucionalidad, sin pronunciarse sobre la nulidad, del art. 2º, incisos I y II, §§ 1º, 2º y 3º, y del Anexo Único, de la Ley Complementaria n.º 62/1989. Asegurada, entre tanto la aplicación de los referidos dispositivos hasta el 31 de diciembre de 2012, fecha límite para el dictado de la nueva ley complementaria, disponiendo sobre los criterios de prorrateo del FPE.

¹⁶ Cf. MENDES, Marcos, *Federalismo Fiscal*. In: Paulo Roberto Arvate; Ciro Biderman. (Org.). *Economia do Setor Público*. Rio de Janeiro: Editora Campus/Elsevier, 2004, v. 1, p. 421-461.

3. EL PAPEL DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEÑO COMO “TRIBUNAL DE LA FEDERACIÓN”

Obsérvese que en Brasil, más allá de la Justicia Estadual, existe también la Justicia Federal, que es el órgano judicial competente para aquellas causas que tengan como partes a la Unión, autarquías y empresas públicas federales.

La Corte responsable de uniformar la interpretación de la ley federal en todo Brasil, es el Superior Tribunal de Justicia, que es la última instancia para causas no relacionadas directamente a la Constitución.

El Supremo Tribunal Federal brasileño es el órgano máximo del Poder Judicial Nacional y es a quien compete la palabra final en materia constitucional. La eventual intromisión de competencia por parte de un ente federativo puede ser sometida a la Corte por medio del control de constitucionalidad.

El Supremo también aprecia representaciones con fines de intervención y dirime controversias entre los miembros federales y es por eso también conocido por el *Tribunal de la Federación*. A continuación se mencionan algunas situaciones que demuestran esta función de la Corte brasilera.

a. Control abstracto de constitucionalidad

En un Estado Federal, el sistema de distribución de competencias se manifiesta a través de la existencia de diversas áreas de actuación, definidas por el poder constituyente originario.

En la práctica, es común que un ente ejerza su poder legislativo fuera de los límites constitucionalmente permitidos. En esta hipótesis, el Supremo Tribunal Federal puede ser llamado a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes consideradas viciadas.

Bajo el manto de la Constitución de 1988, el control abstracto de constitucionalidad por medio de acciones directas tiene se firmado como pieza principal en la manutención del equilibrio federativo brasileiro.

La ampliación de los legitimados activos en la acción directa de inconstitucionalidad produjo significativas modificaciones en nuestro sistema de control de constitucionalidad, permitiendo que los Gobernadores y las Asambleas Legislativas Estaduales defiendan los intereses locales frente a la Unión, incluso pleiteando la inconstitucionalidad de leyes federales..

De toda forma, la evolución del control de constitucionalidad en Brasil desde la Constitución de 1988, ha representado un significativo avance en la conformación del régimen federal, teniendo en vista que a través de él, el Supremo Tribunal Federal tiene la oportunidad de establecer los parámetros de nuestra federación y mantener la uniformidad de la interpretación jurídica en todo el territorio nacional.

Es el caso, por ejemplo, de leyes estaduais que crean loterías y sistemas de sorteo¹⁷ o que definen reglas de señalización de rutas estaduais, que establecen el control electrónico de velocidad, materias de competencia de la Unión¹⁸ (Art. 22, XX, CF – sistema de consorcios y sorteos; y art. 22, XI, CF – tránsito y transporte).

¹⁷ En ese sentido, ADI 2.847/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 26.11.2004; ADI 3.259, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 24.2.2006.

¹⁸ En ese sentido, ADI 2.802/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, de 09.10.2003.

