

FERNANDO BERTOLETTI BASTOS

ESTADO FEDERAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Tese de doutorado

Orientador: Prof. Titular Dr. Elival da Silva Ramos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo/SP

2020

FERNANDO BERTOLETTI BASTOS

ESTADO FEDERAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Versão corrigida¹

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração “Direito do Estado”, sob orientação do Prof. Titular Dr. Elival da Silva Ramos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo/SP

2020

¹ Versão corrigida da tese apresentada, após a aprovação do autor pela Banca Examinadora, na forma da Resolução CoPGr nº 6018, de 13 de outubro de 2011. A versão original da tese, depositada para a defesa, encontra-se disponível no Programa de Pós-Graduação em Direito da USP.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Bastos, Fernando Bertoletti
Estado federal e Jurisdição Constitucional ;
Fernando Bertoletti Bastos ; orientador Elival da
Silva Ramos -- São Paulo, 2020.
296

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito do Estado) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Federalismo. 2. Estado federal. 3. Repartição
de competências. 4. Jurisdição Constitucional. 5.
Centralização. I. Ramos, Elival da Silva, orient. II.
Título.

BASTOS, Fernando Bertoletti. *Estado federal e Jurisdição Constitucional*.

Tese de doutorado apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração “Direito do Estado”, sob orientação do Prof. Titular Dr. Elival da Silva Ramos

Aprovação em: __/__/____.

Banca examinadora:

Prof.(a.) Dr.(a.)

Instituição: _____ . Assinatura: _____ .

Prof.(a.) Dr.(a.)

Instituição: _____ . Assinatura: _____ .

Prof.(a.) Dr.(a.)

Instituição: _____ . Assinatura: _____ .

Prof.(a.) Dr.(a.)

Instituição: _____ . Assinatura: _____ .

Prof.(a.) Dr.(a.)

Instituição: _____ . Assinatura: _____ .

Essa pesquisa foi realizada com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador, Professor Elival da Silva Ramos, por ter me acolhido no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP e por ter acreditado, desde o princípio, em minha pesquisa. Além disso, sou grato pela oportunidade de realizar o estágio em docência, sob sua supervisão, cujo convívio e ensinamentos em sala de aula proporcionaram-me um aprendizado inestimável.

Aos Professores Fernanda Dias Menezes de Almeida, Roger Stiefelmann Leal e Marta Arretche, pelos valiosos comentários que fizeram ao meu projeto de qualificação, pois compreenderam os propósitos da minha pesquisa e fizeram sugestões que contribuíram para que eu pudesse chegar aonde me propus chegar.

Não poderia deixar de agradecer aos funcionários da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que sempre gentilmente me ajudaram a encontrar as fontes que buscava, nesse precioso acervo e bases de dados da USP.

À Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por ter me proporcionado esses cinco anos de aprendizado intenso, ao longo dos quais revi muitos de meus conceitos, premissas e suposições. Certamente, não sou mais o mesmo pesquisador que ingressou nesta instituição em 2015.

Essa pesquisa não teria sido possível sem o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), cujo suporte foi imprescindível para que eu tivesse acesso ao debate internacional mais atual sobre o tema. Espero que esse trabalho possa finalmente retribuir o investimento feito em mim e contribuir para futuras pesquisas na área.

Agradeço finalmente aos meus amigos, que compreenderem minha ausência durante esse período. Tantas foram as pessoas que, de um modo ou de outro, me ajudaram nessa jornada, que me atrever a identificá-las seria um risco de, involuntariamente, esquecer de mencionar algum nome.

Este é o resultado de anos de pesquisa que agora submeto à apreciação da Academia.

*À minha família que
sempre compartilhou
dos meus sonhos*

*“Cada decisão da Suprema Corte, em qualquer questão que surja a respeito da natureza e do alcance do governo federal, afetará os limites da competência dos Estados. À medida que aqueles ampliem o exercício de seus poderes, os desses serão restringidos. Que o Poder Judiciário federal apresentará uma forte inclinação em favor do governo federal, bem como conferirá à Constituição uma interpretação que favorecerá a extensão de sua jurisdição, é evidente por uma série de razões.”*²

(Brutus)

*“[O STF é] a instituição equilibradora, por excelência, do regime, a que mantém a ordem jurídica nas relações entre a União e os seus membros, entre os direitos individuais e os direitos do poder, entre os poderes constitucionais uns com os outros sendo esse o papel incomparável dessa instituição, a sua influência estabilizadora e reguladora influi, de um modo nem sempre visível, mas constante, profundo, universal na vida inteira do sistema.”*³

(Ruy Barbosa)

² Tradução livre para: “Every adjudication of the supreme court, on any question that may arise upon the nature and extent of the general government, will affect the limits of the state jurisdiction. In proportion as the former enlarge the exercise of their powers, will that of the latter be restricted. That the judicial power of the United States, will lean strongly in favour of the general government, and will give such an explanation to the constitution, as will favour the extension of its jurisdiction, is very evident from a variety of reasons.” Brutus nº XI (31 jan. 1788). In: KETCHAM, Ralph (Ed.). *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*. New York: Signet Classic; Penguin Group, 2003, p. 312.

³ BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. In: BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. v. 41, t. 4, 1914. p. 239.

RESUMO

BASTOS, Fernando Bertoletti. *Estado federal e Jurisdição Constitucional*. 296 folhas. 2020. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Dado que, em Estados federais, a autoridade para resolver disputas envolvendo os limites de competência entre União e Estados é, salvo raras exceções, conferida às Supremas Cortes, essas costumam ser descritas como sendo os “árbitros do federalismo”, o que supõe que essas devam ser imparciais em relação a ambas as partes e desinteressadas quanto ao resultado do julgamento. Todavia, como seus membros são em geral nomeados por meio de um processo que envolve tanto o Executivo como o Legislativo, a maioria dessas não podem ser consideradas como independentes dos Poderes políticos a nível federal, em que pese às garantias conferidas a seus membros. Assim, não surpreende que alguns estudiosos tenham observado que essas tenderiam a emprestar uma interpretação expansiva às disposições constitucionais que conferem poderes à União, expandindo sua esfera de competências, e seriam mais propensas a declarar inconstitucionais leis estaduais do que leis federais. A visão convencional do federalismo estadunidense enfatiza o papel desempenhado pela Suprema Corte, ressaltando que essa teria sido crucial para a expansão da competência da União, porém alguns autores contestam sua real relevância para esse processo, argumentando que o que importa, em última análise, seria o sistema de partidos políticos. Estudos comparados recentes sobre Supremas Cortes em Estados federais apontam que, embora a maioria dessas tenha desenvolvido uma tendência centralizadora, algumas se mostraram inclinadas a uma abordagem mais equilibrada, enquanto outras manifestaram diferentes tendências em diferentes momentos. Mas qual é o efeito, afinal, das Supremas Cortes em Estados federais e o que explica a variação nos resultados? Esse debate parece um tanto distorcido pelo fato de que alguns estudiosos que adotam uma perspectiva normativa supõem que federalismo signifique descentralização, ao passo que outros com uma preocupação descritiva argumentam que esse, na realidade, promoveria centralização. Esse trabalho compartilha a suposição de alguns pesquisadores de que esses processos não podem ser explicados pela adoção por si só dessa ou daquela forma de Estado, mas são o resultado de diferentes fatores – incluindo as técnicas de repartição de competências, o grau de rigidez constitucional e o papel desempenhado pela Suprema Corte – e do modo como esses são combinados e interagem entre si. A Assembleia Constituinte brasileira foi convocada em um contexto de transição de um regime autoritário centralizado, o que parece explicar porque os Constituintes pareciam supor que federalismo significasse descentralização, porém alguns autores sustentam que seria incorreto concluir que eles tenham efetivamente adotado uma Constituição descentralizadora, haja vista as competências conferidas à União. O presente trabalho visa a demonstrar que, embora eles tenham previsto uma lista de competências concorrentes, em relação às quais a União deveria limitar-se a editar normas gerais, não definiram o que essas vinham a ser. Na prática, o Congresso edita leis tão detalhadas nessas matérias que deixa pouco espaço para suplementação dos Estados, mas só em raras ocasiões o STF as declarou inconstitucionais por extrapolarem da competência da União. Recentemente, os membros da Corte expressaram unanimemente preocupação com a tendência centralizadora da jurisprudência da Corte sobre federalismo e tentaram conceber princípios para contê-la.

Palavras-chave: federalismo; repartição de competências; Jurisdição Constitucional; centralização.

ABSTRACT

BASTOS, Fernando Bertoletti. *Federation and Judicial Review*. 296 pages. 2020. Thesis (Doctorate). Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

Given that, with very few exceptions, Supreme Courts in federal countries are given the authority to settle disputes concerning the boundaries between the jurisdictions of the general government and of the constituent units, they are generally portrayed as the “arbiters of federalism” which implies that they should be impartial towards both parties and disinterested in the outcome of the case at hand. However, since their Justices are usually appointed through a process involving both the Executive and the Legislative, most Supreme Courts cannot be considered completely independent from the political branches at the federal level, regardless the guarantees their members might have. Thus it is no surprise that some scholars have contended that they tend to confer a broad interpretation to the constitutional provisions that give powers to the general government expanding its jurisdiction and are more prone to uphold federal statutes and to overrule state ones, when these are challenged on constitutional grounds. The conventional view on American federalism emphasizes the crucial role performed by the Supreme Court to the augmentation of powers of the general government, but some scholars have objected the relevance of the Court in this process, saying that it is ultimately the system of political parties that really matters. Recent comparative studies on Supreme Courts in federal countries also indicate that, although most of them have developed a centralizing trend, some have leaned towards a more balanced approach, while others have manifested different tendencies at different times. So, what is the actual effect of Supreme Courts in federal countries and what accounts for the variance in the results? This debate seems somehow distorted by the fact that some scholars that adopt a normative perspective assume that federalism means decentralization, while others with a descriptive concern argue that it actually fosters centralization. This work shares the assumption of some researchers that these processes cannot be explained by the adoption of the form of government itself, but rather are the result of different factors, including the techniques adopted to divide power, the degree of constitutional rigidity and the role performed by the Supreme Court, and the way in which these factors are combined and interact with each other. Brazilian Constituent Assembly has been called in a context of transition from an authoritarian centralized regime, which might explain why the Framers seemed to assume that federalism meant decentralization, but some scholars argue that it is a mistake to suppose that they have really adopted a decentralizing Constitution. This work aims to demonstrate that, although they included a new list of concurrent powers, in which the general government shall only enact framework legislation, they did not define what that meant. In practice, the general government enacts such detailed legislation in those matters, that leave little room for the constituent units to regulate, but the Supreme Court has only rarely overruled this kind of statutes. Recently, the Justices unanimously expressed concern with the centralizing trend of the Court’s jurisprudence on federalism and attempted to devise principles to restrain it.

Keywords: federalism; division of powers; judicial review; centralization.

RÉSUMÉ

BASTOS, Fernando Bertoletti. *État fédéral et Justice constitutionnelle*. 296 pages. 2020. Thèse (Doctorat). Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2020.

Étant donné que, sauf rares exceptions, les Cours Suprêmes des pays fédéraux ont l'autorité de régler les différends concernant les frontières entre les juridictions de l'Union et des États, elles sont généralement décrites comme les «arbitres du fédéralisme» ce qui implique qu'elles doivent être impartiales envers les deux parties et désintéressés de l'issue de l'affaire en cause. Cependant, comme leurs juges sont généralement nommés par un processus impliquant à la fois l'Exécutif et le Législatif, la plupart des Cours Suprêmes ne peuvent pas être considérées comme totalement indépendantes des Pouvoirs politiques au niveau fédéral, malgré les garanties de leurs membres. Il n'est pas étonnant que certains érudits aient affirmé qu'elles ont tendance à conférer une interprétation extensive à des dispositions constitutionnelles qui donnent des pouvoirs à l'Union élargissant sa compétence et sont plus disposés à préserver des lois fédérales et à réviser des lois régionales. Le point de vue conventionnel sur le fédéralisme américain souligne le rôle déterminant joué par la Cour Suprême pour l'augmentation des pouvoirs de l'Union, mais certains érudits ont objecté l'importance réelle de la Cour en disant que c'est en définitive le système de partis politiques qui compte. Des études comparatives récentes sur les Cours Suprêmes des pays fédéraux indiquent également que, bien que la plupart d'entre eux aient développé une tendance centralisatrice, certains ont été enclins à une approche plus équilibrée et d'autres ont manifesté différentes tendances à des moments différents. Quel est l'effet réel des Cours Suprêmes dans les pays fédéraux et qu'est-ce qui explique la variation concernant les résultats? Ce débat semble en quelque sorte déformé parce que les érudits qui adoptent une perspective normative supposent que le fédéralisme signifie décentralisation, tandis que d'autres avec une préoccupation descriptive affirment qu'il favorise la centralisation. Ce travail partage la supposition de certains chercheurs que ces processus ne peuvent pas être expliqués par l'adoption de la forme de l'État elle-même, ils sont plutôt le résultat de nombreux facteurs différents, y compris les techniques adoptées pour diviser les compétences, le degré de rigidité constitutionnelle et le rôle de la Cour Suprême. L'Assemblée Constituante brésilienne a été convoqué dans un contexte de transition d'un régime autoritaire centralisé, ce qui pourrait expliquer pourquoi ses membres semblaient supposer que le fédéralisme signifiait décentralisation, mais certains chercheurs affirment qu'il est faux de supposer qu'ils ont vraiment adopté une Constitution décentralisatrice, compte tenu des compétences conférées à l'Union. Ce travail vise à démontrer que, bien qu'ils y aient inclus une nouvelle liste des compétences concurrentes, dans lesquelles l'Union ne peut adopter que la législation-cadre, ils n'ont pas défini ce que cela signifiait. Dans la pratique, cependant, l'Union adopte une législation si détaillée en ce qui concerne ces questions, qu'elle laisse peu de place pour les réglementations des États, mais la Cour Suprême a rarement infirmé ce genre de lois. Récemment, les juges ont exprimé à l'unanimité leur inquiétude face à la tendance centralisatrice de la jurisprudence de la Cour sur le fédéralisme et ont tenté de concevoir des principes pour la modérer.

Mots clés: fédéralisme; division des pouvoirs; contrôle de constitutionnalité; centralisation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
AC	Ação Cautelar
ACO	Ação Cível Originária
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia-Geral da União
ANC	Assembleia Nacional Constituinte
Art.	Artigo
c/c	Combinado
CN	Congresso Nacional
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CR	Constituição da República
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça eletrônico
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
Inc.	Inciso
LC	Lei Complementar
LO	Lei Ordinária
MC	Medida Cautelar
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
MPv	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PGR	Procuradoria-Geral da República
QO	Questão de Ordem
RAI	<i>Regional Authority Index</i>

Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RG	Repercussão Geral
Rp.	Representação
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SV	Súmula Vinculante
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

SUMÁRIO

Introdução (originalidade, método, objeto, recorte e plano de trabalho).....	14
1 Noções preliminares para se analisar as relações entre Estado federal e Jurisdição Constitucional	32
1.1 Do conceito de federalismo e da (ir)relevância da distinção binária entre Estados federais e unitários	32
1.2 Fatores relevantes para a (des)centralização em Estados federais e da importância relativa da Jurisdição Constitucional	56
1.3 Lições dos EUA sobre o papel e a relevância da Suprema Corte na definição dos rumos do federalismo.....	80
2 O Estado Federal na Constituição brasileira vigente	110
2.1 Os modelos de Estado federal e do sistema de repartição de competências nos (Ante)projetos da ANC (1987-1988).....	110
2.2 O modelo de Estado federal e o sistema de repartição de competências adotados na Constituição vigente	124
2.3 Por um conceito positivo e um teste rigoroso de “normas gerais” (para além das “lacunas preencheíveis”).....	142
3 O controle de constitucionalidade e as normas gerais	158
3.1 Do controle de “legitimidade” da atividade legislativa dos entes federativos (ou do chamado juízo de inconstitucionalidade orgânica).....	158
3.2 A definição de normas gerais (e suplementares), a interpretação dos parágrafos do artigo 24 e as técnicas de decisão adotadas nessa temática	174
4 A “nova” jurisprudência do STF sobre federalismo	207
4.1 Superação da orientação da corte (“ <i>overruling</i> ”?) em matéria federativa (o voto do Min. Luiz Fux na ADI N° 4.060/SC).....	207
4.2 Proposta de reconhecimento (ou incorporação?) do princípio da subsidiariedade (o voto vencido do Min. Edson Fachin no RE n° 194.704/MG).....	224
4.3 A proibição do amianto crisotila por entes subnacionais: um caso de “ <i>uncooperative federalism</i> ”? (as ADIs n° 4.066/DF, 3.937/SP, 3.406/RJ, 3.470/RJ, 3.357/RS, 3.356/PE e da ADPF n° 109/SP)	241
Conclusões	262
Referências Bibliográficas	277

INTRODUÇÃO (ORIGINALIDADE, MÉTODO, OBJETO, RECORTE E PLANO DE TRABALHO)

Como se sabe, a especialização da produção acadêmica é tanta que torna praticamente sem sentido qualquer tentativa de se procurar um tema em relação ao qual nenhum autor tenha antes se debruçado. Tanto isso é assim que, caso essa busca por um assunto inédito se mostrasse exitosa, provavelmente o seria porque o tema efetivamente encontrado careceria de maior importância. Supõe-se que temas relevantes, precisamente por serem relevantes, já tenham despertado a curiosidade de outros pesquisadores, cujos trabalhos servem de ponto de partida para novos estudos sobre o mesmo tema. Esses são, na realidade, bem-vindos, na medida em que contribuem para compreender melhor seu objeto, observando-o sob outras perspectivas, acrescentando variáveis, ajustando eventuais falhas. É assim, aliás, que avança o conhecimento científico. Não é esse, evidentemente, o primeiro trabalho – e espera-se que tampouco seja o último – a tratar das relações entre Estado federal e Jurisdição Constitucional. Mas é preciso observar, no entanto, que a originalidade de um trabalho acadêmico reside em sua abordagem e não no ineditismo de seu objeto. Embora livre, a escolha do objeto de pesquisa e da forma de abordá-lo revela muito sobre o próprio pesquisador: suas percepções, suas inquietações, seu modo de pensar, sua trajetória. Desde que as premissas sejam adotadas de forma consciente e independente pelo pesquisador, a investigação naturalmente o conduzirá a suas próprias conclusões, que não precisam ser necessariamente inéditas, afinal podem confirmar, por outro caminho, conclusões que já haviam sido sustentadas por outros autores. Ainda com relação à originalidade, é preciso não perder de vista que, como a humanidade se defronta repetidas vezes com as mesmas questões, boa parte dos argumentos já foram levantados. As citações na epígrafe deste trabalho são evidências do que se acaba de dizer: os argumentos centrais do debate sobre as relações entre Estado federal e Jurisdição Constitucional são tão antigos quanto a sua criação.

Pois bem, o presente trabalho vem na sequência de pesquisas anteriores deste autor que se ocuparam de analisar em que medida o Estado brasileiro preencheu, ao longo de sua história, os requisitos de um Estado federal. Sempre lhe impressionou o caráter nitidamente centralizador da estrutura do Estado federal brasileiro resultante das cláusulas de repartição de competências previstas na Constituição. O fato de que, nesse país, grande parte das decisões relevantes estejam concentradas, por definição constitucional, nas mãos da União parece reduzir os Estados a um papel relativamente insignificante no Estado federal brasileiro. A despeito da intenção dos Constituintes de viabilizar uma “descentralização federativa

gradual”, a verdade é que a Constituição brasileira vigente⁴ não mudou profundamente esse quadro: as listas de competência da União só fizeram aumentar e a esperança de que a descentralização viesse pelo compartilhamento de competências entre os entes federativos não se confirmou. O modelo de competências legislativas concorrentes escolhido pelos Constituintes, pelo qual a União deveria se limitar a editar normas gerais, não se revelou capaz de conter a edição por essa de normas praticamente exaustivas. Isso somado à postura complacente do STF para com essa prática, criou um sistema legal altamente centralizado.

Quando o Min. Francisco Resek queixou-se, ainda sob a vigência da EC nº 01/1969, que na prática consagrava um Estado unitário, que o Poder Judiciário teria se mantido inerte ante o processo de centralização que ameaçava o federalismo brasileiro, essa declaração não era de causar muita surpresa⁵. Todavia, quando, passadas décadas desde a promulgação da Constituição de 1988, que teria “restaurado” a Federação no país⁶, o Min. Luiz Fux fez um comentário semelhante, apontando a própria Corte, ao lado da Constituição, como causas da centralização do federalismo brasileiro⁷, esse parece ser um indicativo muito forte de que é preciso avaliar o efeito da atuação do STF sobre o perfil do Estado federal brasileiro. Afinal, não deixa de ser notável que dois Ministros de épocas diferentes da mesma Corte, com base em Constituições distintas, tenham ambos atribuído a essa alguma responsabilidade pelo processo de centralização do país. Se for verdadeiro que, em que pese à mudança de sistema político e de Constituição, houve continuidade entre os períodos no que diz respeito à centralização, não seria nada disparatado questionar se essa não seria, na realidade, um efeito

⁴ Convencido pelas considerações por Egon Bockmann MOREIRA, preferiu-se, no presente trabalho, adotar a expressão “Constituição vigente” à “Constituição de 1988”; exceto quando, por uma questão de clareza, haja necessidade de cotejá-la com outras Constituições da história brasileira. Assim: “*Por isso que a batizar de ‘Constituição de 1988’ implica, por um lado, o culto ao passado e, por outro, a expectativa de que surja uma nova. Ainda que inconscientemente, fixar a data de 1988 importa reviver o que se dava no passado brasileiro: a periodicidade de várias Constituições, promulgadas, suspensas ou outorgadas de tempos em tempos (1824; 1891; Revolução de 1930; 1934; 1937; 1946; 1964; 1967; 1969). A fixação de uma cronologia perversa, que celebra o passado e se esquece do futuro. Talvez seja o caso de nos conscientizarmos de que a nossa Constituição não é a de 1988, mas sim a atual – que se renovará, formal e materialmente, no porvir.*” MOREIRA, Egon Bockmann. Os 29 anos da Constituição que não é a de 1988. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 10 out. 2017. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/os-29-anos-da-constituicao-que-nao-e-a-de-1988-dg3pxpk2482z6dferlmluhlr> > Data do acesso: 14/10/2017.

⁵ “*Durante mais de meio século [sic] a absorção progressiva, pelo poder central, da competência para compor o ordenamento jurídico, teve curso seguro, sem que o Poder Judiciário se animasse a conter esse processo de que resultaram minadas as bases da federação.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Representação de Inconstitucionalidade (Rp) nº 1153/RS*. Voto-vista Min. Francisco Resek. Brasília, 10 out. 1984. pp. 173-174.

⁶ Discurso Ulysses Guimarães. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília, 5 out. 1988, ano II, n. 308, p. 14380.

⁷ “[...] a federação brasileira ainda se revela altamente centralizada, muitas vezes beirando o federalismo meramente nominal. Vislumbro dois fatores essenciais para esse quadro. O primeiro é de índole jurídico-positiva [...]. O segundo fator é de natureza jurisprudencial. Não se pode ignorar a contundente atuação do Supremo Tribunal Federal [...]” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4060/SC*. Voto Min. Luiz Fux. Brasília, 25 fev. 2015, pp. 7-8.

da atuação da Corte e não de outros fatores. Supõe-se aqui que, embora a atuação da Corte possa sim repercutir sobre a centralização, essa é somente um fator dentre tantos outros que explicam o processo de centralização. Mas como analisar efetivamente o efeito centralizador da atuação do STF?

Em um levantamento realizado pelo Núcleo de Pesquisa “Direito e Política” (DIRPOL) do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, constatou-se que: de um total de 4.751 (100%) ADIs que foram ajuizadas após a promulgação da Constituição de 1988 a agosto de 2012, 1.712 (36%) tiveram por objeto lei ou ato normativo federal; 2.991 (63%) tiveram por objeto lei ou ato normativo estadual; e somente 48 (2%) tiveram por objeto lei ou ato normativo municipal. Das primeiras, somente 200 (11%) foram julgadas favoravelmente ao autor⁸, no sentido da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal questionado; das segundas, 1.067 (36%) foram julgadas favoravelmente ao autor, no sentido da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual questionado; das últimas, dado o não cabimento de ADI para questionar lei municipal, nenhuma chegou a ser conhecida⁹. Constatou-se, ainda, que uma em cada três decisões legislativas estaduais questionadas perante o STF foram por esse revertidas, ao passo que somente uma em cada quatorze federais tiveram o mesmo resultado, o que indicaria uma probabilidade quase cinco vezes maior de o STF reverter uma decisão legislativa estadual do que uma decisão legislativa federal¹⁰.

Fabrizio TOMIO e Ilton ROBL FILHO procuraram interpretar esses achados, à luz da teoria desenvolvida por George TSEBELIS, segundo a qual um ator com poder de veto seria aquele cuja concordância seria necessária para promover uma mudança no *status quo*¹¹. Assim, quanto mais atores com poder de veto houver, em um determinado processo decisório, e quanto mais díspares forem as suas preferências, mais estável esse será. Por julgar favoravelmente ao autor mais ADIs que tenham por objeto leis ou atos normativos estaduais do que federais

⁸ Assim entendidas as decisões de procedência, parcial procedência, concessivas de liminar ou parcialmente concessivas de liminar.

⁹ TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Empirical Legal Research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade no STF. In: VESTENA, Carolina Alves; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Direito e experiências jurídicas*. Vol. II: debates práticos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 109.

¹⁰ TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Empirical Legal Research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade no STF. In: VESTENA, Carolina Alves; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Direito e experiências jurídicas*. Vol. II: debates práticos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 112.

¹¹ TSEBELLIS, George. Veto players and institutional analysis. *Governance: an International Journal of Policy and Administration*, v. 13, n. 4, out. 2000, p. 442.

(não só numericamente, como também proporcionalmente), eles concluem que “[...] *o STF é um ator institucional (com poder de veto) muito mais presente no processo decisório estadual, portanto suas decisões aumentam a estabilidade decisória dos conflitos internos aos Estados e entre os Estados (federativos).*”¹² Isto é, os resultados confirmariam, de um lado, a hipótese de que o STF atuaria como um ator com poder de veto em relação ao processo decisório estadual e, de outro, a de que esse seria absorvido pelos demais atores em relação ao processo decisório federal.

Do ponto de vista dos legitimados para propor ADIs perante o STF, constatou-se que o PGR foi o que o teve a maior taxa de sucesso tanto em relação ao processo decisório federal (23%) como estadual (de quase 40%). Em relação ao processo decisório estadual, destacaram-se ainda os governadores (também com uma taxa de quase 40% de sucesso), não só com relação ao processo decisório do próprio Estado, como ao de outros Estados. Segundo os autores, os dispositivos constitucionais mais invocados por esses últimos, em suas ADIs, seriam os referentes às competências privativas do chefe do Poder Executivo e às da União (arts. 61, §1º, e 22, CR, respectivamente)¹³. As confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, embora tenham sido os legitimados que mais propuseram ADIs em relação ao processo decisório federal, teriam baixas taxas de sucesso, assim como os partidos políticos que, segundo os autores, se valeriam dessas ações mais para dar uma satisfação a seu eleitorado e para impor custos políticos ao governo.

Diante disso, os autores concluem que os achados da pesquisa corroborariam a hipótese de que a expansão, pela Constituição vigente, do número de legitimados para propor ADIs perante o STF, não mais restrita ao PGR, teria gerado efeitos distintos em relação aos processos decisórios estaduais e federal: de um lado, “[...] *as ADIs aumentam a estabilidade decisória estadual, seja limitando as decisões legislativas de maiorias opositoras (por judicialização iniciada pelos governadores), seja restringindo decisões de coalizões majoritárias estaduais (governadores e Procurador-Geral)*”¹⁴, de outro, “[...] *a judicialização*

¹² TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Empirical Legal Research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade no STF. In: VESTENA, Carolina Alves; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Direito e experiências jurídicas*. Vol. II: debates práticos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 110.

¹³ TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Empirical Legal Research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade no STF. In: VESTENA, Carolina Alves; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Direito e experiências jurídicas*. Vol. II: debates práticos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 114.

¹⁴ TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Empirical Legal Research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade no STF. In:

no nível federal tem mais um caráter de sinalização de posicionamento político por minorias legislativas e tentativas infrutíferas de grupos de interesse em evitar legislação, causando pouco efeito sobre o poder de agenda do governo e das coalizações majoritárias.”¹⁵

Comentando os resultados dessa pesquisa, Fabrício TOMIO, Ilton ROBL FILHO e Rodrigo KANAYAMA observam, em outro trabalho, que “[o] **principal resultado dessa pesquisa empírica apontou que, de um lado, essas ações produzem a centralização do poder normativo na União e, de outro lado, há pequena quantidade de ADIs exitosas na proteção e promoção dos direitos fundamentais.**”¹⁶ E explicam que “**Essa centralização ocorre em razão da razoável taxa de declaração de atos normativos estaduais pelo STF e pela pequena quantidade de reconhecimento de inconstitucionalidades dos atos federais/nacionais [...].**”¹⁷ Ainda que os achados levantados pelo DIRPOL no que diz respeito à disparidade entre o índice de procedência das ADIs que tinham por objeto leis estaduais, de um lado, e leis federais, de outro, bem como a análise realizada por TOMIO e ROBL FILHO acerca do papel desempenhado pelo STF como um ator com poder de veto em relação ao processo legislativo estadual e de sua absorção pelos demais atores a nível federal, sejam indiscutivelmente relevantes, entende-se aqui que não se pode dizer que os resultados da pesquisa tenham confirmado a hipótese de que as decisões proferidas pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade promoveriam a centralização do Estado federal brasileiro.

Por mais legítima e razoável – e possivelmente até correta – que essa hipótese possa parecer, não poderia ser confirmada com base nas métricas adotadas pela pesquisa: a mera comparação entre o número de ADIs julgadas procedentes que tinham por objeto leis estaduais, de um lado, e leis federais, de outro. Tais números, o máximo que fazem, é contar decisões, não se prestam a medir a centralização ou descentralização do Estado.

VESTENA, Carolina Alves; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Direito e experiências jurídicas*. Vol. II: debates práticos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, pp. 112-113.

¹⁵ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Empirical Legal Research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade no STF. In: VESTENA, Carolina Alves; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Direito e experiências jurídicas*. Vol. II: debates práticos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 112.

¹⁶ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luis. Constitucionalismo estadual e controle abstrato e concentrado de constitucionalidade nos Tribunais de Justiça: efeitos das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) estaduais na Federação brasileira. *Revista de Direito brasileira*, ano 5, v. 12, 2015, pp. 89-90. Grifos deste autor.

¹⁷ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luis. Constitucionalismo estadual e controle abstrato e concentrado de constitucionalidade nos Tribunais de Justiça: efeitos das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) estaduais na Federação brasileira. *Revista de Direito brasileira*, ano 5, v. 12, 2015, p. 90. Grifos deste autor.

Ressalte-se que, no Brasil, enquanto há 27 entes federativos que desempenham competências estaduais (os 26 Estados + o Distrito Federal), há somente um que desempenha competências federais (a União); ou, reformulando nos termos da pesquisa de TOMIO e ROBL FILHO, enquanto há 27 processos decisórios estaduais, há somente um federal. Portanto, a razão entre esses processos decisórios é de 27 para 1 (27:1), o que parece relativizar a importância do achado de que 2/3 da pauta do STF com ADIs é ocupada com o controle de leis estaduais e somente 1/3 com o de leis federais. Com essa desproporção numérica, para compará-los seria preciso, no mínimo, introduzir filtros para controlar seus resultados, haja vista que é perfeitamente possível que diferentes Estados, que detêm as mesmas competências, editem leis semelhantes e que essas sejam questionadas perante o STF em diferentes ADIs, o que, sem a introdução de filtros, seria computado mais de uma vez¹⁸.

Não se pode deixar de observar, ainda, que as esferas de competência da União e dos Estados são muito díspares, tanto do ponto de vista quantitativo, como do ponto de vista qualitativo. Para se chegar a essa conclusão, basta fazer uma simples leitura do articulado da Constituição vigente, particularmente dos artigos 21 a 25: chama atenção a extensão e o detalhamento do catálogo de competências exclusivas e privativas da União (arts. 21-22, CR), sem falar na sua competência para editar normas gerais nas matérias de competência concorrente (art. 24, §1º, CR), enquanto que aos Estados são relegadas competências meramente residuais (art. 25, §1º), algumas competências enumeradas (arts. 18, §4º, e 25, §§2º-3º, CR), bem como a competência suplementar nas matérias de competência concorrente (art. 24, §2º, CR). Sendo assim, como comparar, com base em números, 27 processos decisórios estaduais incidentes sobre uma área reduzida de competência com 1 processo decisório federal sobre uma área extensa de competência? Isso é ainda mais desafiador levando-se em consideração a importância relativa dessas matérias: como quantificar, por exemplo, a competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil

¹⁸ Exemplo disso são as ADIs nº 3847/SC, 4478/AP, 3343/DF e 2615/SC, todas propostas pelos governadores dos respectivos Estados (exceto a ADI nº 4478/AP, que foi proposta por uma entidade de classe de âmbito nacional), questionando a constitucionalidade de leis estaduais e distrital que, em síntese, proibiam a cobrança de assinatura básica em serviços de telefonia. Outro exemplo disso são as ADIs nº 3835/MS, 5356/MS, 4861/SC e 5253/BA, todas propostas por entidade de classe de âmbito nacional, questionando a constitucionalidade de leis estaduais que determinavam às empresas concessionárias de serviços de telefonia móvel que instalassem equipamentos para interrupção de sinal de celular nas áreas de unidades prisionais no Estado. Todas essas ações foram julgadas procedentes, por maioria, pelo STF. Mais um exemplo são as ADIs nº 4954/AC, 4948/RR, 4953/MG, 4949/RJ, 4423/DF, 4955/CE, 4093/SP, 4952/PB e a ADPF 273/MT, todas propostas pelo PGR (exceto a ADI nº 4093/SP, que foi proposta pelo governador do respectivo Estado), questionando a constitucionalidade de leis estaduais, distrital e uma municipal que, em síntese, disciplinam a comercialização de artigos de conveniência por farmácias e drogarias. Dessa vez, todas essas ações foram julgadas improcedentes, por unanimidade, pelo STF.

ou a competência da União para editar normas gerais em Direito Financeiro e a competência correspondente dos Estados, nessas matérias, para suplementá-las?

E mesmo a discrepância entre a probabilidade de o STF vir a declarar inconstitucional uma lei estadual, de um lado, e uma lei federal, de outro, tampouco revela necessariamente um favoritismo ou uma predileção da Corte para com a União ou sua conivência com o processo de centralização do federalismo. Diversos fatores podem desempenhar um papel importante nesse resultado, não se podendo ignorar, por exemplo, a própria qualidade das leis, que não se deve supor seja a mesma para leis federais e estaduais. Um indício disso é o número de ADIs que são propostas por governadores questionando a constitucionalidade de leis do próprio Estado, porque o veto que esses haviam apostado à lei acabou sendo derrubado pela respectiva Assembleia Legislativa, desconsiderando a suposta inconstitucionalidade contida na lei. Além disso, não raro, o STF é provocado para exercer o chamado “controle de qualidade” de leis estaduais completamente inaptas do ponto de vista técnico. Nesse caso, o que a procedência da ADI quer dizer quanto às relações federativas? Se não nada, muito pouco.

Outra questão é que, embora a pesquisa tenha tido a preocupação de levantar todo o universo de ADIs propostas desde a promulgação da Constituição até aquele momento, a verdade é que nem todas as ações são igualmente importantes para a questão da centralização do federalismo brasileiro; algumas, aliás, podem ser completamente irrelevantes. Assim, ao evitar o problema da seleção da amostra, levantando toda a população, deixou-se de distinguir entre o que é e o que não é relevante para o tema. Além disso, embora a decisão de se ater às ADIs seja coerente com a aplicação da teoria dos atores com poder de veto, haja vista que a decisão de procedência nessas ações tem, via de regra, o efeito de extirpar a lei ou ato normativo do ordenamento jurídico (embora, por esse motivo, fosse o caso de incluir também as ADCs e as ADPFs), a limitação do levantamento acabou criando uma espécie de amostra, ao menos quanto à pretensão da pesquisa de oferecer respostas para a centralização do federalismo brasileiro. Afinal, não há motivos para se supor que apenas as ADIs ou as ações do controle abstrato de constitucionalidade repercutiriam sobre o perfil do Estado federal brasileiro. As decisões do controle concreto de constitucionalidade também são importantes, especialmente em se levando em consideração a competência do STF prevista no art. 102, I, “f” da Constituição vigente, para arbitrar conflitos entre entes federativos. Mas é preciso reconhecer que inclusive as decisões tomadas pela Corte, em sede de recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, da Constituição vigente, formam precedentes

para decisões futuras em casos semelhantes. Assim, não parece haver motivos para se ater ao controle abstrato de constitucionalidade, ao menos no que se refere à pretensão de oferecer explicações para a centralização.

Tampouco se pode dizer que esses autores tenham efetivamente testado a hipótese de “[...] *se há uma maior probabilidade de o STF vetar uma legislação estadual (esfera estadual/federativa) do que uma legislação federal (União), em função da distribuição de competências legislativas no federalismo brasileiro*”¹⁹. É que nem todas as ADIs propostas perante o STF questionam a constitucionalidade de leis ou atos normativos com base em vício de inconstitucionalidade orgânica, ou seja, aquele que decorre do descumprimento das cláusulas de repartição de competências (umas questionam somente vícios materiais; outras, vícios estritamente formais), o que significa dizer que somente uma parte das ADIs analisadas foi proposta nestes termos, porém o estudo não diferencia entre umas e outras. É verdade que esse distingue as ações com base em diversos critérios: o resultado de seu julgamento (procedência, total ou parcial, ou improcedência ou, ainda, não conhecimento da ação); a procedência (federal, estadual e municipal) e a espécie (Constituição, lei, MPv e outros) de seu objeto e o legitimado que a propôs (PGR, governadores, associações, partidos políticos, OAB etc.). Acredita-se, inclusive, que os autores conheçam esses dados, pois indicaram os dispositivos constitucionais mais comumente suscitados pelos governadores em suas ADIs, porém a verdade é que esses não constam expressamente no estudo.

Como não há, nos dados e nas tabelas apresentadas nesses trabalhos, especificação do dispositivo constitucional invocado como parâmetro para declarar inconstitucionais leis e atos normativos questionados, ao que tudo indica²⁰, os autores parecem presumi-lo com base no propositor da ação. É preciso observar, no entanto, que nada obsta, por exemplo, que confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional questionem a constitucionalidade de uma lei estadual por usurpação de competência privativa (art. 22, CR)

¹⁹ TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Empirical Legal Research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade no STF. In: VESTENA, Carolina Alves; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Direito e experiências jurídicas*. Vol. II: debates práticos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 107.

²⁰ É o que sugere a seguinte passagem do trabalho: “[...] *essa possibilidade é tratada pelas hipóteses secundárias, que introduzem a participação dos legitimados na judicialização. As Hipóteses 3 e 4 são derivadas diretamente desses mecanismos constitucionais. Ou seja, procuramos verificar se há uma maior probabilidade de o STF vetar uma legislação estadual (esfera estadual/federativa) do que uma legislação federal (União), em função da distribuição de competências legislativas no federalismo brasileiro. Isso é verificado pela Hipótese 4.*” TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Empirical Legal Research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade no STF. In: VESTENA, Carolina Alves; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Direito e experiências jurídicas*. Vol. II: debates práticos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 107.

ou para editar normas gerais (art 24, §1º, CR) da União ou que governadores questionem a constitucionalidade de uma lei federal por violação a direito fundamental. Não parece correto supor, com base somente no propositor da ADI, que a análise da ação tenha envolvido as cláusulas constitucionais de repartição de competências, para daí extrair conclusões a respeito do efeito centralizador ou descentralizador das decisões do STF em relação ao perfil do Estado federal brasileiro. Isso significa que, ao menos no que se refere à questão da centralização, as conclusões dessa pesquisa, também por mais legítimas e razoáveis que possam ser e possivelmente até corretas, carecem de confirmação empírica.

Não há nada de trivial em tais objeções, haja vista que as conclusões dessa pesquisa têm reverberado na doutrina, com se observa do trabalho de Marco MARRAFON e Leonam LIZIERO que, com base nesses e em outros dados coletados das ADIs propostas perante o STF, observam que “[a]lém do STF ter o poder de legislador negativo, pelo que os dados apresentam, há uma significativa interferência no processo legislante estadual (ainda que em momento posterior), devido à percentagem de ações que são decididas a favor do requerente.”²¹ E concluem: “[...] a ADI foi largamente usada para fins de reafirmar a centralização causada pela distribuição de competências. [...] Ao intervir como ator de veto nos processo legislativo [sic] com grande participação diretamente no âmbito estadual, o Supremo Tribunal se torna fiador da concentração de poderes nas mãos do Governo Central.”²² Embora MARRAFON e LIZIERO ressaltem, com maior ênfase, a importância do fator Constituição para a centralização e que a metáfora do STF como “fiador” da centralização no Brasil empregada por esses autores seja interessante, na medida em que as decisões da Corte não promoveriam por si próprias a centralização, não se pode deixar de reconhecer que suas conclusões, ao partirem dos dados levantados por essa pesquisa, incorrem nas mesmas objeções descritas acima.

Não se põe aqui em dúvida que a pesquisa empírica realizada pelo DIRPOL e a análise do papel desempenhado pelo STF como um ator com poder de veto no processo decisório estadual que, com base em seus resultados, fizeram TOMIO e ROBL FILHO

²¹ MARRAFON, Marco Aurélio; LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. Competências da União e Supremo Tribunal Federal: fiadores da centralização no federalismo brasileiro. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.); SANTOS, Scheila Barbosa dos (Org.). *Federalismo Fiscal e Democracia*. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2014, p. 41.

²² MARRAFON, Marco Aurélio; LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. Competências da União e Supremo Tribunal Federal: fiadores da centralização no federalismo brasileiro. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.); SANTOS, Scheila Barbosa dos (Org.). *Federalismo Fiscal e Democracia*. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2014, p. 45.

representam um importante avanço na literatura sobre o tema. Com essa pesquisa, o que antes não passava de uma percepção de observadores (a suspeita de que a Corte, ao exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, tendia a decidir favoravelmente à União e em detrimento dos Estados), passou ter algum respaldo empírico (embora, como se viu, entenda-se aqui que, ao menos no que diz respeito à centralização do federalismo brasileiro, as conclusões do trabalho carecem de suporte empírico). Mas, se não assim, então como avaliar o efeito das decisões do STF sobre o processo de centralização do federalismo brasileiro?

Uma contribuição que as ciências jurídicas podem oferecer ao estudo empírico do efeito das decisões tomadas pelo STF, em sede de controle de constitucionalidade, sobre o perfil do Estado federal brasileiro é identificar qual é a interpretação que a Corte, na qualidade de suprema intérprete da Constituição, empresta às cláusulas de repartição de competências entre os entes federativos, se houve variação de seu entendimento ao longo do tempo e, nesse caso, identificar que fatores foram relevantes para essa mudança. Assim: se uma interpretação expansiva das cláusulas constitucionais que atribuem competência à União significaria centralização, na medida em que legitimaria a atuação do ente central sobre áreas inicialmente não cogitadas, uma interpretação restritiva dessas mesmas cláusulas teria o efeito – não necessariamente contrário, no sentido da descentralização – de, no mínimo, conter esse processo, impondo limites para além dos quais a atuação da União seria ilegítima. Do mesmo modo, se uma interpretação expansiva das cláusulas constitucionais que atribuem competência aos Estados, DF e Municípios significaria descentralização, na medida em que legitimaria a atuação dos entes subnacionais sobre áreas inicialmente não previstas, uma interpretação restritiva dessas mesmas cláusulas teria o efeito – não necessariamente contrário, no sentido da centralização – de, pelo menos, conter esse processo, impondo limites para além dos quais a atuação desses tampouco seria legítima. Claro que isso é uma simplificação, mas oferece um modelo de análise que pode ser testado por meio da leitura das decisões da Corte envolvendo as cláusulas constitucionais de repartição de competências.

Tabela 1: efeito das decisões do STF sobre o perfil do Estado federal brasileiro por tipo de interpretação (expansiva/restritiva) e por tipo de cláusula de atribuição de competência (União/Estados)

		Cláusulas constitucionais de atribuição de competência	
		União (i.e. arts. 22 e 24, §§1º e 4º, CR)	Estados (i.e. arts. 25, §1º, 24, §§2º-3º, CR)
Interpretação	Expansiva	Centralização	Descentralização
	Restritiva	Contenção da centralização	Contenção da descentralização

Com isso, a pesquisa enfoca o controle da chamada inconstitucionalidade orgânica de tipo vertical, ou seja, aquela que se produz quando uma lei ou um ato normativo foi editado com invasão ou usurpação de competência de um ente federativo por outro, ou seja, com desrespeito às cláusulas constitucionais de repartição de competências. Explica-se: para facilitar seu estudo, a doutrina costuma classificar os vícios de inconstitucionalidade em diferentes categorias. As mais conhecidas são a do vício material, aquele que decorre da desconformidade entre o conteúdo da lei ou do ato normativo e o disposto na Constituição, e a do vício formal, aquele que decorre do descumprimento, quando da elaboração e formalização da lei ou ato normativo, do procedimento ou dos requisitos de forma exigidos na Constituição. A inconstitucionalidade orgânica, ora indicada como uma subespécie da categoria de vícios formais, ora como uma categoria à parte situada ao lado das categorias material e formal, decorre da edição da lei ou do ato normativo por sujeito diverso daquele que a tanto foi incumbido pela Constituição. Isso tanto pode ocorrer em nível horizontal, quando o sujeito que editou a lei ou o ato normativo não é especificamente aquele a quem a Constituição confiou essa competência, como vertical, quando a lei ou o ato normativo foi editada por ente federativo diverso daquele a quem a Constituição atribuiu a competência. Como se vê, a inconstitucionalidade orgânica de tipo vertical é um problema genuinamente federativo e, ao focar essa categoria ou subespécie de juízo de inconstitucionalidade, dentro do conjunto de decisões tomadas pelo STF no exercício do controle de constitucionalidade, pode-se saber qual é a interpretação que a Corte empresta às cláusulas de repartição de competências e, em última análise, extrair conclusões sobre o efeito de suas decisões sobre o perfil do Estado federal brasileiro.

Não quer isso dizer que os demais tipos de vícios de inconstitucionalidade sejam irrelevantes do ponto de vista federativo; longe disso. Uma lei editada pela União pode

ter sua constitucionalidade questionada por violar o chamado “princípio federativo”, que costuma ser associado ao disposto nos artigos 1º, *caput*, 18, *caput*, e 60, §4º, I, ou a autonomia dos entes federativos, prevista nos artigos 18, *caput*, e 25, *caput*, todos da Constituição vigente. Nesse caso, não obstante o tipo de vício de inconstitucionalidade cogitado seja de natureza material e não orgânica, a questão teria indiscutivelmente relevância federativa. Outro tipo de questão, relevante do ponto de vista federativo, que não diz respeito necessariamente ao vício de inconstitucionalidade orgânica, é o relativo ao chamado “princípio da simetria”²³ que, ressalte-se, não se encontra previsto expressamente na Constituição vigente. A aplicação desse princípio, de construção jurisprudencial, restringe a autonomia, particularmente na sua dimensão da auto-organização, dos Estados e pode, eventualmente, levar à declaração de inconstitucionalidade de disposições de Constituições estaduais por inobservância do modelo estabelecido para a União na Constituição da República. Marcelo Labanca Corrêa de ARAÚJO entende que, nesse caso, a rigor a disposição da Constituição estadual seria inconstitucional não por violar o princípio da simetria e sim por deixar de observar um princípio extensível presente na Constituição da República²⁴. Essas e tantas outras questões são, sem sombra de dúvida, relevantes na definição do perfil do Estado federal, porém o recorte aqui proposto é de atentar apenas e tão-somente para os vícios de inconstitucionalidade orgânica sobre a atividade legislativa dos entes subnacionais e, com isso, avaliar o efeito das decisões do STF sobre o perfil do Estado federal brasileiro.

Para fazer isso, não basta analisar somente alguns aspectos externos, como o proponente e o objeto da ação, e internos, como o resultado do julgamento, das decisões,

²³ “[...] *poder-se-ia construir um conceito do princípio da simetria como um princípio de interpretação da nova hermenêutica constitucional destinado a identificar normas de extensão na Constituição Federal que devem ser necessariamente reproduzidas pelas Constituições estaduais, bem como destinado a identificar as normas das Constituições [sic] Federal que, mesmo não gerando a obrigação de reprodução, geram a imitação facultativa de um modelo federal válido para os estados-membros, funcionando, inclusive, como argumento de exclusão das vedações para reprodução desses mesmos modelos.*” ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 129.

²⁴ “*Em verdade, o princípio da simetria estará sendo entendido como norma se for utilizado como parâmetro para declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Por outro lado, estará sendo entendido como um princípio de hermenêutica se for utilizado como meio para buscar uma norma parâmetro dentro do texto constitucional, a fim de identificar a necessidade de extensão, ou não, para avaliar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou constituição estadual em face do texto constitucional federal.*” E “*Não é um princípio de direito positivo, eis que eventual declaração de invalidade de norma estadual não deve se dar com a alegação de desrespeito ao princípio da simetria, mas sim com a alegação de desrespeito a um modelo normativo federal de organização dos Poderes, com identificação das normas parâmetro violadas. O que o princípio da simetria faz é identificar qual modelo é esse, pelo critério da necessidade de harmonização dos poderes locais.*” ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 124 e 130, respectivamente.

tal como feito na pesquisa do DIRPOL, é preciso examinar o próprio conteúdo das decisões, o voto de cada um dos Ministros que participaram do julgamento da ação, na tentativa de identificar quais foram os fundamentos que levaram a Corte a decidir nesse ou naquele sentido. Poder-se-ia objetar que, em se tratando de pesquisa empírica, é preciso dar prevalência a como a Corte de fato decidiu, a como os Ministros efetivamente votaram e não aos argumentos que foram por esses por ventura invocados para justificar seus votos em um ou outro sentido. Afinal, pode ocorrer que um Ministro argumente em um sentido, mas acabe ao final votando em outro, de modo que a análise da fundamentação de seu voto poderia se prestar mais a confundir o pesquisador do que a aclará-lo. Com efeito, como se verá ao longo desse trabalho, não raro Ministros que votam pela inconstitucionalidade da lei estadual, discorrem longamente sobre a importância do federalismo e da descentralização. Sob esse aspecto, o método empregado pela pesquisa do DIRPOL, ao classificar as ADIs conforme o resultado do julgamento, teria a vantagem de avaliar as decisões não pelo que foi dito e sim pelo que foi decidido. É preciso observar, porém, que tal método tampouco aclara possíveis motivos ocultos na retórica dos Ministros, somente os admite, ao passo que a análise da fundamentação pode, pelo menos, revelar algumas pistas sobre quando isso ocorre. Sabe-se, ainda, que a identificação da chamada *ratio decidendi* (ou seja, das razões para decidir) pode ser especialmente desafiadora em órgãos colegiados que, como o STF, adotam como método deliberativo a convergência no resultado do julgamento, que possibilita que decisões sejam tomadas mesmo quando os Ministros integrantes da maioria tenham votado em um mesmo sentido, porém com base em fundamentos distintos. De todo modo, não parece haver outro modo de se conhecer qual é a interpretação que a Corte empresta às cláusulas constitucionais de repartição de competências senão pela leitura das decisões, na tentativa de identificar os fundamentos que levaram à declaração de inconstitucionalidade, por vício orgânico, de uma determinada lei.

A amostragem reunida no presente trabalho compreende um total de 140 acórdãos do STF (não só do Plenário, como de ambas as suas Turmas), julgados não só em sede de controle abstrato, como de controle concreto de constitucionalidade, desde a promulgação da Constituição vigente e que já estivessem disponíveis para consulta no *site* do Tribunal até o dia 13/06/2019. Para se chegar a essa amostra, foi utilizada a indexação das decisões feita pela própria Corte, em uma busca pelos §§1º e 2º do art. 24 da Constituição vigente

combinados²⁵. Com isso, foi possível examinar com maior profundidade esse conjunto de casos que, em relação às ações de controle abstrato de constitucionalidade – cujas peças processuais foram disponibilizadas para consulta no *site* do Tribunal (em alguns casos, somente a petição inicial) –, abrangeu não só o relatório e os votos dos Ministros (ou seja, o inteiro teor do acórdão), como a petição inicial da ação, as informações prestadas pelas autoridades e órgãos legiferantes e as manifestações da AGU e da PGR. Com isso, almejou-se identificar não só a interpretação que a Corte emprestou a esses dispositivos constitucionais, como de que modo essa julga os casos envolvendo vício de inconstitucionalidade orgânica nas matérias de competência concorrente.

Poder-se-ia objetar que valer-se da indexação das decisões pode produzir distorções nos resultados. Afinal, não é nada disparatado supor que as decisões mais antigas da Corte não fossem tão bem indexadas como as decisões mais recentes e que decisões mais relevantes sejam mais bem indexadas que decisões menos relevantes. Com efeito, em se analisando a amostra, verifica-se que: dos 140 acórdãos selecionados, somente 18 foram proferidos nos 10 anos posteriores à promulgação da Constituição vigente, 51 nos 10 anos subsequentes e os 71 restantes nos últimos 11 anos. Também se poderia objetar que algumas decisões importantes ficaram de fora da amostra selecionada, como a ADI nº 927/DF, as ADIs nº 252

²⁵ Utilizou-se a seguinte “expressão de busca” na pesquisa de jurisprudência disponível no *site* do STF: “CF-1988 MESMO ART-00024 ADJ40 PAR-00001 E CF-1988 MESMO ART-00024 ADJ40 PAR-00002”. Dessa busca, obtiveram-se 140 resultados (104 ADIs, 2 ADPFs; 24 REs; 4 AIs; 2 HCs; 1 ACO; 1 AR; 1 MS; 1 Rcl): RE-QO nº 117809/PR; ADI-MC nº 128/AL; RE nº 128272/DF; ADI-MC nº 558/RJ; Rcl nº 370/MT; RE nº 129877/SP; ADI-MC nº 861/AP; RE nº 149922/SP; ADI-MC nº 1045/DF; ADI-MC nº 1057/BA; ADI-MC nº 1127/DF; RE nº 154273/SP; ADI-MC nº 1285/SP; HC nº 71702/RS; RE nº 193817/RJ; ADI nº 1540/MS; RE nº 199720/SP; RE nº 198799/DF; ADI-MC nº 1926/PE; ADI-MC nº 1980/PR; ADI-MC nº 2035/RJ; ADI-QO nº 1885/DF; ADI-MC nº 2024/DF; RE nº 241494/DF; RE nº 183907/SP; ADI-MC nº 2124/RO; ADI-QO nº 2344/SP; ADI-MC nº 2303/RS; AI-AgR nº 296935/DF; ADI-MC nº 2123/ES; ADI nº 1600/UF; ADI-MC nº 2311/MS; ADI-MC nº 2667/DF; AI-AgR nº 380695/SP; ADI-MC nº 2372/ES; RE nº 291188/RN; RE nº 158834/SP; RE-ED nº 236135/SP; ADI nº 2334/DF; ADI nº 2396/MS; ADI nº 2656/SP; ADI nº 1624/MG; ADI-MC nº 1931/DF; ADI nº 882/MT; ADI nº 2472/RS; RE-AgR nº 394343/MG; ADI nº 1589/SP; AI-AgR nº 403095/SP; ADI nº 3054/PR; ADI nº 1245/RS; ACO-QO nº 684/MG; ADI nº 1007/PE; ADI nº 3098/SP; ADI nº 2903/PB; ADI nº 3645/PR; ADI nº 2591/DF; ADI nº 3710/GO; RE-QO nº 430105/RJ; ADI nº 682/PR; ADI nº 2990/DF; ADI nº 1278/SC; ADI nº 3756/DF; ADI-MC nº 2238/DF; ADI nº 3668/DF; ADI nº 3458/GO; ADI nº 2999/RJ; ADI nº 2649/DF; ADI nº 124/SC; AR-ED nº 1373/DF; HC nº 90900/SP; ADI nº 3773/SP; ADI nº 1980/PR; AI-QO nº 132755/SP; ADI nº 2329/AL; ADI nº 2730/SC; ADI nº 2855/MT; ADI nº 2452/SP; ADI nº 3847/SC; ADI nº 4478/AP; ADI nº 3343/DF; ADI nº 3041/RS; ADI-MC-Ref nº 4638/DF; ADI nº 2937/DF; MS nº 25125/DF; ADI nº 1842/RJ; ADI nº 2198/PB; ADI nº 2818/RJ; ADI nº 903/MG; RE-AgR nº 775353/AC; ADI nº 2922/RJ; ADI nº 2886/RJ; RE nº 336739/SC; ADI-AgR nº 3074/DF; ADI nº 4954/AC; ADI nº 429/CE; ADI nº 4423/DF; ADI nº 4955/CE; ADI nº 4093/SP; ADI-AgR nº 4952/PB; ADI nº 3813/RS; ADI nº 4060/SC; ADI nº 2615/SC; ADI nº 5163/GO; RE nº 422349/RS; ADI nº 5081/DF; ADI nº 3402/SP; ADI nº 3852/SC; RE nº 607940/DF; ADI nº 4912/MG; ADI nº 5286/AP; ADI nº 3835/MS; ADI nº 5356/MS; ADI nº 4861/SC; ADI nº 5253/BA; ADI nº 3735/MS; RE-AgR nº 775252/AC; ADI nº 2905/MG; RE nº 587970/SP; RE nº 597854/GO; ADI nº 4764/AC; ADPF nº 273/MT; RE nº 194704/MG; ADI nº 750/RJ; ADI nº 2030/SC; ADI nº 4066/DF; ADI nº 3937/SP; ADI nº 3470/RJ; ADPF nº 109/SP; ADI nº 3357/RS; ADI nº 3356/PE; ADI nº 4984/CE; ADI nº 4988/TO; ADI nº 5462/RJ; ADI nº 5312/TO; ADI nº 5352/SP; ADI nº 5077/DF; RE-AgR nº 977595/SP; ADI nº 4633/SP; ADI nº 5486/SE; e ADI nº 4606/BA.

e 384/PR, o RE nº 286789/RS, a ADI nº 3035/PR, a ADI-MC nº 3774/RR, a ADI nº 3669/DF, a ADI nº 2832/PR, o RE nº 586224/SP, a ADI nº 3059/RS e o RE-RG nº 1188352/DF. De todo modo, considerando que muitos desses casos são citados no conteúdo de decisões que integram a amostra ou foram localizadas por palavras-chave relacionadas ao tema, essas foram analisadas na presente pesquisa. Ressalte-se que é preciso estabelecer um critério objetivo de seleção de uma amostra cuja análise seja factível em uma pesquisa dessa natureza. Toda seleção importa na inclusão de certos casos e na exclusão de outros, o importante é que o critério adotado não importe na seleção dos casos que confirmam a hipótese de que se cogita.

Poder-se-ia, ainda, objetar que o recorte da presente pesquisa (ou seja, a interpretação que o STF faz do disposto nos §§1º e 2º do art. 24 da Constituição vigente) e a amostra levantada (ou seja, os casos julgados pelo STF em que tais dispositivos foram utilizados como parâmetro para o juízo de constitucionalidade orgânica vertical), por representarem apenas uma parte de todo o sistema constitucional de repartição de competências, não seriam suficientes para se traçar um diagnóstico completo do efeito das decisões da Corte sobre o processo de centralização do Estado federal brasileiro. Pelo que se depreende dos registros da ANC, os Constituintes pareciam estar conscientes da centralização que decorreria da previsão de dois extensos e detalhados catálogos de competências exclusivas e privativas da União (arts. 21 e 22, CR), combinados com uma cláusula de poderes reservados em favor dos Estados (art. 25, §1º, CR), e procuraram contrabalançá-los com a previsão de dois outros importantes catálogos de competências compartilhadas com os entes subnacionais (arts. 23 e 24, CR), na expectativa de que esses últimos propiciassem uma “descentralização federativa gradual”. Ocorre que a centralização de que se ressentem tantos observadores abarca não só as áreas e matérias de competência exclusiva e privativa da União, como as de competência comum e concorrente entre os entes federativos. Assim, embora as causas da centralização decorrente dos dois primeiros catálogos sejam conhecidas, as da que foi observada especialmente nas matérias do último catálogo, em relação às quais entende-se que os Constituintes procuraram delimitar o papel da União, ainda não foram suficientemente exploradas. É precisamente esse resultado que o recorte proposto pretende explicar. A hipótese de que se cogita, na presente pesquisa, é a de que isso se deve a uma combinação de fatores: *i*) os Constituintes tomaram tanto decisões centralizadoras como descentralizadoras; *ii*) ao tomarem decisões descentralizadoras, cometerem algumas falhas; e *iii*) decisões descentralizadoras que esses haviam tomado foram posteriormente revertidas pelo STF pela via interpretativa.

Uma terceira objeção que poderia ser aqui levantada ao método aqui proposto é como se pode saber se a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo decorre do próprio texto constitucional ou de uma interpretação que foi a esse emprestada pela Corte. Em outras palavras, como saber se o resultado do julgamento é consequência de uma decisão da Corte e não de uma decisão do Constituinte. Essa é uma objeção importante, sobretudo levando em consideração que textos legislativos – tanto mais os constitucionais – dificilmente contêm um sentido unívoco, que não suscite mais de uma interpretação. É por isso que esse trabalho realizará, primeiramente, um esforço dogmático, no sentido de tentar identificar o que foi que os Constituintes pretendiam e o que esses de fato decidiram no que se refere às cláusulas de repartição de competências. Longe de ter uma preocupação com o “textualismo” ou com o “originalismo”, tão presente no debate sobre a interpretação da Constituição nos EUA, o propósito dessa parte da pesquisa é aferir quanto a Corte se aproximou ou se distanciou do que pretendiam os Constituintes e do que, de fato, dispõe a Constituição. Isso porque, como se verá ao longo desse trabalho, alguns Ministros da Corte têm reconhecido abertamente que essa emprestou a determinadas cláusulas constitucionais de repartição de competências uma interpretação favorável à União e desfavorável aos entes subnacionais que remonta ao texto constitucional anterior. Mas, sem fazer a leitura das decisões, todas essas questões relevantes ficariam obscurecidas nos binômios procedência/improcedência da ação e lei nacional/subnacional. Sendo assim, longe de ser uma objeção, essa passa a ser um motivo para se embrenhar no complexo terreno da hermenêutica constitucional.

Ressalte-se, por fim, que William H. RIKER, um dos mais influentes autores da literatura internacional sobre federalismo no século XX, questiona estudos conduzidos por juristas que procuram extrair justamente esse tipo de conclusões a partir de decisões judiciais, alegando que essas não dimensionam áreas de competência dos diferentes entes federativos, quando muito demarcam seus limites diante de casos concretos:

“O defeito desse método é que decisões judiciais dizem respeito às fronteiras das áreas de ação e de nenhuma maneira indicam seu tamanho absoluto e importância. Apesar disso, a maior parte da história e análise do federalismo foi escrita por constitucionalistas usando decisões judiciais como matéria-prima. Como consequência, a tradição nos proporciona uma imagem altamente distorcida da relação entre a nação e os Estados.”²⁶

²⁶ Tradução livre para: “The fault in this method is that judicial decisions concern the boundaries of areas of action and do not in any way indicate their absolute size and importance. Yet most of the history and analysis of federalism has been written by constitutional lawyers using judicial decisions as their raw material. As a

Embora assista razão a RIKER ao dizer que o máximo que decisões judiciais podem fazer em matéria de federalismo é definir, casuisticamente, os limites que separam as áreas de competência dos diferentes entes federativos, ao que se sabe, a única maneira de se calcular uma área é conhecendo seus limites. Mas talvez RIKER não ficasse impressionado com um argumento, por assim dizer, de tipo geométrico. Em todo caso, se a esfera de competência de cada ente federativo encontra-se definida em disposições constitucionais e pode vir a ser redefinida, interpretativamente, por juízes e Tribunais, então justifica-se o estudo não só da repartição de competências, como de decisões judiciais – em especial da Suprema Corte, que é a suprema intérprete da Constituição. É claro que uma decisão judicial isoladamente jamais dará conta de indicar todo o volume de uma esfera de competência, mas o estudo sistemático de decisões judiciais pode oferecer uma ideia aproximada. De todo modo, é preciso ressaltar que não se está aqui propondo calcular, para fins de comparação, o volume das respectivas esferas de competência da União e dos Estados no Estado federal brasileiro; basta, para o propósito da presente pesquisa, observar se o STF, ao interpretar o texto constitucional, as fez expandir ou contrair, partindo de como essas haviam sido definidas pelos Constituintes. Isto é, não se pretende avaliar se o Estado federal brasileiro é centralizado ou descentralizado à luz da Constituição vigente, mas se esse se centralizou ou descentralizou a partir da promulgação dessa e se o STF teve uma participação nisso.

Embora essa não seja uma pesquisa propriamente de Direito comparado, alguma comparação com outros sistemas, especialmente o estadunidense, é inevitável, não só pelo fato de os EUA serem o berço tanto do Estado federal como da Jurisdição Constitucional, como pelo fato de que grande parte do debate a respeito de qual deve ser o papel a ser desempenhado pela Suprema Corte na resolução de conflitos federativos e sobre sua (ir)relevância para definir os rumos do federalismo ter sido travado naquele país. Dada a insistência de que os Constituintes, especialmente no que se refere às competências comuns e concorrentes e ao chamado federalismo cooperativo, teriam se inspirado no modelo alemão, alguma análise de disposições da Lei Fundamental de Bonn também foi necessária. O tema da centralização é multifacetado, pode ser encarado sob diferentes perspectivas, porque vários são os fatores que explicam esse processo. Assim, embora algumas leis envolvendo a questão do federalismo fiscal tenham sido abordadas, não se espere encontrar aqui uma discussão mais aprofundada sobre esse importante tema. Como se viu, o objeto

consequence the tradition provides us with a highly distorted picture of the relationship between the nation and the states.” RIKER. William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, p. 51.

deste trabalho é apenas e tão-somente a centralização legislativa com foco nas competências concorrentes e serão analisadas aqui decisões do STF que, interpretando as cláusulas de repartição de competências, possam repercutir sobre esse processo.

Além dessa introdução e das conclusões finais, o presente trabalho compõe-se de quatro capítulos:

- (i) o primeiro procura enfrentar a questão da ausência de consenso na literatura quanto ao conceito de federalismo e da (ir)relevância da distinção binária entre Estados federais e unitários e esclarecer que instituições federativas interferem no processo de (des)centralização e, por fim, aborda as origens comuns do federalismo e do *judicial review* nos EUA e procura extrair lições do debate estadunidense sobre o papel e a relevância da Suprema Corte na definição dos rumos do federalismo;
- (ii) o segundo procura compreender que modelo de Estado federal e que sistema de repartição de competências que os Constituintes efetivamente adotaram, na medida em que as disposições constitucionais podem não revelar aquilo que esses rejeitaram, bem como fazer uma defesa de um conceito positivo de normas gerais, diverso da ideia de “lacunas preenchíveis”, e que ofereça um teste rigoroso com o qual o STF possa efetivamente controlar a extrapolação da competência da União;
- (iii) o terceiro aborda a questão do vício de inconstitucionalidade orgânica, foco do presente trabalho, que é aquele que se dá quando uma norma é editada por sujeito diverso daquele a quem a Constituição atribui a competência, bem como analisa como o STF vem decidindo casos que envolvem as chamadas competências concorrentes e como esse vem interpretando o disposto nos §§1º e 2º do art. 24 da Constituição vigente;
- (iv) o quarto e último capítulo analisa a anunciada nova jurisprudência do STF em matéria de federalismo, procurando avaliar em que medida essa é realmente nova e atende aos anseios dos Constituintes, também se fará um exame das propostas feitas por Ministros para que a Corte revise seu entendimento.

1 NOÇÕES PRELIMINARES PARA SE ANALISAR AS RELAÇÕES ENTRE ESTADO FEDERAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 DO CONCEITO DE FEDERALISMO E DA (IR)RELEVÂNCIA DA DISTINÇÃO BINÁRIA ENTRE ESTADOS FEDERAIS E UNITÁRIOS

Em um estudo bastante recente sobre federalismo comparado, Francesco PALERMO & Karl KÖSSLER observam:

“Sendo, por vezes, compreendido como um conceito, um ideal (e uma ideologia), um sistema de governo e um conjunto de instituições e instrumentos, o federalismo pode, é claro, ser abordado de diversas maneiras e a partir de muitos enfoques disciplinares. É precisamente por essa razão que sua definição é tão controvertida e, em última análise, impossível de se chegar a um acordo [...]. A definição de federalismo e a classificação dos países federais têm mantido estudiosos ocupados por séculos, enchendo as bibliotecas nesse processo. Apesar disso, não há um acordo universal sobre o que signifique federalismo, nem sobre como classificar países federais. Nem pode haver um.”²⁷

Tão convencidos que estão os referidos autores acerca da impossibilidade de se alcançar um consenso em torno de um conceito e de uma classificação de federalismo que chegam, até mesmo, a intitular um subcapítulo de seu livro de “*vivendo sem definições*”²⁸. Há, como se pode imaginar, diferentes caminhos para se chegar a um conceito, embora defenda-se aqui que alguns são mais recompensadores do que outros. Na literatura sobre federalismo, diversos foram trilhados: alguns autores tentaram identificar um princípio que exprimisse a essência do Estado federal e que permitisse contrastá-lo com as demais formas de Estado; outros procuraram identificar de que modo a palavra foi empregada ao longo do tempo e em diferentes contextos, a fim de desvendar seu significado; outros, ainda, preferiram comparar a estrutura constitucional de Estados federais, com vistas a identificar que instituições esses guardam em comum; houve, por fim, aqueles que parecem ter concluído não haver diferenças substanciais, mas somente de grau, entre as principais formas de Estado, pelo que preferiram recorrer a escalas contínuas de (des)centralização nas quais pudessem situar as diferentes formas de Estado.

²⁷ Tradução livre para: “*Being sometimes simultaneously understood as a concept, an ideal (and an ideology), a system of government and a set of institutions and instruments, federalism can, of course, be approached in many ways and from many disciplinary angles. This is precisely the reason why its definition is so controversial and ultimately impossible to agree upon [...]. Defining federalism and classifying federal states have kept scholars busy for centuries, filling libraries in the process. Nevertheless, there is no universal agreement on what federalism means, nor is there agreement on how to classify federal countries. Nor can there be one.*” Grifos e notas de rodapé do original omitidas. PALERMO, Francesco; KÖSSLER, Karl. *Comparative federalism: constitutional arrangements and case law*. Portland: Hart Publishing, 2017, pp. 2-3.

²⁸ PALERMO, Francesco; KÖSSLER, Karl. *Comparative federalism: constitutional arrangements and case law*. Portland: Hart Publishing, 2017, p. 64.

Como se verá adiante, o primeiro desses caminhos, que aqui se entende como sendo o mais recompensador, foi o escolhido por K. C. WHEARE, que concluiu que a essência do Estado federal consistiria no princípio da coordenação entre os governos central e regionais, o qual permitiria distingui-lo da Confederação de Estados, de um lado, e do Estado unitário descentralizado, de outro. O segundo foi percorrido por S. Rufus DAVIS, cuja análise se iniciou com as *sympoliteias* helênicas como a Liga Aqueia, passou pelos *foedera* medievais como o Sacro Império Romano-Germânico, chegou aos trabalhos da Convenção da Filadélfia, somente para concluir que o que une todas essas experiências históricas nada mais seria do que a ideia de *foedus*²⁹. O terceiro foi trilhado por analistas comparados que parecem concluir que as instituições comuns aos Estados federais são: uma Constituição rígida que realize a repartição de competências entre os entes federativos; um Tribunal encarregado de arbitrar as disputas entre esses a respeito a suas esferas de competência; e, ainda, uma Câmara alta, no seio do Poder Legislativo nacional, com a função de representar as regiões. O quarto foi seguido por autores como Hans KELSEN que parecem entender que a única diferença entre as diversas formas de Estado residiria no grau de (des)centralização política.

Provavelmente o conceito de Estado federal mais difundido na literatura seja aquele formulado por K. C. WHEARE no livro “*Federal Government*”, publicado originalmente em 1946. Ressalte-se, primeiramente, que o autor não emprega o termo “Federação” ou a expressão “Estado federal”, aqui entendidos como sinônimos, porém, da leitura de seu trabalho, fica claro que é a esses que ele se refere. Como se verá adiante, a opção do autor pela expressão “governo federal”, que intitula seu trabalho, não se deve a um mero capricho léxico do autor; pelo contrário, deve-se à distinção que esse faz entre “governo federal” e “Constituição federal”, ou seja, entre a mera previsão formal de instituições federais na Constituição e seu funcionamento efetivo, respectivamente. Tal distinção parece, no entanto, enfraquecer algumas críticas que lhe foram dirigidas, no sentido de que sua abordagem seria excessivamente “legalista”³⁰. Pois bem, ele inicia seu trabalho com a afirmação de que a noção moderna do que vem a ser “governo federal” é resultado da experiência estadunidense – não pelo fato de que a Constituição de 1787 assim o diga, até porque essa, na realidade, não o diz em momento algum – e que já haveria um consenso, entre os autores, no sentido de que os EUA são um “governo federal”. Por esse motivo, “[q]ualquer definição

²⁹ DAVIS, S. Rufus. *The federal principle: a journey through time in quest of meaning*. Berkeley & Los Angeles: University of California Press, 1978, pp. 215-216.

³⁰ RIKER, William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, pp. 157.

*de governo federal que deixe de incluir os EUA seria, desse modo, reprovada por irreal. Pareceria, portanto, sensato, ao buscar uma definição legítima e conveniente de governo federal, começar examinando a Constituição dos EUA.”*³¹

WHEARE entende que o “governo federal” é aquele que opera segundo o chamado “princípio federal” que, a seu ver, seria “[...] *o método de repartir poderes, de modo que o governo geral e os regionais sejam, ambos, dentro de sua esfera, coordenados e independentes.*”³² Por coordenados, ele quer dizer que, com relação às matérias que lhes foram assignadas, o governo geral não se encontra subordinado aos regionais, como estava sob a égide dos Artigos da Confederação de 1777, tampouco esses, nas matérias que lhes foram reservadas, acham-se subordinados àquele, como nem uns nem outros o estão sob a égide da Constituição de 1787³³. Esse seria, segundo o autor, o critério que permitiria distinguir um Estado federal de uma Confederação de Estados (embora, repita-se, ele não empregue tais expressões): enquanto essa opera segundo o princípio confederal, ou seja, da subordinação do governo geral aos regionais³⁴, aquele opera segundo o princípio federal, ou seja, de coordenação entre os governos geral e regionais. O fato de, na Confederação de Estados, o governo geral operar diretamente somente sobre os regionais e só indiretamente sobre os cidadãos e de, no Estado federal, o governo geral operar diretamente sobre os cidadãos seria, a seu ver, apenas um reflexo do real critério distintivo, que é o princípio subjacente³⁵. Ressalte-se que o autor denomina o princípio da subordinação dos governos regionais ao central como o princípio da devolução³⁶ e que, embora ele não o diga com todas as letras, esse poderia vir a ser utilizado para explicar a descentralização em Estados unitários³⁷.

Em seguida, WHEARE distingue “Constituição federal” de “governo federal”. A seu ver, para que uma *Constituição* pudesse ser considerada federal, não seria necessário que essa expressasse perfeitamente o princípio federal, bastaria que esse estivesse nela predominantemente contemplado. Afinal, segundo ele, a própria Constituição dos EUA

³¹ Tradução livre: “[a]ny definition of federal government which failed to include the United States would be thereby condemned as unreal. It would seem sensible, therefore, in seeking a legitimate and convenient definition of federal government, to begin by examining the Constitution of the United States.” WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 1.

³² Tradução livre para: “[...] *the method of dividing powers so that the general and regional governments are each, within a sphere, co-ordinate and independent.*” WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 10.

³³ WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, pp. 2-5.

³⁴ WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 32.

³⁵ WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, pp. 13-14.

³⁶ WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 33.

³⁷ WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 13.

de 1787 continha, em sua redação original, uma exceção ao princípio: até o advento da Décima Sétima Emenda, os senadores não eram eleitos diretamente pelos cidadãos e sim indicados pelas suas respectivas Assembleias Legislativas estaduais. Assim, se está fora de dúvida o fato de que essa Constituição sempre foi federal, então “[p]arece ser fundamental definir o princípio federal rigorosamente, mas aplicar o termo ‘Constituição federal’ de forma mais ampla.”³⁸ Por outro lado, para que um governo pudesse ser considerado federal, não bastaria que tivesse uma Constituição federal, seria necessário que a prática constitucional de fato refletisse o princípio federal. Por isso, “[...] não basta examinar somente Constituições. Tão importante quanto essas é a prática do governo. Um país pode ter uma Constituição federal, mas na prática pode manejá-la de tal forma que seu governo não seja federal. Ou um país com uma Constituição não-federal pode manejá-la de tal forma que apresente um exemplo de governo federal.”³⁹ Em síntese, seria preciso distinguir tanto governos federais de Constituições federais, como essas de Constituições quase-federais:

“O teste que eu aplico para o governo federal é simplesmente esse: o sistema de governo expressa predominantemente uma divisão de poderes entre autoridades central e regionais, sendo cada uma delas, em sua própria esfera, coordenada e independente dos demais? Se sim, então esse governo é federal. Não é o bastante que o princípio federal esteja expresso predominantemente na Constituição escrita de um país. Isso já é alguma coisa, mas não necessariamente é uma garantia de que um sistema de governo federal operará. O que é determinante é o funcionamento do sistema. Por isso eu tracei essa distinção entre Constituições federais e governos federais. E, por fim, eu considerei oportuno encontrar um nome para aquelas Constituições e governos em que o princípio federal, embora não predomine, ainda assim seja importante, e esse eu denominei Constituições e governos quase federais.”⁴⁰

É com base nesses critérios que o autor conclui que a Austrália, os EUA e a Suíça teriam não só Constituições federais, como governos federais, ao passo que o Canadá,

³⁸ Tradução livre para: “It seems essential to define the federal principle rigidly, but to apply the term ‘federal Constitution’ more widely.” WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 15.

³⁹ Tradução livre para: “[...] it must be stressed that if we are looking for examples of federal government, it is not sufficient to look at constitution only. What matters just as much is the practice of government. A country may have a federal constitution, but in practice it may work that constitution in such a way that its government is not federal. Or a country with a non-federal constitution may work it in such a way that it provides an example of federal government.” WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 20.

⁴⁰ Tradução livre para: “The test which I apply for federal government is then simply this. Does a system of government embody predominantly a division of powers between general and regional authorities, each of which, in its own sphere, is co-ordinate with the others and independent of them? If so, that government is federal. It is not enough that the federal principle should be embodied predominantly in the written constitution of a country. That is something, but it is no guarantee necessarily that a system of federal government will operate. What determines the issue is the working of the system. For this reason I have drawn a distinction between federal constitutions and federal governments. And finally I have thought it expedient to find a name for those constitutions or governments in which the federal principle, though not predominant, is none the less important, and these I have called quasi-federal constitutions and quasi-federal governments.” WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 33.

embora tivesse somente uma Constituição quase-federal, teria na prática um governo federal. Aliás, para ele, a Constituição brasileira de 1891, ainda que expressasse predominantemente o princípio federal, continha elementos unitaristas como a desnecessidade de ratificação de emendas constitucionais pelas Assembleias Legislativas estaduais, que “[...] *pareceria colocar os governos regionais à mercê da Legislatura central.*”⁴¹ Ademais, a “[c]entralização geralmente predominou sobre o federalismo [...]”⁴², pelo que conclui que o Brasil sob a égide da referida Constituição não representaria um exemplo de governo federal. Como se pode ver, longe de fazer uma abordagem excessivamente “legalista”, como insistem os seus críticos, afinal, o aspecto formal não é determinante, WHEARE oferece critérios que permitem distinguir não só Estados federais *de fato* (Canadá) de Estados federais somente *de iure* (Brasil), como Estados federais de Confederações de Estados (princípio da coordenação entre os governos central e regionais *v.* princípio da subordinação daquele a esses) e, por que não, Estados federais de Estados unitários descentralizados (princípio da coordenação entre os governos central e regionais *v.* da subordinação desses àquele).

Partindo de um método “semi-comparativo”, por meio do qual procurou formular, a partir da experiência dos EUA, hipóteses que pudessem ser testadas em outros casos⁴³, William H. RIKER, no livro “*Federalism: origin, operation, significance*” publicado em 1964, assevera que o federalismo seria uma barganha que é proposta pelas lideranças nacionais, com vistas a expandir o território sob seu controle sem terem de recorrer ao uso da força, e aceita pelas regionais, para se protegerem de uma ameaça ou para participarem de um ataque externos⁴⁴. Ele sustenta que essa seria uma condição necessária, embora não pudesse prová-la suficiente, para a formação do federalismo⁴⁵. Aqui, já é possível observar a influência do método adotado nas conclusões: ao sustentar a presença do elemento militar “ameaça ou oportunidade externas” como condição necessária para a criação do federalismo, o autor está claramente derivando generalizações a partir do caso estadunidense, que não parecem ser explicativas de todos os casos de federalismo, sobretudo daqueles formados a partir de um Estado unitário pré-existente, como o Brasil. Consciente disso, ele faz uma releitura da história do federalismo brasileiro, contestando que esse tenha surgido com a República, sob

⁴¹ WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 21.

⁴² WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 21.

⁴³ RIKER, William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, p. xii.

⁴⁴ RIKER, William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, pp. 11-12.

⁴⁵ RIKER, William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, p. 13.

a vigência da Constituição de 1891, como faz a interpretação convencional, mas sim ainda ao tempo do Império, com a aprovação do Ato Adicional de 1834⁴⁶. Preston KING critica a forma arbitrária com que RIKER parece, por vezes, construir o elemento “ameaça externa” para explicar a formação do federalismo em casos concretos⁴⁷.

Tal barganha se expressaria em uma Constituição federal que conteria, segundo ele, os seguintes elementos: a existência de dois níveis de governo sobre um mesmo território e um mesmo povo, cada qual detendo, pelo menos, uma área de atuação autônoma em relação ao outro, autonomia essa que estaria garantida ainda que por meio de uma “mera” previsão constitucional⁴⁸. Em um trabalho posterior, RIKER apresenta a seguinte definição: “[...] *Federalismo é uma organização política na qual as atividades governamentais são repartidas entre governos regionais e um governo central de tal maneira que cada tipo de governo tem algumas atividades em relação às quais toma decisões finais.*”⁴⁹ Embora ele sustente, reiteradamente, que federalismo pode ser definido com precisão, ele admite que tal definição seria ampla o suficiente para abarcar uma grande quantidade de arranjos constitucionais. Tais arranjos poderiam ser classificados, segundo ele, em um *continuum* que vai desde a mínima até a máxima independência do governo nacional em relação aos regionais (que, como se viu, nunca poderá ser total, há de haver sempre, pelo menos, uma área de atuação em que esse dependa da aprovação dos governos regionais, do contrário já não se teria mais federalismo e sim um império)⁵⁰. A localização exata de cada arranjo dependeria do número e da importância das áreas em relação às quais o governo nacional pode tomar decisões sem precisar da aprovação dos governos regionais. RIKER denominou os arranjos situados no início da escala “federalismo periférico”, dos quais os EUA sob os Artigos da Confederação teriam sido um exemplo, e os situados no final “federalismo centralizado”, que corresponde ao federalismo moderno, que teria sido criado pelos EUA com a Constituição de 1787⁵¹.

⁴⁶ RIKER. William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, pp. 43-44.

⁴⁷ KING, Preston. *Federalism and Federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, pp. 35; 81.

⁴⁸ RIKER. William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, pp. 11-12.

⁴⁹ Tradução livre para: “[...] *Federalism is a political organization in which the activities of government are divided between regional governments and a central government in such a way that each kind of government has some activities on which it makes final decisions.*” RIKER. William H. *Federalism*. In: GREENSTEIN, Fred I.; POLSBY, Nelson W. (Ed.) *Handbook of Political Science*. Vol. 5: governmental institutions and processes. Reading: Addison-Wesley Publishing Company, p. 101.

⁵⁰ RIKER. William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, pp. 5-6.

⁵¹ RIKER. William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, pp. 5-6.