Por otro lado, el Tribunal puede igualmente confirmar la competencia del Ente, como son aquellos casos de leyes municipales que determinan medidas de mejorías a los usuarios de instituciones financieras¹⁹ o que legislan sobre el funcionamiento de establecimientos comerciales²⁰, ambos casos considerados constitucionales por estar comprometido interese local (Art. 30, I, CF).

b. Acciones originarias

Una de las características de la Federación es su indisolubilidad, pero eventuales conflictos entre los entes pueden poner en riesgo su equilibrio y manutención. Los Estados federados no poseen autotutela, cabiéndole a la Constitución establecer una serie de mecanismos de control frente a eventuales controversias entre sus miembros, a fin de preservar el pacto federativo²¹.

Tal tarea es normalmente hecha por la Corte Constitucional. En Brasil, esa competencia del Supremo Tribunal Federal se remonta a la primera Constitución Republicana²², la cual se mantuvo en los textos constitucionales siguientes.

Así, la Constitución de 1988 atribuye al Supremo Tribunal Federal la competencia originaria para solucionar causas y conflictos entre “la Unión y los Estados, la Unión y el Distrito Federal, o entre unos y otros, e inclusive entre las respectivas entidades de la administración indirecta”²³.

Las hipótesis no están todas enumeradas en el Texto Constitucional, de modo que la Corte tiene limitada su actuación solamente a aquellas causas que puedan, efectivamente, generar un desequilibrio en la Federación, u ocasionar una ruptura en las relaciones armoniosas que se dan entre las entidades que integran el Estado Federal²⁴. En ese sentido, el Supremo Tribunal Federal no reconoce, por ejemplo, su competencia para cuestiones que envuelven intereses meramente patrimoniales²⁵.

Es importante mencionar que los conflictos entre las entidades que componen la Federación no necesariamente dan lugar a una acción ordinaria, pueden, sin embargo, motivar acciones de fiscalización en abstracto respecto de la constitucionalidad de los actos de los entes federados.

c. Intervención federal

La Constitución enumera aquellas hipótesis en las cuales la Unión puede intervenir para preservar integridad política, jurídica y física de la federación²⁶. Por tratarse de una

¹⁹ AI 347.717 – AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello.

²⁰ Esa hipótesis dio origen a la Súmula 645/STF: “es competente el municipio para fijar el horario de funcionamiento de establecimiento comercial.”

²¹ FEITOSA, Alexandre Alves. Ação cível originária, ação originária especial, e ação originária no Supremo Tribunal Federal. In: *Processo nos Tribunais Superiores*. FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006, p; 550.

²² Art. 59, I, c e d, Constitución de 1891.

²³ Art. 102, I, f, CF.

²⁴ ACO 359, DJ de 11-3-1994, Rel. Celso de Mello.

²⁵ ACO 379-QO/PB, Rel. Min. Ilmão Galvão, DJ de 05.9.2003

²⁶ Art. 34. *La Unión no intervendrá en los Estados ni en el Distrito Federal, excepto para: I - mantener la integridad nacional; II – repeler una invasión extranjera o de una unidad de la Federación en otra; III - por estar gravemente comprometido del orden público; IV - garantizar el libre ejercicio de cualquiera de los Poderes en las Unidades de la Federación; V - reorganizar las finanzas de la Federación que: a) suspender el pago de la deuda por mas de dos años consecutivos, salvo motivo de fuerza mayor; b) dejar de entregar a los Municipios ingresos tributarios fijados en esta Constitución, dentro de los plazos establecidos en ley; VI –*

medida drástica y excepcional, las posibilidades de intervención son taxativas, no se admiten excepciones.

Los entes pasibles de intervención son los Estados-Miembros, el Distrito Federal o los Municipios que integran el territorio federal. Solamente el Presidente de la República es competente para decretar intervención federal, pudiendo actuar *ex officio*²⁷ o mediante provocación.