Não se pode deixar de notar, no entanto, que RIKER, ao sustentar que bastaria, para que se tivesse federalismo, uma só área de atuação, sem fazer qualquer consideração a respeito de sua natureza, bem como que essa estivesse prevista em uma disposição constitucional, oferece um conceito pouco exigente de federalismo. Isso talvez se explique porque, como se viu, sua definição procura reunir, sob uma mesma categoria “federalismo”, tanto Estados federais, como Confederações de Estados. Com efeito, definições de federalismo costumam ser realmente genéricas o suficiente para abarcar, além de Estados federais, outras formas de Estado⁵² que contemplem, em sua estrutura, a diversidade territorial, porém é preciso observar que, se essas não oferecerem critérios para distinguir casos de Estados federais *de fato* de Estados federais somente *de iure*, podem ser de pouca utilidade. Assim, embora esteja longe de fazer uma análise formalista (ele, aliás, critica abordagens ditas “legalistas” realizadas por juristas, como a que, segundo ele, teria feito WHEARE⁵³), ao oferecer um conceito material, porém pouco exigente de federalismo, RIKER tende a reconhecer federalismo onde esse, de fato, não está presente, deixando de distinguir entre essas situações, uma distinção extremamente relevante, cuja ausência, como se verá adiante, teve consequências em sua análise. É importante observar, porém, que WHEARE, ao distinguir entre Constituição federal e governo federal, faz essa distinção que aquele não faz⁵⁴. Assim, caberia questionar se a crítica que RIKER faz a WHEARE (de um excessivo legalismo) realmente se justifica.

No artigo “*Federalism*”, publicado em 1975 no *Handbook of Political Science*, RIKER ressalta a dificuldade que é definir federalismo, diante da variedade de governos que são assim denominados, que compreenderia desde alianças até governos centralizados⁵⁵. Ele afirma que, nessas circunstâncias, haveria duas estratégias possíveis para se chegar a uma definição: a primeira, que ele denomina “estratégia da exclusão”, consistiria em adotar uma definição restritiva e, a partir de um conjunto menor de casos, elaborar generalizações que pudessem ser imediatamente testadas (essa seria, segundo ele, a estratégia típica dos juristas e que teria sido adotada por WHEARE); a segunda, que ele denomina “estratégia da inclusão”, consistiria em adotar uma definição ampla, para abarcar todos os casos em que o termo

⁵² Embora saiba-se que, tecnicamente, a Confederação de Estados não é propriamente uma forma de Estado, pois tem a natureza de Direito Internacional e não de Direito Constitucional. De todo modo, ressalte-se que não foi esse o termo empregado pelo autor.

⁵³ RIKER, William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, pp. 157.

⁵⁴ WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 20.

⁵⁵ RIKER, William H. Federalism. In: GREENSTEIN, Fred I.; POLSBY, Nelson W. (Ed.) *Handbook of Political Science*. Vol. 5: governmental institutions and processes. Reading: Addison-Wesley Publishing Company, pp. 93-98.

possa vir a ser utilizado para designá-los (essa seria, segundo ele, a estratégia dos filósofos e é a que ele propugna)⁵⁶.

Ainda que se trate de dois trabalhos diferentes do mesmo autor, a escolha de RIKER pela segunda estratégia, ao que parece, tinha um propósito: denunciar o que denominou “falácia ideológica”, ou seja, a suposição de que arranjos federais seriam adotados em Constituições com vistas a assegurar a liberdade⁵⁷. Ele procurou refutar a associação que muitos autores estabelecem entre autonomia regional e liberdade ou, ainda, entre aquela e a existência de governos democráticos, aludindo aos casos da URSS, México, Brasil, Argentina e o império germânico, onde a manutenção da forma federal não se mostrou um empecilho para sua transformação em ditaduras⁵⁸. Esse, no entanto, não parece ser um bom argumento para refutar a associação entre federalismo e liberdade, haja vista que em ditaduras a garantia da autonomia regional, a que alude o autor, costuma ser preservada apenas no papel, pelo que, em última análise, esses casos seriam exemplos de federalismo somente *de iure*. Prova disso é que ele chega, inclusive, a afirmar que no Brasil a ditadura de Vargas teria convivido com o federalismo⁵⁹, quando, não obstante a manutenção formal da forma federal pela Constituição de 1937, foi realizado um ato solene de incineração das bandeiras estaduais e de hasteamento da bandeira nacional, para simbolizar a queda do federalismo. Ao aludir ao caso soviético, RIKER chega a ser contraditório: embora, de um lado, ele admita que a autonomia regional de Estados que aderiram à URSS foi, na prática, extinta pelo domínio bolchevique, de outro sustenta que essa conservaria todas as características do federalismo. Além disso, critica os autores que se negavam a qualificá-la de federalismo e sustentou que, na realidade, esse caso demonstrava que era preciso rever o que se entende por federalismo:

“Essa recusa, no entanto, é simplesmente reflexo da mitologia da comunidade americana de que o federalismo deveria prevenir a tirania. Como a URSS mantém todos os atributos do federalismo, o simples fato de que seu federalismo deixou de prevenir a tirania não deveria levar a sua exclusão da categoria dos federalismos.

⁵⁶ RIKER. William H. Federalism. In: GREENSTEIN, Fred I.; POLSBY, Nelson W. (Ed.) *Handbook of Political Science*. Vol. 5: governmental institutions and processes. Reading: Addison-Wesley Publishing Company, pp. 98-99.

⁵⁷ RIKER. William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, p. 13.

⁵⁸ RIKER. William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, p. 14.

⁵⁹ RIKER. William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, p. 140.

*Pelo contrário, deveria levar a uma reavaliação do que o federalismo significa e pressupõe.*⁶⁰

Embora, para RIKER, sejam os autores que compartilham do entendimento de que o federalismo preveniria ditaduras que estariam, na realidade, selecionando os casos que corroboram essa conclusão, excluindo de suas respectivas amostras experiências malsucedidas de federalismo, é preciso observar que tampouco parece correto incluir na amostra, como ele fez, casos cujo caráter federal é, para dizer o mínimo, duvidoso, para com isso refutar características que costumam ser associadas ao federalismo, como ele pretendeu fazer. De todo modo, ainda que o federalismo possa não ser realmente capaz de evitar o surgimento de ditaduras, poder-se-ia contra-argumentar alegando que esse, ao demandar o assentimento das unidades regionais para a aprovação de reformas constitucionais, pode ao menos dificultar sua ocorrência. Nesse caso, simplesmente apontar para casos de federalismo que degeneraram em ditaduras como evidência de que esse não impede o surgimento daquelas não seria suficiente para contestar que esse possa dificultar o surgimento daquelas. Como se vê, RIKER procurou desmistificar a visão idealizada que se tinha e que, em certa medida, ainda se tem sobre federalismo; porém, ao deixar de distinguir entre experiências reais e meramente aparentes de federalismo, comprometeu seu raciocínio.

Outra contribuição conceitual bastante difundida na literatura sobre federalismo é aquela oferecida por Daniel J. ELAZAR no livro “*Exploring federalism*”, que foi publicado originalmente em 1987. Ele associa os princípios federais às diferentes “*combinações de self-rule e shared rule*”⁶¹ (literalmente, autogoverno e governo compartilhado) e afirma ser essa a “*definição mais simples possível*”⁶². Com efeito, PALERMO & KÖSSLER entendem que essa seria genérica o bastante para não suscitar divergências e precisa o suficiente para descrever a essência do conceito, não por acaso é a definição mais utilizada na literatura⁶³. Mais concretamente, ele aduz que: “[...] *o federalismo tem a ver com a difusão constitucional do poder, de modo que os elementos que compõem o arranjo federal participem, por direito, do processo de elaboração e implementação de políticas públicas comuns, ao passo que as atividades do governo comum são conduzidas de tal modo a preservar suas respectivas*

⁶⁰ Tradução livre para: “*This refusal is, however, merely the expression of the American-Commonwealth mythology that federalism ought to prevent tyranny. Since the Soviet Union preserves all the features of federalism, the mere fact that its federalism fails to prevent tyranny should not lead to casting it out of the class of federalisms. Rather it should lead to a reevaluation of what federalism means and implies.*” RIKER. William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, pp. 39-40.

⁶¹ ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2006, pp. 5; 84.

⁶² ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2006, p. 12.

⁶³ PALERMO, Francesco; KÖSSLER, Karl. *Comparative federalism: constitutional arrangements and case law*. Portland: Hart Publishing, 2017, pp. 3-4.

integridades.”⁶⁴ Para ele, a principal característica do federalismo seria a não-centralização, o que seria distinto de descentralização, pelo fato de que, nessa, os poderes dos governos regionais estariam à disposição do governo central, que poderia a qualquer momento retomá-los, o que pressuporia uma relação de hierarquia, ao passo que, naquela, isso não seria possível:

*“O federalismo se funda em um tipo específico de enquadramento constitucional. [...] O enquadramento constitucional, no entanto, vai além dessa divisão de poderes, envolvendo como envolve a organização de toda a estrutura governamental de comunidades federais em uma base não-centralizada. [...] Não-centralização não é a mesma coisa que descentralização, ainda que esse último termo seja frequente – e equivocadamente – empregado em seu lugar para descrever sistemas federais. Descentralização supõe a existência de uma autoridade central, um governo central que pode descentralizar e recentralizar como deseje. Em sistemas descentralizados, a difusão de poder é, na realidade, uma questão de graça, não direito; no longo prazo, costuma ser tratada como tal. Em um sistema politicamente não-centralizado, o poder é difundido de tal forma que não pode ser legitimamente centralizado ou concentrado sem romper com a estrutura e o espírito da Constituição.”*⁶⁵

Como haveria diversas combinações possíveis dos princípios federais⁶⁶, ELAZAR parece encarar “federalismo” como um gênero do qual a “Federação” seria somente uma de suas espécies⁶⁷. Ele chama atenção para o fato de que Estados não formalmente federais podem também vir a incorporar princípios federais, dando origem a uma grande variedade de “arranjos federais”⁶⁸. Para dificultar ainda mais as coisas, Estados unitários podem decidir, constitucionalmente, descentralizar, mas é preciso ter muito cuidado para não confundir isso com a não-centralização característica do federalismo: “*Estados unitários descentralizados garantem constitucionalmente a seus governos regionais autonomia considerável em algumas áreas, mas os poderes regionais invariavelmente limitam-se às matérias definidas como regionais pelas autoridades centrais e estão sujeitas à supervisão, restrição e, mesmo,*

⁶⁴ Tradução livre para: “[...] *federalism has to do with the constitutional diffusion of power so that the constituting elements in a federal arrangement share in the process of common policy making and administration by right, while the activities of the common government are conducted in such a way as to maintain their respective integrities.*” ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2006, pp. 5-6.

⁶⁵ Tradução livre para: “*Federalism is based on a particular kind of constitutional framework. [...] The constitutional framework goes beyond this division of powers, however, involving as it does the organization of the entire governmental structure of federal polities on a noncentralized basis. [...] Noncentralization is not the same as decentralization, though the latter term is frequently – and erroneously – used in its place to describe federal systems. Decentralization implies the existence of a central authority, a central government that can decentralize or recentralize as it desires. In decentralized systems, the diffusion of power is actually a matter of grace, not right; in the long run, it is usually treated as such. In a noncentralized political system, power is so diffused that it cannot be legitimately centralized or concentrated without breaking the structure and spirit of the constitution.*” ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2006, p. 34.

⁶⁶ ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2006, pp. 6-7.

⁶⁷ Ressalte-se que a classificação ganha aqui grande complexidade, tendo em vista que o autor menciona diversas espécies de “arranjos federais”. ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2006, pp. 44-64.

⁶⁸ ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2006, p. 44.

supressão nacionais [...].”⁶⁹ É o que se depreende, por exemplo, da leitura dos artigos 34 e 72 da Constituição francesa de 1958, nos quais se reconhece a “*livre administração*” das coletividades territoriais, porém “*nas condições previstas pela lei*”⁷⁰. Nesse mesmo sentido, Lorenz BLUME & Stefan VOIGT observam que: “*Estados federais e unitários ambos podem descentralizar – ou centralizar – algumas atividades. Em Estados unitários, no entanto, a decisão de descentralizar pode ser revogada se o governo central assim desejar, o que demonstra que mesmo após a descentralização, a última palavra no que diz respeito à tomada de decisão continua com o governo central.*”⁷¹ E, citando ELAZAR, reiteram que: “[...] *a estrutura federal NÃO é uma condição necessária para a descentralização de políticas públicas, haja vista que essas [também] podem ser implementadas sob condições unitárias.*”⁷²

Mas por que se entende aqui que alguns caminhos sejam mais recompensadores do que outros? O problema do segundo caminho é que ideias nem sempre são corretamente compreendidas e, ao realizar a transposição de uma ideia a um novo contexto, distorções podem ocorrer. Tais distorções, na maior parte das vezes, são inconscientes, mas também podem se prestar a fins retóricos, como “pegar carona” em uma experiência bem-sucedida. O sucesso da experiência estadunidense foi claramente percebido por observadores de outros países que resolveram adotar as mesmas instituições em suas Constituições, talvez por supor que essa seria uma forma de se chegar ao mesmo resultado. Hoje, muitos autores reputam essa suposição um equívoco, na medida em que as instituições federais foram desenhadas para resolver os problemas específicos do contexto estadunidense do final do século XVIII. É verdade que alguns introduziram modificações ao modelo original, de modo a adaptá-lo a seus contextos para resolver seus próprios problemas. Diante de tantas “*variações de*

⁶⁹ Tradução livre para: “*Decentralized unitary systems constitutionally guarantee their local governments considerable autonomy in some areas, but local powers are invariably restricted to matters determined by the central authorities to be local and are subject to national supervision, restriction, and even withdrawal, though tradition may militate against precipitous action by the central government in areas where local privileges are well established.*” ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2006, p. 49.

⁷⁰ FRANÇA. *Constituição de 1958*. Paris: L’Assamblée nationale, 1958. Disponível em: < https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/constitution/constitution_portugais.pdf > Data do acesso: 19/12/2019.

⁷¹ Tradução livre para: “*Federal and unitary states both can decentralize – or centralize – some activities. In unitary states, however, the decision to decentralize can be revoked if the central government so wishes, which demonstrates that even after decentralization, ultimate decision-making power remains at the central government level.*” BLUME, Lorenz; VOIGT, Stefan. *Federalism and decentralization: a critical survey of frequently used indicators*. Constitutional Political Economy, n. 22, 22 jan. 2011, pp. 241-242.

⁷² Tradução livre para: “[...] *a federal structure is NOT a necessary condition for decentralization policies as these can [also] be implemented under unitary conditions.*” BLUME, Lorenz; VOIGT, Stefan. *Federalism and decentralization: a critical survey of frequently used indicators*. Constitutional Political Economy, n. 22, 22 jan. 2011, p. 242.

um mesmo tema da Filadélfia”, como coloca S. Rufus DAVIS⁷³, como saber discernir o que seria uma distorção do que seria uma adaptação coerente com a ideia original? Não é à toa que esse autor tenha chegado, como se viu, a uma conclusão tão desapontadora, que o elemento comum a todas essas seria a ideia de *foedus*, ou seja, de um contrato.

Com relação ao terceiro caminho, o problema está em que, no mais das vezes, comparam-se apenas Estados federais entre si e não Estados federais com Estados unitários; com isso, tende-se a reconhecer como elementos identificadores algumas instituições que, embora presentes em todos ou em praticamente todos aqueles, não lhes sejam exclusivas, na medida em que também podem ser encontradas nesses. Na literatura, as instituições que, com maior frequência, são associadas a Estados federais são: uma Constituição rígida que faça a repartição de competências entre os entes federativos; a existência de uma Câmara alta de representação territorial no Poder Legislativo central; e a existência de uma Suprema Corte ou de um Tribunal Constitucional com a missão de zelar pela Constituição. Com efeito, considerando que Estados federais se baseiam, como observou WHEARE, no princípio da coordenação entre os entes federativos, ou seja, da não-subordinação do governo central aos regionais e vice-versa, realmente convém fazer uma repartição de competências entre esses. Convém também que essa repartição não possa ser modificada unilateralmente por qualquer desses entes federativos, o que pode ser alcançado materializando-a em uma Constituição e tornando-a insuscetível de reforma senão por um procedimento especial. Convém ainda que, para que os entes federativos cumpram os limites de sua competência fixados na Constituição, haja um sistema de controle de constitucionalidade.

Entende-se aqui que os elementos institucionais comuns aos Estados federais são, na realidade, características, muitas vezes, essenciais a seu funcionamento, mas é preciso ter cuidado para não extrair a conclusão de que, porque comuns, somente esses os possuam. Para se certificar disso, seria necessário comparar não só Estados federais entre si, como esses com Estados unitários e, assim, identificar que instituições estão presentes naqueles, mas ausentes nesses. É preciso que fique claro que Constituições rígidas com repartição de competências, Câmaras altas com representação territorial e Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais também podem aparecer em Estados não-federais, motivo pelo qual não podem ser considerados elementos distintivos de uns e outros. O fato de essas instituições desempenharem, em Estados federais, uma função específica que está relacionada a

⁷³ DAVIS, S. Rufus. *The federal principle: a journey through time in quest of meaning*. Berkeley & Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 121.

federalismo não significa que se possa classificar Estados em federais e unitários unicamente com base na detecção das instituições comuns a esses. Uma definição tal que se limite a enumerar instituições comuns aos Estados federais pode ser de interesse descritivo, mas certamente não distintivo. Preston KING, ao enfrentar o desafio de avançar uma definição de Estado federal, expressou preocupação semelhante: “[...] *Nossos critérios deveriam nos permitir identificar não só Federações, mas também sistemas que não sejam federações, o que significa que os critérios envolvidos devem não só determinar o que se supõe que as Federações guardem em comum, como somente aquelas características comuns que são exclusivas às Federações.*”⁷⁴

O quarto caminho tem a vantagem de perceber que Estados federais e unitários não são completamente opostos, ao menos não em relação à categoria dos Estados unitários descentralizados, que é a distinção relevante, porém parte de um critério distintivo que, já se viu, não ser correto. É que, para os adeptos dessa concepção, não haveria diferenças substanciais, mas somente de grau, entre as principais formas de Estado, que poderiam ser dispostas em uma escala ou em um *continuum* de (des)centralização. Um exemplo pode ser encontrado na obra de Hans KELSEN, para quem “[a]penas o grau de descentralização diferencia um Estado unitário dividido em províncias autônomas de um Estado federal. [...] Na escala de descentralização, o Estado federal encontra-se entre o Estado unitário e uma união internacional de Estados.”⁷⁵ E reitera: “Nesse ponto, um Estados federal difere de um Estado unitário com províncias autônomas apenas pelo fato de que as matérias sujeitas à legislação dos Estados componentes são mais numerosas e importantes do que as sujeitas à legislação das províncias autônomas.”⁷⁶ Fosse só isso, como se verá adiante, talvez a França hoje pudesse ser considerada um Estado federal. A questão é que KELSEN e tantos outros autores que recorrem ao *continuum* para distinguir as formas de Estado não identificam as matérias, nem em número, nem em importância, que precisam ser disciplinadas pelos governos regionais para que um Estado possa ser considerado federal, o que não permite distinguir efetivamente as formas de Estado. Assim, além do óbvio, pouco dizem de útil. Aqui parece oportuno recordar que, como observou ELAZAR, a descentralização não é critério para distinguir Estados federais de Estados unitários descentralizados. Por isso,

⁷⁴ Tradução livre para: “[...] *Our criteria should not only allow us to identify federations, but equally systems that are not federations, which means that the criteria involved must not merely stipulate what federations are presumed to hold in common, but must stipulate only those common features which are exclusive to federations.*” KING, Preston. *Federalism and Federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, p. 73.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 451.

⁷⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 452.

evidências de que um Estado é centralizado ou descentralizado não podem ser tomadas como critério para poder se afirmar que esse seria ou não federal, assim como evidências de que um Estado teria se centralizado ou se descentralizado tampouco podem ser tomadas como critério para poder se afirmar que esse se tornou ou deixou de ser federal. Como observou KING, “[s]e nós definirmos inicialmente que as Federações se distinguem pelo fato de combinarem autonomia local com controle central e, então, concluirmos que essas permitem um grau de autonomia local ou descentralização não maior do que alguns ou todos os outros Estados; [...] então tudo o que demonstramos é que a definição alcançada não é distintiva [...]”.⁷⁷

Ressalte-se que nem todos os autores empregam, em seus trabalhos, os mesmos termos ou expressões para designar seu objeto de estudo (as mais frequentes parecem ser “federalismo”, “Federação”, “arranjos federais” e “sistemas federais”), o que inicialmente poderia levantar dúvidas sobre se eles estão efetivamente falando da mesma coisa. Com efeito, WHEARE refere-se a “governo federal” para distingui-lo de “Constituição federal”; RIKER descreve o “federalismo” como uma barganha e denomina o modelo criado nos EUA como “federalismo centralizado”; ELAZAR refere-se a “federalismo” como um gênero do qual a “Federação” e outros “arranjos federais” seriam espécies; e KING e Michael BURGESS referem-se a “federalismo” como ideologia e a “Federação” como uma estrutura. É importante observar, no entanto, que WATTS e ANDERSON parecem adotar a definição de ELAZAR de “federalismo” como “*self-rule + shared rule*” e a de “governo federal” de WHEARE para “Estados federais”.⁷⁸

Além disso, enquanto WHEARE reconheceu, em 1946, somente 4 países (além dos EUA, ele admitiu somente Austrália, Canadá e Suíça, nem mesmo Alemanha e Áustria foram incluídas⁷⁹) como exemplos de “governos federais”, ELAZAR relacionou, em 1987, 19 (Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Brasil, Canadá, Checoslováquia, Comores, Emirados Árabes Unidos, EUA, Índia, Iugoslávia, Malásia, México, Nigéria, Paquistão, Suíça, URSS e Venezuela), porém reconheceu que sua lista incluía todos os países que,

⁷⁷ Tradução livre para: “*If we initially stipulate federations to be distinctively federal by virtue of combining local autonomy with central control; and then conclude that federations allow no greater degree of regional autonomy or decentralization than some or all other states; [...] then all we have demonstrated is that the definition we advanced for federation is not distinctive.*” KING, Preston. *Federalism and Federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, p. 78.

⁷⁸ WATTS, Ronald L. *Comparing federal systems*. 3. ed. Kingston: McGill-Queen’s University Press, 2008, pp. 8-12; ANDERSON, George. *Federalismo: uma introdução*. Trad. Ewandro Magalhães Jr. e Fátima Guerreiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 20.

⁷⁹ WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 20.

segundo suas Constituições, seriam federais⁸⁰. Assim, as listas não são comparáveis, já que o primeiro excluiu Estados federais somente *de iure* e o segundo os incluiu. WATTS, por sua vez, relacionou, em 2008, 25 Estados federais (todos os da lista de ELAZAR – com exceção, evidentemente, de Checoslováquia, Iugoslávia e URSS –, mais África do Sul, Bélgica, Bósnia-Herzegovina, Etiópia, Espanha, Micronésia, Palau, Rússia e São Cristóvão e Névis)⁸¹, enquanto ANDERSON, no mesmo ano, 28 (todos os da lista de WATTS, mais Congo, Iraque e Sudão⁸², que também são mencionados por WATTS, mas não foram incluídos por estarem em transição⁸³). Segundo WATTS, sua lista inclui Federações *de fato* como a Espanha, quase-Federações como a África do Sul, a Argentina, Comores e a Rússia e quase-Federações centralizadas como a Malásia e a Venezuela⁸⁴. Como se pode ver, com exceção de WHEARE, criticado por aplicar restritivamente seu conceito de governo federal, não parece haver divergências importantes, entre os analistas comparados, quanto aos Estados que podem ser classificados como federais (as poucas que foram notadas parecem ser incrementais à medida que o tempo passa e que se expande a amostra de países).

Como se pode ver, não parece haver muito dissenso entre os autores clássicos em torno do conceito de federalismo ou, mesmo, do critério distintivo entre Estados federais e unitários; na realidade, se há alguma divergência entre eles, na maior parte das vezes cinge-se à identificação de quais Estados podem ser classificados federais, porque alguns autores não distinguem entre federalismo *de fato* e *de iure* e outros insistem em incluir Estados com regimes ditatoriais dentre os casos de federalismo. O problema começa a surgir quando se sai da abstração das análises conceituais para a concretude das pesquisas empíricas e, então, definir qual é a métrica que deve ser adotada para comparar Estados federais e unitários e quais os efeitos que se espera que decorram dessa distinção. Ao que parece, alguns autores que conduzem pesquisas empíricas parecem partir do pressuposto de que o que distingue Estados federais de unitários seria o grau de (des)centralização e que essa distinção se reflita nos mais variados tipos de fenômenos, o que nem sempre se confirma. KING sintetiza bem esse ponto:

“Na literatura mais recente sobre federalismo, surgiu um rechaço notável à noção de que, tanto empírica como positivamente, a Federação estaria correlacionada, virtualmente, a qualquer outro critério de comportamento governamental. [...]”

⁸⁰ ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2006, pp. 42-44.

⁸¹ WATTS, Ronald L. *Comparing federal systems*. 3. ed. Kingston: McGill-Queen’s University Press, 2008, p. 12.

⁸² ANDERSON, George. *Federalismo: uma introdução*. Trad. Ewandro Magalhães Jr. e Fátima Guerreiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 17.

⁸³ WATTS, Ronald L. *Comparing federal systems*. 3. ed. Kingston: McGill-Queen’s University Press, 2008, p. 14.

⁸⁴ WATTS, Ronald L. *Comparing federal systems*. 3. ed. Kingston: McGill-Queen’s University Press, 2008, p. 14.

Tais negações, na realidade, não surpreendem, pelo fato de que não podemos pesquisar, significativamente, as correlações empíricas de Federação sem antes chegar a uma convenção coerente sobre o que entendemos que essa signifique. E a convenção do 'grau de descentralização', que é a mais difundida no momento, não é coerente. Primeiro, porque essa não define o grau de descentralização que distinguiria as Federações. Segundo, porque não define as esferas de descentralização relevantes supostamente envolvidas. O resultado é que, com base nesse critério, qualquer sistema pode ser 'federal', uma vez que todos são caracterizados por algum grau de centralização em todos as esferas.”⁸⁵

Jonathan RODDEN, no artigo “*Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas*” publicado em 2004, chama atenção da literatura empírica comparada para a importância de se levar em consideração as variações de federalismo e de descentralização e a necessidade de se desenvolverem métricas mais precisas para comparar os casos, que permitam chegar a conclusões mais sólidas. O argumento central do artigo é que “[...] *em lugar de fortalecer a autoridade independente dos governos estaduais e municipais, a descentralização muitas vezes cria uma forma de governo mais complexa e entrelaçada que pouco se parece com as formas de descentralização previstas nos manuais de federalismo fiscal ou nas teorias da escolha pública.*”⁸⁶ Com relação à descentralização fiscal, ele argumenta que a medida mais utilizada, a participação dos entes subnacionais no total do gasto governamental, não seria um bom indicador, uma vez que “[...] *diz muito pouco sobre o locus da autoridade.*”⁸⁷ É que os governos centrais podem constranger a autonomia fiscal desses entes lançando mão de várias técnicas, tais como: transferências condicionadas, regulando sua taxaço ou impondo restrições à captação de empréstimos. Com relação à descentralização das políticas públicas, observa que “[m]uito raramente os governos centrais cedem autonomia plena aos governos subnacionais. Na vasta maioria dos casos, a descentralização envolve um movimento de uma situação de completo controle do governo central para a de um envolvimento conjunto entre o centro e uma ou mais unidades subnacionais.”⁸⁸ Por fim, com relação à descentralização

⁸⁵ Tradução livre para: “*In the most recent literature on federation, there has emerged a marked aversion to the notion that federation empirically and positively correlates with virtually any other criteria of governmental behavior. [...] The negative conclusion are, in fact, no more than we should expect – for the reason that we cannot meaningfully investigate the empirical correlates of federation without first establishing a coherent convention regarding what we are to have ‘federation’ mean. And the ‘degree of decentralization’ convention, which is that most widely accepted at present, is incoherent. First, it does not establish the degree of decentralization that would distinguish federations. Secondly, it does not stipulate the relevant spheres of decentralization supposedly involved. The upshot is that any system, on this criterion, can be ‘federal’ since they are all marked by some degree of decentralization in all spheres.*”. KING, Preston. *Federalism and Federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, p. 137.

⁸⁶ RODDEN, Jonathan A. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, jun. 2005, p. 10.

⁸⁷ RODDEN, Jonathan A. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, jun. 2005, p. 13.

⁸⁸ RODDEN, Jonathan A. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, jun. 2005, p. 15.

política, ressalta a importância de se analisar, para além da distinção entre entes subnacionais com governos eleitos e não-eleitos, a influência que o governo central exerce sobre as eleições locais e a que os governos locais exercem sobre as eleições centrais.

Na sequência, ele afirma que “[o] *federalismo não é uma distribuição particular de autoridade entre os governos, mas sim um processo – estruturado por um conjunto de instituições – por meio do qual a autoridade é distribuída e redistribuída.*”⁸⁹ Em síntese, o autor encara federalismo como um acordo por meio do qual os entes regionais cedem poderes ao governo central, em troca de participarem de algumas de suas decisões, porém sem requerer unanimidade. Para resguardar sua autonomia, esses exigiriam algumas garantias: que seus poderes fossem reconhecidos em uma Constituição, cuja modificação exigiria o consentimento da maioria dos governos regionais e cuja guarda fosse encarregada a um Tribunal imparcial. Nessa negociação, os entes regionais menores poderiam, ainda, exigir representação paritária na Câmara alta, cujos representantes poderiam ser tanto eleitos pela população do Estado como indicados pelo governo estadual. A questão é que essa negociação não seria fixa e sim contínua, ou seja, não se encerraria com a celebração do contrato, que se limita a definir a distribuição inicial de poder entre os governos central e regionais e a forma como aquele é composto, bem como as regras que disciplinam as interações entre ambos, que podem vir a futuramente modificar aquela distribuição inicial. Ele admite, no entanto, que nem sempre todas essas instituições encontram-se previstas claramente na Constituição, o que faz com haja alguns casos duvidosos de federalismo. Não sendo esse uma distribuição específica de autoridade governamental, variáveis *dummy* de federalismo que distinguem Estados federais de unitários deveriam ser substituídas, para o autor, por medidas contínuas que levem em consideração os aspectos mencionados⁹⁰. Por fim, aduz:

“Muito frequentemente, economistas e cientistas políticos teorizam sobre descentralização como se ela significasse uma divisão nítida de tarefas, em que o centro só entra para a provisão de bens coletivos nacionais e para corrigir desvios. As noções de federalismo que prevalecem na Ciência Política criam um problema parecido. O federalismo não necessariamente acarreta uma autoridade maior dos governos subnacionais sobre os impostos, gastos ou qualquer outra coisa. O federalismo não implica que o centro e os estados sejam soberanos, cada um protegido contra a interferência do outro. Ao contrário, as federações têm evoluído para contratos incompletos em andamento e pela sua própria natureza estão sob constante renegociação. Na maior parte das federações, o centro depende das províncias para implementar e fazer valer muitas das suas decisões

⁸⁹ RODDEN, Jonathan A. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, jun. 2005, p. 17.

⁹⁰ RODDEN, Jonathan A. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, jun. 2005, p. 20.

e não pode efetuar mudanças do status quo em algumas áreas sem o consentimento das unidades constituintes.”⁹¹

É precisamente isso que Liesbet HOOGHE, Gary MARKS & Arjan H. SCHAKEL se propuseram a fazer na pesquisa *“The rise of regional authority”*, publicada em 2010. Primeiramente, eles argumentam que “[c]omprovou-se ser mais fácil formular hipóteses sobre esses e outros efeitos da estrutura de governo do que testar sua validade. A maioria dos estudos empíricos usam medidas bastante sofisticadas, frequentemente diretas, dos fenômenos que se supõe sejam por essa afetados [...], mas medidas rudimentares, frequentemente indiretas do governo.”⁹² Seu objetivo é medir variações entre os níveis de autoridade dos governos regionais, com base no “Índice de Autoridade Regional” (RAI) que foi por eles desenvolvido, levando em consideração as variáveis que se mostraram relevantes em estudos recentes, como a distinção entre autonomia decisória e de execução em matéria de política fiscal⁹³. O referido índice incorpora a distinção entre *self-rule* e *shared rule* a que alude ELAZAR ao definir federalismo, o que já deixa claro que o que os autores se propõem a medir é, na realidade, variações de federalismo. Eles justificam a escolha desse conceito pela sua neutralidade: *“Desagregar autoridade nas dimensões da self-rule e da shared rule tem a vantagem de ser conservadora no sentido de que se funda nas práticas aceitas nos campos do federalismo e da descentralização. A distinção parece ser teoricamente imparcial no sentido de que não parece ser enviesada em benefício de qualquer explicação das causas e efeitos da autoridade regional.”⁹⁴*

Ao comentar os achados da pesquisa, eles afirmam que “[e]ssas duas dimensões da autoridade tendem a caminhar juntas ($r = 0,70$ para 42 países em 2006). Tanto a *self-rule*

⁹¹ RODDEN, Jonathan A. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, jun. 2005, p. 20.

⁹² Tradução livre para: *“It has proved easier to formulate hypotheses concerning these and other effects of government structure than to test their validity. Most empirical studies use quite sophisticated, often direct, measures for the phenomena that are said to be affected by government structure [...], but rudimentary, often indirect, measures for government structure itself.”* HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary; SCHAKEL, Arjan H. *The Rise of Regional Authority: A Comparative Study of 42 Democracies (1950-2006)*. London: Routledge, 2010, p. 1.

⁹³ HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary; SCHAKEL, Arjan H. *The Rise of Regional Authority: A Comparative Study of 42 Democracies (1950-2006)*. London: Routledge, 2010, p. 7.

⁹⁴ Tradução livre para: *“Disaggregating authority into the domains of self-rule and shared rule has the virtue of being conservative in that it sits squarely on accepted practice in the fields of federalism and decentralization. The distinction appears to be theoretically impartial in that it does not appear to be biased towards any particular explanation of the sources or consequences of regional authority.”* HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary; SCHAKEL, Arjan H. *The Rise of Regional Authority: A Comparative Study of 42 Democracies (1950-2006)*. London: Routledge, 2010, p. 7.

como a shared rule aumentaram nas últimas décadas, mas não na mesma velocidade.”⁹⁵

Se os resultados sugerem correlação entre as duas dimensões, que são o núcleo da definição de federalismo, esse pode ser um indicativo de que o conceito é realmente acertado. Todavia, a leitura da Tabela B.3⁹⁶ com o RAI discriminado por país e período poderia sugerir que não. Explica-se: é que, considerando que o que o referido índice mede é, na realidade, federalismo, seria de se supor que os Estados federais formassem um grupo isolado com os *scores* mais elevados; porém, da leitura da referida tabela, verifica-se que, dentre os *scores* mais elevados (acima de 16,0), encontram-se alguns Estados que não são federais. Espanha e Itália que, segundo suas Constituições, não são Estados federais, pontuaram 22,1 e 22,7, respectivamente, mais do que alguns Estados federais: Suíça (19,5); Austrália (19,4); Áustria (18,0); e Rússia (16,0). Essa descoberta poderia ser interpretada como um indicativo de que a distinção binária entre Estados federais e unitários não tem suporte empírico. Mas será essa a melhor interpretação dos resultados da pesquisa? Entende-se aqui que não. Contextualizando esses dois casos, compreende-se que, na realidade, esse resultado faz todo o sentido. Mas outro achado importante dessa pesquisa é que, diferentemente do que se tem dito sobre federalismo, os autores não encontraram evidências de que, ao menos nas últimas décadas, os Estados federais tenham se centralizado. Pelo contrário, de modo geral, tanto esses como os Estados não-federais da amostra da pesquisa passaram por uma descentralização, refletida no aumento da autoridade regional, o que motivou seus autores a falarem em uma “*era de regionalização*”. É bem verdade que, na maior parte dos Estados federais, essa descentralização foi bem sutil.

Segundo Francesco PALERMO, o Estado regional estabelecido pela Constituição italiana de 1948 teria sido concebido como uma “*terceira via*” entre Estado federal e unitário, porém duas emendas constitucionais aprovadas em 1999 e 2001, respectivamente, teriam reformado a estrutura do Estado à moda federal, cuja implementação não foi incentivada⁹⁷. A Espanha apresenta um caso semelhante. Aliás, segundo Eliseo AJA, o Estado regional previsto na Constituição italiana de 1948 teria se inspirado no modelo autonômico previsto na Constituição espanhola de 1931⁹⁸. Segundo o autor, devido às circunstâncias do contexto

⁹⁵ Tradução livre para: “*These two domains of authority tend to go together (r = 0.70 for 42 countries in 2006). Both self-rule and shared rule have increased in recent decades, but not in lock-step.*”. HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary; SCHAKEL, Arjan H. *The Rise of Regional Authority: A Comparative Study of 42 Democracies (1950-2006)*. London: Routledge, 2010, p. 60.

⁹⁶ HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary; SCHAKEL, Arjan H. *The Rise of Regional Authority: A Comparative Study of 42 Democracies (1950-2006)*. London: Routledge, 2010, pp. 174-177.

⁹⁷ PALERMO, Francesco. Italy: a Federal Country without Federalism? BURGESS, Michael; TARR, G. Alan. (Eds.). *Constitutional dynamics in federal systems: sub-national perspectives*. [s.l.]: McGill-Queen’s University Press; Forum of Federations, 2012, pp. 238-240.

⁹⁸ AJA, Eliseo. *Estado autonômico y reforma federal*. Madrid: Alianza Editorial, 2014, p. 21.

de transição do regime franquista para a democracia, os Constituintes teriam preferido não adotar abertamente a forma federativa de Estado, porém consagraram uma que estaria “*a meio caminho*” entre esse e um Estado unitário, no qual as regiões desfrutariam de uma autonomia equivalente a dos Estados federais⁹⁹. Hoje, muitos autores afirmam que a Espanha seria, na prática, um Estado federal¹⁰⁰. Como se pode ver, enquanto a Espanha é considerada por muitos autores como um Estado federal *de fato*, a Itália é encarada como um Estado quase federal¹⁰¹, com um processo de federalização em curso, donde se conclui que esses não podem ser tomados, assim sem mais, como exemplos de Estados unitários.

Feitas essas considerações, pode-se concluir que, se desprezadas Espanha e Itália, ao menos enquanto representantes “genuínas” de Estados unitários, os resultados da pesquisa conduzida por HOOGHE, MARKS & SCHAKEL parecem, na realidade, corroborar a distinção binária entre Estados federais e unitários ou – nos termos da referida pesquisa – entre Estados federais e não-federais¹⁰², ao menos no que se refere à autoridade regional, que é o que eles se propuseram a medir. Com efeito, tomando como referência o ano de 2006, o último que foi investigado na referida pesquisa, verifica-se que os Estados federais¹⁰³ se destacaram, ainda que não tenham se isolado, com os *scores* mais elevados da amostra¹⁰⁴: Bósnia-Herzegovina (30,6); Alemanha (29,3); Bélgica (28,1); EUA (23,2); Canadá (22,6); Suíça (19,5); Austrália (19,4); Áustria (18,0); e Rússia (16,0). Sendo assim, colocando nos termos da pesquisa, os governos regionais parecem, de fato, ostentar mais autoridade em Estados federais do que em Estados não-federais (considerando que o RAI é uma medida de *self-rule* e *shared rule*, os Estados federais seriam mais federativos do que Estados não-

⁹⁹ AJA, Eliseo. *Estado autonómico y reforma federal*. Madrid: Alianza Editorial, 2014, pp. 15; 368-369.

¹⁰⁰ “[...] *A Espanha é uma Federação em tudo exceto no nome [...]*” Tradução livre para: “[...] *Spain is a federation in all but name [...]*”. WATTS, Ronald L. *Comparing federal systems*. 3. ed. Kingston: McGill-Queen’s University Press, 2008, p. 42.

¹⁰¹ PALERMO, Francesco; KÖSSLER, Karl. *Comparative federalism: constitutional arrangements and case law*. Portland: Hart Publishing, 2017, p. 45.

¹⁰² A categoria dos Estados unitários é, muitas vezes, definida por exclusão: não se tratando de um Estado federal, tem-se um Estado unitário. Todavia, embora essa seja de fato a distinção relevante contemporaneamente, não se pode esquecer da categoria da Confederação de Estados e, mesmo, da dos Estados regionais que se acaba de analisar. Além disso, a depender da classificação adotada (tome-se, como exemplo, a proposta por Daniel J. ELAZAR), há diversas outras formas organizativas, o que justifica a nomenclatura adotada por esses autores. Tudo isso indica que, na realidade, a classificação das formas de Estado não é binária.

¹⁰³ É importante ressaltar que há diferenças na classificação de alguns Estados federais com a dos autores da referida pesquisa. Para esses, seriam Estados federais: Alemanha; Austrália; Áustria; Bósnia-Herzegovina; Canadá; EUA; Rússia; Sérvia e Montenegro; e Suíça. Isto é, incluem Sérvia e Montenegro que foi, na realidade, uma Confederação de Estados e excluem a Bélgica. HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary; SCHAKEL, Arjan H. *The Rise of Regional Authority: A Comparative Study of 42 Democracies (1950-2006)*. London: Routledge, 2010, p. 40.

¹⁰⁴ HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary; SCHAKEL, Arjan H. *The Rise of Regional Authority: A Comparative Study of 42 Democracies (1950-2006)*. London: Routledge, 2010, pp. 174-177.

federais – o que soa um tanto tautológico, é verdade). Só para constar, Espanha e Itália obtiveram *scores* (22,1 e 22,7, respectivamente) ligeiramente abaixo da média dos Estados federais (22,96), mas superiores aos de alguns desses (Suíça, Austrália, Áustria e Rússia). Chama atenção o *score* elevado alcançado por Sérvia e Montenegro (24,4), porém não surpreende, dado que essa era uma Confederação que logo depois se dividiu, e pela França (16,00), que é um Estado unitário “acima de qualquer suspeita”, o *score* mais elevado alcançado por Estados não-federais, equivalente ao da Rússia. Todavia, como se verá adiante, o *score* dessa última foi inteiramente obtido na dimensão da *self-rule*, o que parece corroborar o entendimento de que o grau de (des)centralização não é um bom critério para discernir Estados federais e unitários, até porque não se pode esquecer que existe a categoria dos Estados unitários descentralizados.

Uma contribuição do RAI é permitir comparações entre Estados federais, de modo a se identificar com qual modelo de Estado federal o caso analisado mais aproxima. Assim, Marta ARRETCHE e Rogerio SCHLEGEL no trabalho “*Os estados nas federações: tendências gerais e o caso brasileiro*”, aplicam a métrica do RAI ao Brasil e chegam ao resultado de que o *score* brasileiro é 16,5, o que a princípio o aproximaria da Rússia (16,0)¹⁰⁵ (que foi o Estado federal que obteve a menor pontuação na pesquisa de HOOGHE, MARKS & SCHAKEL), embora a comparação do RAI desagregado revele nuances importantes. Na dimensão da *shared rule*, o Brasil pontua 3,5, que é inferior não só à média dos Estados federais (6,27), como a de cada um desses: Alemanha (9,0); Austrália (6,5); Áustria (6,0); Bélgica (7,0); Bósnia-Herzegovina (7,0); Canadá (5,0); EUA (5,5); Rússia (6,0) e Suíça (4,5). Nos quesitos do processo legislativo e da reforma constitucional, o *score* obtido pelo Brasil (1,0 para ambos) é inferior à média dos Estados federais (1,5 e 2,33, respectivamente). Na dimensão da *self-rule*, o Brasil pontua 13,0, abaixo da média dos Estados federais (16,7): superior somente à Austrália (12,9), Áustria (12,0), e Rússia (10,0), mas inferior a Alemanha (20,3), Bélgica (21,1), Bósnia-Herzegovina (23,6), Canadá (17,7), EUA (17,7) e Suíça (15,0). No quesito alcance das políticas públicas, o Brasil pontua 3,0, que também é inferior à média dos Estados federais (3,92): superior somente à Rússia (1,0) e equivalente à Áustria (3,0), mas inferior à Alemanha (3,9); Austrália (4,0); Bélgica (4,8); Bósnia-Herzegovina (6,0); Canadá (4,8); EUA (3,8); e Suíça (4,0). Como se pode ver, em termos proporcionais, a defasagem

¹⁰⁵ ARRETCHE, Marta; SCHLEGEL, Rogerio. *Os estados nas federações: tendências gerais e o caso brasileiro*. Documento para discussão. BID, fev. 2014. Disponível em: < https://www.resbr.net.br/wp-content/uploads/historico/Os_estados_nas_federacoes_Tendencias_gerais_e_o_caso_brasileiro.pdf > Data do acesso: 22/10/2018, p. 8.

brasileira em relação à média dos Estados federais da amostra da referida pesquisa é maior na dimensão da *shared rule* do que na da *self-rule*, justamente naquela que pareceu distinguir com maior clareza Estados federais de não-federais.

Como se pode ver ao longo do presente capítulo, contrariamente ao que se tem afirmado na literatura, não parece haver um grande dissenso entre os autores clássicos em torno do conceito de federalismo e, inclusive, quanto ao critério distintivo entre Estados federais e unitários. As pequenas diferenças que podem ser notadas parecem decorrer das diferentes abordagens adotadas por esses autores (enquanto uns o encaram do ponto de vista conceitual-abstrato, outros o observam da perspectiva histórico-concreta) e não de divergências profundas entre esses. O cerne da questão parece realmente girar em torno dos efeitos que se espera que o federalismo, em geral, e os Estados federais, em particular – logo, a distinção binária entre Estados federais e unitários –, produzam. Ao que parece, pretende-se que esses ofereçam explicações para tamanho do Estado, crescimento econômico, estabilidade macroeconômica, disciplina fiscal, corrupção etc.¹⁰⁶, mas será que não se está indo longe demais na suposição de que ofereçam explicação para fenômenos tão díspares como esses e cuja relação com aqueles não está clara? Se aqueles não se mostrarem relevantes para explicar variações nos índices que medem esses fenômenos, isso significa que estão errados? Quando se pergunta “*Que instituições importam?*”, deve, primeiramente, estar clara a resposta à pergunta logicamente anterior “*Para quê?*”. Como observam BLUME & VOIGT: “*Definições ou são apropriadas ou são inapropriadas, não podem ser verdadeiras ou falsas.*”¹⁰⁷ O conceito de federalismo e a distinção binária entre Estados federais e unitários parecem ser, ao mesmo tempo, relevantes e irrelevantes, ou melhor, relevantes para determinados fenômenos (ou para determinados aspectos de um mesmo fenômeno), porém certamente não para todos os fenômenos (ou para todos os aspectos de um mesmo fenômeno).

Cabe à literatura formular hipóteses plausíveis quanto aos efeitos do federalismo, em geral, e do Estado federal, em particular, que sejam consistentes com o federalismo e a distinção binária entre Estados federais e unitários. Considerando que o critério distintivo entre esses parece residir em um “detalhe constitucional”, emprestando a expressão de RIKER

¹⁰⁶ O relato da literatura pode ser encontrado em: RODDEN, Jonathan A. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, jun. 2005, pp. 9-10.

¹⁰⁷ Tradução livre para: “*Definitions are either adequate or inadequate; they cannot be true or false.*” BLUME, Lorenz; VOIGT, Stefan. *Federalism and decentralization: a critical survey of frequently used indicators*. *Constitutional Political Economy*, n. 22, 22 jan. 2011, p. 239.

– a forma especial de proteção da autonomia dos governos regionais –, seu efeito pode ser somente o de dificultar, em contextos democráticos, a avocação de competências dos governos regionais pelo central (afinal, ditadores não costumam se mostrar constrangidos pela acusação de estarem subvertendo a ordem constitucional). Assim, o conceito de federalismo, por si só, pode não trazer muitas respostas sobre como políticas públicas são desenhadas, um aspecto que tem sido considerado relevante para explicar variações nos seus resultados. Aliás, um fator que parece estar dificultando o esclarecimento da questão é a confusão entre federalismo e descentralização, termos esses que muitas vezes são empregados como se fossem sinônimos. Como observam BLUME & VOIGT: “*Ao estudar os efeitos de instituições em geral ou Constituições mais especificamente, é preciso se certificar de que são mesmo instituições (ou normas constitucionais) que estão sendo medidas e não outra coisa.*”¹⁰⁸

Daí a importância do índice desenvolvido por HOOGHE, MARKS & SCHAKEL: primeiro, porque se presta a medir a estrutura do Estado e não seus efeitos; segundo, porque permite fazer comparações com métricas mais apuradas, atendendo ao clamor de RODDEN. Que o nome “índice de autoridade regional” não induza o leitor a erro, o que esse se propõe a medir é federalismo, afinal suas duas dimensões – *self-rule* e a *shared rule* – nada mais são do que os elementos fundamentais do federalismo, como enfatizou ELAZAR. O desafio, no entanto, é como interpretar seus achados: viu-se que o conjunto de Estados que obtiveram os *scores* mais elevados não se restringe a Estados federais, embora os mais baixos sejam todos de Estados não-federais. Assim: abaixo dos 16 pontos, há somente Estados não-federais; com essa exata pontuação, há um Estado unitário (França); e, acima dessa, há uma Confederação (Sérvia e Montenegro) e dois Estados regionais (Espanha e Itália). Que Confederações de Estados alcancem *scores* elevados em índices de autoridade regional não surpreende; afinal, como ressaltou WHEARE, essas são marcadas pelo princípio da subordinação do governo central pelos regionais. Que Estados regionais obtenham *scores* mais elevados do que Estados unitários tampouco surpreende, dado que esses incorporam elementos federativos e costumam ser defendidos como uma “terceira via” entre Estados federais e unitários. Assim, vistas bem as coisas, parece que os resultados da referida pesquisa oferecem suporte para o conceito de federalismo e para o entendimento de que o grau de (des)centralização não é um

¹⁰⁸ Tradução livre para: “*In studying the effects of institutions in general or constitutions more specifically, care needs to be taken that it is really institutions (or constitutional rules) that are being measured and not something else.*” BLUME, Lorenz; VOIGT, Stefan. *Federalism and decentralization: a critical survey of frequently used indicators*. Constitutional Political Economy, n. 22, 22 jan. 2011, p. 239.

bom critério para distinguir Estados federais de unitários. Afinal, a França, Estado unitário com o maior *score*, obteve a mesma pontuação que a Rússia, Estado federal com o menor *score*; porém, considerando o critério distintivo entre ambos, nada impede que, no futuro, o governo central francês venha a promover centralização, baixando *score* alcançado pela França, todo esse associado à dimensão da *self-rule*, e o aproximando do dos demais Estados unitários.

Outra interpretação que os resultados do RAI comportam é a inadequação de distinções binárias de federalismo, como havia sustentado RODDEN. Ressalte-se que o estudo empregou a distinção entre Estados federais e não-federais e não a entre Estados federais e unitários, talvez para não ter de classificar cada um dos casos pesquisados em categorias como: Confederações, Estados regionais etc. Todavia, como se viu, faz diferença se esse Estado não-federal é uma Confederação de Estados ou um Estado unitário; se é um Estado regional ou um Estado unitário. Distinções binárias, apesar de simples, tendem a ser bastante reducionistas da realidade, mas abandonar a simplicidade e abraçar a complexidade dos tipos de organização do Estado pode diminuir o interesse em se utilizar essa variável para explicar outros fenômenos de interesse. Seria, de fato, muito mais simples codificar o mundo em “zeros” e “uns”, em uma variável *dummy*, porém a realidade demonstra uma combinação muito mais complexa desses elementos de organização estatal. Assim, para além do preto e branco que qualquer distinção binária encerra, há toda uma paleta de cores de tipos organizativos do Estado. No fim das contas, apesar de os conceitos e critérios desenvolvidos pelos taxonomistas de federalismo não parecerem estar tão distantes da realidade, a questão é que a taxonomia relevante parece ser mais diversificada do que se supunha. Tampouco se pode perder de vista que se trata de instituições humanas, pelo que uma correspondência perfeita entre essas e categorias abstratas dificilmente se produzirá no mundo real. Como observa S. Rufus DAVIS: “[...] *taxonomia é esquematização e esquemas são mais apropriados para rochas, menos para animais e plantas e, muito menos, para instituições humanas.*”¹⁰⁹

¹⁰⁹ Tradução livre para: “[...] *taxonomy is schematization, and schema are best suited to rocks, less suited to animals and plants, and least suited of all to human institutions.*” DAVIS, S. Rufus. *The federal principle: a journey through time in quest of meaning*. Berkeley & Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 68.

1.2 FATORES RELEVANTES PARA A (DES)CENTRALIZAÇÃO EM ESTADOS FEDERAIS E DA IMPORTÂNCIA RELATIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Não raro, encontram-se, na literatura, tanto afirmações de que Estados federais, por suas características institucionais, induziriam centralização, como de que esses, na realidade, induziriam descentralização, apontando-se em seguida alguns exemplos extraídos da experiência histórica e comparada que, a princípio, ofereceriam suporte seja para a primeira seja para a segunda hipótese. Mas como é possível que uma mesma forma de Estado possa produzir efeitos antagônicos como centralização em alguns casos e descentralização em outros? É que, como observou Jonathan RODDEN, há não só variedades de federalismo como de descentralização¹¹⁰, o que recomenda ser mais específico ao testar correlações entre as formas de Estado e seus respectivos graus de (des)centralização. Aliás, essa variação nas características institucionais de Estados federais tem levado alguns autores que conduzem pesquisas empíricas a optarem por uma estratégia mais conservadora que consiste em testar, isoladamente, o efeito de cada um dos elementos que se costuma associar a federalismo sobre um determinado fenômeno de interesse. Assim, já não se veem mais tanto, em pesquisas empíricas recentes, referências à distinção binária entre Estados federais e unitários, mas aos elementos da descentralização, do bicameralismo, da rigidez constitucional etc¹¹¹. Com isso, as variáveis passam a ser: quais políticas públicas ficam nas mãos do governo central e quais ficam nas dos governos regionais, que tipo de decisões cada um desses pode tomar em relação a áreas compartilhadas; as competências do Senado, as regras de eleição de senadores, seu padrão de comportamento; as regras que concernem o processo de reforma constitucional, seu grau de dificuldade e com que frequência ocorrem etc.

É preciso, desde logo, deixar claro que se, no capítulo anterior, a (des)centralização foi tomada como variável independente e as formas de Estados como variáveis dependentes e concluiu-se não ser aquela um bom critério para se distinguir entre Estados federais e unitários, neste capítulo essas serão tomadas como possíveis variáveis independentes e aquela como

¹¹⁰ RODDEN, Jonathan A. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, pp. 9-27, jun. 2005, p. 10.

¹¹¹ “Entre Estados federativos, o papel da Corte Suprema, as regras de composição do Senado, a distribuição da autoridade legislativa entre níveis de governo, o grau de interação do sistema partidário e as regras de aprovação de emendas constitucionais operam e combinam-se de modo tão variado que tornam praticamente sem significado analítico a divisão binária entre estados federativos e unitários (Filippov et al., 2004; Obinger et al., 2005). Nesse caso, um caminho analiticamente útil consiste em desagregar cada uma dessas instituições específicas e examinar sistematicamente seus efeitos.” ARRETCHE, Marta T. S. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012, pp. 77-78.

variável dependente, a fim de se examinar de que modo a escolha da forma de Estado ou, mais especificamente, de seu desenho (já que se admite variações em suas características institucionais) afeta o grau de (des)centralização do Estado.

Poder-se-ia, assim, cogitar haver no mundo, pelo menos, dois tipos de Estados federais: de um lado, aqueles formados por um processo centrípeto – ou do tipo “*coming-together*” para adotar a terminologia de Estados federais, de acordo com seu processo de formação, formulada por Alfred STEPAN¹¹² –, em que o governo central é criado, em comum acordo, pelos governos regionais; e, de outro, aqueles formados por um processo centrífugo – ou do tipo “*holding-together*”, novamente seguindo a terminologia e classificação de STEPAN – em que é aquele que, ao conceder a esses autonomia política, os cria. Prosseguindo: poder-se-ia supor que os primeiros se caracterizariam pela natureza contratual do vínculo que une as partes (leia-se, governos central e regionais) e pelo fato de que o titular do Poder Constituinte originário¹¹³ seriam os Estados (“*We, the States*”) ou o povo desses; ao passo que os segundos se caracterizariam pelo fato de que o vínculo entre esses ter se originado, na realidade, de um ato unilateral, a princípio irreversível, do governo central e de que o titular do Poder Constituinte originário seria o povo (“*We, the People*”) como um todo. Poder-se-ia, ainda, especular que tais diferenças entre os processos de formação se projetassem na estrutura do Estado: com os primeiros manifestando uma preocupação particular em limitar os poderes do recém-criado governo central, por meio da adoção da técnica da enumeração de seus poderes, permanecendo todos os demais poderes com os governos regionais, e da exigência de garantias para a manutenção daquilo que foi entre eles acordado, mediante a previsão de um procedimento agravado para reforma da Constituição e a existência de uma Câmara alta no Poder Legislativo central na qual as regiões estejam representadas; e com os segundos expressando em menor grau essa preocupação. Os diferentes processos de formação dariam conta, assim, de explicar variações institucionais entre os Estados federais, com alguns sendo estruturalmente mais (des)centralizados do que outros, sendo que uma vez estabelecidas as regras institucionais, como observou RODDEN, esses processos ganhariam vida própria¹¹⁴.

¹¹² STEPAN, Alfred. Federalism and democracy: beyond the U.S. model. *Journal of democracy*, vol. 10, n. 4, out. 1999, p. 22.

¹¹³ Nicholas ARONEY & John KINCAID ressaltam a questão da titularidade do Poder Constituinte é relevante para o modo como a Cortes interpretam a Constituição. ARONEY, Nicholas; KINCAID, John (Eds.). *Courts in Federal Countries: federalists or unitarists?* Toronto: University of Toronto Press, 2017, pp. 489-494.

¹¹⁴ RODDEN, Jonathan A. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, pp. 9-27, jun. 2005, p. 17.

Com efeito, embora a Constituição dos EUA de 1787 tenha ganhado notoriedade por, entre outros motivos, invocar o povo em seu preâmbulo, não há como negar que não era o povo e sim os Estados que estavam representados na Convenção da Filadélfia¹¹⁵, que havia sido originalmente convocada com o único propósito de reformar os Artigos da Confederação. Tal fato não passou despercebido pelo grupo dos Antifederalistas, aqueles que se opunham à ratificação da Constituição, como se pode observar do discurso inaugural proferido por Patrick Henry na Convenção de Ratificação da Virgínia: “*Eu tenho a maior veneração por aqueles cavalheiros, mas, senhor, permita-me indagar que direito tinham eles de dizer Nós, o Povo? [...] quem os autorizou a utilizar a linguagem Nós, o Povo no lugar de Nós, os Estados? [...] O povo não lhes deu qualquer poder para falar em seu nome.*”¹¹⁶ Na Constituição dos EUA, como se sabe, adotou-se a técnica da enumeração, na Seção VIII do Artigo I, dos poderes do Congresso Nacional como meio para limitar o governo central que contém, entre outras, as chamadas *Taxing and Spending Clause (General Welfare Clause)*, *Commerce Clause* e *Necessary and Proper Clause*. Por pressão dos Antifederalistas, aprovou-se em 1791 a Décima Emenda, para deixar claro que os poderes que não haviam sido delegados à União pela Constituição, nem vedados aos Estados, estavam reservados a esses (ou ao povo). Além disso, previu-se, no Artigo V, procedimentos para a reforma da Constituição que se, por um lado, não mais exigiam a unanimidade dos Estados como nos antigos Artigos da Confederação, por outro requerem sua ratificação por, pelo menos, três quartos desses (o que hoje significa 38 Estados). Com relação ao Senado, consta que esse foi um dos pontos mais divisivos nos debates da Convenção da Filadélfia, que só teria logrado prosseguir com seus trabalhos após o chamado *Connecticut Compromise* entre Estados grandes e pequenos, por meio do qual se assegurou, na Seção III do Artigo I, representação paritária aos Estados no Senado¹¹⁷ (dois senadores por Estado), sendo-lhes, inclusive, garantido, no artigo referente

¹¹⁵ ARONEY, Nicholas; KINCAID, John (Eds.). *Courts in Federal Countries: federalists or unitarists?* Toronto: University of Toronto Press, 2017, p. 490.

¹¹⁶ Tradução livre para: “*I have the highest veneration for those gentlemen. But, sir, give me leave to demand, what right had they to say, We, The People? [...] who authorised them to speak the language of, We, The People, instead of We, The States? [...] The People gave them no power to use their name.*” HENRY, Patrick. *Opening Speech at Virginia Ratifying Convention*. 4 jun. 1788.

¹¹⁷ Nesse sentido: “*É importante ressaltar, a meu ver, que esses compromissos de representação paritária e de igual posição foram alcançados porque tanto na Convenção da Filadélfia como na Comissão e na posterior Dieta suíças de 1847 aqueles que discutiram e aprovaram os respectivos projetos de Constituição federal eram propriamente representantes de Estados soberanos, que desejavam, certamente, estreitar a união confederal que até então os unia, mas também preservar sua entidade política.*” Tradução livre para: “*Es significativo resaltar, a mi juicio, que estos compromisos de igual representación y de igual posición se alcanzaron porque tanto en la Convención de Filadelfia como en la Comisión y la posterior Dieta suizas de 1847 quienes discutieron y aprobaron los respectivos proyectos de Constitución federal eran propiamente representantes de Estados soberanos, que deseaban, ciertamente, estrechar la unión confederal que les vinculaba hasta el momento, pero*

à reforma constitucional, que nenhum poderia, sem o seu consentimento, ser tolhido de sua igual representação no Senado. Ressalte-se que, nos EUA, os senadores eram, inicialmente, indicados pelas Assembleias Legislativas estaduais, o que só veio a ser modificado em 1913 com a aprovação da Décima Sétima Emenda.

O caso brasileiro parece ser, sob muitos aspectos, o oposto. Aqui, o Estado federal não foi o resultado de uma Constituição aprovada por uma Convenção composta por delegações estaduais e posteriormente ratificada nos Estados, mas sim do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, editado pelo Governo Provisório, quando da Proclamação da República. O art. 2º do referido decreto dispõe que “[a]s províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil.”¹¹⁸ Sabe-se que o projeto de Constituição foi encomendado à chamada “Comissão dos 5” e revisado por Ruy Barbosa, antes de ser submetido à deliberação do Congresso Constituinte cujos membros haviam sido eleitos diretamente, conforme determinavam os Decretos nº 510 e 511/1890. A Constituição de 1891, embora inspirada claramente na Constituição dos EUA¹¹⁹, introduziu algumas atenuações às garantias dos Estados: em matéria de repartição de competências, seguiu-se o modelo estadunidense de enumerar as competências do Congresso Nacional, inclusive com a previsão da chamada cláusula dos poderes necessários, reservando as demais aos Estados (arts. 34.33 e 65, §2º, CR/1891). Chama, desde logo, atenção que a lista de competências privativas do Congresso Nacional era mais extensa e detalhada do que a da Constituição estadunidense e que, diferentemente da *Necessary and Proper Clause*, o termo “adequados” não constava na “versão brasileira”. Agora, as principais atenuações às garantias dos Estados encontravam-se nas disposições relativas à reforma constitucional e à eleição dos senadores. Com efeito, embora a Constituição pudesse ser reformada por iniciativa dos Estados, bastava que a proposta fosse aprovada no Congresso Nacional (art. 90, CR/1891), não havia necessidade de sua ratificação por Estados como nos EUA. Além disso, verifica-se que, embora os Estados tivessem representação paritária no Senado (três senadores por Estado) como nos EUA, esses eram eleitos diretamente e não indicados pelas Assembleias Legislativas estaduais (arts. 30 c/c 28, CR/1891), o que por lá, como se viu, só passou a ocorrer em 1913

también mantener su entidad política.” ALBERTI ROVIRA, Enoch. La representación territorial. *Fundamentos: cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n. 3, 2004, p. 26.

¹¹⁸ BRASIL. Decreto nº 1. Rio de Janeiro: Governo Provisório, 16 nov. 1889.

¹¹⁹ “[...] a Constituição americana é, hoje, como em 1789, um modelo de atualidade [...]; e não pode deixar de considerar-se para as nações deste continente, o grande manancial da democracia federativa.” BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. XVII, t. I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946. p. 152.

com a aprovação da Décima Sétima Emenda. Ressalte-se somente que, como se pode observar do Decreto nº 914-A/1890, o Projeto de Constituição que foi enviado ao Congresso previa originalmente a indicação dos senadores pelas legislaturas estaduais, o que parece realmente demonstrar a influência das escolhas pretéritas (eleição direta para os Constituintes) no resultado.

Mas se eram realmente os Estados que estavam representados na Convenção da Filadélfia e que foi nesses que a Constituição foi ratificada, como explicar que se tenha chegado, ainda que por maioria e não por unanimidade, a um documento que estabelecia um governo central mais robusto do que, a princípio, aqueles estavam dispostos a aceitar? Segundo Michael J. KLARMAN, isso se explicaria pela sobrerrepresentação dos nacionalistas na Convenção, que seria decorrência do fato de que esses não foram eleitos e sim indicados pelas Assembleias Legislativas, que teriam selecionado cidadãos notáveis, para compor suas delegações estaduais, e do fato de que muitos daqueles que provavelmente se oporiam à vertente nacionalista na Convenção, como o próprio Patrick Henry, declinaram do convite¹²⁰. Em todo caso, não há como se duvidar de que o fato de que eram os Estados que estavam ali representados forçou compromissos entre Estados maiores e menores que atenuaram o caráter ainda mais nacionalista do Plano da Virgínia, que William H. RIKER classificou de unitarista¹²¹, dando origem a muitas das instituições que hoje são associadas ao federalismo. Além disso, a história demonstrou que, como palavras escritas em um documento demandam interpretação, a técnica da enumeração dos poderes do Congresso Nacional na Constituição não se mostrou eficaz para conter, por muito tempo, o avanço dos poderes do governo central e a Suprema Corte desempenharia um papel chave nesse processo (embora não se possa dizer que tenha sido aquela que o impulsionou, esse só se consolidou com o seu aval). Portanto, assumir-se que Estados federais do tipo “*coming-together*”, em que o titular do Poder Constituinte originário não seria, a princípio, o povo e sim os Estados (afinal, ainda não haveria um só povo e sim vários), sejam necessariamente mais descentralizados do que os do tipo “*holding-together*”, em que o titular do Poder Constituinte originário seria o povo (afinal, esse preexistiria à criação do Estado federal), parece uma grande simplificação.

Explicações monocausais para fenômenos complexos são sempre muito controversas e não parece haver razão para se supor que não seja esse o caso quando se trata das relações

¹²⁰ KLARMAN, Michael J. *The Framers' Coup: the making of the United States Constitution*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 248.

¹²¹ RIKER, William H. The invention of centralized federalism. In: RIKER, William H. *The development of American Federalism*. Norwell: Kluwer Academic Publishers, 1987, pp. 22-23; 40

entre Estados federais e (des)centralização. Fosse assim tão simples, bastaria classificar ambos os tipos de Estados federais em uma variável *dummy* e testar se há correlação com o grau de (des)centralização que é nesses observado (embora medir descentralização tenha se mostrado, em si, um desafio, já que grande parte das *proxies* adotadas parece revelar somente uma faceta do fenômeno, nem sempre a mais relevante). Como observou RODDEN, não só os Estados federais exibem variações em seus arranjos institucionais, como os processos de descentralização têm revelado diferentes dinâmicas, que dificilmente se aproximam da definição encontrada nos manuais, segundo a qual uma ou algumas áreas de política pública são transferidas *in totum* do governo central para os regionais¹²². Com efeito, Alfred STEPAN afirma que “[o] *que importa levar em conta é que pode haver descentralização sem o poder federal abrir mão da sua competência legislativa e da autoridade fiscalizadora.*”¹²³ Assim, ao que tudo indica, não é apenas um e sim vários fatores institucionais que são relevantes para explicar os processos de centralização e descentralização estatais, sendo que o modo como esses diversos fatores são combinados entre si importa. Por ora, o desafio consiste em desenvolver uma classificação que leve em consideração as variedades de Estados federais e que, ao mesmo tempo, incorpore os fatores institucionais associados a federalismo que a literatura empírica identificou como relevantes para explicar os processos de centralização e de descentralização.

STEPAN parece ter encarado esse desafio, ao classificar os Estados federais democráticos (o que deve soar redundante, haja vista que os Estados federais que degeneram em ditaduras sacrificam a autonomia dos governos regionais e, conseqüentemente, deixam de ser federais) em *demos constraining* e *demos enabling*. Por *demos constraining*, ele se refere a Estados federais que restringem a capacidade do povo de todo o país (*demos*), em oposição aos povos das diversas regiões (*demoi*)¹²⁴, de tomar decisões, seja flexibilizando o princípio democrático do “um homem, um voto”, mediante a sobre-representação de Estados menos populosos no Poder Legislativo central, particularmente no Senado, seja retirando áreas de política pública do alcance do governo central, por meio da repartição de competências, o que ressalta a importância das Constituições. Por outro lado, ele admite que a existência de partidos políticos disciplinados que priorizem os interesses do *demos* sobre os dos *demoi*

¹²² RODDEN, Jonathan A. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, pp. 9-27, jun. 2005, p. 10.

¹²³ STEPAN, Alfred. Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: Federações que restringem ou ampliam o poder do Demos. *Dados*, vol. 42, n. 2, 1999. Artigo não paginado.

¹²⁴ STEPAN, Alfred. Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: Federações que restringem ou ampliam o poder do Demos. *Dados*, vol. 42, n. 2, 1999. Artigo não paginado.

poderia reverter essa tendência. Como se vê, no fundo, ele está examinando em que medida o “*We, the States*” restringe o “*We, the People*”. Para o autor, todos os Estados federais seriam, em certa medida, *demos constraining*, uma vez que compartilham, ainda que com variações, esses elementos institucionais; por isso, sua classificação dos Estados federais democráticos não seria binária e sim um *continuum*, que iria dos mais *demos constraining* aos mais *demos enabling*¹²⁵. A seu ver, o Brasil seria o Estado federal mais *demos constraining* no mundo¹²⁶. Marta ARRETCHE, no entanto, em uma pesquisa empírica a respeito do comportamento dos senadores na votação das principais reformas que envolveram interesse federativo ao longo dos anos 1990 e 2000, constatou que, de modo geral, não há coesão das bancadas estaduais no Senado, pelo que não haveria que se falar que no Brasil as regiões constriam o centro¹²⁷. Assim, para a autora, o Brasil, longe de ser um caso extremo de Estado federal *demos constraining*, deveria ser classificado como *demos enabling*¹²⁸.

Como há variedades de Estados federais e não há motivos para se supor que não haja também variedades de Estados unitários, a distinção binária entre esses não permite explicar variações nos indicadores de (des)centralização, pelo que se deve refutar qualquer explicação monocausal que procure derivar única e exclusivamente da escolha dessa ou daquela forma de Estado o resultado em um ou outro sentido. Além disso, enquanto a literatura não desenvolver uma classificação das variedades de Estados federais, que leve em consideração as variáveis que se mostraram relevantes para explicar esses processos, a saída parece realmente ser, como observa ARRETCHE, desagregar os fatores institucionais associados ao conceito de federalismo e testar como esses afetam os processos de centralização e de descentralização estatais:

“Desenvolvimentos recentes da análise comparada postularam não ser possível derivar resultados do processo decisório diretamente do federalismo per se. Esses só poderiam ser compreendidos em sua interação com outras instituições políticas (Gibson, 2004; Obinger et al., 2005). [...] Entre os estados federativos, o papel da Suprema Corte, as regras de composição do Senado, a distribuição da autoridade legislativa entre níveis de governo, o grau de integração do sistema partidário e as regras para aprovação das emendas constitucionais operam e combinam-se de modo tão variado que tornam praticamente sem significado analítico a divisão

¹²⁵ STEPAN, Alfred. Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: Federações que restringem ou ampliam o poder do Demos. *Dados*, vol. 42, n. 2, 1999. Artigo não paginado.

¹²⁶ STEPAN, Alfred. Brazil’s decentralized federalism: bringing government closer to the citizens? *Daedalus*, vol. 129, n. 2, primavera, 2000, p. 147.

¹²⁷ ARRETCHE, Marta T. S. Quando instituições federativas fortalecem o governo central? In: HOCHMAN, Gilberto & FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). *Federalismo e políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, p. 83.

¹²⁸ ARRETCHE, Marta T. S. Quando instituições federativas fortalecem o governo central? In: HOCHMAN, Gilberto & FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). *Federalismo e políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, p. 68

*binária entre Estados federativos e unitários (Filippov et al., 2004; Obinger et al., 2005). Nesse caso, um caminho analiticamente útil consiste em desagregar cada uma dessas instituições específicas e examinar sistematicamente seus efeitos.”*¹²⁹

Partindo da premissa de que federalismo e descentralização não se confundem, supõe-se aqui que diversos fatores – alguns de caráter institucional, outros não – sejam relevantes para explicar esses processos. Dos fatores que se supõe sejam relevantes para os processos de centralização ou de descentralização do Estado, examinar-se-á aqui somente aqueles de caráter institucional que guardem relação com federalismo, como as técnicas adotadas para a repartição de competências entre os entes federativos, a existência de uma Câmara alta no Poder Legislativo nacional com a missão de representar os Estados, o grau de rigidez constitucional e a blindagem da forma de Estado em uma cláusula pétrea, bem como a existência de um Tribunal com a missão de zelar pelo cumprimento da Constituição e que possua a última palavra em matéria constitucional, sem se desprezar, é claro, a importância do sistema de partidos políticos. Supõe-se aqui que cada um desses fatores possa ter um efeito diferente sobre processos diferentes; aliás, alguns podem ser adotados com vistas a contrabalançar o efeito esperado de outros. É preciso reconhecer, ainda, que os Constituintes têm uma capacidade limitada para antever os efeitos dos fatores por eles adotados, sendo que alguns fatores se desenvolvem à margem das previsões constitucionais, como foi o caso dos partidos políticos nos EUA, conforme observou Bruce ACKERMAN¹³⁰. Supõe-se, ainda, que a forma como esses fatores foram combinados e interagem entre si pode ter o efeito de atenuar ou intensificar a importância relativa de cada um deles, assim a adoção de um método agravado de reforma da Constituição pode ter o efeito de potencializar a importância da Suprema Corte para a mudança constitucional.

Pois bem, dos fatores institucionais associados ao federalismo que se supõe sejam relevantes para os processos de centralização e de descentralização estatais, provavelmente o mais evidente de todos seja aquele relativo à repartição de competências. Nesse sentido, Raul Machado HORTA observa que essa pode levar à “[...] *centralização, concentrando na Federação ou União a maior soma de poderes, ou conduzir à descentralização, reduzindo os poderes federais e ampliando os poderes estaduais, ou [...] dosar as competências federais e estaduais, de modo a instaurar na Constituição federal o equilíbrio [...]*”¹³¹. Com efeito, como,

¹²⁹ ARRETCHE, Marta T. S. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012, pp. 77-78.

¹³⁰ ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of the presidential democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 5.

¹³¹ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 310.

em Estados federais, há mais de um ente (por vezes, há três) atuando sobre um mesmo território e uma mesma população, é preciso que haja uma divisão de tarefas entre esses. Assim, quanto mais atribuições forem encarregadas ao ente central ou submetidas a seu controle, mais centralizado será o Estado federal; do mesmo modo, quanto mais atribuições forem deixadas aos entes subnacionais ou retiradas do controle do ente central, mais descentralizado aquele será. Pondo nos termos do modelo de STEPAN, quanto mais numerosas forem as áreas de política pública reservadas aos governos regionais e subtraídas do alcance do central, mais *demos constraining* ou menos *demons enabling* (já que se trata de um *continuum*) será o Estado federal. Esse aspecto é estudado, na Ciência Política, pela chamada “teoria das jurisdições” e envolve basicamente a dimensão da *self-rule*. Essa abordagem costuma enfatizar a importância das disposições previstas na Constituição para explicar os processos de centralização e de descentralização estatais, embora, como se verá adiante, nem tudo se possa explicar pela mera leitura de textos constitucionais.

Aqui, aos menos, dois elementos costumam ser analisados: qual foi a técnica adotada para repartir as competências entre os entes federativos e quais foram, especificamente, as competências atribuídas a cada um desses. Ressalte-se somente que não necessariamente a repartição de competências se restringe ao conjunto de disposições constitucionais localizado na parte da Constituição (título, capítulo ou seção) especialmente dedicada a esse fim. Afinal, pode haver, ao longo do texto constitucional, disposições esparsas que interfiram, de maneira inequívoca, na dinâmica de poderes entre os entes federativos. Além disso, como se verá mais adiante, a repartição de competências também pode ser influenciada por concepções de federalismo, como o federalismo dual, cooperativo ou de equilíbrio, que não necessariamente se encontram previstas expressamente na Constituição. Pois bem, a classificação convencional das técnicas de repartição de competências costuma levar em consideração o número de listas previstas no texto constitucional: o modelo dos EUA, dito “clássico”, contém somente uma lista de poderes da União que é completada por uma cláusula de poderes residuais em favor dos Estados; o modelo canadense, por sua vez, já contém duas listas de competências, sendo uma para a União e outra para os Estados, incluindo uma cláusula de poderes residuais agora em favor da União; e, por fim, o modelo austríaco contém três listas de competências, a primeira relaciona as áreas de legislação e execução da União, a segunda as de legislação da União e execução pelos Estados e a terceira as de legislação de princípios da União e legislação de implementação e execução pelos Estados. A Constituição brasileira vigente, como se sabe, combina diferentes técnicas de repartição de competências, pelo que contém

mais de uma lista: uma com as áreas de execução da União (art. 21, CR); outra com as matérias de legislação da União (art. 22, CR); outra com as áreas de execução comum a todos os entes federativos (art. 23, CR); outra com as matérias de legislação de “normas gerais” da União e “suplementar” dos demais entes federativos (art. 24, CR); a previsão de algumas competências de execução e de legislação dos Estados, completada por uma cláusula de poderes residuais em favor desses (art. 25, §1º, CR); outra lista com as áreas de execução e as matérias de legislação dos Municípios (art. 30, CR); sem contar a previsão de algumas competências dispersas ao longo do texto constitucional.

Mas não se deve exagerar a importância da técnica adotada: afinal, como observou Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA, a enumeração de poderes na Constituição de 1787 não foi páreo para conter o avanço dos poderes da União nos EUA: “A *técnica* [...] *típica do federalismo clássico, por sua lógica, deveria acentuar, ao longo do tempo, a proeminência dos Estados a que se reservaram todos os poderes não delegados à União e não proibidos aos Estados pela Constituição. Não foi o que a realidade comprovou.*”¹³² Dois fatores costumam ser mencionados para explicar esse resultado: primeiro, a previsão de cláusulas abertas, como a *Commerce Clause* e a *Necessary and Proper Clause*, que permitiram a expansão da esfera de competências da União (a rigor, ao conter tais cláusulas abertas, a Constituição não enumera de fato os poderes da União, ao menos não no sentido de estabelecer um rol taxativo, em oposição a um meramente exemplificativo¹³³); e, segundo, a transição do chamado federalismo dual para o cooperativo, sobretudo a partir das políticas públicas do *New Deal* para o enfrentamento da Grande Depressão, que levou a uma transformação das funções desempenhadas tanto pela União como pelos Estados, com um maior entrelaçamento das relações intergovernamentais. Segundo Edward S. CORWIN, o primeiro seria caracterizado pelo fato de que o governo nacional, limitado em seus poderes e objetivos, e os Estados seriam independentes em suas esferas de competência, chegando mesmo a rivalizar entre si, ao passo que no segundo “[...] *o governo nacional e os estados são partes complementares*

¹³² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 24-25; 34.

¹³³ Para Bernard SCHWARTZ, a União continua sendo um governo de poderes enumerados, só não seria um de poderes expressamente enumerados: “*No entanto, não se deve pensar, com base no que foi dito acima, que a autoridade federal na Constituição americana é limitada àquela expressamente concedida naquele documento. Embora o Governo Federal seja um governo de poderes enumerados, sua autoridade não está descrita nos mínimos detalhes, e ele é reconhecido como possuindo não simplesmente aqueles poderes a ele dados específica e expressamente, mas também aqueles necessários e apropriados para o efetivo exercício de tais poderes expressos.*” SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual: uma visão contemporânea*. Trad. Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 14.

de um mecanismo único de governo, cuja totalidade dos poderes destina-se a realizar os objetivos atuais do governo, segundo sua aplicabilidade ao problema em questão.”¹³⁴

A julgar pelo testemunho de CORWIN, essa passagem teria se dado à margem do texto constitucional e com a chancela da Suprema Corte: “*Essas características do sistema federal americano não só nunca foram alteradas por emenda constitucional [...], como nos últimos anos nenhuma foi afetada diretamente pela interpretação judicial das palavras da Constituição [...].*”¹³⁵ CORWIN chega a questionar que foi que teria ocorrido, nos EUA, com a doutrina dos poderes enumerados¹³⁶ do federalismo dual e chama atenção para o fato de que o federalismo cooperativo induz, na realidade, centralização: “[...] *que o ‘federalismo cooperativo’ implica mais crescimento do poder nacional. Sem dúvida, ele implica pois, quando dois cooperam, é o membro mais forte da combinação que dá as ordens.*”¹³⁷

Embora K. C. WHEARE tenha ressaltado as dificuldades operacionais que a previsão de mais de uma lista de competências na Constituição costuma supor¹³⁸, a verdade é que o número de listas não parece ser o critério mais adequado para classificar as técnicas de repartição de competências. Melhor seria classificá-las segundo o critério adotado para repartir as competências: o modelo dos EUA é mais simples, pois utiliza como critério para a divisão por áreas ou matérias que compreendem tanto as atividades de legislação como de execução, enquanto o modelo austríaco é mais complexo, na medida em que distingue as atividades estatais de legislação e de execução, bem como de legislação de princípios e legislação de implementação. ARRETCHE alude à distinção entre *policy decision-making* e *policy-making* (ou seja, entre regulação e execução das políticas públicas, respectivamente), para chamar atenção que a descentralização do *policy decision-making* não é uma decorrência necessária da opção pela descentralização do *policy-making*¹³⁹. Sendo assim, é perfeitamente possível que haja descentralização somente da execução das políticas públicas, com a União

¹³⁴ Tradução livre para: “*According to this conception, the National Government and the States are mutually complementary parts of a single governmental mechanism all of whose powers are intended to realize the current purposes of government according to their applicability to the problem in hand.*” (grifos do original) CORWIN, Edward. S. The passing of Dual Federalism. *Virginia Law Review*, vol. 36, n. 1, fev. 1950, p. 19.

¹³⁵ Tradução livre para: “*Not only have these features of the American Federal System never been altered by constitutional amendment in any way that requires our attention, none has within recent years been directly affected by judicial interpretation of the words of the Constitution in a way that need interest us.*” CORWIN, Edward. S. The passing of Dual Federalism. *Virginia Law Review*, v. 36, n. 1, fev. 1950, p. 3.

¹³⁶ CORWIN, Edward. S. The passing of Dual Federalism. *Virginia Law Review*, vol. 36, n. 1, fev. 1950, p. 8.

¹³⁷ Tradução livre para: “[...] *that ‘Cooperative Federalism’ spells further aggrandizement of national power. Unquestionably it does, for when two cooperate it is the stronger member of the combination who calls the tunes.*” CORWIN, Edward. S. The passing of Dual Federalism. *Virginia Law Review*, vol. 36, n. 1, fev. 1950, p. 21.

¹³⁸ WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 78.