En este último caso, la *solicitud* puede ser hecha tanto por el Poder Legislativo estadual (o del Distrito Federal) como por el Jefe del Poder Ejecutivo estadual (o del Distrito Federal), siempre que en este último caso se sientan bajo coacción indebida. En la hipótesis de la coacción recaer sobre el Poder Judicial, la medida será *requerida* por el Supremo Tribunal Federal o, en caso de desobediencia a orden o decisión judicial, el decreto dependerá de requisición del Supremo Tribunal Federal, del Superior Tribunal de Justicia o del Tribunal Superior Electoral, de acuerdo con la materia.

El decreto de intervención deberá especificar la amplitud de la medida, el plazo de su duración, las condiciones de ejecución y, si fuese el caso, el nombre del interventor (Art. 36, § 1º, de la Constitución Federal). Ese proceso se realiza bajo el control político del Congreso Nacional; la intervención finaliza cuando cese la causa que le dio origen, retornando al poder la autoridad local apartada provisoriamente (Art. 36, § 4º, de la Constitución Federal)²⁸.

d. Incorporación y desmembración territorial

Los Estados-Miembros se pueden incorporar unos a los otros o desmembrarse, formando nuevos Estados o Territorios Federales. Para ello, es necesaria la aprobación de la población directamente interesada, con realización de un plebiscito, como así también del Congreso Nacional, por medio de ley complementaria.

En relación a los Municipios, la Constitución establece que estos pueden ser creados, fusionados o desmembrados (Art. 18, §4º, Constitución Federal) por medio de una ley estadual, dentro del período determinado por Ley Federal Complementaria, y con previa realización de un plebiscito para verificar la opinión tanto de la población del eventual nuevo Municipio, como de los demás involucrados. Además de eso, se precisan estudios de viabilidad del nuevo ente y otras exigencias que pretenden refrenar la proliferación de entes municipales.

Conocido caso sobre esta cuestión, que llegó al Supremo Tribunal Federal por medio de una acción directa de inconstitucionalidad, fue el de la creación del municipio de Luís Eduardo Magalhães, en el Estado de Bahía²⁹. La impugnación se basó en la inexistencia de ley federal complementaria, la cual es exigida por la Constitución para el caso.

proveer a la ejecución de ley federal, orden o decisión judicial; VII - asegurar la observancia de los siguientes principios constitucionales: a) forma republicana, sistema representativo y régimen democrático; b) derechos de la persona humana; c) autonomía municipal; d) rendición de cuentas de la administración pública, directa e indirecta. e) aplicación del mínimo exigido de ingresos resultantes de impuestos estaduais, incluidos los provenientes de transferencias, a la manutención y desarrollo de la enseñanza, a acciones y servicios públicos de salud.

²⁷ Art. 34, V, incisos I, II, III e V, Constitución Federal

²⁸ Se resalta, a este respecto, el pedido de intervención federal, en el Estado de São Paulo, por haber cumplido con el pago del valor exigido en un oficio, que implicaba prestación de naturaleza alimenticia, expedido en 1997, para ser incluido en el presupuesto de 1998 (IF 2.915, Rel. Min. Gilmar Mendes). En ese caso, se considero, que en tanto el Estado de São Paulo sea diligente en la busca de soluciones para el cumplimiento integral de los oficios judiciales, no estarían presentes los presupuestos para la intervención federal solicitada. El pedido de intervención, en base a tales argumentos, fue denegado.

²⁹ ADI 2240, Rel. Min. Eros Grau.

Aunque de hecho, ese requisito constitucional no hubiese sido observado, se verifico que la declaración de inconstitucionalidad podría producir graves consecuencias al nuevo Municipio. Este, creado seis años antes de la fecha del juzgamiento, ya ejercía actos de autonomía federativa, legislando sobre asuntos de interés local, eligiendo sus representantes, produciendo tributos y promulgado su ley orgánica.