¹³⁹ ARRETCHE, Marta T. S. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012, pp. 96.

ainda tomando as decisões relevantes e relegando Estados e Municípios à posição de meros executores:

*“A distinção analítica entre quem regula (policy decision-making) e quem executa (policy-making) é essencial para examinar a propalada autonomia dos governos subnacionais no Brasil. A interpretação de que estes são excessivamente autônomos está baseada na indistinção conceitual entre policy-making e policy decision-making. Assume-se que os governos subnacionais têm autonomia sobre suas próprias políticas porque sua execução foi descentralizada e porque governos subnacionais têm uma participação importante na receita e nos gastos nacionais. O fato é que estas últimas não são condição suficiente para a autonomia decisória. A distinção conceitual entre ‘quem delibera’ e ‘quem executa’ autoriza interpretação distinta dos mecanismos verticais de operação do Estado federativo brasileiro. A regulação federal afeta decisivamente o modo como as políticas descentralizadas são executadas.”*¹⁴⁰

Nesse contexto, indicadores que medem somente a participação dos entes subnacionais no total do gasto governamental não seriam realmente boas *proxies* para descentralização das políticas públicas. Analisando o conjunto de reformas que foram aprovadas nos anos 1990 que foi interpretada, por alguns autores, como um movimento de “recentralização” do Estado brasileiro, ARRETCHE concluiu que essas se deram no marco da Constituição vigente, portanto não haveria que se falar em ruptura com um suposto modelo constitucional original descentralizado: *“Na verdade, as interpretações sobre a CF 88 maximazaram seus aspectos descentralizadores, ignorando inteiramente a extensão em que seus formuladores adotaram princípios centralizadores e mantiveram, na esfera da União, decisões que diziam respeito ao modo como os governos territoriais executariam suas próprias políticas.”*¹⁴¹

O segundo fator institucional que se supõe relevante para os processos de centralização e de descentralização estatais diz respeito ao papel desempenhado, em Estados federais, pela Câmara alta do Poder Legislativo central. Assim como os demais elementos institucionais que se costuma associar a federalismo, também pode haver bicameralismo em Estados unitários, porém nesses sua função costuma cingir-se a resfriar o debate, retardando a tramitação de projetos de lei ou de propostas de emenda constitucional, ao acrescentar uma segunda arena na qual essas precisam ser deliberadas e votadas antes de serem aprovadas. Para que possa exercer essa função moderadora, costuma-se estabelecer requisitos mais exigentes para que um candidato possa se qualificar a concorrer ao cargo de senador, como uma idade mínima mais elevada. Também costuma-se evitar que as duas Câmaras do Poder Legislativo central sejam inteiramente renovadas em um mesmo pleito; afinal, se as preferências dos membros

¹⁴⁰ ARRETCHE, Marta T. S. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012, pp. 19-20.

¹⁴¹ ARRETCHE, Marta T. S. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012, p. 72.

de ambas as Casas coincidirem ou forem praticamente as mesmas, não se deve esperar que a deliberação feita em uma seja muito diferente da feita na outra. Em Estados federais, além da função moderadora que caracteriza as Câmaras altas em geral, o Senado desempenha uma função especial: a chamada representação territorial¹⁴². Entende-se que essa função decorreria do fato de que seus membros são eleitos quer diretamente pela população do Estado quer indiretamente por seus representantes na Assembleia Legislativa ou pelo governo. Por isso, quando, segundo as regras para eleição dos representantes da Câmara baixa definirem o Estado como distrito eleitoral, essa também pode exercer, em certo sentido, uma função de representação territorial¹⁴³, ainda que não tenha sido concebida para tanto. De todo modo, por haver uma Câmara no seio do Poder Legislativo central em que estes estão representados, costuma-se dizer que os Estados participariam da formação da chamada vontade federal, na medida em que, em sistema bicamerais, a tramitação de uma lei ordinária ou de uma emenda à Constituição costuma passar por ambas as Casas. Agora, a importância dessa participação varia em função das competências que são atribuídas especificamente ao Senado e da posição de que esse desfruta em relação à Câmara baixa de representação popular.

Enoch ALBERTI ROVIRA no artigo “*La representación territorial*” publicado na Revista *Fundamentos* em 2004, parte da premissa de que a representação territorial seria uma mitigação à representação nacional¹⁴⁴ (ou seja, teria propriedades *demos constraining* nos termos de STEPAN) e ressalta a grande diversidade de Câmaras altas existentes no mundo no que diz respeito a sua estrutura e funções, a ponto de não se poder falar em um modelo de Senado em Estados federais¹⁴⁵. De acordo com os achados de sua pesquisa, o *Bundesrat*

¹⁴² “*Toda representación tem una base territorial e nenhuma é propriamente territorial em sentido estrito. Com efeito, é evidente que, de um lado, qualquer processo de designação de representantes políticos opera sobre una base territorial predeterminada, que contribui de maneira essencial à própria definição do sujeito representado. [...] Por outro lado, o sujeito representado é sempre uma comunidade de cidadãos, nunca um território, desprovido ou independentemente do povo que nele vive. A representação pode se referir a uma certa organização dessa comunidade de cidadãos ou de pessoas.*” Tradução livre para: “*Toda representación tiene una base territorial, y ninguna es propiamente territorial en sentido estricto. En efecto, resulta claro que, por una parte, cualquier proceso de designación de representantes políticos opera sobre un marco territorial predeterminado, que contribuye de manera esencial a la propia definición del sujeto representado. [...] Pero por otra parte, el sujeto representado es siempre una comunidad de ciudadanos, nunca un territorio, desprovisto o con independencia del pueblo que en él se asienta. La representación puede referirse a una cierta organización de esta comunidad de ciudadanos o de personas [...]*” ALBERTI ROVIRA, Enoch. *La representación territorial. Fundamentos: cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n. 3, 2004, p. 2.

¹⁴³ ALBERTI ROVIRA, Enoch. *La representación territorial. Fundamentos: cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n. 3, 2004, p. 10.

¹⁴⁴ ALBERTI ROVIRA, Enoch. *La representación territorial. Fundamentos: cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n. 3, 2004, pp. 6-7.

¹⁴⁵ “[...] *cada sistema, em função de suas próprias tradições, de sua história, de suas necessidades, de seu contexto institucional geral e dos equilíbrios políticos sobre os quais se sustenta, acaba realizando um dado desenho de*

alemão seria o que melhor realizaria a função de representação territorial (obteve 21 pontos em uma escala que vai até 25): o fator decisivo para esse resultado foi o fato de que, nesse, os representantes dos *Länder* recebem instruções de seus governos e votam em bloco. Os Senados da Austrália, EUA e Suíça ficaram em segundo lugar (obtiveram 19 pontos), em virtude da representação paritária dos Estados e da posição da segunda Câmara em relação à primeira ao processo legislativo (simetria). Essa pesquisa parece, de certo modo, refletir uma tendência na literatura a considerar o *Bundesrat* alemão como o modelo mais forte, em termos comparados, de Câmara de representação territorial.

Enfim, assim como a rigidez constitucional, a participação dos Estados na formação da vontade federal é tida como uma garantia contra eventuais usurpações das prerrogativas dos entes regionais pelo central, embora isso vá realmente depender de uma série de fatores, inclusive, como se verá adiante, a influência da disciplina partidária no comportamento dos senadores. A capacidade de os Estados impedirem, na segunda Câmara (e, no caso de o distrito eleitoral para a eleição dos deputados corresponder aos Estados, também na primeira) a aprovação de um projeto de lei ou de uma proposta de emenda constitucional contrários a seus interesses, é estudada, na Ciência Política, pela chamada “teoria dos atores com poder de veto” e envolve a dimensão da *shared rule*. Assim, se as bancadas de um conjunto de Estados que tenham preferências semelhantes possuem votos suficientes para impedir a aprovação de uma medida no Senado, de acordo com o quórum de aprovação previsto para aquela espécie legislativa, então esse bloco pode vir a se comportar como um ator com poder de veto. Pondo nos termos do modelo de STEPAN, quanto maior for a capacidade de Estados pouco populosos formarem um bloco para obstruir a aprovação de uma medida no Poder Legislativo central, mais *demos constraining* será o Estado federal. Mas isso vai depender realmente de diversos fatores institucionais, como as regras de composição da Câmara alta, se a representação dos Estados é paritária ou proporcional a suas respectivas populações (e também da Câmara baixa, quando se prevê “pisos e tetos” para representação dos Estados), e não institucionais, como as características da *polity* em questão, o número de Estados por região, supondo é claro que os Estados de uma mesma região compartilhem interesses

sua segunda Câmara parlamentar e configurando um dado modo de fazer presentes seus entes territoriais no processo de formação da vontade federal.” Tradução livre para: “[...] cada sistema, en función de sus propias tradiciones, de su historia, de sus necesidades, de su contexto institucional general y de los equilibrios políticos sobre los que se fundamenta, acaba realizando un determinado diseño de su segunda cámara parlamentaria y configurando un determinado modo de hacer presentes sus entidades territoriales en el proceso de formación de la voluntad federal.” ALBERTI ROVIRA, Enoch. La representación territorial. *Fundamentos: cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n. 3, 2004, p. 17.

comuns, e a sua respectiva população. Acima de tudo: isso vai depender de se as bancadas estaduais no Senado (e, mesmo, na Câmara) de fato se comportam de forma coesa, o que não pode ser simplesmente assumido como um dado, precisa ser confirmado.

Um dos motivos pelos quais STEPAN classificou o Brasil como um caso extremo de Estado federal do tipo *demos constraining* é o de que a representação paritária dos Estados no Senado, combinada com “os pisos e tetos” de sua representação na Câmara dos Deputados, produziria uma representação altamente desproporcional do população dos Estados (*demoi*) relativamente à população do país (*demos*) no Congresso Nacional¹⁴⁶. Segundo ele, Estados que detêm somente 13% da população do país reúnem mais de 50% dos assentos no Senado e que, a depender do quórum de aprovação da espécie legislativa, senadores representando somente 9% da população do país teriam poder para vetar a aprovação de uma reforma proposta pelo governo central¹⁴⁷. Isso seria particularmente relevante, no caso brasileiro, que seguiria o modelo dos EUA de simetria entre as duas Casas, e em que não haveria área de política pública imune à tramitação no Senado, havendo inclusive importantes áreas de competência exclusiva do Senado¹⁴⁸. Ao analisar o comportamento dos senadores na votação de sessenta PECs de interesse federativo entre os anos 1989 e 2008, ARRETCHE conclui que:

“[...] a coesão das bancadas estaduais de senadores revelou ser sistematicamente baixa. São bancadas partidárias coesas que caracterizam o comportamento parlamentar no Senado. O efeito esperado do federalismo não afetou de modo significativo a coesão das bancadas partidárias nacionais. Esse, na verdade, tem um resultado apenas marginal. Com efeito, a baixa coesão das bancadas estaduais de senadores está associada à coesão das bancadas partidárias. Senadores de um mesmo estado votam divididos porque são disciplinados por seu pertencimento partidário. Isso significa que a aprovação ou rejeição de matérias legislativas no Senado é explicada pelo poder de veto dos partidos, e não dos interesses regionais. Nesse caso, não são os estados que estão representados no Senado. Antes, são os partidos que estão representados através de distritos estaduais.”¹⁴⁹

Assim, embora STEPAN tivesse razão quanto à caracterização do Senado brasileiro como uma arena de veto (mesmo que o autor não empregue esse termo), ele não parece ter considerado os efeitos *demos enabling* do sistema de partidos políticos no Brasil, que de fato tem o potencial de contornar os efeitos *demos restraining* da regra da desproporção em ambas as Casas. Isso parece corroborar a conclusão de William H. RIKER de que,

¹⁴⁶ STEPAN, Alfred. Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: Federações que restringem ou ampliam o poder do Demos. *Dados*, vol. 42, n. 2, 1999. Artigo não paginado.

¹⁴⁷ STEPAN, Alfred. Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: Federações que restringem ou ampliam o poder do Demos. *Dados*, vol. 42, n. 2, 1999. Artigo não paginado.

¹⁴⁸ STEPAN, Alfred. Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: Federações que restringem ou ampliam o poder do Demos. *Dados*, vol. 42, n. 2, 1999. Artigo não paginado.

¹⁴⁹ ARRETCHE, Marta T. S. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012, pp. 140-141.

uma vez formados, o que realmente importa nos Estados federais seria, em última análise, o sistema de partidos políticos¹⁵⁰, ao menos na dimensão da *shared rule*.

O terceiro fator institucional associado ao federalismo que se supõe relevante para a (des)centralização é o grau de rigidez constitucional. Assim como o bicameralismo, essa não é uma característica exclusiva de Estados federais, ou seja, que por si só permita distingui-los de Estado unitários, haja vista que nesses também se encontram Constituições rígidas. A diferença é que, naqueles, a rigidez constitucional desempenha uma função especial: como, em Estados federais, a repartição de competências é realizada na Constituição, deve haver alguma proteção contra reforma unilateral dessa por parte de um dos entes federativos, em geral pela vontade exclusiva do ente central. Dado que os entes regionais estão, direta ou indiretamente, envolvidos no procedimento de reforma constitucional, essa impede que a repartição de competências possa vir a ser modificada sem o seu consentimento. Ressalte-se que a rigidez constitucional não impede que sejam feitas modificações na repartição de competências, somente que essas sejam feitas sem a aquiescência dos Estados, tampouco requer unanimidade como nas Confederações de Estados. Em suma, em Estados federais, a rigidez constitucional é um meio para a proteção da *self-rule* por meio da *shared rule*. Nota-se aqui claramente a presença da concepção contratual de Constituição que permeia os Estados federais do tipo *coming-together*, na linguagem de STEPAN, nos quais foram os entes regionais que criaram o central, e em que seriam os Estados (“*We, the States*”) ou o povo desses os titulares do Poder Constituinte originário. Ressalte-se que, conforme disposto no Artigo V da Constituição dos EUA, uma proposta de emenda constitucional precisa ser submetida à ratificação de, pelo menos, três quartos das legislaturas estaduais ou de convenções de ratificação nos Estados. Em Estados federais do tipo *holding-together*, como o Brasil, em que é o ente central que, ao conceder-lhes autonomia política, “cria” os regionais ou em que é o povo (“*We, the People*”) como um todo o titular do Poder Constituinte originário, essa concepção contratual da Constituição estaria muito menos presente, senão completamente ausente. Nunca é demais ressaltar que essa visão não passa de uma simplificação (afinal, ao que tudo indica, a ratificação de emendas constitucionais pelos Estados parece ser uma singularidade dos EUA), mas que parece ser bastante ilustrativa para descrever variações entre os Estados federais.

¹⁵⁰ RIKER. William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, p. 136.

Segundo o critério formal de classificação das Constituições formulado por James Bryce, rígida é aquela Constituição que não pode ser modificada pelo mesmo procedimento de modificação de uma lei ordinária. Diferentemente de uma lei ordinária que, como se sabe, pode ser modificada simplesmente com a aprovação de uma nova lei ordinária que a modifique, não se pretende que só se possa modificar uma Constituição aprovando uma nova, o que ocasionaria instabilidade constitucional. Na realidade, o que se exige é que essa própria preveja um procedimento diferenciado e mais agravado de reforma do que aquele previsto para aprovação de uma lei ordinária. Como se vê, a rigidez decorre de outra característica constitucional: a supremacia da Constituição em relação ao restante do ordenamento jurídico. No positivismo jurídico, a supremacia é representada pela metáfora da pirâmide escalonada em níveis hierárquicos, com a Constituição ocupando o estrato mais elevado. Isso significa que a Constituição é, diretamente, o fundamento de validade das chamadas fontes primárias e, indiretamente, das fontes secundárias. Para não obstaculizar a adaptação e evolução da Constituição aos novos tempos, é recomendável que essa rigidez não seja absoluta ou de grau máximo, ou seja, que não seja possível modificar a Constituição, ao menos não em relação a todo o documento constitucional, porque isso implicaria petrificá-la e subtrair suas decisões da disposição das gerações futuras. Com relação a algumas dessas decisões, no entanto, por considerá-las ínsitas à própria ordem jurídica instaurada pela Constituição, o Constituinte pode haver por bem fazê-lo, daí a noção de cláusulas pétreas. É o caso da escolha da forma de Estado no Brasil na Constituição vigente, que se encontra blindada em uma cláusula pétrea (art. 60, §4º, I, CR), o que significa que essa se encontra protegida contra PECs tendentes a aboli-la, o que não obsta, evidentemente, modificações na repartição de competências, alterando o perfil do Estado federal no sentido da centralização ou da descentralização, a não ser que essa modificação implique de fato sua transformação em um Estado unitário.

Mas, por detrás do conceito de rigidez constitucional, depara-se empiricamente com uma variação considerável entre as Constituições no que diz respeito a seu grau de rigidez: algumas possuem um grau bem mais elevado do que outras, ou seja, preveem procedimentos muito mais complexos do que aqueles previstos para a aprovação de uma lei, como a necessidade de ratificação pelas Assembleias Legislativas estaduais, sua confirmação em um referendo ou, ainda, a dissolução do Parlamento, convocação de novas eleições e sua confirmação pelo novo Parlamento, o que certamente agrega custos ao processo de reforma, dificultando na prática sua modificação. Donald S. LUTZ, no artigo “*Toward a theory of*

constitutional amendment” publicado na *American Political Science Review* em 1994, contrastou as Constituições estaduais dos EUA, com 32 Constituições de diversos países, com vistas a testar uma série de correlações com base na taxa de emendamento constitucional, ou seja, no número médio de emendas constitucionais aprovadas anualmente desde a edição de uma dada Constituição¹⁵¹. As principais hipóteses que o autor formulou foram: primeiro, que quanto mais extensa for uma Constituição (medida em número de palavras), maior será sua taxa de emendamento; e, segundo, que quanto mais rígida for uma Constituição (medida por meio de um índice de dificuldade), menor será sua taxa de emendamento. Os resultados indicaram, de fato, uma forte correlação entre essas variáveis, o que parece corroborar ambas as hipóteses¹⁵².

Mas a maior contribuição da pesquisa de LUTZ para o que aqui interessa foi classificar as Constituições de acordo com o seu grau de rigidez constitucional. O autor agrupou as Constituições analisadas conforme a estratégia adotada para dificultar o processo de emendamento¹⁵³. Ele observou que o primeiro grupo, no qual ele incluiu Estados federais como Alemanha, Áustria e Brasil, situado em uma extremidade com, na média, o menor índice de dificuldade (1,23), está associado a Constituições mais extensas (59.400 palavras) e a taxas mais altas de emendamento (5,60), ao passo que o quarto grupo, no qual ele incluiu Estados federais como Austrália, EUA e Suíça, está situado no extremo oposto com, na média, o maior índice de dificuldade (4,01) e está associado a Constituições mais suscintas (11.200 palavras) e a taxas mais baixas de emendamento (0,28)¹⁵⁴. A Constituição brasileira vigente, como se sabe, exige somente que a proposta de emenda constitucional seja votada em dois turnos de votação, em ambas as Casas do Congresso Nacional, com quórum de aprovação de três quintos (ou seja, 60% de seus membros). Por isso, ARRETICHE observa:

“Assim, embora a aprovação de emendas constitucionais seja a modalidade mais exigente de alteração do status quo da legislação brasileira, a aprovação de emendas constitucionais no Brasil é comparativamente pouco exigente em termos internacionais. Na classificação de Lutz, o Brasil estaria em uma situação intermediária entre aqueles que adotaram uma estratégia altamente favorável à aprovação de emendas constitucionais (em que apenas uma votação parlamentar permite emendar a Constituição) e países que adotaram uma exigência adicional, que consiste em requerer uma eleição interveniente entre duas votações sobre a

¹⁵¹ LUTZ, Donald S. Toward a theory of constitutional amendment. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, jun. 1994, p. 357.

¹⁵² LUTZ, Donald S. Toward a theory of constitutional amendment. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, jun. 1994, pp. 359; 362.

¹⁵³ LUTZ, Donald S. Toward a theory of constitutional amendment. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, jun. 1994, pp. 363-364.

¹⁵⁴ LUTZ, Donald S. Toward a theory of constitutional amendment. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, jun. 1994, pp. 363-364.

mesma proposta de emenda. [...] Assim, ao contrário do usualmente descrito para o caso brasileiro, não são necessárias supermaiorias para aprovar emendas à Constituição, posto que uma maioria de 60% em quatro sessões relativamente próximas permite alterar a Carta. Cabe ainda destacar uma importante diferença institucional do Brasil em relação a outras federações. As federações que buscaram criar oportunidades de veto aos governos territoriais criaram arenas adicionais de decisão. [...] No Brasil, a decisão das câmaras legislativas do plano federal é suficiente para emenda à Constituição. Nesse caso, uma coalizão majoritária no governo federal pode aprovar uma emenda constitucional, que terá imediata validade para todos os entes federativos, sem que eles tenham uma oportunidade institucional de veto.”¹⁵⁵

Um achado interessante da pesquisa de LUTZ é que a Constituição dos EUA seria a segunda mais rígida de toda a amostra e o autor especula que a dificuldade em emendá-la seja o motivo pelo qual a interpretação jurisdicional tenha se tornado tão importante naquele país¹⁵⁶. Aliás, essa corresponderia a sua sexta proposição, segundo a qual quanto mais longa for uma Constituição, combinada com baixas taxas de emendamento, mais provável será que a reforma constitucional se dê pelo Poder Judiciário, porém ele ressalta que, naquele momento, haveria somente evidências indiretas para essa proposição¹⁵⁷. Desse modo, considerando que a Constituição brasileira não é particularmente difícil de emendar, seria de se concluir que o peso do STF para a mudança constitucional fosse menor.

Um quarto fator institucional que se supõe seja relevante para os processos de centralização e de descentralização estatais é a existência de uma Suprema Corte ou de um Tribunal Constitucional. Parece acertado supor, como observou WHEARE, que Estados federais de fato requeiram uma Constituição que goze de supremacia em relação ao restante do ordenamento jurídico, do contrário os entes central e regionais poderiam editar leis ou atos normativos sem observar a repartição de competências¹⁵⁸. Aliás, como se verá no próximo capítulo, era justamente esse o receio de James Madison: que as Assembleias Legislativas estaduais não respeitassem os limites que lhes foram impostos pela Constituição. Da característica da supremacia da Constituição decorre, como se viu, a da rigidez constitucional, ou seja, de que, precisamente por ser superior à lei ordinária, a Constituição só possa vir a ser modificada por um procedimento diferenciado e mais agravado do que aquele previsto para aprovação de uma lei ordinária. Outra decorrência é a existência de um sistema de controle de constitucionalidade, que é um mecanismo que visa a evitar que uma lei ou um

¹⁵⁵ ARRETCHE, Marta T. S. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012, pp. 109-110.

¹⁵⁶ LUTZ, Donald S. Toward a theory of constitutional amendment. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, jun. 1994, pp. 362; 364.

¹⁵⁷ LUTZ, Donald S. Toward a theory of constitutional amendment. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, jun. 1994, p. 365.

¹⁵⁸ WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 55.

ato que contrarie a Constituição venha a produzir efeitos válidos. Assim, a existência de um sistema de controle de constitucionalidade parece ser realmente necessária em Estados federais, mas seria essa realmente uma característica exclusiva desses, algo que os singularizaria em meio as demais formas de Estado? Ruy Barbosa parece ter entendido que sim, que o sistema de controle de constitucionalidade seria uma decorrência não de Constituições escritas, mas sim de Constituições federais:

*“Portanto, a verificação da constitucionalidade das leis pelos tribunais de justiça não é da substância das constituições escritas. Provam-no, com uma exceção apenas, e esta assaz limitada, todas as constituições do outro continente, desde a França até ao Japão, e algumas do nosso. Mas é da essência das constituições federativas que, nesse regime, alheia à zona da ação política, a imparcialidade judiciária fiscalize a linha constitucional de respeito entre a soberania da União e a autonomia dos Estados.”*¹⁵⁹

Embora naquela época tais conceitos ainda não estivessem suficientemente claros, hoje não seria acertado sustentar que o sistema de controle de constitucionalidade seja uma decorrência nem de Constituições escritas, nem de Constituições federais. Como se viu, esse é, na realidade, uma decorrência da supremacia constitucional que, ainda que seja necessária em Estados federais, também pode estar presente em Estado unitários. Como observou Elival da Silva RAMOS tanto a rigidez constitucional como o controle de constitucionalidade são, na realidade, corolários da supremacia constitucional e não o inverso, como não raro se lê na doutrina¹⁶⁰. O fato de que, em Estados federais, o controle de constitucionalidade tenha uma função específica a desempenhar não significa que esse não possa desempenhar outras funções em Estados unitários. Assim como as Câmaras altas em Estados unitários exercem uma função meramente moderadora e não necessariamente de representação territorial, nesses o controle de constitucionalidade exerce uma função meramente depuradora do ordenamento jurídico e não necessariamente de fixar limites de competência entre entes territoriais.

Outro problema é associar a função com o órgão encarregado de desempenhá-la e passar entender esse órgão como um elemento identificador dos Estados federais. Assim, seriam as Supremas Cortes, típicas do sistema de controle concreto de constitucionalidade de origem estadunidense, ou os Tribunais Constitucionais, típicos do controle abstrato de constitucionalidade de origem austríaca, elementos distintivos dos Estados federais? Sabe-

¹⁵⁹ BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. XXXVII (1910), t. V: O direito do Amazonas ao Acre Setentrional. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1983, p. 67. Notas de rodapé do original omitidas.

¹⁶⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45.

se, pela literatura comparada¹⁶¹, que há pelo menos dois Estados federais que desviam desse padrão: a Suíça, um Estado federal clássico, cujo Tribunal federal, embora possa decidir sobre a constitucionalidade de leis cantonais, não o pode fazer em relação a leis federais¹⁶², e a Etiópia, um Estado federal bastante conhecido por reconhecer constitucionalmente o direito à secessão, no qual não há uma Corte encarregada de realizar o controle de constitucionalidade. Não seriam esses Estados federais pelo fato de não possuírem tais órgãos ou, na realidade, seriam Estados federais com elementos unitaristas? Ressalte-se que, em ambos os casos, essa função é desempenhada pela via política: na Suíça, com a possibilidade de convocação de um referendo; na Etiópia, pela Câmara alta de representação territorial¹⁶³. E quanto aos tantos Estados unitários que possuem tais órgãos, como a recém-criada Suprema Corte do Reino Unido ou o Tribunal Constitucional de Portugal? Seriam esses, na realidade, Estados federais ou Estados unitários com elementos federais? Entende-se, aqui, com WHEARE que não:

*“Não se deve supor ser essencial ao Estado federal que o poder de determinar o significado da repartição de competências deva ser confiada às Cortes do governo federal. [...] O que é essencial ao governo federal é que algum órgão imparcial, independente dos governos central e regionais, deva decidir sobre o significado da repartição de competências.”*¹⁶⁴

Como a Suprema Corte ou o Tribunal Constitucional possuem, na qualidade de guardiões da Constituição, a última palavra em matéria constitucional, são responsáveis por demarcar, concretamente, as fronteiras que separam as esferas de competências dos entes federativos previstas, abstratamente, na Constituição. É como se fossem capazes converter as palavras escritas no texto constitucional em coordenadas cartográficas para resolver disputas de limites entre os entes federativos. Ao exercerem o controle de constitucionalidade,

¹⁶¹ WATTS, Ronald L. *Comparing federal systems*. 3. ed. Kingston: McGill-Queen’s University Press, 2008, pp. 158-159; ANDERSON, George. *Federalismo: uma introdução*. Trad. Ewandro Magalhães Jr. e Fátima Guerreiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 81; ARONEY, Nicholas; KINCAID, John (Eds.). *Courts in Federal Countries: federalists or unitarists?* Toronto: University of Toronto Press, 2017, pp. 487-489; PALERMO, Francesco; KÖSSLER, Karl. *Comparative federalism: constitutional arrangements and case law*. Portland: Hart Publishing, 2017, pp. 266-267; 271.

¹⁶² Artigo 189.4 da Constituição suíça de 1999: *“Os atos da Assembleia federal e do Conselho federal não podem ser questionados perante o Tribunal federal. As exceções serão determinadas pela lei.”* Tradução livre para: *“Les actes de l’Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral. Les exceptions sont déterminées par la loi.”* SUÍÇA. *Constituição federal da Confederação suíça*.

¹⁶³ Artigos 62.1 e 83.1 da Constituição da Etiópia de 1994: *“A Casa [da Federação] tem o poder de interpretar a Constituição.”* e *“Todas as disputas constitucionais serão decididas pela Casa da Federação.”* Tradução livre para: *“The House has the power to interpret the Constitution.”* e *“All constitutional disputes shall be decided by the House of the Federation.”*, respectivamente. ETIÓPIA. *Constituição da Etiópia de 1994*.

¹⁶⁴ Tradução livre para: *“It must not be assumed that it is essential for federal government that the power to determine the meaning of the division of powers should be entrusted to the courts of the general government. [...] What it is essential for federal government is that some impartial body, independent of general and regional governments, should decide upon the meaning of the division of powers.”* WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963, p. 63.

esses podem ser acionados tanto pelos entes regionais como pelo central para que façam valer as cláusulas de repartição de competências. Esses podem declarar inconstitucionais leis ou atos normativos que tenham sido editados seja pela União seja pelos Estados com usurpação de competência. Por esse motivo, a literatura sobre federalismo costuma analisar o papel por esses desempenhado sob a perspectiva da “teoria dos atores com poder de veto”. Com efeito, quando a União aciona a Corte para que essa declare inconstitucional uma lei aprovada por uma Assembleia Legislativa estadual, uma decisão de procedência significa, para efeitos dessa teoria, o veto à lei estadual. O mesmo valeria quando é um Estado que aciona a Suprema Corte para que essa declare inconstitucional uma lei que foi aprovada pelo Congresso Nacional.

Assim como a rigidez constitucional, o sistema de controle de constitucionalidade parece profundamente influenciado por uma concepção contratual de Estados federais: a primeira protegeria o acordo de uma alteração unilateral por qualquer uma das partes e a segunda garantiria seu cumprimento em caso de inadimplemento. Uma metáfora bastante frequente na literatura sobre federalismo é associar as Supremas Cortes ou os Tribunais Constitucionais a um árbitro a quem corresponde definir, caso haja divergência entre as partes, o significado dos termos desse contrato. Aqui, duas objeções podem surgir: a primeira decorre de uma visão de contrato como um equilíbrio entre as partes, partindo-se do pressuposto de que o árbitro seria o garantidor desse equilíbrio contratual; a segunda está relacionada à existência de vínculo entre o órgão a quem incumbe arbitrar as disputas com uma das partes do contrato, o que suscita dúvidas quanto a seu desinteresse e imparcialidade. Preston KING se mostra cético em relação à visão de equilíbrio contratual aplicada a Estados federais (que esse associa ao princípio da coordenação de WHEARE), na medida em que, a seu ver, essa conduziria à paralisia do governo central¹⁶⁵. Um dos problemas com a concepção contratual de Estado federal como um equilíbrio é esperar que o árbitro seja capaz de mantê-lo e, ao se deparar com evidências de que a balança acabou pendendo para um dos lados, concluir que esse árbitro ou não é desinteressado ou imparcial ou simplesmente não é relevante. Como se verá no próximo capítulo, objeções como essas foram levantadas em relação à atuação da Suprema Corte nos EUA. A propósito, KING argumenta que quando a somente uma das partes incumbe interpretar e fazer cumprir as cláusulas do contrato, essa não está mais em posição de igualdade em relação às demais e, tecnicamente, já não se poderia mais considerá-

¹⁶⁵ KING, Preston. *Federalism and Federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, pp. 59-61; 67.

la uma parte nem falar em contrato¹⁶⁶. Nessa hipótese, tampouco se deveria esperar que essa se obrigue a obedecer a uma interpretação diferente da sua em relação ao que foi acordado no contrato¹⁶⁷. Ressalte-se que o autor reserva o termo “árbitro” somente para os casos em que essa função interpretativa e executiva é exercida por um órgão externo e independente às partes, como foi o *Privy Council* em relação ao Canadá, o que dificilmente ocorreria na medida em que implica ceder, a um agente externo, uma parcela importante da soberania, que é justamente interpretar a Constituição¹⁶⁸.

Como ocorre com os demais fatores, também se verifica aqui grande variedade institucional dos sistemas de controle de constitucionalidade existentes no mundo, porém a doutrina costuma distinguir basicamente dois modelos: o de origem estadunidense que pode ser exercido, por qualquer juiz ou Tribunal, no bojo de um caso concreto, deixando de aplicar a esse caso a lei ou ato normativo declarado inconstitucional; e o de origem austríaca que é exercido com exclusividade pelo Tribunal Constitucional, que fiscaliza a constitucionalidade da lei ou ato normativo em abstrato, retirando do ordenamento jurídico aqueles que entender contrários à Constituição. Ocorre que, por efeito do *stare decisis*, quando a decisão é tomada, em sede recursal, pela Suprema Corte, a declaração de inconstitucionalidade acaba surtindo efeitos mais amplos, já que a nenhum juiz ou Tribunal é dado aplicar uma lei ou ato normativo que tenha sido por essa declarado inconstitucional, o que acaba produzindo uma convergência quanto aos efeitos subjetivos das decisões tomadas por Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais. Além do modo de exercer o controle de constitucionalidade, cabe ressaltar algumas diferenças quanto à forma de seleção de membros da Corte. Nos EUA, modelo com o qual muitos Estados federais, inclusive o Brasil, guardam semelhança, esses são indicados pelo Presidente da República e confirmados pelo Senado. Na Alemanha, os juízes do Tribunal Constitucional são eleitos pelo *Bundestag* e pelo *Bundesrat* para um mandato de 12 anos, vedada a reeleição. Com observa Arthur BENZ, na prática, cada Casa elege 8 dos 16 juízes e, como o *Bundesrat* participa da eleição, aparentemente a questão territorial é levada em consideração¹⁶⁹. Na Bélgica que, como se sabe, é um Estado federal de tipo consociativo, dos 12 membros da Corte Constitucional, seis devem ser de língua holandesa e seis de língua francesa. Assim, não surpreende que, em um recente estudo comparado

¹⁶⁶ KING, Preston. *Federalism and Federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, p. 106.

¹⁶⁷ KING, Preston. *Federalism and Federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, p. 103.

¹⁶⁸ KING, Preston. *Federalism and Federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, p. 103.

¹⁶⁹ BENZ, Arthur. The Federal Constitutional Court of Germany: Guardian of unitarism and federalism. In: ARONEY, Nicholas; KINCAID, John (Eds.). *Courts in Federal Countries: federalists or unitarists?* Toronto: University of Toronto Press, 2017, p. 203.

sobre Cortes em Estados federais, Nicholas ARONEY e John KINCAID tenham observado que o Tribunal Constitucional alemão e a Corte Constitucional belga foram, dentre os casos analisados, os que mais manifestaram uma tendência ao equilíbrio¹⁷⁰. Eles também consideram que essa concepção de que as Cortes deveriam, na realidade, ser representativas dos diferentes entes componentes do Estado federal relativiza a visão dessas como árbitros independentes e imparciais das disputas federativas¹⁷¹.

¹⁷⁰ ARONEY, Nicholas; KINCAID, John. Comparative observations e conclusions. In: ARONEY, Nicholas; KINCAID, John (Eds.). *Courts in Federal Countries: federalists or unitarists?* Toronto: University of Toronto Press, 2017, p. 486.

¹⁷¹ ARONEY, Nicholas; KINCAID, John. Comparative observations e conclusions. In: ARONEY, Nicholas; KINCAID, John (Eds.). *Courts in Federal Countries: federalists or unitarists?* Toronto: University of Toronto Press, 2017, p. 523.

1.3 LIÇÕES DOS EUA SOBRE O PAPEL E A RELEVÂNCIA DA SUPREMA CORTE NA DEFINIÇÃO DOS RUMOS DO FEDERALISMO

Alison L. LaCROIX, em seu trabalho *The ideological origins of American federalism*, procura demonstrar como a criação do federalismo nos EUA se insere em um contexto anterior de contestação dos colonos a algumas leis impostas pelo império britânico (a partir da chamada lei do selo). Em se opondo à pretensão do império de cobrar, para fins de arrecadação de receitas, tributos nas Colônias e de afirmar a soberania do Parlamento britânico para definir ele próprio sua própria esfera de competência, os colonos defenderam que não só era possível traçar uma linha divisória entre as esferas de governo (o que contrariava a concepção de soberania absoluta e indivisível) como já foram cogitando diferentes critérios para poder demarcá-la (a distinção entre assuntos internos e externos, arrecadação e regulação). A autora mostra que, como as referidas leis eram quase sempre justificadas, pelas autoridades imperiais, com base na concepção de soberania formulada por William Blackstone identificada com o Parlamento britânico, os colonos foram pouco a pouco desenvolvendo, com base em antecedentes históricos (como a união entre a Escócia e a Inglaterra entre 1603 a 1707) e concepções alternativas (como o “*sistema de Estados*” de Samuel von Pufendorf), uma nova visão sobre a organização política que lhes permitisse delimitar uma esfera própria de poder, opondo limites à ingerência imperial nas colônias. Na visão da autora, uma das grandes inovações do federalismo americano seria a proposição de que a divisão de poder entre esferas de governo poderia ser realizada com base em critérios relacionados não ao local de onde proveio a lei, mas à matéria por essa regulada¹⁷².

Um exemplo foi o debate público travado entre o Governador Thomas Hutchinson e a Assembleia da colônia de Massachusetts em 1773, em que aquele defendeu que a soberania residiria com o Parlamento britânico e que desconhecia qualquer linha divisória (“*I know of no line that can be drawn...*”) entre aquela e a independência das colônias, pelo que a Assembleia contestou que uma linha poderia sim ser traçada¹⁷³. Como se verá adiante, esse episódio foi importante, do ponto de vista teórico, por apurar ideias que se mostrariam fundamentais na Convenção da Filadélfia e, do ponto de vista terminológico, por acrescentar uma metáfora que se tornaria recorrente no federalismo. A metáfora do “traçar uma linha”

¹⁷² LaCROIX, Alison L. *The ideological origins of American federalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 35.

¹⁷³ LaCROIX, Alison L. *The ideological origins of American federalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, pp. 78; 83.

(“*draw a line*”) que, segundo LaCROIX, assombraria Hutchinson¹⁷⁴ seria empregada em diversas ocasiões, para referir-se à função desempenhada pelas Cortes no federalismo, sendo inclusive mencionada em decisões da própria Suprema Corte¹⁷⁵.

Um ponto que chama atenção na análise de LaCROIX é que não raro os colonos levantavam objeções de que tais leis, que haviam sido editadas pelo Parlamento britânico, seriam inconstitucionais¹⁷⁶, ou seja, de que seriam “repugnantes” (para invocar um termo bastante empregado à época) à Constituição, no caso, do próprio Império britânico. É verdade que a Constituição britânica tem uma particularidade importante – seu caráter não escrito ou costumeiro –, o que permitiu que os colonos contestassem a constitucionalidade de tais leis, desenvolvendo uma narrativa diferente da imperial sobre quais seriam as reais práticas do império com relação às colônias. O fato de a Constituição britânica não ser escrita não torna, no entanto, esse achado – a identificação da conexão entre os antecedentes do federalismo e os da jurisdição constitucional – menos significativo, pelo contrário: mostra como a pretensão de dividir o poder em diferentes esferas de governo envolve, desde a sua origem, considerações de ordem constitucional. Sendo assim, de fato não surpreende que a “criação” do federalismo tenha passado pelo estabelecimento de um mecanismo de controle de constitucionalidade que lhe desse suporte.

Ironicamente¹⁷⁷, a conexão definitiva entre federalismo e jurisdição constitucional seria estabelecida com a derrota de James Madison, no decorrer dos trabalhos da Convenção da Filadélfia em 1787 (que havia sido convocada, em um período bastante conturbado da história dos EUA, com o intuito inicial de somente revisar os antigos Artigos da Confederação de 1777). Em seus estudos sobre as Confederações, Madison havia atribuído o fracasso de

¹⁷⁴ LaCROIX, Alison L. *The ideological origins of American federalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 94.

¹⁷⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *New York v. United States*, 505 U. S. 144 (1992), p. 155.

¹⁷⁶ LaCROIX, Alison L. *The ideological origins of American federalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, pp. 30-31.

¹⁷⁷ Diz-se “ironicamente” pois ainda parece prevalecer uma visão de que o federalismo americano seria obra exclusiva dos chamados Federalistas. Federalistas, como se sabe, é uma alusão aos autores dos artigos (Alexander Hamilton, James Madison e John Jay) que foram publicados na imprensa nova iorquina, sob o pseudônimo comum “*Publius*”, defendendo a ratificação da Constituição. Dessa visão decorre uma tendência acadêmica a “recheiar” os trabalhos sobre o tema com referências a esses artigos, como se seus autores fossem uma espécie de “intérpretes autênticos” do federalismo. Não se põe em dúvida aqui que esses foram fundamentais não só para que o federalismo fosse criado, como para que viesse a se tornar o que é hoje. Isso está fora de dúvida. Mas também é certo que esses tiveram de fazer concessões importantes – algumas das quais bastante amargas – ao longo da Convenção e do processo de ratificação e sofreram também reveses após a aprovação da Constituição que tiveram impacto sobre fases subsequentes do federalismo. Sendo assim, esses artigos são, sem dúvida, de extrema valia para registrar um momento ou uma fase do importante federalismo estadunidense – a da ratificação da Constituição –, mas pode ser um equívoco procurar, nesses, respostas antigas para problemas atuais.

muitas delas à debilidade da autoridade central frente às periféricas, à falta de mecanismos que obrigassem essas a respeitar não só aquele, como umas às outras. Seu diagnóstico, é verdade, parecia estar profundamente influenciado pelo que sucedia à época na Confederação norte-americana, em que alguns Estados, além de praticarem políticas que prejudicavam uns aos outros, muitas vezes simplesmente ignoravam decisões do Congresso. Por isso, a seu ver, se se pretendia preservar aquela união de Estados, seria preciso reforçar a autoridade central e dotá-la de mecanismos que fizessem com que os Estados a respeitassem¹⁷⁸.

Dentre os instrumentos por ele concebidos, o principal ficou conhecido como “veto federal” que, em sua versão original, poderia ser exercido em quaisquer hipóteses (“*in all cases whatsoever*”)¹⁷⁹ pelo Congresso em relação a leis estaduais. Parecendo antecipar algumas das objeções que essa proposição receberia na Convenção¹⁸⁰, Thomas Jefferson indagou se a previsão de um recurso a uma Corte federal não seria suficiente para resolver o problema que tanto afligia Madison¹⁸¹. Ressalte-se que esse, ao apresentar sua ideia aos

¹⁷⁸ “A sanção é essencial à ideia de Direito, como a coerção é à de governo. Sendo o sistema federal desprovido de ambas, carece dos grandes princípios vitais de uma Constituição política. Sob tal forma de Constituição, esse nada mais é do que um tratado de amizade, de comércio e de aliança entre Estados soberanos e independentes. De que causa poderia uma omissão tão fatal ter acontecido nos Artigos da Confederação? De uma confiança equivocada que a justiça, a boa-fé, a honra, a boa política pública das diversas Assembleias Legislativas tornaria prescindível qualquer apelo aos motivos ordinários pelos quais as leis asseguram a obediência dos indivíduos.” Tradução livre para: “A sanction is essential to the idea of law, as coercion is to that of Government. The federal system being destitute of both, wants the great vital principles of a Political Constitution. Under the form of such a constitution, it is in fact nothing more than a treaty of amity of commerce and of alliance, between independent and Sovereign States. From what cause could so fatal an omission have happened in the articles of Confederation? from [sic] a mistaken confidence that the justice, the good faith, the sound policy, of the several legislative assemblies would render superfluous any appeal to the ordinary motives by which laws secure the obedience of individuals.” MADISON, James. Vices of the Political system of the United States, abr. 1787. In: MADISON, James. *The writings of James Madison*. v. II (1783-1787). Ed. Gaillard Hunt. New York: G. P. Putnam’s Sons, 1901, pp. 363-364.

¹⁷⁹ Em uma carta enviada a Thomas Jefferson em março de 1787, James Madison justifica sua proposição de “[...] aparelhar a cabeça federal com uma negativa sobre as Legislaturas estaduais em quaisquer casos. Sem essa experiência e aprendizado de um poder defensivo, estou seguro de que, por mais amplos que se façam os poderes federais ou por mais claramente que sejam delineadas as fronteiras no papel, essas serão fácil e continuamente iludidas pelas soberanias legislativas dos Estados.” Tradução livre para: “[...] to arm the federal head with a negative in all cases whatsoever on the local Legislatures. Without this defensive power experience and reflection have satisfied me that, however ample the federal powers may be made, or however clearly their boundaries may be delineated on paper, they will be easily and continually baffled by the Legislative sovereignties of the States.” MADISON, James. *The writings of James Madison*. Vols. II (1783-1787). Ed. Gaillard Hunt. New York: G. P. Putnam’s Sons, 1901, p. 326.

¹⁸⁰ Segundo as anotações de Madison, Gouverneur Morris teria expressado uma preocupação semelhante, quando da votação da proposição original do Plano da Virgínia: “Uma lei que deva ser negatizada será afastada no departamento Judiciário e, se essa proteção falhar, poderá ser repelida por uma lei nacional.” Tradução livre para: “A law that ought to be negatived will be set aside in the Judiciary departmt. and if that security should fail; may be repealed by a Nationl. law.” MADISON, James. *The debates in the Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States of America*. Eds. Gaillard Hunt & James Brown Scott. New York: Oxford University Press, 1920, p. 266.

¹⁸¹ Em resposta à carta enviada por James Madison, Thomas Jefferson admite que: “A princípio, eu não gosto da ideia. Essa falha em um ponto essencial: o furo e o remendo devem ter o mesmo tamanho. Mas o que essa propõe

colegas da delegação da Virgínia antes do início dos trabalhos da Convenção da Filadélfia, teve de fazer, desde logo, concessões. A proposição que constaria na sexta resolução do “Plano da Virgínia”, apresentado na Convenção, restringia o veto somente às leis estaduais que, na interpretação do Congresso, contrariassem a Constituição (“*contravening in the opinion of the National Legislature the articles of the Union*”¹⁸²). Consta que essa resolução chegou a ser aprovada, sem maiores discussões, no início da Convenção, porém após uma moção apresentada por Charles Pinckney, ampliando-a para abarcar todos os casos que o Congresso entendesse inadequados (“*should judge to be improper*”¹⁸³), foi rejeitada. Elbridge Gerry, por exemplo, teria se oposto à moção, aduzindo que tal poder poderia escravizar os Estados (“*may enslave the States*”¹⁸⁴). Na visão de William H. RIKER, o plano puro (ou seja, sem as concessões com que a delegação da Virgínia se viu obrigada a fazer) mais se aproximava do que hoje se entende por um Estado unitário do que propriamente a um Estado federal¹⁸⁵.

Na sequência da votação da medida proposta, Luther Martin reapresentou, então, a sexta resolução do chamado “Plano de New Jersey” (plano que havia sido apresentado pelos Estados menores como alternativa ao Plano da Virgínia), segundo a qual todos os atos do

é remendar um pequeno furo, cobrindo toda a vestimenta. De 100 atos estaduais menos de 1 diz respeito à Confederação.” Tradução livre para: “*Prima facie, I do not like it. It fails in an essential character; that the hole and the patch should be commensurate. But this proposes to mend a small hole by covering the whole garment. Not more than one out of one hundred State acts concern the confederacy.*” E ainda: “*Um recurso das judicaturas estaduais a uma Corte federal, nos casos em que a Constituição controle a questão, não seria um remédio mais eficaz e proporcional ao dano?*” Tradução livre para: “*Would not an appeal from the state judicature to a federal court, in all cases where the act of Confederation controlled the question, be as effectual a remedy, and exactly commensurate to the defect?*” JEFFERSON, Thomas. De Thomas Jefferson para James Madison, 20 jun. 1787. In: BERGH, Albert Ellery (ed.). *The writings of Thomas Jefferson*. v. 6, p. 132.

¹⁸² MADISON, James. *The debates in the Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States of America*. Eds. Gaillard Hunt & James Brown Scott. New York: Oxford University Press, 1920, p. 24.

¹⁸³ MADISON, James. *The debates in the Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States of America*. Eds. Gaillard Hunt & James Brown Scott. New York: Oxford University Press, 1920, p. 75.

¹⁸⁴ MADISON, James. *The debates in the Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States of America*. Eds. Gaillard Hunt & James Brown Scott. New York: Oxford University Press, 1920, p. 76.

¹⁸⁵ “*Claramente, não havia nada de federal no Plano da Virgínia. Durante os debates de ratificação no inverno seguinte, os Antifederalistas frequentemente se mostraram horrorizados com o ‘governo consolidado’ previsto na Constituição. Imagine agora quão mais horrorizados eles ficariam se o Plano da Virgínia não tivesse sido modificado.*” “*Se o Plano da Virgínia não tivesse sido modificado, os Framers teriam seguramente produzido um governo nacional, algo que eles teriam chamado ‘consolidado’ e nós ‘unitário’.*” Tradução livre para: “*Clearly, there was nothing federal about the Virginia plan. During the ratification debates the following winter, Antifederalists often proposed to be horrified by the ‘consolidated government’ provided in the Constitution. Think how much more horrified they would have been had the Virginia plan not been modified.*” “*Had the Virginia plan not been modified, the framers would surely have produced a national government, something they would have called ‘consolidated’ and we ‘unitary.’*” RIKER, William H. *The invention of centralized federalism*. In: RIKER, William H. *The development of American Federalism*. Norwell: Kluwer Academic Publishers, 1987, pp. 22; 40.

Congresso editados de acordo com a Constituição e os tratados ratificados pelos EUA seriam a lei suprema dos Estados (“*shall be the supreme law of the respective States*”), à qual estariam vinculados, em suas decisões, seus respectivos Judiciários (“*the Judiciary of the several States shall be bound thereby in their decisions*”), não obstante qualquer disposição em contrário em suas leis (“*any thing in the respective laws of the individual States to the contrary notwithstanding*”)¹⁸⁶. Essa disposição, que foi aprovada por unanimidade, após algumas modificações que acrescentaram a própria Constituição como lei suprema, viria a se tornar o que hoje se conhece pela *Supremacy Clause* prevista no Artigo VI. Além disso, modificou-se a redação do Artigo III para incluir, na competência da Suprema Corte, todos os casos que decorressem da Constituição. LaCROIX ressalta que “[a] *derrota da negativa marcou, assim, uma importante transição de um sistema em que múltiplos níveis de governo existiam em uma tensão inquieta com um compromisso teórico com soberania unitária para um sistema desenhado expressamente para mediar entre múltiplas bases de autoridade.*”¹⁸⁷ Ela mostra que a adoção do *judicial review* está profundamente associada ao que se entende por federalismo:

*“Com aqueles debates culminando na adoção da Supremacy Clause e a noção (ainda que imprecisa) do judicial review, a ideia de multiplicidade encontrou uma amarração institucional no Judiciário. Essa combinação de multiplicidade como uma ideia e das Cortes como um modo de mediação entre múltiplos níveis de governo criou, por sua vez, uma nova ideologia: o federalismo.”*¹⁸⁸

Segundo RIKER, “[...] *a rejeição do veto – em si mesmo pensado para ser altamente nacionalista – foi aceita, porque havia à disposição alternativas quase tão nacionalistas quanto.*”¹⁸⁹ Isto é, a derrota da proposição não significou uma derrota do nacionalismo nela presente. A seu ver, o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário não seria menos

¹⁸⁶ “[...] *all Acts of the United States in Congress made by virtue and in pursuance of the powers hereby and by the articles of Confederation vested in them, and all Treaties made and ratified under the authority of the United States shall be the supreme law of the respective States so far forth as those Acts or Treaties shall relate to the said States or their Citizens, and that the Judiciary of the several States shall be bound thereby in their decisions, any thing in the respective laws of the individual States to the contrary notwithstanding [...]*” MADISON, James. *The debates in the Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States of America*. Eds. Gaillard Hunt & James Brown Scott. New York: Oxford University Press, 1920, pp. 103-104.

¹⁸⁷ Tradução livre para: “*The defeat of the negative thus marked an important transition from a system in which multiple levels of government existed in uneasy tension with a theoretical commitment to unitary sovereignty to a system expressly designed to mediate among multiple bases of authority.*” LaCROIX, Alison L. *The ideological origins of American federalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 168.

¹⁸⁸ Tradução livre para: “*With the culmination of those debates in the adoption of the Supremacy Clause and a notion (albeit sketchy) of judicial review, the idea of multiplicity as an idea with courts as a mode of mediating among multiple levels of government in turn created a new ideology: federalism.*” LaCROIX, Alison L. *The ideological origins of American federalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 172.

¹⁸⁹ Tradução livre para: “[...] *the deletion of the veto – itself intended to be highly nationalist – was accepted because there were close nationalist substitutes already in place.*” RIKER, William H. *The invention of centralized federalism*. In: RIKER, William H. *The development of American Federalism*. Norwell: Kluwer Academic Publishers, 1987, p. 41.

nacionalista do que o poder de veto do Congresso Nacional, como demonstrariam no futuro algumas decisões da Suprema Corte, sob a presidência de John Marshall. Assim, a justificativa apresentada por alguns delegados de que a proposição seria excessiva e desnecessária seria, a seu ver, meramente retórica. Embora pareça que RIKER esteja “lendo a história de trás para a frente”, como se o caráter nacionalista da Suprema Corte fosse inevitável, ele levantou um ponto interessante: com a substituição do veto federal pelo *judicial review*, os delegados da Convenção talvez não tenham pretendido mitigar o caráter nacionalista ínsito à proposta.

Como se sabe, no contexto da ratificação da Constituição, dois grupos se formaram: de um lado, os defensores do plano proposto, que se autointitularam “*Federalistas*”; de outro, seus críticos, que eram por aqueles denominados “*Antifederalistas*”. Os principais argumentos apresentados pelos últimos eram de que a Constituição não incluía uma declaração de direitos e de que essa estabelecia, na realidade, o que eles chamavam de “governo consolidado”, ou seja, fundia os Estados em um só. A resposta dos primeiros a essa crítica era a de que o governo proposto era parte nacional, parte federal¹⁹⁰. Em uma série de artigos publicados na imprensa novaiorquina, o Antifederalista Brutus sustentou “[q]ue o Poder Judiciário federal apresentará uma forte inclinação em favor do governo federal, assim como conferirá à Constituição uma interpretação que favorecerá a extensão de sua jurisdição, é evidente por uma série de razões.”¹⁹¹ Ele justificou essa sua afirmação com base em dois argumentos extraídos da Seção II do Artigo III da Constituição, que dispõe que o Poder Judiciário federal estende-se “a todos os casos que, com base na lei ou na equidade, decorram da Constituição, das leis federais [...]”¹⁹². Primeiro porque tal disposição autorizaria juízes federais a interpretar a Constituição não só segundo a sua letra (“*in law*”), como seu espírito (“*in equity*”), o qual se fosse buscado nos objetivos expressos no preâmbulo (como o “*para formar uma União mais perfeita*”¹⁹³), acabaria por solapar os Estados¹⁹⁴. Ele acrescenta que as cláusulas de repartição de competências foram não só redigidas em termos vagos e imprecisos, como contêm ainda

¹⁹⁰ MADISON, James. *The Federalist*, nº 39. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classic; Penguin Group, 2003, pp. 242-243.

¹⁹¹ Tradução livre para: “*That the judicial power of the United States, will lean strongly in favour of the general government, and will give such an explanation to the constitution, as will favour the extension of its jurisdiction, is very evident from a variety of reasons.*” Brutus nº XI (31 jan. 1788). In: KETCHAM, Ralph (Ed.). *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*. New York: Signet Classic; Penguin Group, 2003, p. 312.

¹⁹² Tradução livre para: “[...] *shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States [...]*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos da América*. Bedford: The National Archives, [s.d.], p. 13.

¹⁹³ Tradução livre para: “[...] *to form a more perfect Union [...]*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos da América*. Bedford: The National Archives, [s.d.], p. 1.

¹⁹⁴ Brutus nº XII (7 fev. 1788). In: KETCHAM, Ralph (Ed.). *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*. New York: Signet Classic; Penguin Group, 2003, p. 318.

uma *Necessary and Proper Clause* que ou conferiria um poder irrestrito ao Congresso ou, pelo menos, sinalizaria que seus poderes não deveriam ser interpretados restritivamente¹⁹⁵. Em segundo lugar, como essa disposição vincula a jurisdição do Poder Judiciário federal aos casos que decorram de leis federais, os juízes federais teriam interesse em conferir uma interpretação expansiva às cláusulas que conferem poderes ao Congresso, na medida em que isso expandiria sua própria jurisdição¹⁹⁶.

Embora Brutus tenha apresentado argumentos bastante consistentes sobre a possível orientação nacionalista que um Poder Judicial federal desenhado dessa maneira apresentaria, tanto que os autores que sustentam que a Suprema Corte teria manifestado, ao longo do tempo, uma tendência favorável à União costumam ressaltar sua capacidade de previsão, a verdade é que seu presságio não se confirmou. É que ele aduz que a criação do Poder Judiciário federal seria parte de um plano maior para extinguir os Estados e criar um governo consolidado: “[...] *essa foi projetada para abolir completamente os governos estaduais, para fundir os Estados em um só governo [...]. Talvez nada pudesse ser tão bem arquitetado para facilitar a abolição dos governos estaduais do que a constituição do Judiciário.*”¹⁹⁷ Descontado o exagero da previsão sobre a extinção dos Estados (afinal muitos autores contemporâneos ressaltam que esses, apesar da mudança de sua posição, continuam sendo relevantes nos EUA), que talvez possa creditado ao efeito retórico que esse tipo de afirmação produzia no contexto da ratificação da Constituição, Brutus parece ter feito uma leitura bastante precisa do funcionamento do futuro governo federal.

O Federalista Alexander HAMILTON procurou enfrentar as críticas de Brutus enfatizando, com base em Montesquieu, que o Judiciário, por ser destituído de instrumentos para impor sua vontade – na realidade, a seu ver, esse sequer teria vontade –, seria o mais fraco (“*the weakest*”) e inofensivo (“*the least dangerous*”) dos Poderes e que esse seria, na realidade, vulnerável à sujeição e influência dos demais, pelo que as garantias dos juízes federais seriam tão importantes. Com efeito, a independência dos juízes seria fundamental para que o Judiciário pudesse exercer seu papel de guardião de uma Constituição limitada, assim

¹⁹⁵ Brutus nº XI (31 jan. 1788). In: KETCHAM, Ralph (Ed.). *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*. New York: Signet Classic; Penguin Group, 2003, pp. 312-313.

¹⁹⁶ Brutus nº XI (31 jan. 1788). In: KETCHAM, Ralph (Ed.). *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*. New York: Signet Classic; Penguin Group, 2003, pp. 313-314.

¹⁹⁷ Tradução livre para: “[...] *it was calculated to abolish entirely the states governments, and to melt down the states into one entire government [...]. Perhaps nothing could have been better conceived to facilitate the abolition of the state governments than the constitution of the judicial.*” Brutus nº XV (20 mar. 1788). In: KETCHAM, Ralph (Ed.). *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*. New York: Signet Classic; Penguin Group, 2003, p. 326.

entendida aquela que impõe limites ao Legislativo: “*Em se considerando as Cortes de Justiça como os bastiões de uma Constituição limitada contra transgressões legislativas, tem-se um forte argumento pela vitaliciedade dos postos judiciais, uma vez que nada contribuirá tanto quanto isso para a independência de espírito dos juízes [...]*.”¹⁹⁸ Compartilhando da preocupação de Madison, considera óbvio que “[...] *deve haver sempre um meio constitucional de conferir eficácia às disposições da Constituição. De que valeriam restrições à autoridade das legislaturas estaduais sem um modo de assegurar sua observância?*”¹⁹⁹.

Para HAMILTON, o *judicial review* não decorreria de uma disposição constitucional específica, como a *Supremacy Clause*, mas do caráter limitado da Constituição²⁰⁰. É importante observar que, no momento em que a Constituição dos EUA foi ratificada e entrou em vigor, nada disso estava muito claro²⁰¹. Afinal, essa previa um Poder Judiciário federal composto por uma Suprema Corte e pelas Cortes inferiores que o Congresso viesse a criar, que se estenderia a todos os casos que decorressem da Constituição, das leis e dos tratados federais. Além disso, estabeleceu que a Suprema Corte teria competência originária em todos os casos envolvendo embaixadores, Cônsules e outros Ministros, e naqueles em que um Estado fosse parte, quanto aos demais, sua competência seria somente recursal. Com a edição do *Judiciary Act* de 1789, definiu-se a competência recursal da Corte sobre as decisões das Cortes estaduais que denegassem pedidos com base na Constituição, leis e tratados federais.

A oportunidade surgiria em um contexto bastante conturbado da história dos EUA, quando o Presidente John Adams do Partido Federalista foi vencido, nas eleições de 1800,

¹⁹⁸ Tradução livre para: “*If, then, the courts of justice are to be considered as the bulwarks of a limited Constitution against legislative encroachments, this consideration will afford a strong argument for the permanent tenure of judicial offices, since nothing will contribute so much as this to that independent spirit in the judges [...]*” HAMILTON, Alexander. *The Federalist*, nº 78. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classic; Penguin Group, 2003, p. 468.

¹⁹⁹ Tradução livre para: “[...] *there ought always to be a constitutional method of giving efficacy to constitutional provisions. What, for instance, would avail restrictions on the authority of the State legislatures, without some constitutional mode of enforcing the observance of them?*” HAMILTON, Alexander. *The Federalist*, nº 80. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classic; Penguin Group, 2003, p. 474.

²⁰⁰ HAMILTON, Alexander. *The Federalist*, nº 80. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classic; Penguin Group, 2003, pp. 481-482.

²⁰¹ Como observa Robert G. McCLOSKEY, “[...] *nem as palavras da Constituição nem a intenção provável daqueles que a elaboraram e ratificaram davam suporte em 1790 para qualquer certeza sobre o alcance ou a finalidade do poder da Corte de supervisionar tanto os Estados como o Congresso. O máximo que pode ser dito é que nem a linguagem nem a intenção a impediam de se tornar o tribunal poderoso dos dias futuros.*” Tradução livre para: “[...] *neither the words of the Constitution nor the provable intent of those who framed and ratified it in 1790 justified in 1790 any certitude about the scope or finality of the Court’s power to superintend either the states or Congress. The most that can be said is that language and intent did not preclude the Court from becoming the puissant tribunal of later history.*” McCLOSKEY, Robert. G. *The American Supreme Court*. 6. ed. Rev. Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, p. 5.

pelo Vice-Presidente Thomas Jefferson do Partido Democrata-republicano. Diante da derrota tanto no Executivo como no Legislativo, consta que Adams nomeou, às vésperas do término de seu mandato, vários federalistas para cargos no Judiciário, que ficaram conhecidos como juízes da meia-noite (“*midnight judges*”). William Marbury foi nomeado para o cargo de juiz da paz no Distrito da Columbia, seu nome foi confirmado pelo Senado, sua *comission* foi assinada pelo Presidente, porém não chegou a ser entregue pelo então Secretário de Estado, John Marshall. Ao assumir a Presidência, Thomas Jefferson teria orientado o novo Secretário de Estado, James Madison, a não entregar a *comission* a Marbury, que impetrou, com base em uma disposição do *Judiciary Act*, um *writ of mandamus* diretamente perante a Suprema Corte para que essa ordenasse a Madison a entrega da *comission*. Ao julgar o caso *Marbury v. Madison* (1803), a Corte, composta por Federalistas e agora presidida pelo próprio John Marshall, se deparava com a situação de ter que decidir a respeito de uma *comission* que esse não havia entregado. A saída encontrada pelo *Chief Justice* foi de fato engenhosa: sustentou que, pela Constituição, a Corte carecia de competência originária para julgar o caso, a despeito do que dispusesse o *Judiciary Act*, não sem antes reprovar a conduta da nova administração.

Na fundamentação, é possível notar a influência da noção de Constituição limitada expressa por HAMILTON²⁰² e a preocupação manifestada por MADISON em muni-la de mecanismos que obrigassem as legislaturas, para esse as estaduais, a cumpri-la:

“A questão relativa a se um ato repugnante à Constituição pode tornar-se a lei da terra é profundamente interessante nos EUA, mas felizmente sua complexidade não é proporcional a seu interesse. Parece necessário reconhecer certos princípios, que se supõe estejam há muito tempo consolidados, para resolvê-la. [...] Os poderes da legislatura são definidos e limitados e, para que esses limites não sejam negligenciados ou esquecidos, a Constituição é escrita. De que serviria limitar os poderes e tonar essas limitações escritas se essas puderem ser, a qualquer momento, transpostas por aqueles a quem se dirigem? A distinção entre um governo de poderes limitados e outro de poderes ilimitados seria eliminada se tais restrições não limitassem as pessoas a quem essas se impõem e se os atos proibidos e os permitidos fossem igualmente obrigatórios. É uma proposição clara demais para ser contestada que ou a Constituição controla qualquer ato que lhe seja repugnante ou a legislatura pode alterá-la por um ato ordinário. Entre essas duas alternativas, não há meio-termo. Ou a Constituição é superior, a lei fundamental, e não pode ser modificada pelos meios ordinários ou ela está em um mesmo nível que os atos legislativos ou outros atos e pode ser modificada quando a legislatura assim desejar. Se a primeira parte da alternativa for verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei, mas, se a segunda parte estiver correta, então Constituições

²⁰² SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 42.

*escritas são tentativas absurdas, da parte do povo, de limitar o poder, na sua própria natureza ilimitável.*²⁰³

Segundo Robert G. McCLOSKEY, Marshall tinha muito claro o que deveria fazer à frente da Suprema Corte: primeiro, assentar a chamada “doutrina da supremacia judicial”, pela qual o Judiciário poderia rever, com base na Constituição, os atos dos demais Poderes e que suas decisões deveriam ser por esses observadas; segundo, assentar a chamada “doutrina da supremacia nacional”, segundo a qual a Suprema Corte poderia declarar uma lei estadual inconstitucional por invadir os poderes da União, assegurando assim a preservação do governo federal. O autor observa que:

*“Nesse contexto, Marshall enfrentou seu maior desafio de reforçar o poder judicial e moldar a Constituição como uma Carta para o nacionalismo. Esses dois temas entrelaçados perpassam quase todas as suas decisões; cada caso levanta a questão da autoridade da Corte em conjunto com a relação entre a nação e os Estados, e a Corte deve sempre decidir uma questão à luz da outra, tomando cuidado para que o zelo nacionalista não comprometa seu próprio status ou que as reivindicações por poder judicial não sejam nunca tão extremadas a ponto de viciar a cruzada pelo nacionalismo. E, pouco a pouco, apesar da delicadeza desse trabalho de sopesamento, apesar do profundo antagonismo dos litigantes implicados, apesar da onda crescente de consciência dos direitos dos Estados, o trabalho foi feito. O império decisório da Corte não poderia ter sido estendido e estabilizado de forma mais firme como o foi, em um arranjo governamental que repousa sobre a inferência e a aquiescência em vez da definição final. As grandes frases operacionais da Constituição – a cláusula da supremacia, a cláusula dos contratos, a cláusula dos poderes necessários e adequados e a cláusula do comércio – foram impregnadas de significados nacionalistas tão caros ao coração de Marshall. E o mais importante de tudo, essas mutações forjadas judicialmente no caráter do constitucionalismo americano são geralmente aceitas pela nação para a qual elas foram destinadas a guiar.”*²⁰⁴

²⁰³ Tradução livre para: “*The question, whether an act, repugnant to the constitution, can become the law of the land, is a question deeply interesting to the United States; but, happily, not of an intricacy proportioned to its interest. It seems only necessary to recognize certain principles, supposed to have been long and well established, to decide it. [...] The powers of the legislature are defined, and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be refrained? The distinction, between a government with limited and unlimited powers, is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the later part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power, in its own nature illimitable.*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803), pp. 176-177.

²⁰⁴ Tradução livre para: “*In this context Marshall faced his great task of augmenting the judicial power and shaping the Constitution into a charter for nationalism. These two interwoven themes run through nearly all his decisions; each case raises the question of the Court’s authority together with that of nation-state relationship, and the Court must always decide one question in the light of the other, taking care that its nationalist zeal does not compromise its own status or that claims for judicial power are never so extreme as to vitiate the crusade for nationalism. And little by little, in spite of the delicacy of this balancing feat, in spite of the deep antagonism of affected litigants, in spite of the rising wave of states’ rights sentiment, the job is done. The Court’s empire of decision is extended and stabilized as firmly as it ever can be in a governmental arrangement that rests on*

É importante observar, no entanto, que *Marbury* não inaugurou o *judicial review*²⁰⁵ nos EUA, seria somente a primeira vez em que a Suprema Corte declararia uma lei, no caso federal, inconstitucional, mas a doutrina registra que, nas Cortes federais de circuito, havia precedentes de leis estaduais declaradas inconstitucionais antes de *Marbury* e que aquela, ao julgar o caso *Ware v. Hylton* (1796), já havia estabelecido a possibilidade de invalidação de leis estaduais por contrariedade a um tratado²⁰⁶. Mais do que isso, segundo consta, antes mesmo da ratificação da Constituição dos EUA, já havia precedentes, nas Cortes estaduais, de leis invalidadas por contrariedade à Constituição estadual²⁰⁷. Alguns autores ressaltam que a origem das ideias que teriam inspirado o *judicial review* remontam a 1608 com a chamada “doutrina Coke”, referência ao *Chief Justice* inglês Edward Coke, segundo a qual uma lei fundamental limitava a atividade do Parlamento e que os juízes poderiam invalidar leis que a contrariassem²⁰⁸. Essa doutrina seria conhecida pelos colonos britânicos na América. Assim, como se pode ver, o *judicial review*, tanto quanto o federalismo, tinha antecedentes coloniais, o que parece confirmar o acerto de LaCROIX, ao recomendar não encarar a Convenção da Filadélfia como o momento da criação, antes do qual não havia nada²⁰⁹. Outras semelhanças podem ser notadas entre o federalismo e o *judicial review*, como a constatação de que nenhum dos dois se encontra previsto explicitamente na Constituição, mas são uma decorrência de suas disposições²¹⁰.

inference and acquiescence rather than on final definition. The great operative phrases of the Constitution – the supremacy clause, the contract clause, the necessary and proper clause, the commerce clause – are impregnated with the nationalist meanings so dear to Marshall’s heart. And most important of all, these judicially contrived mutations in the character of American constitutionalism are generally accepted by the nation they are designed to guide.” McCLOSKEY, Robert. G. *The American Supreme Court*. 5. ed. Rev. Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, pp. 37-38.

²⁰⁵ SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 42.

²⁰⁶ BLOCH, Susan Low; JACKSON, Vicki C. *Federalism: a reference guide to the United States Constitution*. Santa Barbara: Praeger, 2013, p. 5.

²⁰⁷ SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, pp. 7-11.

²⁰⁸ SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, pp. 4-5.

²⁰⁹ Alison L. LaCROIX observa que grande parte dos estudos sobre federalismo costuma partir da Convenção da Filadélfia de 1787, por considerá-la o marco inicial do conceito. Ao fazê-lo, esses perdem de vista as origens do federalismo americano, que antecederiam a referida Convenção e conformariam a “*pré-história*” do conceito. LaCROIX, Alison L. *The ideological origins of American federalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, pp. 1-3 e 11.

²¹⁰ “Assim como o controle de constitucionalidade, o federalismo é frequentemente encarado como uma das contribuições dos EUA para a Ciência da política. A origem de ambos os conceitos é tipicamente associada com a elaboração e ratificação da Constituição, apesar de, no documento em si, não haver referência expressa a qualquer um dos dois.” Tradução livre para: “Along with judicial review, federalism is frequently regarded as one of the signal American contributions to the science of politics. Both concepts’ origins are typically traced to the drafting and ratification of the Constitution, despite the lack of any explicit reference to either in the document itself.” LaCROIX, Alison L. *The ideological origins of American federalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, pp. 2-3. Nesse sentido: McCLOSKEY, Robert. G. *The American Supreme Court*. 5. ed. Rev. Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, p. 4; SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 42.

A abordagem convencional²¹¹ costuma enfatizar a importância que a Suprema Corte, com sua interpretação ampliativa de certas disposições constitucionais, especialmente dos poderes enumerados do Congresso (Seção VIII do Artigo I), como a *Commerce Clause*, a *Taxing and Spending Clause* e a *Necessary and Proper Clause* (embora haja quem entenda que essa última seria, na realidade, um poder não-enumerado²¹²), teve para a consolidação do governo nacional e para a expansão de sua esfera de competências nos EUA. Assim, ainda na chamada “Era Marshall”, a Corte decidiu que o Congresso poderia incorporar um banco (o segundo Banco dos EUA), ainda que essa competência não se encontrasse expressamente prevista entre os poderes enumerados (*McCulloch v. Maryland*, 1819); no período do *New Deal*, que a primeira cláusula abrangia não apenas a competência para regular o comércio *interestadual*, mas também o *intraestadual* que afetasse substancialmente o *interestadual* (*NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 1937); que o Congresso poderia, com base na *Spending Clause*, autorizar a retenção de uma parcela do fundo federal para rodovias de Estados que não impusessem a idade mínima de 21 anos para dirigir (*South Dakota v. Dole*, 1987); em tempos mais recentes, que a obrigação de contratar um plano de saúde prevista no chamado *Affordable Care Act* (conhecido como “Obamacare”), ainda que não encontrasse fundamento na *Commerce Clause* nem na *Necessary and Proper Clause*, estaria amparada na *Taxing Clause* (*NFIB v. Sibelius*, 2012).

Não bastasse, como se viu, a Corte ter emprestado uma interpretação ampliativa a disposições constitucionais constantes dos poderes enumerados da União, de modo a propiciar a expansão da esfera de competência do governo nacional, ela ainda desdobrou, a partir de algumas dessas disposições, limitações aos poderes dos Estados, ou seja, extraiu de disposições que atribuem competência à União (e não aos Estados) restrições à competência legislativa dos Estados (e não só da União). Como a *Commerce Clause*, como se sabe, atribui ao Congresso competência para legislar sobre comércio *interestadual*, levantou-se a questão de se seria defeso aos Estados também legislar sobre essa matéria ou se esses estariam adstritos ao comércio *intraestadual*, ou seja, se aquela competência seria exclusiva ou concorrente. Essa questão parece partir de uma premissa característica do chamado federalismo dual²¹³ (*vide* o voto do Justice Johnson no caso *Gibbons v. Ogden*, 1824), segundo a qual União e

²¹¹ Sobre a abordagem tradicional, *vide* ESKRIDGE JR., William N.; FERREJOHN, John. The elastic commerce clause: a political theory of American federalism. *Vanderbilt Law Review*, vol. 47, n. 5, 1994, p. 1356.

²¹² Sobre a natureza da *Necessary and Proper Clause*: LaCROIX, Alison L. The shadow powers of Article I. *The Yale Law Journal*, v. 123, n. 6, abr. 2014, pp. 2062-2063.

²¹³ *Vide* CORWIN, Edward. S. The passing of Dual Federalism. *Virginia Law Review*, vol. 36, n. 1, fev. 1950, p. 4.

Estados legislariam, cada qual em sua respectiva área, com exclusividade. Embora seja duvidoso que, após o *New Deal*, essa teoria prevaleça na Suprema Corte, que parece entender que essa matéria é, em parte, exclusiva e, em parte, concorrente (*Cooley v. Board of Wardens*, 1852), essa impôs restrições aos Estados com base em uma *dormant Commerce Clause*, tais como: a de estabelecer distinções discriminatórias (*South Carolina Highway Dept. v. Barnwell Brothers*, 1938) ou limitações excessivas ao comércio interestadual (*Southern Pacific Co. v. Arizona*, 1945).

Essas e tantas outras decisões da Suprema Corte que poderiam ser aqui citadas, ao confirmarem a constitucionalidade de leis federais ou ao refutarem a constitucionalidade de leis estaduais, ajudaram, sem sombra de dúvida, a consolidar o avanço, em várias frentes, da União em relação aos Estados nos EUA. Mais do que isso: essas decisões, ao controlarem a constitucionalidade dessas leis, com base em disposições da repartição de competências, foram pouco a pouco formando um conjunto de precedentes que serviram de base para decisões futuras e um entendimento que propiciou a expansão da esfera de competência da União nos EUA. Mas é preciso tomar cuidado com a abordagem convencional para não perder de vista o fato de que nem sempre, ao longo de seus 230 anos de atuação, a Suprema Corte corroborou o processo de expansão dos poderes da União nos EUA; nem sempre, em casos envolvendo conflito entre a União e os Estados, essa preteriu esses em favor daquela. Pelo contrário, mesmo nos períodos mais nacionalistas de sua história, a Corte expressou preocupação com o papel a que estavam sendo relegados os Estados e procurou resguardá-los de novas investidas da União ou simplesmente tomou decisões que preservavam leis estaduais²¹⁴. Aliás, mesmo em casos envolvendo a *dormant Commerce Clause*, leis estaduais foram preservadas sempre que essas, ao perseguirem objetivos locais, não criassem embaraços ao comércio interestadual. Como se vê, a abordagem convencional, ao representar somente uma amostra (seletiva) de decisões da Suprema Corte sobre federalismo, não revela senão uma faceta da realidade, o que acaba consequentemente encobrindo outra.

A grande questão é que a Constituição dos EUA contém bem menos disposições concernentes aos Estados do que à União, a maior parte das quais restritivas da autonomia daqueles (Seção X do Artigo I, por exemplo); o que, sem dúvida, dificulta sobremaneira a tarefa da Suprema Corte na hora de elaborar, a partir de disposições constitucionais, parâmetros para aferir a constitucionalidade de leis editadas pela União que avancem sobre a

²¹⁴ Vide ESKRIDGE JR., William N.; FERREJOHN, John. The elastic commerce clause: a political theory of American federalism. *Vanderbilt Law Review*, vol. 47, n. 5, 1994, p. 1359.

competência dos Estados. Isso pode ser explicado pelo fato de a Constituição ter sido adotada “*para formar uma União mais perfeita*”, tal como consta em seu preâmbulo, redefinindo a estrutura do governo nacional e reforçando os poderes que lhe eram antes conferidos pelos antigos Artigos da Confederação. Esses dispunham expressamente que, não obstante a aliança, os Estados retinham sua soberania (Artigo II); aquela, por sua vez, não contém igual disposição, tendo sido aprovada, em 1791, a Décima Emenda, deixando claro que o governo nacional dispunha somente dos poderes que lhe eram delegados (os poderes enumerados), ainda que esse não se limitasse apenas aos “expressos”, abrangesse também os “implícitos” (a expressão “expressamente” não consta na referida Emenda), resguardando aos Estados ou ao povo todos os demais (os poderes residuais ou remanescentes). Entendia-se, assim, que os Estados, ao contrário da União, detinham os chamados *police powers*, ou seja, aqueles necessários para governar seu próprio território.

Após ter declarado, em uma ocasião, que a Décima Emenda não passaria de um “truísmo”, ou seja, que apenas explicitaria o que já estava ínsito na Constituição (a ideia de que a repartição de competências havia sido feita com base na enumeração dos poderes da União e na reserva dos demais poderes aos Estados), despida de qualquer consequência no sentido de limitar os poderes da União (*United States v. Darby*, 1941), em outras ocasiões a Suprema Corte passou a adotá-la como parâmetro para controlar a constitucionalidade de leis editadas pela União que invadissem a esfera de poderes reservados aos Estados. Assim, em *National League of Cities v. Usery* (1976), a Suprema Corte entendeu que o Congresso carecia de poderes para regular, com base na *Commerce Clause*, a remuneração e a jornada de trabalho de funcionários estaduais e municipais, por afetar áreas de política pública tipicamente estaduais, o que não se coadunaria com o sistema federal estabelecido na Constituição²¹⁵. Tal precedente, no entanto, foi superado (“*overruled*”) pela Corte, no caso *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (1985), ao fundamento de que os Estados não deveriam buscar na Corte a proteção de seus direitos, com base em um conceito apriorístico de soberania estadual, mas sim na própria estrutura do governo nacional que comporta demandas estaduais²¹⁶. Não obstante essa mudança no entendimento da Corte, a Décima Emenda ainda desempenharia, segundo comentaristas, um papel importante no desenvolvimento pela Corte de um novo parâmetro para controlar a constitucionalidade de

²¹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *National League of Cities v. Usery* (1976), 426 U. S., pp. 842; 845.

²¹⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U. S. 528 (1985), pp. 547;550.

leis federais²¹⁷: o “*anti-commandeering*”, pelo qual o Congresso não pode obrigar Estados a editarem ou fazerem cumprir uma política da União (*New York v. United States*, 1992²¹⁸; *Printz v. United States*, 1997).

Em *United States v. Lopez* (1995), a Corte decidiu que o Congresso não poderia, com base na *Commerce Clause*, proibir a posse de armas de fogo em zonas escolares, pois tal conduta não envolveria qualquer atividade econômica. A maioria recusou-se categoricamente a expandir ainda mais o alcance da referida cláusula, sob pena de descaracterizar a repartição de poderes feita na Constituição²¹⁹. Segundo comentaristas, essa teria sido a primeira vez, desde o *New Deal*, em que a Corte limitou o alcance da *Commerce Clause*²²⁰. Alguns anos mais tarde, em *United States v. Morrison* (2000), a Corte decidiu que o Congresso tampouco poderia criar, com base na referida cláusula, uma via para que vítimas de violência baseada em gênero pleiteassem, de seus agressores, reparação civil pelos danos sofridos, novamente por isso não envolver atividade econômica. Aliás, a maioria chegou a especular não haver outro exemplo melhor de *police power* dos Estados do que o combate e a reparação de crimes²²¹. Como se pode ver, ao basearem suas decisões na lógica dos poderes

²¹⁷ BLOCH, Susan Low; JACKSON, Vicki C. *Federalism: a reference guide to the United States Constitution*. Santa Barbara: Praeger, 2013, p. 186.

²¹⁸ “A atribuição de poder contida na Cláusula do Comércio, por exemplo, autoriza o Congresso a regular o comércio interestadual diretamente, mas não o autoriza a regular a regulação estadual do comércio interestadual.” “Sejam quais forem os limites daquela soberania, uma coisa é certa: o governo federal não pode compelir os Estados a editarem ou a administrarem um programa regulatório federal.” Tradução livre para: “The allocation of power contained in the Commerce Clause, for example, authorizes Congress to regulate interstate commerce directly; it does not authorize Congress to regulate state governments’ regulation of interstate commerce.” Ainda: “Whatever the outer limits of that sovereignty may be, one thing is clear: The Federal Government may not compel the States to enact or administer a federal regulatory program.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *New York v. United States*, 505 U. S. 144 (1992), pp. 166 e 188, respectivamente.

²¹⁹ “Para manter aqui as alegações do governador, nós teríamos que empilhar inferência sobre inferência de uma maneira que provavelmente converteria a autoridade do Congresso sob a Cláusula do Comércio em um general police power do tipo mantido pelos Estados [...] Isso nós não estamos dispostos a fazer.” Tradução livre para: “To uphold the Government’s contentions here, we would have to pile inference upon inference in a manner that would bid fair to convert congressional authority under the Commerce Clause to a general police power of the sort retained by the States. [...] This we are unwilling to do.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *United States v. Lopez*, 514 U. S. 549 (1995), pp. 567-568.

²²⁰ BLOCH, Susan Low; JACKSON, Vicki C. *Federalism: a reference guide to the United States Constitution*. Santa Barbara: Praeger, 2013, p. 186.

²²¹ “Nós rejeitamos, conseqüentemente, o argumento de que o Congresso possa regular condutas criminosas violentas não-econômicas, baseado somente no efeito agregado da conduta sobre comércio interestadual. A Constituição requer uma distinção entre o que é verdadeiramente nacional e o que é verdadeiramente local. *Lopez*, 514 U. S., p. 568 (citando Jones & Laughlin Steel, 301 U. S., p. 30). Ao reconhecer esse fato nós preservamos um dos poucos princípios que se manteve consistente desde que a Cláusula foi adotada. [...] Com efeito, nós não podemos pensar em um melhor exemplo de police power, que os Founders negaram ao governo nacional e deixaram com os Estados, que a repressão ao crime a reparação de suas vítimas.” Tradução livre para: “We accordingly reject the argument that Congress may regulate noneconomic, violent criminal conduct based solely on that conduct’s aggregate effect on interstate commerce. The Constitution requires a distinction

enumerados da União e nos *police powers* retidos pelos Estados, não se pode deixar de concluir que ambas as decisões trabalham com a Décima Emenda. Em todo caso, esse curso de ação da Suprema Corte de restringir o alcance da *Commerce Clause* parece ter sido interrompido, alguns anos mais tarde, com a decisão tomada em *Gonzales v. Raich* (2005), pela possibilidade de o Congresso proibir, não obstante lei estadual em sentido contrário, o cultivo particular de marijuana, por entender tratar-se de atividade econômica, ainda que não comercial.