No pudiendo distanciarse de esa cuestión fáctica y política, el Supremo Tribunal Federal declaró la inconstitucionalidad de la ley estadual que creó el Municipio, sin pronunciar su nulidad por el plazo de 24 meses, hasta que el legislador estadual estableciese un nuevo reglamento sobre el asunto.

d. Guerra fiscal

Un tema bastante frecuente en el Supremo Tribunal Federal es la denominada *guerra fiscal*. Su origen se remonta, en Brasil, al colapso de las finanzas públicas en el comienzo de los años 90. Básicamente, esta crisis fue causada por la inmovilización del presupuesto público estadual, por el aumento de la hoja salarial del funcionarios públicos, por la paralización de inversiones federales en los estados y, por último, por la salida de empresas de su estado de origen, motivada por incentivos fiscales ofrecidos por otros³⁰.

En ese contexto, las alternativas de los Estados para superar la crisis eran: la realización de programas conjuntos de gasto y atracción de inversiones (cooperación) o la búsqueda individual de estrategias para atraer nuevas empresas (competencia no cooperativa)³¹.

La segunda alternativa fue la escogida, y el deflagrador de la guerra fiscal fue el Estado de Espirito Santo, que concedió beneficios a la importación de mercaderías para estimular la utilización de sus puertos. Después de este, varios Estados-Miembros crearon procesos de concesión de beneficios fiscales, la mayoría de las veces sin observar lo dispuesto en la Constitución Federal, que prevé que cabe a la ley complementaria *regular la forma como, mediante deliberación de los Estados y del Distrito Federal, las exenciones, incentivos y beneficios fiscales serán concedidos y revocados*³².

Con ese fundamento, diversas legislaciones estaduais que concedían beneficios fiscales ya fueron sometidas al Supremo Tribunal Federal y tuvieron su inconstitucionalidad declarada. Al inicio del mes pasado, por ejemplo, la Corte juzgó 14 acciones contra leyes estaduais que concedían beneficios o exenciones, sin los requisitos constitucionales. Es una señal de la posición que el Tribunal ejerce, en el sentido de frenar una competencia que pueda ser eventualmente prejudicial a la unidad federativa.

e. Demarcación de tierras indígenas

Finalmente, destáquese que el Tribunal también ha analizado complejas cuestiones en cuanto a la demarcación de tierras indígenas, teniendo en vista que la Constitución de 1988 reconoce como derecho de los indios las tierras que ellos tradicionalmente ocuparon,

³⁰ ABRUCIO, Fernando Luiz; COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. *Reforma do estado e o contexto federativo brasileiro*. São Paulo: Fund. Konrad-adenauer-stiftung, 1998. p. 49.

³¹ ABRUCIO, Fernando Luiz; COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. *Reforma do estado e o contexto federativo brasileiro*. São Paulo: Fund. Konrad-adenauer-stiftung, 1998. p. 50.

³² Art. 115, §2º, XII, g, Constitución Federal

competiendo al Estado realizar su demarcación, proteger y hacer respetar todos sus bienes y valores culturales³³.

En este punto es necesario hacer algunas breves consideraciones sobre un caso muy conocido, también en ámbito internacional, que es de la delimitación de la reserva indígena 'Raposa Serra do Sol'.

Ese juzgamiento³⁴ puede ser considerado un histórico marco jurisprudencial en la definición del usufructo que mantienen los pueblos indígenas sobre las áreas que ellos ocupan tradicionalmente.

Se trataba de una acción popular entablada el 20 de mayo de 2005, para impugnar el modelo continuo de demarcación de la Tierra Indígena 'Raposa Serra do Sol'.

Se sustentaba, entre otros puntos, que el procedimiento administrativo de demarcación contenía vicios, consubstanciados, principalmente, en el hecho de que no fueron oídas todas las personas y entidades afectadas por la controversia, así como que la reserva en el área continua traería consecuencias comerciales, económicas y sociales extremadamente dañosas al Estado de Roraima. Este, por pasar para al dominio de la Unión un área significativa de su territorio estadual, alegaba que tal hecho configuraría un patente desequilibrio entre los Entes y una ofensa al principio federativo.