De acordo com alguns comentaristas, desde o *New Deal* e particularmente a partir de meados da década de 1970, a Suprema Corte estaria apostando em uma estratégia diferente para controlar a constitucionalidade de leis federais: essa vem insistindo, cada vez menos, em uma abordagem que procura desdobrar limites a partir de disposições constitucionais (“*constitutional interpretation*”) e mais em uma abordagem focada na interpretação de leis (“*statutory interpretation*”). Em questões envolvendo a preempção de leis estaduais por federais, com base na *Supremacy Clause*, a Corte já havia decidido em *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.* (1947) que, a não ser que o Congresso deixe seu propósito claro e explícito no texto da lei, não havia que se cogitar da suplantação dos *police powers* dos Estados (“*presumption against preemption*”). Assim, em *Atascadero State Hospital v. Scanlon* (1985), essa decidiu que o Congresso não poderia ab-rogar a “imunidade soberana” dos Estados prevista na Décima Primeira Emenda²²², a não ser que tal pretensão ficasse inequivocamente clara no texto da lei (“*clear statement rule*”). Considerando que, com a transição do federalismo dual para o cooperativo, os poderes da União e dos Estados passaram a ser compreendidos menos em termos exclusivos e mais concorrentes, ganhando relevo a questão da preempção, realmente faz sentido que a Corte tenha se engajado em novas formas de controlar a constitucionalidade de leis federais.

Como se pode ver, ao longo desses 230 anos de atuação, a Suprema Corte parece oferecer suporte empírico para diferentes leituras, não havendo que se cogitar de linearidade

between what is truly national and what is truly local. Lopez, 514 U. S., at 568 (citing Jones & Laughlin Steel, 301 U. S., at 30). *In recognizing this fact we preserve one of the few principles that has been consistent since the Clause was adopted. [...] Indeed, we can think of no better example of the police power, which the Founder denied the National Government and reposed in the States, than the suppression of violent crime and vindication of its victims.* ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *United States v. Morrison*, 529 U. S. 598 (2000), pp. 617-618.

²²² A Décima Primeira Emenda proíbe, textualmente, que qualquer Estado venha a ser processado, perante uma Corte federal, por um cidadão de outro Estado ou por um estrangeiro. A Suprema Corte, no entanto, em uma série de precedentes, redefiniu o alcance dessa imunidade estadual, sem se ater à literalidade de seu texto.

em sua trajetória de atuação²²³. Além disso, se os fatos oferecem suporte a uma ou outra leitura depende muito de como esses são interpretados.

Alguns autores põem em dúvida se o processo de expansão dos poderes da União que se observou ao longo de tantos anos nos EUA pode ser realmente atribuído à atuação da Suprema Corte, ou seja, levantam uma objeção *descritiva* à importância da Corte, tanto é que essa, quando teria tentado reverter essa tendência em tempos mais recentes (o período do chamado “*new federalism*”), adotando critérios mais rígidos para controle das leis federais, não teria obtido igual sucesso²²⁴. Assim, mais do que decisões da Suprema Corte, seriam as leis aprovadas pelo Congresso e sancionadas pelo Presidente e a oposição das Assembleias e Governadores que teriam definido os rumos do federalismo nos EUA. O argumento é basicamente o de que, sempre que não há coincidência entre a preferência da Suprema Corte e a do Presidente com o Congresso, a tendência é a de que aquela acabe eventualmente cedendo ante esses. Os autores que levantam essa objeção muitas vezes observam que a Corte costuma adotar uma postura de autocontenção (“*self-restraint*”) nesses casos, de ser deferente às decisões tomadas pelos Poderes eleitos do Estado. Uma possível explicação para esse fato seria a de que a Corte, diferentemente dos Poderes Executivo e Legislativo, não teria uma legitimidade própria, advinda das urnas, e sim derivada desses, pelo fato de seus membros serem indicados e confirmados pelos Poderes eleitos. Outra explicação seria a de que, por controlarem em última análise a composição da Corte, os Poderes Executivo e Legislativo teriam meios para influenciar a médio e longo prazo as preferências e, conseqüentemente,

²²³ Nesse sentido, Ilya Somin observa que: “*Apesar de o judicial review ter promovido tanto centralização como autonomia estadual em momentos diferentes, no agregado essa fortaleceu a primeira às custas dos últimos. Esse padrão tem sido especialmente predominante desde os anos 1930 [...]*” Tradução livre para: “*While judicial review has therefore promoted both centralization and state autonomy at different times, on balance it has strengthened the former at the expense of the latter. This pattern has been especially prevalent since the 1930s [...]*” SOMIN, Ilya. *The Supreme Court of the United States: Promoting Centralization More Than State Autonomy*. In: ARONEY, Nicholas; KINCAID, John (eds.). *Courts in Federal Countries: federalists or unitarists?* Toronto: University of Toronto Press, 2017, p. 440.

²²⁴ Ilya SOMIN minimiza o impacto das decisões tomadas na chamada “*federalism revolution*” na Era Rehnquist: “*No século XIX e início do XX, a Suprema Corte realizou esforços limitados, mas significativos, para conter o poder do Congresso. Esses esforços foram, em grande parte, abandonados depois da revolução do período do New Deal em 1930. No início dos anos 1990, a Corte começou a tentar reviver limites judiciais ao poder federal. Até agora, esses esforços tiveram somente um impacto limitado.*” Tradução livre para: “*In the nineteenth and early twentieth centuries, the Supreme Court engaged in limited but significant efforts to constrain congressional power. These efforts were to a large extent abandoned after the constitutional revolution of the New Deal period in the 1930s. Beginning in the early 1990s, the Supreme Court attempted to revive judicial enforcement of limits on federal power. So far, these efforts have had only a limited effect.*” SOMIN, Ilya. *The Supreme Court of the United States: Promoting Centralization More Than State Autonomy*. In: ARONEY, Nicholas; KINCAID, John (eds.). *Courts in Federal Countries: federalists or unitarists?* Toronto: University of Toronto Press, 2017, pp. 441; 460.

o comportamento da Corte, ainda que no curto prazo possa ocorrer confronto. É o que sustenta, por exemplo, RIKER, com base em exemplos retirados da história dos EUA:

*“Pode a Corte resistir às tentativas do Presidente de centralizar e pode a Corte centralizar quando os Presidentes não estão interessados em fazê-lo? Uma breve mirada nos exemplos demonstra que a resposta a ambas as questões é negativa. A Corte Taney foi impotente para impedir a centralização militar de Lincoln e a Corte Hughes foi capaz de resistir à centralização de Roosevelt por somente cerca de dois anos. Por outro lado, embora Marshall tenha feito muitos pronunciamentos ousados, a centralização que ocorreu em sua era foi em sua maior parte militar, com a qual ele nada teve a ver. A centralização econômica, na qual ele estava interessado, na verdade diminuiu durante o período em que ele esteve na Corte. Parece claro, portanto, que a Corte tem importância somente quando é a serva dos Poderes políticos, especialmente da Presidência. E, como uma serva, é de importância apenas secundária em nosso estudo.”*²²⁵

Pelo menos dois episódios da história dos EUA parecem oferecer, à primeira vista, suporte empírico para essa objeção: o cerco da Suprema Corte pelos governos Thomas Jefferson (1801-1809), quando os Federalistas, que dominavam a composição da Corte, haviam acabado de sofrer uma derrota nas eleições de 1800 pelos Antifederalistas; e Franklin D. Roosevelt (1933-1945), quando os chamados “velinhos da Corte” opuseram resistência às políticas de *Welfare State* que os democratas tentavam implementar para fazer frente à Grande Depressão. Aliás, a associação entre ambos os episódios não é fortuita; pelo contrário, foi construída: Michael J. KLARMAN observa que Roosevelt, em um pronunciamento, teria defendido que as políticas propostas pelo seu governo não exorbitariam da competência da União, como ainda entendia a maioria dos membros Corte, caso a Constituição fosse interpretada do modo que o *Chief Justice* Marshall faria, por assim dizer, nos “áureos tempos” do nacionalismo da Corte²²⁶. Como se vê, os nacionalistas do *New Deal* projetavam-se como discípulos de Marshall ou como curadores do legado por esse deixado à frente da Corte; para eles, não

²²⁵ Tradução livre para: “*Can the Court resist the President’s attempts to centralize and can the Court centralize when Presidents are not eager to do so? A brief look at the examples demonstrates that the answer to both questions is negative. The Taney Court was powerless to inhibit Lincoln’s military centralization and the Hughes Court was able to resist Roosevelt’s centralization only for about two years. On the other hand, though Marshall made many bold pronouncements, the centralization that occurred in his era was mostly military, with which he had nothing to do. Economic centralization, in which he was interested, actually declined during his period on the bench. It seems clear, therefore, that the Court has significance for federalism only when it is the handmaiden of the political branches, especially the Presidential branch. And as a handmaiden, it is of only secondary importance for our analysis.*” RIKER, William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, p. 103.

²²⁶ “*No seu discurso inaugural em 1933, o Presidente Franklin D. Roosevelt argumentou que a expansão extraordinária da autoridade nacional que ele propôs era consistente com a Constituição original – se interpretada da maneira defendida por John Marshall.*” Tradução livre para: “*In his inaugural address in 1933, President Franklin D. Roosevelt argued that the extraordinary expansion of national authority that he proposed was consistent with the original Constitution – if construed in the manner endorsed by John Marshall.*” KLARMAN, Michael J. *The Framers’ Coup: the making of the United States Constitution*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 624.

seria o governo e sim a maioria dos *Justices* que não estaria honrando a tradição nacionalista da Corte. Ressalte-se que, embora o segundo episódio pareça de fato confirmar a hipótese de que, em havendo oposição entre a preferência da Corte, de um lado, e a da Presidência e do Congresso, de outro, cedo ou tarde aquela acaba cedendo ante esses, o primeiro suscitou diferentes interpretações. A interpretação convencional, com seu foco no caso *Marbury v. Madison* (1803), sugere que Marshall, ao censurar a atitude de Madison de não entregar a *comission* a Marbury para se tornar juiz de paz no Distrito da Columbia e, ainda, assentar a doutrina do *judicial review* que lhe permitiria, no futuro, controlar a constitucionalidade de leis estaduais, teria conseguido resistir heroicamente às investidas de Jefferson²²⁷. A revisionista, por sua vez, com seu foco no caso *Stuart v. Laird* (1803), decidido quase uma semana depois de *Marbury*, demonstra que Marshall e seus colegas da Corte, ao naquele caso não invocarem esse precedente para declarar inconstitucional a lei que os obrigava a realizar circuito, não chegaram realmente a confrontar a Presidência e o Congresso; pelo contrário, teriam capitulado ante esses²²⁸.

A premissa da objeção descritiva no sentido de que, por controlarem o processo de indicação e de confirmação de seus membros, os Poderes Executivo e Legislativo controlariam, em última análise, a própria composição da Corte e, conseqüentemente, poderiam influenciar seu comportamento deve ser lida *cum grano salis*²²⁹. Afinal, sendo esse um órgão colegiado,

²²⁷ “Mas o toque de gênio fica evidente quando Marshall, não satisfeito com ter salvado uma má situação, aproveita a ocasião para descrever a doutrina do *judicial review*. [...] quanto a esse, naquele momento só os Federalistas lhe deram muita atenção e, é claro, aprovaram calorosamente. Os Jeffersonianos derramaram poucas lágrimas pela anulação de uma lei que havia sido aprovada pelos Federalistas”. Tradução livre para: “But the touch of genius is evident when Marshall, not content with having rescued a bad situation, seizes the occasion to set forth the doctrine of *judicial review*. [...] as for the argument for *judicial review*, at the time only the Federalists paid much attention to it, and they of course were warmly approving. The Jeffersonians shed few tears over the voiding of a law that had been passed by Federalists in the first place.” McCLOSKEY, Robert. G. *The American Supreme Court*. 6. ed. Rev. Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, pp. 25; 26; 27-28.

²²⁸ ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of the presidential democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005, pp. 9 e 195; LEVINSON, Sanford V. Why I do not teach *Marbury* (except to Eastern Europeans) and why you shouldn't either. *Wake Forest Law Review*, v. 38, 2003, p. 556.

²²⁹ “Nós pressupomos que agentes públicos, incluindo juízes federais, tem e agem segundo preferências relativas a resultados de políticas públicas. As preferências de políticas públicas judiciais, a nosso ver, refletem as visões das coalizões políticas responsáveis pelas suas nomeações e são, portanto, sensíveis às preferências de políticas públicas do Presidente e do Congresso e, indiretamente, do processo eleitoral. Claro que, em um dado momento, as preferências dos membros da Suprema Corte podem estar em descompasso com aquelas de outras lideranças políticas ou do eleitorado; uma vez que diferentes coalizões são responsáveis pela nomeação de diferentes juízes, a qualquer momento a Corte pode ter uma gama diferente de preferências.” Tradução livre para: “We assume that political officials, including federal judges, have and act upon preferences upon ultimate policy outcomes. Judicial policy preferences, in our account, reflect the views of the political coalitions responsible for their appointments, and are therefore sensitive to presidential and congressional policy preferences and indirectly to electoral preferences. Of course, at a particular moment, the policy preferences of those judges sitting on the Supreme Court may be out of phase with those held by other political leaders or by the electorate; because

para conseguir reverter maiorias já consolidadas não raro é preciso dominar o processo político – leia-se, controlar tanto o Executivo como o Legislativo –, por período considerável de tempo (a não ser, é claro, que se proponha, tal como fez Roosevelt com o “*Court-packing plan*”, uma lei para ampliar de uma só vez seu número de membros). Além disso, em decorrência de escolhas feitas pelos delegados da Convenção da Filadélfia, com vistas a assegurar a independência e imparcialidade dos magistrados federais, os *Justices* da Suprema Corte gozam de *life tenure during good behaviour* (o que significa que, uma vez empossados, só podem ser afastados pela via do *impeachment*). Logo, a renovação da composição da Corte depende de fatores, como a aposentadoria voluntária ou o falecimento de um *Justice*, que estão para além do alcance desses Poderes (ainda que estratégias intimidatórias possam ser eficazes para levar à aposentadoria, como infelizmente a História demonstra).

A preponderância atribuída, como se viu, por muitos autores à Presidência e ao Congresso sobre a Suprema Corte parece estar profundamente associada ao ambiente político dos EUA (“*context-specific*”), onde desde meados do século XIX dois partidos (republicanos e democratas) têm se revezado no poder, sendo que pelo menos um desses (os republicanos) vem adotando uma posição bastante clara com relação a questões federativas (favorável à devolução de poderes aos Estados). Muitos comentaristas da Suprema Corte assumem que a posição dos *Justices* acerca de diversas questões costuma refletir a posição do partido do Presidente que os indicou, de tal modo que o comportamento dessa poderia ser explicado (e, em certa medida, até previsto) pelo quadro de forças dentro da Corte: número de *Justices* indicados por Presidentes democratas *v.* número de *Justices* indicados por Presidentes republicanos. Como se viu, diversas decisões relevantes da Corte, não só com relação a questões federativas, foram tomadas por maioria de somente uma pequena margem (de 5 a 4 em uma Corte composta por 9 *Justices*), o que reforçaria a capacidade de influência do Presidente e do Congresso (particularmente do Senado), na medida em que já não seria preciso dominar o processo político por um longo período de tempo para poder influenciar o comportamento da Corte.

Outra premissa importante da objeção descritiva baseia-se em uma característica do *judicial review*: a inércia da jurisdição. Assim, não fosse a lei, cuja constitucionalidade foi questionada, ter sido editada em um primeiro momento, a Corte não teria que sobre essa se

different political coalitions are responsible for the appointment of different Justices, at any given moment in time the Court is likely to have an array of different preferences.” ESKRIDGE JR., William N.; FERREJOHN, John. The elastic commerce clause: a political theory of American federalism. *Vanderbilt Law Review*, vol. 47, n. 5, 1994, p. 1361.

manifestar – o que ressalta a importância do órgão do qual emanou a lei. É verdade que, sem o impulso inicial dos Poderes Executivo e Legislativo, editando leis que a princípio avançam sobre a esfera de competência de outros entes federativos, a Corte não teria que decidir esses casos e, conseqüentemente, demarcar as fronteiras que separam uma da outra. Em resposta a esse argumento, poder-se-ia contra-argumentar com outra característica do *judicial review*: o fato de que a Suprema Corte tem a última palavra em matéria constitucional, o que faz com que suas decisões, definindo parâmetros para aferir a constitucionalidade de leis com base critérios de competência, sejam definitivas. Aliás, considerando que essa detém a última palavra em matéria constitucional e que sua decisão é definitiva, também se poderia afirmar que eventuais incursões de um ente federativo na esfera de competências de outro só ganhariam estabilidade com a chancela da Suprema Corte (ainda que não se possa dizer que essa estabilidade seja absoluta, afinal por mais definitiva que seja a decisão da Corte, o entendimento nela veiculado pode vir a ser por essa própria revertido em casos futuros, havendo sempre a possibilidade de modificação pelo Congresso do parâmetro de controle, ou seja, a própria Constituição, por meio da aprovação de uma emenda constitucional).

Mas esse esforço todo em identificar a causa primeira dos desdobramentos do federalismo parece completamente inútil, pois ao que tudo indica a cadeia causal é complexa, ou seja, para o resultado observado concorrem diversos fatores. Mais do que isso: se o propósito desse exercício é diminuir a importância da Corte – ou, ao menos, questioná-la – para definir os rumos do federalismo, o raciocínio parece perder o ponto de que, mesmo que se entenda que a Corte não é o fator determinante, essa continua sendo importante. É verdade que muitos exageros já foram praticados por estudiosos ao ressaltar a importância da Corte – muitos dos quais cometidos por juristas, mais especificamente, por constitucionalistas, como bem observou RIKER²³⁰ –, mas assim como não estaria correto afirmar que foi a Corte

²³⁰ “Muitos autores sobre federalismo, especialmente aqueles com formação em Direito, interpretam a [Suprema] Corte como o ‘árbitro do federalismo’; i.e., a agência que dita o passo e o alcance da centralização, e afirmam que a Corte, por sua mudança gradual das fronteiras entre as atribuições dos Estados e da nação, foi um fator importante para a centralização. Essa interpretação é evidentemente falaciosa e poderia somente provir de uma visão superespecializada do processo político. A Corte é uma organização sem muita força política ou militar e, assim, não se esperar que promova ou mesmo dite o passo da mudança constitucional. Uma forma mais correta de interpretar o papel da Corte, que é por construção e pela intenção provável dos Framers reconhecidamente uma instituição completamente centralizada, é dizer que essa acelera o processo de centralização quando está em sintonia com a ideologia do Presidente e não pode impedir centralização quando não está.” Tradução livre para: “Many writers on federalism, especially those with a background in law, interpret the [Supreme] Court as the ‘arbiter of federalism’; i.e., the agency that decides on the pace and extent of centralization, and assert that the Court, by its gradual changing of boundaries between the work of the states and the work of the nation, has been a major force for centralization. This interpretation is on its face fallacious and could only come from an overspecialized view of the political process. The Court is an organization without much political or military

que definiu sozinha os rumos do federalismo americano, tampouco estaria certo negar que essa tenha desempenhado um papel decisivo. Tantos são os autores questionando a importância da Suprema Corte para a definição dos rumos do federalismo nos EUA e tantas as objeções por esses levantadas que se começa a especular se essa postura revisionista não seria, na realidade, uma reação aos exageros do que aqui se denominou “abordagem convencional”²³¹. Enfim, se é certo que o federalismo nos EUA não pode ser explicado apenas com referências a decisões da Suprema Corte, também é certo que é quase impossível explicá-lo sem fazer qualquer alusão a, pelo menos, algumas de suas decisões (embora seja preciso reconhecer que RIKER conseguiu essa façanha, as poucas referências que esse fez, em sua obra, a decisões da Suprema Corte foram justamente para refutar sua importância).

Com a publicação, em meados da década de 1950, do artigo intitulado *The Political Safeguards of federalism* de Herbert WECHSLER²³², assistiu-se à formação nos EUA de uma corrente que propugna basicamente que não caberia à Suprema Corte defender os Estados de eventuais incursões do Congresso, ou seja, que levanta objeções *normativas* ao papel da Corte. Embora WECHSLER, ele próprio, não tenha dito isso expressamente em seu artigo, ele de fato ressaltou a importância que os Estados têm na composição do governo federal nos EUA. Para os defensores dessa corrente, a Suprema Corte deveria deixar para o Congresso o patrulhamento das fronteiras que separam a esfera de competências da União e dos Estados. Essa corrente tem se destacado bastante na literatura estadunidense sobre as relações entre federalismo e *judicial review* (com alguns autores chegando a afirmar que WECHSLER seria quase uma unanimidade entre os juristas²³³), tendo influenciado inclusive a jurisprudência da Suprema Corte, como demonstram as referências feitas a autores

force and therefore cannot be expected to occasion or even to pace constitutional change. A more accurate way to interpret the role of the Court, which is by construction and its framers' probable intent admittedly a wholly centralized institution, is to say that the Court hastens the process of centralization when it is in phase with the ideology of the Presidency and cannot impede centralization when it is not. RIKER. William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, p. 102.

²³¹ RIKER afirma ainda que: “A obsessão dos juristas com a obra de Marshall foi uma das principais distorções anacrônicas do desenvolvimento do federalismo estadunidense.” Tradução livre para: “*The lawyers' overemphasis on Marshall's work has been one of the main anachronistic distortions of the development of American federalism.*” RIKER. William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964, p. 64. Com efeito, autores como McCLOSKEY parecem ter de fato ter exaltado a figura do *Chief Justice* John Marshall. Vide McCLOSKEY, Robert. G. *The American Supreme Court*. 6. ed. Rev. Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, pp. 37-38.

²³² WECHSLER, Herbert. *The Political Safeguards of Federalism: the role of the States in the composition and selection of the National government*. *Columbia Law Review*, v. 54, n. 4, pp. 530-560, abr. 1954.

²³³ “*O argumento de Wechsler ganhou ampla, se não universal, aceitação entre Professores de Direito.*” Tradução livre para: “*Wechsler's argument has gained wide, even if not universal, acceptance among law professors.*” ESKRIDGE JR., William N.; FERREJOHN, John. *The elastic commerce clause: a political theory of American federalism*. *Vanderbilt Law Review*, vol. 47, n. 5, 1994, p. 1358.

dessa corrente em *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (1985)²³⁴, quando essa superou o precedente formado em *National League of Cities v. Usery* (1976)²³⁵.

É preciso observar que, além da proposta de deixar para o Congresso a resolução dessas tensões – e mesmo nesse ponto parece haver nuances entre seus defensores, com alguns propondo que se distinga entre *judicial review* de leis estaduais e federais, devendo a Corte abster-se de controlar somente essas e não aquelas –, esse parece ser um dos poucos pontos em comum entre os autores dessa corrente; no mais, essa forma um corpo bastante heterogêneo, com abordagens e preferências normativas bastante distintas, nem sempre perfeitamente conciliáveis entre si.

Larry D. KRAMER observa que foi somente a partir do final da década de 1940 que foram ficando mais claros o significado e as consequências da mudança de orientação da jurisprudência da Suprema Corte com relação ao federalismo em sua fase pós-*New Deal*. Alguns interpretavam que a Corte havia simplesmente declinado da função de patrulhar as fronteiras que separam a esfera de competência dos Estados e da União e, conseqüentemente, de proteger os primeiros de eventuais incursões da última²³⁶. Em 1950, Edward S. CORWIN publicou um artigo anunciando a morte do federalismo dual e imputando a responsabilidade por esse fato não a qualquer modificação no texto da Constituição ou em sua interpretação, mas à mudança na orientação da Corte em direção ao federalismo cooperativo²³⁷. Segundo KRAMER, o artigo de WECHSLER seria uma resposta ao de CORWIN²³⁸. Naquele, WECHSLER ressalta a importância dos aspectos estruturais do federalismo, sobretudo o fato de que os Estados participam do funcionamento da União (na composição do Congresso e na eleição do Presidente), os quais, de tão evidentes que são, costumam passar despercebidos pelos estudiosos, mas que seriam até mais importantes que a repartição de competências para explicar os rumos do federalismo²³⁹. Como, no sistema estadunidense, toda e qualquer medida adotada pela União precisaria ser justificada, ele contesta que sua tendência natural seja

²³⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U. S. 528 (1985), citando os trabalhos de WECHSLER, CHOPER e outro, nota de rodapé nº 11, p. 528.

²³⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *National League of Cities v. Usery*, 426 U. S. 833 (1976). *Vide* voto divergente do *Justice* Brennan, citando o trabalho de WECHSLER, p. 877.

²³⁶ KRAMER, Larry D. Putting the politics back into the Political Safeguards of Federalism. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 1, jan. 2000, p. 216.

²³⁷ CORWIN, Edward. S. The passing of Dual Federalism. *Virginia Law Review*, vol. 36, n. 1, fev. 1950, pp. 3-4.

²³⁸ KRAMER, Larry D. Putting the politics back into the Political Safeguards of Federalism. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 1, jan. 2000, p. 217.

²³⁹ WECHSLER, Herbert. The Political Safeguards of Federalism: the role of the States in the composition and selection of the National government. *Columbia Law Review*, v. 54, n. 4, abr. 1954, p. 544.

expansionista; pelo contrário, seria necessário contar com amplo apoio dos Estados no Congresso para conseguir aprovar “intromissões” importantes²⁴⁰.

Com relação à questão das cláusulas de repartição de competências da Constituição como um instrumento de proteção dos Estados, WECHSLER afirma que essas teriam servido mais para obstaculizar no Congresso a aprovação de uma intromissão da União nos Estados do que para revertê-la depois na Corte. Ele argumenta, com base em escritos de Madison, que os *Framers* contavam com esses aspectos estruturais – e não com a Suprema Corte – para proteger os Estados da União. Na realidade, como os Estados participam do funcionamento da União, mas a União não participa do funcionamento dos Estados, o *judicial review* teria sido concebido para proteger a União dos Estados e não o contrário. Ele considera que não por acaso teria sido, nessa posição, que a Suprema Corte foi mais relevante para definir os rumos do federalismo, mas que essa estaria em uma posição muito diferente quando tenta impor a sua interpretação da Constituição à do Congresso, com a qual os Estados corroboraram, a fim de controlar leis federais. É interessante observar, no entanto, que WECHSLER, diferentemente do que se poderia supor, não questiona a importância da Suprema Corte, nem propõe que essa abra mão de controlar leis federais²⁴¹, apenas ressalta que a última palavra seria, na realidade, do Congresso e não da Corte²⁴².

Jesse H. CHOPER, no capítulo “*The Scope of National Power vis-à-vis the States: the Dispensability of Judicial Review*”, do livro *Judicial Review and the National Political Process*, levanta claramente uma objeção normativa. Com efeito, ele sustenta a tese de que o Poder

²⁴⁰ WECHSLER, Herbert. The Political Safeguards of Federalism: the role of the States in the composition and selection of the National government. *Columbia Law Review*, v. 54, n. 4, abr. 1954, p. 558.

²⁴¹ “*Isso não quer dizer que a Corte possa declinar de avaliar a constitucionalidade de leis nacionais quando é chamada a tanto no curso da litigância ordinária; a cláusula da supremacia também se aplica àquelas. O que se quer dizer é que a Corte encontra-se em uma posição mais frágil quando opõe sua interpretação da Constituição à do Congresso no interesse dos Estados, cujos representantes controlam o processo legislativo e, hipoteticamente, aquiesceram amplamente ao sancionarem a lei do Congresso em questão.*” Tradução livre para: “*This is not to say that the Court can decline to measure national enactments by the Constitution when it is called upon to face the question in the course of ordinary litigation; the supremacy clause governs there as well. It is rather to say that the Court is on weakest ground when it opposes its interpretation of the Constitution to that of Congress in the interest of the states, whose representatives control the legislative process and, by hypothesis, have broadly acquiesced in sanctioning the challenged Act of Congress.*” WECHSLER, Herbert. The Political Safeguards of Federalism: the role of the States in the composition and selection of the National government. *Columbia Law Review*, v. 54, n. 4, abr. 1954, p. 559.

²⁴² “*Perceber que é o Congresso e não a Corte que, de modo geral, foi investido da autoridade final para gerir o nosso federalismo não significa, evidentemente, depreciar o papel desempenhado pela Corte, por mais subordinada que essa possa estar.*” Tradução livre para: “*To perceive that it is Congress rather than the Court that on the whole is vested with the ultimate authority for managing our federalism is not, of course, to depreciate the rôle [sic] played by the Court, subordinate though it may be.*” WECHSLER, Herbert. The Political Safeguards of Federalism: the role of the States in the composition and selection of the National government. *Columbia Law Review*, v. 54, n. 4, abr. 1954, p. 560.

Judiciário federal, basicamente a Suprema Corte, não deveria decidir questões relacionadas ao alcance dos poderes do governo central em relação aos Estados, ou seja, que essa não deveria controlar os atos do Congresso por terem extrapolado de sua esfera de competência²⁴³. Segundo ele, essa questão deveria ser deixada aos Poderes políticos, nos quais os interesses dos Estados teriam expressão, como WECHSLER havia sustentado, resolverem e não deveria ser considerada sindicável, ou seja, sujeita à fiscalização pelo Poder Judiciário²⁴⁴. Para ele, o argumento que justifica o *judicial review* de leis que afetam direitos individuais, de que, no processo político, os direitos das minorias não são levados em consideração, não se aplicaria aos atos do Congresso que extrapolem de sua esfera de competência²⁴⁵. Assim, é importante observar que, para ele, a Suprema Corte poderia sim controlar a constitucionalidade dos atos do Congresso por violarem direitos individuais, mas não por extrapolarem de sua esfera de competência. Ele argumenta que, historicamente, a Corte teria demonstrado uma tendência pela presunção de constitucionalidade e impôs controles pouco rigorosos ao Congresso²⁴⁶. Assim, se os Estados não estão mortos, não o foi porque a Corte teria impedido²⁴⁷. Aliás, é com base nesse mesmo argumento que ele refuta a suposição de que o Congresso poderia ter se absterido de avançar ainda mais, não houvesse a ameaça potencial do *judicial review*: como, historicamente, a Corte demonstrou deferência ao Congresso nessas questões, essa poderia ter, na realidade, criado incentivos para novas investidas²⁴⁸. Por fim, ele também enfrenta a questão de qual seria a intenção dos *Founding Fathers* e afirma que não se pode dizer ao certo, pois suas declarações a esse respeito seriam ambíguas, porém provavelmente seria de controlar somente as Assembleias Legislativas estaduais²⁴⁹.

Mas o argumento central de sua análise é que, enquanto possíveis incursões do governo central na esfera de competência dos Estados certamente encontrariam resistência, violações aos direitos individuais de minorias não, o que justificaria o *judicial review*

²⁴³ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. New Orleans: Qui Pro Books, 2013. *E-book*, posição 3813.

²⁴⁴ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. New Orleans: Qui Pro Books, 2013. *E-book*, posição 3813.

²⁴⁵ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. New Orleans: Qui Pro Books, 2013. *E-book*, posição 3813.

²⁴⁶ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. New Orleans: Qui Pro Books, 2013. *E-book*, posição 4707.

²⁴⁷ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. New Orleans: Qui Pro Books, 2013. *E-book*, posição 4518.

²⁴⁸ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. New Orleans: Qui Pro Books, 2013. *E-book*, posição 4739.

²⁴⁹ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. New Orleans: Qui Pro Books, 2013. *E-book*, posição 5053.

nesses casos²⁵⁰. Como se viu, CHOPER apresenta diversos argumentos para defender sua tese e refutar os argumentos contrários, mas o principal deles seria o de que a Corte não deveria se desviar da sua função principal de proteger os direitos individuais para proteger os direitos dos Estados, aliás sempre que o fez teria sido alvo de críticas que afetaram sua reputação, ou seja, ele traz um argumento de autopreservação da Corte²⁵¹. É importante, assim, ressaltar que a objeção apresentada por CHOPER se baseia em considerações não relacionadas propriamente a federalismo, mas na sua preferência de que a Corte deveria se concentrar em funções mais importantes e que não desgastem a sua imagem:

“[...] o capital político da Corte é limitado. A autoridade da Corte para desempenhar sua função mais importante – a proteção dos direitos individuais – depende da disposição do público em aceitar suas decisões contramajoritárias. Ao decidir questões sobre o alcance da autoridade nacional em relação aos Estados, a Corte desnecessariamente arrisca perder a confiança do público [...]”²⁵²

KRAMER, no artigo *Putting the politics back into the Political Safeguards of federalism*, sustentou que WECHSLER estava, em parte, certo e, em parte, errado: embora tenha feito uma leitura mais adequada do papel desempenhado pela Suprema Corte em proteger o governo federal dos Estados, esse teria se equivocado quanto aos fatores estruturais que explicariam o fato de os Estados continuarem sendo relevantes²⁵³. Mas se o modelo do *Political Safeguards of federalism* se baseava em premissas equivocadas, como explicar esse resultado? Para ele, a resposta estaria nos partidos políticos (daí o título do artigo), um fator que não teria sido antecipado pelos *Founding Fathers*. Ele ressalta que, nos EUA, esses seriam caracterizados pela sua não-centralização e debilidade, o que criaria vínculos de dependência mútua entre agentes públicos federais e estaduais²⁵⁴. Outro ponto sustentado pelo autor foi o de que os *Founding Fathers* teriam concebido o *judicial review* não para controlar a atividade do Congresso Nacional, mas sim a das Assembleias Legislativas

²⁵⁰ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. New Orleans: Qui Pro Books, 2013. *E-book*, posição 4696.

²⁵¹ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. New Orleans: Qui Pro Books, 2013. *E-book*, posição 4739.

²⁵² Tradução livre para: “[...] *the Court’s political capital is finite. The Court’s authority to exercise its most vital function – the protection of individual liberties – depends on the public’s willingness to accept its antimajoritarian decisions. In deciding question of the scope of national authority vis-à-vis the states, the Court needlessly risks losing the public’s confidence [...]*” CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. New Orleans: Qui Pro Books, 2013. *E-book*, posição 5325.

²⁵³ KRAMER, Larry D. Putting the politics back into the Political Safeguards of Federalism. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 1, jan. 2000, pp. 227-228.

²⁵⁴ KRAMER, Larry D. Putting the politics back into the Political Safeguards of Federalism. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 1, jan. 2000, pp. 275; 282.

estaduais²⁵⁵. Ele sustenta que, na realidade, esses tinham uma concepção ainda incipiente de *judicial review*, sendo que o tema não teria recebido maior atenção durante os trabalhos da Convenção da Filadélfia e, quando o foi, estava relacionado ao controle dessas e não daquele²⁵⁶. Por entender que o que realmente importaria seriam os debates da ratificação da Constituição e não os da Convenção, ele argumentou que Madison supunha que o povo teria vínculos mais fortes com os Estados do que com o governo federal, pelo que o Congresso não representaria uma ameaça àqueles²⁵⁷. Ele cita O Federalista nº 46, para sustentar que Madison supunha que seria o povo que controlaria a divisão de poderes entre os Estados e a União²⁵⁸, porém ressalte-se que, no artigo nº 39, esse parece assumir que a Suprema Corte decidiria sobre os limites entre as esferas de competência da União e dos Estados:

*“A esse respeito, o governo proposto não pode ser considerado um governo nacional, uma vez que sua jurisdição se estende a somente certos poderes enumerados e deixa, aos diversos Estados, uma soberania residual e inviolável sobre todos os outros assuntos. É verdade que, em controvérsias envolvendo as fronteiras entre ambas as jurisdições, o tribunal que deve finalmente decidir há de ser estabelecido sob o governo federal. Mas isso não altera o princípio subjacente. A decisão deve ser tomada de forma imparcial, segundo as regras previstas na Constituição, e todas as precauções usuais e mais efetivas foram empregadas para assegurar sua imparcialidade.”*²⁵⁹

No mais, aduz que “[...] *as cortes e o judicial review raramente foram invocados durante a ratificação [...] e a ideia de depender das Cortes para conter a legislatura que extrapolar o seu poder simplesmente nunca ocorreu à maria dos participantes dos debates.*”²⁶⁰ Assim, embora KRAMER critique WECHSLER, ele admite que: “[o]s Estados não precisam de uma esfera intocável de competências protegida jurisdicionalmente; tudo

²⁵⁵ KRAMER, Larry D. Putting the politics back into the Political Safeguards of Federalism. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 1, jan. 2000, pp. 235; 243.

²⁵⁶ KRAMER, Larry D. Putting the politics back into the Political Safeguards of Federalism. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 1, jan. 2000, pp. 235; 242.

²⁵⁷ KRAMER, Larry D. Putting the politics back into the Political Safeguards of Federalism. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 1, jan. 2000, pp. 246; 252.

²⁵⁸ KRAMER, Larry D. Putting the politics back into the Political Safeguards of Federalism. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 1, jan. 2000, p. 259.

²⁵⁹ Tradução livre para: “*In this relation, the proposed government cannot be deemed a national one; since its jurisdiction extends to certain enumerated powers only, and leaves to the several States a residuary and inviolable sovereignty over all other objects. It is true that in controversies relating to the boundary between the two jurisdictions, the tribunal which is ultimately to decide is to be established under the general government. But this does not change the principle of the case. The decision is to be impartially made, according to the rules of the Constitution; and all the usual and most effectual precautions are taken to secure this impartiality.*” MADISON, James. *The Federalist*, nº 39. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classic; Penguin Group, 2003, pp. 241-242.

²⁶⁰ Tradução livre para: “[...] *courts and judicial review were so rarely invoked during Ratification [...] and the idea of depending on courts to stop a legislature that abused its power simply never occurred to the vast majority of participants in the debates.*” KRAMER, Larry D. Putting the politics back into the Political Safeguards of Federalism. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 1, jan. 2000, p. 266.

que precisam é da capacidade de competir com eficiência pela autoridade política, algo que a estrutura da política dos EUA garante.”²⁶¹

Ernest A. YOUNG, no artigo *Two cheers for process federalism*, observa que, que muitos encaram com desconfiança a suposição daqueles que entendem que os Estados, de fato, defenderiam seus interesses por meio de seus representantes no Congresso e admite que, considerando que o interesse *dos* Estados não é o mesmo que interesses localizados *nos* Estados, a representação desses no Congresso pode não ser garantia alguma de que seus direitos serão protegidos²⁶². Basta pensar na possibilidade de os senadores e deputados federais serem adversários políticos do governador ou serem do partido de oposição ao que está no governo de seu Estado. Mas, se a premissa dos defensores do *Political Safeguards of Federalism* pode não passar de uma suposição sem muito suporte, o que resta dessa corrente? Para ele, ao contrário do que muitos autores parecem supor, as duas opções que foram cogitadas para proteger os Estados de possíveis incursões do Congresso não seriam alternativas e sim complementares²⁶³. Embora ele entenda que os mecanismos políticos concebidos pelos *Founding Fathers* sejam as garantias primárias, ele encara o *judicial review* como uma garantia secundária necessária²⁶⁴. Assim, a pergunta correta a se fazer não seria *se* mas *quanto* de *judicial review* se quer para controlar atos do Congresso que usurpem a competência dos Estados e a resposta que ele dá é que as Cortes podem ser importantes para monitorar o processo, mas que alguma análise substantiva também seria necessária²⁶⁵. Sendo assim, ele contrapõe à abordagem funcional de CHOPER, uma abordagem voltada ao processo político.

Segundo Heather K. GERKEN, “[q]ualquer um que postule a autonomia estadual como o objetivo último do federalismo está defendendo uma concepção do poder dos Estados que está se tornando rapidamente fora de contexto em nosso regime altamente integrado.”²⁶⁶ A seu ver, o federalismo teria se transformado profundamente nos últimos tempos e que as

²⁶¹ Tradução livre para: “The states do not need an untouchable domain of judicially protected jurisdiction; they need only the capacity to compete effectively for political authority, something the structure of American politics guarantees.” KRAMER, Larry D. Putting the politics back into the Political Safeguards of Federalism. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 1, jan. 2000, p. 286.

²⁶² YOUNG, Ernest. Two cheers for Process Federalism. *Villanova Law Review*, v. 46, n. 5, 2001, pp. 1357-1358.

²⁶³ YOUNG, Ernest. Two cheers for Process Federalism. *Villanova Law Review*, v. 46, n. 5, 2001, pp. 1367-1368.

²⁶⁴ YOUNG, Ernest. Two cheers for Process Federalism. *Villanova Law Review*, v. 46, n. 5, 2001, p. 1354.

²⁶⁵ YOUNG, Ernest. Two cheers for Process Federalism. *Villanova Law Review*, v. 46, n. 5, 2001, pp. 1350-1351.

²⁶⁶ Tradução livre para: “Anyone positing state autonomy as federalism’s end goal is pursuing a conception of state power that is quickly becoming beside the point in our highly integrated regime.” GERKEN, Heather K. Federalism 3.0. *California Law Review*, v. 105, n. 6, dez. 2017, p. 1703.

relações entre União e Estados estariam cada vez mais interligadas: “*sobreposição e interdependência são a regra, não a exceção*”²⁶⁷. Ela observa que “[m]esmo que a Corte esteja correta em definir o poder federal em termos relacionais, essa não entendeu como essa relação de fato ocorre.”²⁶⁸ Ela entende que essa deveria abordar esses casos de outro modo: “*Não devemos esperar que o Judiciário pare de arbitrar esse jogo, mas podemos esperar que aquele compreenda melhor como esse é jogado.*”²⁶⁹ Nesse jogo, se o governo federal realmente quiser atuar em uma área que está fora de seu alcance, ele consegue²⁷⁰; por outro lado, “[...] *se os Estados não podem mais impedir que o governo federal invada seus domínios, eles também estão autorizados a invadir o território federal.*”²⁷¹ Assim, embora ela não proponha expressamente que a Suprema Corte deixe de mediar esses conflitos, ao entender que os Estados não deveriam mais se valer da autonomia para defender seus direitos, parece correto mencioná-la entre esses autores. Na medida em que ressalta a capacidade dos agentes estaduais de influenciarem as políticas públicas federais, sua abordagem já não é propriamente a de um *Political*, mas a de um *Administrative Safeguards of Federalism*, como colocou em um outro trabalho escrito em coautoria com Jessica BULMAN-POZEN²⁷².

Como se pode ver, os defensores do *Political Safeguards of Federalism* inferiram, a partir de uma constatação descritiva, um postulado normativo: porque os Estados encontram expressão no Congresso, não deveriam buscar socorro na Suprema Corte; ou porque a Suprema Corte não teria impedido o avanço da União, não deveria defender os Estados. Além da objeção relativa a se são ou não os Estados que estão efetivamente representados no Congresso, é preciso chamar atenção para o absurdo dessa proposição. Basicamente, se está propondo que o Congresso se defenda dele próprio, ou melhor, que ele próprio se abstenha de invadir a competência dos Estados. Isso vai de encontro às premissas dos *Founding Fathers* ao desenharem o sistema de governo dos EUA, de que um Poder ou ente serviria de freio ao outro, como forma de alcançar um governo limitado. Outra objeção importante é a da

²⁶⁷ Tradução livre para: “*Overlap and interdependence are the rule, not the exception.*” GERKEN, Heather K. *Federalism 3.0. California Law Review*, v. 105, n. 6, dez. 2017, p. 1700.