En el juzgamiento, fue resaltado que este era, ciertamente, uno de los más difíciles y complejos que el Supremo Tribunal enfrentó en toda su historia. Los múltiples y variados factores sociales implicados en una imbricada tela de cuestiones antropológicas, políticas y federativas, hacían de aquel juzgamiento, un marco en nuestra jurisprudencia constitucional.

Se busco resaltar, en aquella oportunidad, que la afectación del territorio de una unidad federada precisa tener realmente un referencial jurídico serio. Es preciso que, además del derecho de participación y de ser oído, se asegure un lugar en el grupo a los Estados y Municipios afectados por la demarcación. Se entendió, por lo tanto, que la competencia de la Unión debe ser exigida con la participación efectiva de los Estados y Municipios comprendidos por el área a ser demarcada.

Art. 20, XI, CF: "Son bienes de la Unión (...) las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios". Y "Art. 231. Son reconocidos a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, e los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, compitiendo a la Unión demarcarlas, proteger y hacer respetar todos sus bienes. § 1º - Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios las por ellos habitadas en carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones. § 2º - Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios se destinan a su posesión permanente, cabiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes. § 3º - El aprovechamiento de los recursos hídricos, incluidos los potenciales energéticos, la búsqueda y explotación de las riquezas minerales en tierras indígenas solo pueden ser realizados con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedando asegurada su participación en los resultados de la explotación, en la forma de la ley. § 4º - Las tierras de que trata este artículo son inalienables e indisponibles, y los derechos sobre ellas, imprescriptibles. § 5º - Es vedada la remoción de los grupos indígenas de sus tierras, salvo, "ad referendum" del Congreso Nacional, en caso de catástrofe o epidemia que ponga en riesgo su población, o los intereses de la soberanía del País, después de la deliberación del Congreso Nacional, garantizado, en cualquier hipótesis, el retorno inmediato luego que cese el riesgo. § 6º - Son nulos y extintos, no produciendo efectos jurídicos, los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la posesión de las tierras a las que se refiere este artículo, o la exploración de las riquezas naturales del suelo, de los ríos y de los lagos existentes, salvo relevante interés público de la Unión, según lo que dispusiere la ley complementaria, no generando la nulidad y la extinción del derecho a indemnización o de acciones contra la Unión, salvo, y en la forma de ley, en cuanto a las mejoras derivadas de la ocupación de buena fe. § 7º - No se aplica a las tierras indígenas lo dispuesto en el Art. 174, § 3º e § 4º. Art. 232. Los indios, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para entrar en juicio en defensa de sus derechos e intereses, interviniendo el Ministerio Público en todos los actos del proceso.

³⁴ PET 3.834, Rel. Min. Ayres Britto.

Además de eso, se observo que es necesaria una reformulación del procedimiento administrativo de demarcación de tierras indígenas, con la elaboración de nuevas normas que incluyan los Estados y Municipios en ese procedimiento, en todas sus fases. Eso porque, toda la competencia establecida por la Constitución, sea de la Unión, de los Estados o de los Municipios, ha de ser exigida en conformidad con el principio de la fidelidad a la Federación, (*Bundestreue*), consecuencia lógica del principio federativo.

Por eso, fue explicitado que la competencia de la Unión para la demarcación de las tierras indígenas ha de ser ejercida en conformidad con el principio de la fidelidad a la Federación, siendo obligatoria la efectiva participación de los Estados y Municipios, en todas las fases del procedimiento, observadas las garantías constitucionales del contradictorio y de la amplia defensa.

4. CONCLUSIONES

En esta breve exposición, fueron presentados los aspectos esenciales del Federalismo de Brasil, dando énfasis a la actuación del Supremo Tribunal Federal. Los casos mencionados demostraron su importante papel de verdadero guardián de la Federación, siendo figura esencial para solidificación y manutención del principio federativo brasilero.