²⁶⁸ Tradução livre para: “*While the Court is correct to define federal power in relational terms, it’s missed how the relationship actually works.*” GERKEN, Heather K. *Federalism 3.0. California Law Review*, v. 105, n. 6, dez. 2017, p. 1706.

²⁶⁹ Tradução livre para: “*We can’t expect the judiciary to stop refereeing this game, but we can hope that it will better understand how the game is played.*” GERKEN, Heather K. *Federalism 3.0. California Law Review*, v. 105, n. 6, dez. 2017, p. 1704.

²⁷⁰ GERKEN, Heather K. *Federalism 3.0. California Law Review*, v. 105, n. 6, dez. 2017, p. 1702.

²⁷¹ Tradução livre para: “*While states can’t block the federal government from invading their turf, they are also licensed to invade the federal terrain.*” GERKEN, Heather K. *Federalism 3.0. California Law Review*, v. 105, n. 6, dez. 2017, p. 1721.

²⁷² BULMAN-POZEN, Jessica & GERKEN, Heather K. *Uncooperative federalism. The Yale Law Journal*, v. 188, 2009, pp. 1285-1287.

complementariedade: por que só poderia haver um *safeguard* para o federalismo? Nesse ponto, um trabalho importante foi desenvolvido por Jenna BEDNAR. Ela concebe um modelo de Federação robusta é marcado pela redundância, ou seja, a existência de múltiplos *safeguards*: “[...] *nenhuma instituição é um remédio suficiente para o problema do oportunismo do federalismo. Cada um é incompleto, imperfeito e insuficiente.*”²⁷³

²⁷³ Tradução livre para: “[...] *no institution is a self-contained remedy for federalism’s opportunism problem. Each is incomplete, imperfect, and insufficient.*” BEDNAR, Jenna. *The robust federation: principles of design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 12.

2 O ESTADO FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA VIGENTE

2.1 OS MODELOS DE ESTADO FEDERAL E DO SISTEMA DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NOS (ANTE)PROJETOS DA ANC (1987-1988)

O modelo de Estado federal e o sistema de repartição de competências existente quando da convocação da ANC estava previsto em alguns poucos dispositivos da Emenda Constitucional (EC) nº 01/1969, considerada por muitos constitucionalistas – dada a grande extensão das modificações que promoveu no texto constitucional de 1967 e ao fato de que o Poder Constituinte originário não segue um procedimento predeterminado – como um novo texto constitucional. A primeira característica que chama, desde logo, atenção é o fato de que o “*Título I – Da Organização Nacional*”, Capítulos I-IV, (que correspondia ao “*Título III – Da Organização do Estado*”, Capítulos I-VI, da Constituição vigente) antecedia – e muito – o “*Título II – Da Declaração de Direitos*”. Como se verá adiante, o modelo de Estado federal e a estrutura geral do sistema de repartição de competências eram bastante diferentes dos contemplados na Constituição vigente:

1. A disposição inaugural do texto constitucional dispunha que a República Federativa [do Brasil] constituía-se pela “*união indissolúvel*” dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (art. 1º). Como se vê, nesse dispositivo nenhuma menção expressa era feita à União e aos Municípios, já a que era feita aos Territórios seria tecnicamente incorreta, pois esses são entendidos como meras autarquias da União;
2. Especificavam-se, em uma mesma disposição (art. 8º), tanto as áreas de competência material (inc. I-XVI), como as matérias de competência legislativa da União (alíneas “a”-“v” do inciso XVII). Previa-se, ainda, que essa última “*não exclui[ria]*” a competência dos Estados para legislar “*supletivamente*” (parágrafo único) em relação a algumas daquelas matérias (alíneas “c”, “d”, “e”, “n”, “q” e “v”). Ressalte-se que somente, nas alíneas “c” e “q”, a expressão “*normas gerais de*” antecedia a definição das matérias;
3. Estabelecia-se a cláusula dos poderes reservados dos Estados, pela qual a esses competiria todos os poderes que não lhes fossem vedados, implícita ou explicitamente, pela Constituição (art. 13, §1º); reconhecia-se a autonomia

dos Municípios (art. 15) para elegerem seus representantes (inc. I) e para se autoadministrarem, no que se referisse a seu “*peculiar interesse*” (inc. II); já a autonomia do Distrito Federal e dos Territórios não constava claramente no texto constitucional (art. 17).

No que se refere ao modelo de Estado federal e ao sistema de repartição de competências, o Anteprojeto Afonso Arinos chama de fato atenção por guardar uma profunda semelhança com o texto enfim aprovado pela ANC (até mesmo de ordem topológica, com o tema do Estado Federal sendo então disciplinado no Título subsequente ao “*Dos direitos e garantias [fundamentais]*”). Assim, ao que tudo indica, nessa parte os Constituintes buscaram sim inspiração no modelo encomendado pelo então Presidente da República²⁷⁴, José Sarney, à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, por ele instituída por meio do Decreto nº 91.450/1985. O Anteprojeto, que levou o nome do político e jurista que presidiu a referida Comissão, se não chegou a ser entregue aos Constituintes²⁷⁵, foi publicado no Diário Oficial com anterioridade ao início dos trabalhos²⁷⁶, sendo, portanto, de conhecimento geral. Pois bem, ainda que se possam notar algumas diferenças importantes, não há como deixar de observar que a estrutura geral do sistema de repartição de competências (sem se atentar especificamente para as competências em si) é basicamente a mesma:

1. com as áreas de competência material e as matérias de competência legislativa da União sendo especificadas em dispositivos diferentes (arts. 72 e 73, respectivamente) e com a previsão da possibilidade de a União autorizar, por meio de lei, os Estados a legislar sobre conteúdo dessas matérias, conforme especificado na referida lei (art. 73, parágrafo único);
2. com as áreas de competência material comum da União, dos Estados e dos Municípios e as matérias de competência legislativa concorrente (aqui

²⁷⁴ Tanto isso é verdade que o referido Anteprojeto é mencionado nos relatórios/pareceres das três Subcomissões vinculadas à Comissão da Organização do Estado – no caso da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios especificamente, o relator chega a admitir expressamente que o tomou como modelo. BRASIL. *Justificação do Anteprojeto do Relator*, Deputado Aloysio Chaves, da Subcomissão dos Municípios e Regiões. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, v. 98, pp. 15-17; BRASIL. *Parecer* do Deputado Siqueira Campos, Relator da Subcomissão dos Estados. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, v. 913, p. 2; BRASIL. *Relatório* do Deputado Sigmaringa Seixas, Relator da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, v. 87, p. 2.

²⁷⁵ BRASIL. Discurso Senador Afonso Arinos. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 5 out. 1988, p. 14378.

²⁷⁶ BRASIL. Anteprojeto Constitucional. Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. *Diário Oficial*, Seção I, Suplemento Especial ao n. 185, Brasília: Presidência da República, 26 set. 1986, 61 p.

também chamadas de comuns) da União e dos Estados também sendo especificadas em dispositivos diferentes (arts. 74 e 75, respectivamente);

- a. com a previsão de que, no âmbito dessas últimas, a legislação editada pela União teria “*a denominação e o conteúdo*” de normas gerais, ao passo que a legislação editada pelos Estados teria a de lei complementar (art. 76);
 - b. com a previsão de que, na inexistência de lei federal, os Estados exerceriam a competência suplementar, para atenderem as suas “*peculiaridades locais*”. Sobrevindo normas gerais da União sobre a matéria, tornar-se-ia ineficaz a legislação suplementar naquilo em que com aquelas conflitasse (art. 77, parágrafo único).
3. com a cláusula dos poderes reservados dos Estados (art. 82), em redação semelhante à da EC nº 01/1969 (“*todos os poderes*” que, “*implícita ou explicitamente*”, não lhes fossem vedados);
 4. e com a especificação, a título meramente exemplificativo, de algumas competências materiais e legislativas dos Municípios (art. 144, III, “a”-“d”).

No entanto, algumas diferenças importantes se podem notar: primeiro, que aos Estados não eram conferidos quaisquer poderes enumerados; segundo, que o Distrito Federal não constava entre os entes federativos que participavam das competências materiais comuns e legislativas concorrentes, embora partilhasse de parte da última (art. 104); terceiro, que os Municípios não eram reconhecidos expressamente como entes federativos (art. 67), ainda que lhes fosse conferida autonomia (art. 112) e participassem da competência material comum (art. 74); quarto, ainda com relação aos Municípios, sua competência material e legislativa dizia respeito a seu “*peculiar interesse*” (art. 114, III), expressão que como se viu vinha do texto constitucional anterior; quinto, não havia previsão para a edição normas de cooperação entre os entes federativos em matéria de competência comum; e, sexto, que se a matéria de competência legislativa fosse comum aos Estados e Municípios, competiria àqueles editar normas gerais e a esses legislação suplementar (art. 123).

Uma diferença importante entre o Anteprojeto Afonso Arinos e o texto enfim aprovado pela ANC é a determinação – presente naquele, mas não nesse – de que os Estados, ao editarem sua legislação suplementar no exercício da competência legislativa concorrente,

“*observar[iam] a lei federal de normas gerais pré-existente*” (art. 77)²⁷⁷. Ora, uma disposição constitucional contendo um comando explícito nesse sentido poderia vir a ser interpretada (aliás, chegou efetivamente a sê-lo²⁷⁸), como uma evidência da existência de uma suposta ordem hierárquica entre a legislação federal e a estadual em matéria de competências concorrentes, manifestada por meio da indicação de uma relação *a priori* de prevalência da lei federal sobre a estadual em caso de conflito.

Ressalte-se que uma disposição semelhante constou no Anteprojeto aprovado pela Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios (art. 13, §1º)²⁷⁹, porém não logrou passar para o Anteprojeto aprovado pela Comissão da Organização do Estado, a que aquela estava vinculada (ou seja, não passou da segunda para a terceira etapa da ANC). Não obstante, uma versão ainda mais contundente – que dispunha que as normas gerais editadas pela União “*prevaleceriam*” sobre a legislação suplementar editada pelos Estados e pelo Distrito Federal – ressurgiu no Substitutivo II da Comissão de Sistematização (art. 23, parágrafo único)²⁸⁰. Nessa quarta etapa, estavam em jogo dois modelos distintos – alguns diriam, até mesmo, opostos, embora não o sejam verdadeiramente, uma vez que não há a inversão da ordem de prevalência – pois, no Substitutivo I dessa mesma Comissão, determinava-se que a União, no exercício da competência legislativa concorrente, limitar-se-ia a editar normas gerais (art. 34, §1º)²⁸¹. Foi, aliás, essa última disposição que, como se verá

²⁷⁷ “Art. 77 – No exercício da legislação suplementar, os Estados observarão a lei federal de normas gerais pré-existente. Inexistindo lei federal, os Estados exercerão a competência legislativa suplementar, para atender às peculiaridades locais. Parágrafo único – A vigência ulterior de lei federal de normas gerais tornará ineficaz a lei estadual suplementar naquilo em que ela conflitar com a lei federal posterior.” BRASIL. Anteprojeto Constitucional. Diário Oficial, suplemento especial n. 185, p. 13. Brasília: Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, 26 set. 1986.

²⁷⁸ Foi assim que interpretou o Relator da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios: “[...] *Obviamente, pretendeu-se ali [referindo-se ao proposto no Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais] ressaltar a importância e a superioridade da legislação federal sobre a estadual, no domínio da competência comum.*” Ressalte-se, no entanto, que sua conclusão decorre não do disposto no art. 77 e sim do disposto no art. 76 do referido Anteprojeto: “*A superioridade decorre do conteúdo de normas gerais ali previsto para a lei federal.*” BRASIL. Relatório do Deputado Sigmaringa Seixas, da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, v. 87, p. 12. Como se verá ao longo deste trabalho, não se compartilha aqui desse entendimento, segundo o qual, da natureza de normas gerais da lei federal, derivaria uma posição de sujeição da legislação estadual suplementar. Na realidade, ambas retiram da Constituição seu fundamento de validade, sendo inconstitucionais no que extrapolarem o grau de densificação normativa que essa definiu para cada uma delas.

²⁷⁹ “§1º - No exercício da legislação suplementar, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios observarão a lei complementar de normas gerais preexistente.” BRASIL. Anteprojeto. Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios, v. 90, p. 11. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, mai. 1987.

²⁸⁰ “Parágrafo único - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União prevalecerá sobre a dos Estados e do Distrito Federal e a dos Estados sobre a dos Municípios” BRASIL. Projeto de Constituição. Segundo Substitutivo do Relator, v. 242, p. 35. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, set. 1987.

²⁸¹ “§1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.” BRASIL. Projeto de Constituição. Primeiro Substitutivo do Relator, v. 235, p. 23. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, ago. 1987.

adiante, acabou preponderando no âmbito dessa Comissão, a qual encaminhou ao Plenário o Projeto de Constituição “A”, que a dispunha no art. 26, §1º²⁸². Da quinta etapa em diante, tal disposição não chegou mais a ser suprimida, nem modificada (houve apenas a renumeração do seu dispositivo para o art. 24, §1º, no qual figura até hoje).

Retomando a análise, quanto aos aspectos do modelo de Estado federal e da estrutura geral do sistema de repartição de competências, dos Anteprojetos e Projetos de Constituição que foram elaborados agora no interior da ANC, verifica-se que foram bastante pontuais as contribuições feitas na segunda e terceira etapas (quais sejam: as das Subcomissões e Comissões temáticas, respectivamente). O Anteprojeto da Subcomissão dos Municípios e Regiões reconhecia, desde logo, aqueles como entes federativos (art. 1º)²⁸³, dotados evidentemente de autonomia, podendo inclusive editar sua própria Constituição (art. 5º). Aliás, a célebre fórmula que trata da composição do Estado federal (A República Federativa do Brasil constitui-se da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, “*todos eles autônomos em suas respectivas esferas de competência*”) pela qual os Municípios eram, enfim, reconhecidos como entes federativos, se repetiria – com alguns acréscimos e modificações – em muitos (Ante)projetos subsequentes. Outro aspecto a ser ressaltado é a previsão da competência dos Municípios para legislar sobre “*assuntos de interesse municipal predominante*” (art. 9º, I), que também se repetiria em muitos (Ante)projetos subsequentes, mas que acabaria preponderando somente com redação modificada, e de algumas matérias em relação às quais esses poderiam legislar supletivamente (art. 9º, §2º, VII).

Do Anteprojeto da Subcomissão dos Estados²⁸⁴, destacam-se: a redação – ao menos, textualmente – mais ampla da cláusula dos poderes reservados, que abrangeria “*todos os*

²⁸² “§1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.” BRASIL. Projeto de Constituição “A” da Comissão de Sistematização, v. 251, p. 22. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, nov. 1987.

²⁸³ “O Município passa a integrar a Federação, conquista estrutural, que lhe garantirá condição para falar com o Estado e com a União como irmão e não mais como subordinado.” BRASIL. Introdução do Presidente, Deputado Luiz Alberto Rodrigues, ao Anteprojeto da Subcomissão dos Municípios e Regiões. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, v. 98, p. 3. “No que tange ao Município, não obstante existam algumas ponderações teóricas em contrário, preferiu-se incluí-lo como membro da Federação, assumindo, assim, uma posição que, mesmo fugindo à concepção tradicional do federalismo dual, formado apenas pela União e pelos Estados, torna explícita na Constituição a realidade que já vinha implícita desde o Texto de 1934 e, ao lado disso, sem ferir nenhum princípio doutrinário, realiza uma aspiração de todos os brasileiros.” BRASIL. Justificação do Anteprojeto do Relator, Deputado Aloysio Chaves, da Subcomissão dos Municípios e Regiões. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, v. 98, p. 14.

²⁸⁴ “A desejada descentralização político-administrativa não se processará convenientemente com unidades federadas de menos de sessenta mil quilômetros e mais de trezentos mil quilômetros quadrados, apesar de sua representação paritária no Senado Federal.” BRASIL. Relatório do Deputado Siqueira Campos, da Subcomissão dos Estados. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, v. 93, p. 4. “Aparentemente, o trabalho desta

poderes” que não lhes fossem vedados (art. 1º), em parte como no Anteprojeto Afonso Arinos; a especificação de inúmeras matérias em relação às quais os Estados poderiam complementar a legislação federal (art. 8º), algumas das quais tradicionalmente da competência legislativa privativa da União (como Direito Civil, Penal, do Trabalho etc.); e a previsão de que, nessas matérias, “*o agravamento de exigência ou penalidade, pela legislação estadual, visando à preservação de valores da comunidade local*” não caracterizaria conflito de competência (art. 8º, §2º). Essa disposição que, como se verá adiante, não passou para o Anteprojeto da Comissão da Organização do Estado, interessa ao presente estudo, pois não raro os Ministros do STF se defrontam com casos, envolvendo alegada invasão ou usurpação de competência da União pelos Estados, simplesmente porque a legislação estadual (ou, até mesmo, municipal) seria mais rigorosa do que a federal em diversas matérias (consumidor, meio ambiente etc.).

Com relação ao Anteprojeto da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios, verifica-se que essa incorporou muito da estrutura geral da repartição de competências proposta no Anteprojeto Afonso Arinos²⁸⁵, com as áreas de competência material comum e as matérias de competência legislativa concorrente (aqui ainda chamadas de comuns) sendo especificadas em disposições diferentes (arts. 8º e 11, respectivamente). Com a diferença de que, aqui, o Distrito Federal participaria das competências materiais comuns e, a princípio, também das legislativas concorrentes (embora não constasse expressamente no *caput* do

Subcomissão dos Estados se resumiria, além da proposta de alguns retoques no Capítulo dos Estados, das Constituições anteriores, além de emprestar a mais justificada atenção às reivindicações, algumas seculares, quanto à criação de novas unidades federativas [...]. Entretanto, as tarefas deste órgão foram além do esperado, ampliando os dispositivos atinentes aos Estados-membros; em segundo, aproveitando ao máximo as sugestões apresentadas, quanto a alterações indicadas por fundamentos geopolíticos, alterando, em consequência, o mapa geográfico, pela criação de seis novos Estados-membros [...] BRASIL. Relatório do Deputado Siqueira Campos, da Subcomissão dos Estados. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, v. 93, p. 7.

²⁸⁵ “*Não obstante a procedência dos argumentos e a legitimidade da pretensão dos Estados e dos Municípios, é preciso ter em vista que a centralização federativa constitui um processo histórico ao longo do tempo. Esta realidade não pode ser nem escamoteada, nem desconsiderada na avaliação da estratégia de recuperação das autonomias periféricas. Pretende-se dizer, com isso, que, da mesma forma como se processou o federalismo centralizado, é de bom senso que a mudança do modelo obedeça a mecanismos que possam viabilizar uma descentralização gradual, no processo de reconquista das autonomias perdidas. Não é crível que a mudança instantânea da centralização à descentralização federativa corresponda, na prática, ao automatismo que se imagina. Não se desconheça que a União agigantou-se demasiadamente e essa avultação não pode ser achatada de uma hora para outra sem os riscos inerentes a qualquer processo traumático, os quais, no caso, poderiam confluir à própria inviabilidade da mudança. Com a mesma percepção, certamente, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais sugere, no seu Anteprojeto, a criação de uma esfera comum de competência material e legislativa como instrumento adequado a propiciar a alteração gradual do modelo. O Relator, reconhecendo que o referido Anteprojeto consubstancia um texto seguro e bastante satisfatório no capítulo da Organização do Estado, toma-o como base de sua proposta.*” BRASIL. Relatório do Deputado Sigmaringa Seixas, da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, v. 87, p. 2.

art. 11, constava no art. 13). Em formulação até mais didática²⁸⁶ da que foi proposta no Anteprojeto Afonso Arinos, no âmbito da competência legislativa concorrente, a legislação editada pela União teria “*a denominação*” de lei complementar e “*o conteúdo*” de normas gerais, “*com validade e eficácia*” no território nacional (art. 12); ao passo que a editada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios teria “*a denominação*” de lei suplementar e “*o conteúdo*” de normas suplementares, “*com validade e eficácia*” em seu respectivo território (art. 13). Além disso, assim como no Anteprojeto Afonso Arinos, essas *observariam* aquelas e a superveniência daquelas tornariam essas *inefícazes* naquilo em que com aquelas conflitasse (art. 13, §§1º-2º). Outra semelhança é que os Municípios não constam expressamente como entes federativos (art. 1º). A principal diferença entre ambos Anteprojetos reside nas competências materiais e legislativas da União previstas em uma mesma disposição (art. 8º), sem a previsão de que a União pudesse autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas dessas matérias, aliás de forma semelhante à EC nº 01/1969.

Como se pode ver, ao receber os Anteprojetos das três Subcomissões a ela vinculadas, a Comissão da Organização do Estado tinha diante de si a escolha entre a estrutura geral de, pelo menos, dois modelos que eram, ao mesmo tempo, externos e anteriores (a do texto constitucional anterior e a do Anteprojeto Afonso Arinos que foram, de certo modo, mescladas no Anteprojeto da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios) e algumas contribuições pontuais (como a redação mais ampla da cláusula dos poderes reservados dos Estados e a previsão de hipóteses que não caracterizariam conflito de competência em matéria de competência legislativa concorrente; o reconhecimento dos Municípios como entes federativos, de sua capacidade de auto-organização por meio de um diploma legal denominado Constituição, a previsão de sua competência para legislar sobre assuntos de interesse predominantemente municipal etc.). Como se verá adiante, do Anteprojeto da Comissão

²⁸⁶ “O Anteprojeto da Comissão presidida pelo Professor Afonso Arinos, após introduzir o mecanismo da competência comum, prevê, cautelosamente, algumas regras que disciplinam a eficácia, a amplitude e o conteúdo da legislação comum, de modo a impedir a justaposição de normais [sic] federais, estaduais e municipais, evitando-se, com isso, o desastroso resultado de uma legislação concorrente, que pudesse gerar *bis in idem*. [...] A questão do conteúdo de normas gerais de lei deve ser examinada com a máxima atenção técnica. Sobre isso, o Relator entende que o Constituinte não deve perder a oportunidade de ser o mais tecnicamente perfeito, contribuindo dessa maneira para o aperfeiçoamento do sistema jurídico brasileiro, todo ele decorrente da Lei Fundamental, que é a Constituição. Logo, é preciso que esta se expresse em normas de conteúdo e forma cientificamente corretas e coerentes. Na opinião do Relator, ao Constituinte não é dado o direito de menosprezar o domínio do instrumental técnico-jurídico que a moderna doutrina lhe coloca nas mãos.” BRASIL. Relatório do Deputado Sigmaringa Seixas, da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, v. 87, p. 12-13.

destaca-se por um viés profundamente municipalista²⁸⁷ e, no mais, um retorno à estrutura geral de repartição de competências do texto constitucional anterior.

Explica-se: os Municípios eram reconhecidos como entes federativos (art. 3º), em fórmula semelhante ao Anteprojeto dos Municípios e Regiões (art. 1º), impondo-se inclusive limites à auto-organização estadual ao dispor que os Estados assegurariam “*a plena autonomia*” municipal (art. 9º, §3º). Esses, no entanto, já não se auto-organizariam por meio de Constituição e sim de “*lei orgânica*” (art. 14). Previa-se a competência desses para legislar sobre assuntos de interesse municipal predominante e, ainda, a possibilidade de suplementarem a legislação federal e estadual “*no que couber*” (art. 17, I). Por outro lado, não se incorporou a especificação das áreas de competência material comum e matérias de competência legislativa concorrente em disposições diferentes, como no Anteprojeto da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios. Mantiveram-se as competências legislativas da União sendo especificadas nas alíneas de um inciso da mesma disposição que especifica as competências materiais da União como na EC nº 01/1969 – com a diferença de que no Anteprojeto não constava disposição segundo a qual a competência da União não excluiria a dos Estados para legislar “*supletivamente*” quanto a algumas dessas matérias. Quanto a esses, manteve-se a redação mais ampla da cláusula dos poderes reservados (art. 9º, §2º) e enumerou-se algumas competências materiais e legislativas, dentre as quais suplementar a legislação federal “*em assuntos de seu interesse*” (art. 11, I), contudo sem especificar as matérias em relação as quais essa competência poderia ser exercida.

Da reunião dos oito Anteprojetos da Comissões temáticas, a Comissão de Sistematização elaborou, inicialmente, um Anteprojeto de Constituição contendo 501 dispositivos. Na sequência, apresentou-se um Projeto de Constituição já dessa Comissão, reduzindo-as para 496. Do ponto de vista da estrutura geral do sistema de repartição de competências e do modelo de Estado federal dele decorrente (sem se atentar especificamente para as competências em si), não se observam diferenças substanciais entre um e outro (somente a renumeração dos dispositivos). Uma diferença que merece ser apontada é quanto à cláusula dos poderes reservados dos Estados, presente naquele (art. 51, §2º) e ausente nesse. Diante da reação gerada pela grande extensão dos textos compilados, o relator da Comissão de

²⁸⁷ “*O esmero na elaboração, a boa técnica legislativa e o conteúdo fiel às históricas reivindicações municipalistas, contidos no Anteprojeto da Subcomissão dos Municípios e Regiões, poupou-nos precioso tempo no seu exame e nos leva a parabenizar o Relator, Deputado Constituinte Aloysio Chaves. Como não poderia deixar de ser, o Anteprojeto foi aproveitado em sua quase – [sic] totalidade [...].*” BRASIL. Introdução do Relator, Senador José Richa, ao Anteprojeto da Comissão da Organização do Estado. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, v. 86, p. 3.

Sistematização, Bernardo Cabral (PMDB/AM), apresentou um Substitutivo contendo 305 disposições permanentes e 69 provisórias e, mais tarde, outro contendo 264 disposições permanentes e 72 provisórias. Embora compartilhassem muitas disposições, em alguns aspectos, inclusive no que se refere ao modelo de Estado federal e ao sistema de repartição de competências, verificam-se diferenças importantes.

Em comum, têm a estrutura geral do sistema de repartição de competências: com as competências materiais e legislativas da União sendo especificadas em disposições diferentes (arts. 31 e 32 do primeiro Substitutivo e 20 e 21 do segundo) e com as competências materiais comuns e legislativas concorrentes (agora já denominadas efetivamente de concorrentes) também sendo previstas em disposições diferentes (arts. 33 e 34 do primeiro Substitutivo e 22 e 23 do segundo). Quanto aos Estados, a cláusula dos poderes reservados está prevista em ambos (art. 35, parágrafo único, do primeiro Substitutivo e 27, §2º, do segundo). Já com relação aos Municípios, previram-se em ambos competências materiais e legislativas, inclusive a de suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 45, I, parte final, do primeiro Substitutivo e 45, II, do segundo).

Quanto às diferenças, ressalta-se a questão do reconhecimento dos Municípios como entes federativos, presente no segundo (art. 17) e ausente no primeiro (art. 28). Havia também uma diferença quanto à redação de sua principal hipótese de competência legislativa: enquanto, no primeiro Substitutivo, mantinha-se a expressão “*assuntos de interesse municipal predominante*” (art. 45, I), no segundo aparecia a expressão “*assuntos de interesse local*” (art. 45, I) que, como se sabe, acabará preponderando. Outra diferença refere-se aos Estados que, no primeiro Substitutivo, tinham assegurados alguns poderes enumerados, incluindo competências materiais e legislativas (art. 37), algo inexistente no segundo Substitutivo. Já com relação à União, no primeiro Substitutivo, havia a previsão de a União autorizar, por meio de lei complementar, os Estados a legislarem sobre algumas matérias de sua competência privativa, o que também não se repetiu no segundo. Mas a principal diferença reside no âmbito das competências concorrentes pois, como se viu, no primeiro Substitutivo a competência da União *limitar-se-ia* à edição de normas gerais e, no segundo, essa *prevaleceria* sobre a dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

O texto aprovado pela Comissão de Sistematização e encaminhado ao Plenário, conhecido como Projeto de Constituição “A”, continha 271 disposições permanentes e 63 provisórias, dentre as quais algumas guardam semelhança com as do primeiro Substitutivo e outras com as do segundo Substitutivo. Prevaleceu a opção pelo reconhecimento expresso dos

Municípios como entes federativos (art. 20) e a previsão de sua competência para legislar sobre “*assuntos de interesse local*” (art. 45, I), como no segundo Substitutivo. Não obstante, aos Estados eram assegurados alguns poderes enumerados, dentre competências materiais e legislativas (art. 27, §§2º-3º), de maneira semelhante ao primeiro Substitutivo. Também previu-se a possibilidade de a União autorizar, por meio de lei complementar, os Estados a legislar sobre “*questões específicas*” das matérias de sua competência privativa, com o acréscimo “[...] *desde que não causem risco à soberania e unidade nacionais.*” (art. 23, parágrafo único), acréscimo esse que seria abandonado na etapa seguinte. No âmbito das competências legislativas concorrentes, acabou preponderando a previsão, do primeiro Substitutivo, de que a União limitar-se-ia a editar normas gerais (art. 26, §1º).

Em relação ao modelo de Estado federal e à estrutura geral do sistema de repartição de competências (sem se atentar especificamente para as competências em si), a principal modificação feita em Plenário, consolidada no Projeto de Constituição “B”, foi a previsão de lei complementar para estabelecer normas de cooperação entre os entes federativos em matéria de competência comum (art. 23, parágrafo único). Outro ponto foi a modificação da redação da fórmula que reconhece a autonomia dos entes federativos, que passou de “[...] *todos autônomos em sua respectiva esfera de competência*” para “[...] *todos autônomos, nos termos desta Constituição*” (art. 18). Alteração importante pois, como se verá adiante nesse trabalho, há quem nela reconheça uma espécie de “cláusula de reserva de Constituição” no que se refere ao estabelecimento de limites à autonomia dos entes federativos. Na sequência, foi incluída a previsão de que, em matéria de competência legislativa concorrente, a competência da União para editar normas gerais não exclui a dos Estados para editarem normas suplementares (art. 24, §2º), em parte semelhante à da EC nº 01/1969. Além disso, foi reincluída com redação modificada a previsão de que, nessas matérias, sobrevindo lei federal, *suspender-se-ia* a eficácia (em vez de tornar ineficaz) de lei suplementar que lhe fosse contrária (art. 24, §4º). Por fim, já no âmbito da Comissão de Redação, no Projeto de Constituição “D” que seria enfim aprovado pelo Plenário da ANC, modificou-se a redação do dispositivo para constar que, na inexistência de normas gerais sobre essas matérias, os Estados exerceriam “*competência legislativa plena*” (art. 24, §3º).

Como se pode ver ao longo dessa análise, contrastando – no que se refere ao sistema de repartição de competências e ao modelo de Estado federal dele decorrente – os Anteprojetos da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios, da Subcomissão dos Estados, da Subcomissão dos Municípios e Regiões e, até mesmo, da Comissão de

Organização do Estado com o Projeto de Constituição “D” da Comissão de Redação, que foi enfim aprovado pelo Plenário da ANC, verifica-se que, para além de algumas reivindicações municipalistas importantes, pouco se pode realmente atribuir às etapas iniciais da Constituinte. Na realidade, a estrutura geral do atual sistema de repartição de competências que hoje se conhece acabaria surgindo, por assim dizer, “*no meio do caminho*”: quando da apresentação, ao Plenário, do Projeto de Constituição “A” da Comissão de Sistematização, que a tornou mais próxima – embora, como se viu, possam-se certamente notar algumas diferenças importantes – àquela proposta no Anteprojeto Afonso Arinos, com decisões relevantes sendo tomadas em etapas mais avançadas, já após a modificação do Regimento Interno, e que foram consolidadas no segundo projeto (Projeto “B”).

Agora, como se chegou a esse resultado? Levando-se em consideração o ponto de partida (os três Anteprojetos das Subcomissões e o da Comissão temática), parece até surpreendente que se tenha conseguido chegar àquele resultado (o Projeto de Constituição “D” da Comissão de Redação aprovado pelo Plenário). Como se viu, até a aprovação do Projeto de Constituição “A” da Comissão de Sistematização que foi, então, submetido ao Plenário, o processo de elaboração da Constituição foi marcado por “idas e vindas”, reviravoltas, que ora a aproximavam de uma estrutura geral mais moderna (inspirada, em boa medida, no Anteprojeto Afonso Arinos, embora como se viu não tenha se limitado a esse), ora marcavam um regresso à estrutura geral do texto constitucional anterior (ainda que, é preciso reconhecer, estivessem longe da estrutura centralizadora anterior que absorvia quase que completamente as autonomias regionais e locais). A verdade é que os avanços propostos no Anteprojeto Afonso Arinos não passaram despercebidos aos olhos dos Constituintes, parecem ter sido, desde logo, notados por eles e tiveram talvez na pessoa do Deputado Sigmaringa Seixas (PMDB/DF), que foi o relator da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios, seu grande defensor:

“Sem dúvida, entre tantos outros, esse é um ponto onde se deve reconhecer o grande avanço do Anteprojeto da Comissão Provisória. A descentralização do federalismo brasileiro parte, necessariamente, de uma ampla divisão de competência e respectivas atribuições, de sorte que as matérias restritas ao âmbito privativo das ordens parciais da Federação se tornem residuais. É verdade que a longa prática de um federalismo centralizado não se poderá desfazer da noite para o dia. Isto significa que o caráter residual das competências privativas não estará marcadamente acentuado na nova Constituição, uma vez que o federalismo centrípeto é decorrência de um constitucionalismo de mesma natureza. Pretender-se uma descentralização instantânea é uma concepção irrealista do processo de resgate histórico das autonomias periféricas, especialmente no caso brasileiro. [...] O fato é que se hoje fosse promulgada uma Constituição que outorgasse amplas competências privativas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos defrontaríamos com a curioso e

insuperável situação de poder sem poderes. Porque, simplesmente, não há recursos próprios, capazes de viabilizar o exercício pleno das atribuições privativas resgatadas. Desse modo operou, sabiamente, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, ao propor o mecanismo da competência comum das ordens federativas. Tal mecanismo viabiliza o processo e a prática da descentralização federativa de forma gradual, propiciando o advento de uma consciência nacional sobre a nova Federação brasileira.”²⁸⁸

Buscar respostas em discursos de Constituintes e nos relatórios apresentados junto aos Anteprojetos e Projetos de Constituição, pode muitas vezes se revelar decepcionante. Outra forma de responder a essas perguntas é analisar as inúmeras emendas que foram apresentadas, durante a ANC, aos Anteprojetos e Projetos de Constituição, bem como a seus Substitutivos. Como se sabe, foram apresentadas mais de 60 mil emendas ao longo das diversas etapas da ANC, claro que grande parte dessas não dizia respeito ao sistema de repartição de competências. Ainda assim, muitas foram as emendas apresentadas sobre esse tema²⁸⁹. A principal modificação feita ao longo dos trabalhos da ANC, ao que interessa ao objeto desse trabalho, foi o destaque nº 005856-87 apresentado pelo deputado Jutahy Júnior (PMDB/BA) e que foi defendido pelo deputado Nelson Jobim (PMDB/RS), propondo a modificação do parágrafo único do art. 23 do segundo Substitutivo, que dispunha que, nas matérias de competência concorrente, a competência da União prevaleceria sobre a dos Estados e a desses sobre a dos Municípios:

“O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: - [...] Ou seja, o parágrafo único está fora do sistema, porque faz com que, na medida em que a União for legislando sobre esta matéria nominada de competência concorrente, está excluindo qualquer legislação das outras esferas das unidades federadas ou seja, precisamos recuperar os parágrafos 1º e 2º, para dizermos claramente que em termos de competência concorrente [...]: a União, em primeiro lugar, somente legislará de forma geral [...]; e, em segundo lugar, os Estados terão dois tipos de competência – supletiva, quando a União não tiver legislado e complementar quando a União tiver legislado. E aí o sistema criado pelo eminente Relator fica absolutamente perfeito. Diga-se de passagem, é um sistema que tem origem no federalismo moderno, numa concepção moderna de federalismo em que não torna fixa e definitiva a estrutura federativa e possibilita que a Carta Constitucional, faça com que as circunstâncias históricas se adentrem no sistema federal, e possam evoluir de forma perfeita e humana. Faço um apelo ao Sr. Relator para que a recuperação dos §§1º e 2º do Substitutivo nº 1, em substituição ao parágrafo único do Substitutivo nº 2, seja acolhida, porque representa a forma perfeccionar o sistema e estabelece, então, algo absolutamente inédito para

²⁸⁸ BRASIL. Relatório do Deputado Sigmaringa Seixas, da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, v. 87, pp. 7-8. (Grifos deste autor)

²⁸⁹ Em consulta à base de dados da ANC, na busca pela expressão “normas gerais”, obtém-se 808 ocorrências – mas, quando essa expressão é associada ao termo “União”, esse resultado diminui para 409. Já na busca pelo termo “suplementar” associada ao termo “Estados”, obtém-se 246 ocorrências. Excluindo-se as ocorrências que versavam sobre essa ou aquela competência, tomada em conjunto com outras ou individualmente, é possível refinar o resultado dessas buscas para analisar somente aquelas emendas que propunham efetivamente modificações ou substituições quanto à estrutura geral do sistema de repartição de competências.

nós, do Brasil, e algo que é hoje a defesa doutrinária, total, do sistema federal moderno. Muito obrigado, Sr. Relator. (Palmas).²⁹⁰

Ressalte-se que, de um total de 74 votos, o destaque recebeu 66 favoráveis e somente 8 contrários, pelo que foi aprovado. O motivo pelo qual a defesa desse destaque foi aqui transcrita é para demonstrar que, a julgar pelos seus discursos, os Constituintes sabiam o que estava em jogo quando votaram essas medidas. Fica muito claro, por exemplo, da leitura do discurso, que os Constituintes estavam devidamente informados de que estavam optando por um modelo de concorrência no qual não haveria hierarquia entre as leis editadas pela União e as leis editadas pelos Estados. Isso significa que os Constituintes conscientemente rejeçaram um modelo de competências concorrentes no qual os Estados estariam subordinados às leis editadas pela União. Assim, se essa hierarquia reapareceu ao longo da vigência da Constituição por eles aprovada, não o foi por uma escolha dos Constituintes.

Uma emenda que também dever ser citada é de nº 02039 do deputado Waldeck Ornélas (PFL/BA), por ter sido essa que acabaria modificando a redação do caput do art. 18, consignando que os entes federativos seriam “[...] *todos autônomos, nos termos desta Constituição.*” Essa emenda foi apresentada pelo chamado “Centrão” e, na realidade, não modificava somente esse dispositivo, mas toda a redação ao Título III da Constituição. Na justificativa da emenda não se encontra qualquer esclarecimento quanto ao que teria motivo seus proponentes a modificar a redação desse dispositivo especificamente:

“As alterações introduzidas neste Título visam, em especial, retirar do texto do Projeto preceitos que o tornavam extremamente estatizante, haja vista alguns dos incisos do artigo 22, em virtude dos quais a União passaria a ter o domínio das riquezas do subsolo e dos recursos minerais de maneira geral. Isto significaria a estatização de um setor econômico que, em nosso País, nunca pertenceu ao Estado, ao contrário do que alguns podem pensar, com graves repercussões na atividade econômica. De outra parte, no que diz respeito às competências legislativas e administrativas dos entes federados[,] buscou-se, igualmente, escoimar o texto de alguns excessos e impropriedades que, da mesma forma, tendiam a permitir um maior avanço do Estado no meio econômico, sem prejuízo da melhoria da redação que se impunha para adequação mais precisa do texto às finalidades a que se propõe.”²⁹¹

Esse esclarecimento seria importante porque, como se verá no próximo capítulo, há na doutrina quem sustente que essa redação encerra uma “reserva de Constituição” no que se refere a limitações à autonomia dos entes federativos, ou seja, de que não poderia haver mais restrições que aquelas previstas no próprio texto constitucional. Diferentemente

²⁹⁰ BRASIL. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Suplemento “c”. Ata da Comissão de Sistematização – 32ª reunião extraordinária, 24 set. 1987. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, set. 1987, pp. 732-733.

²⁹¹ BRASIL. Projeto de Constituição (A). Emendas oferecidas em Plenário, vol. II (Emendas nº 2P00949-2 a 2P02045-8). Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, jan. 1988, vol. 255, p. 784. Justificativa da emenda 2P02039-9 do Centrão. (Grifos deste autor)

do discurso acima transcrito, a justificativa da emenda não parece oferecer qualquer esclarecimento sobre essa importante questão.

Como se pode ver, toda essa análise dos (Ante)Projetos de Constituição, Substitutivos, Emendas e Destaques não foi feita para satisfazer somente uma mera curiosidade histórica, mas para compreender quais foram as escolhas que os Constituintes fizeram em relação ao modelo de Estado federal e ao sistema de repartição de competências, que ainda suscitam dúvidas. Assim, longe de uma preocupação “originalista” tão característica das análises sobre a Constituição nos EUA, pretendeu-se aqui identificar o que foi que os Constituintes de fato decidiram. É que a simples leitura do texto constitucional revela somente o que eles aprovaram, não o que eles reprovaram, um dado importante para se compreender o modelo adotado pelos Constituintes.

Como se viu, eles não só escolheram um modelo de repartição de competências mais ambicioso do que o então existente sob a égide do texto constitucional anterior, como também do que havia sido proposto no próprio Anteprojeto Afonso Arinos. A eles não bastava a previsão de algumas poucas matérias em relação às quais os Estados não poderiam ser impedidos de legislar, conforme dispunha o parágrafo único do art. 8º da EC nº 01/1969. Além disso, não se convenceram da necessidade de estabelecer uma relação de superioridade entre a legislação de normas gerais editadas pela União e a legislação suplementar editada pelos Estados. Preferiram, na realidade, uma redação que impusesse limites ao grau de densificação das leis editadas pela União.

Se está assim tão claro que os Constituintes não só pretendiam, como de fato romperam, em muitos aspectos, com o modelo anterior de repartição de competências, adotando um sistema mais moderno que viabilizasse a descentralização desejada, por que então a ideia de prevalência da legislação federal por sobre a estadual segue tão presente na argumentação jurídica? Por quê até os Ministros do STF, a quem foi confiada a missão de guardar essa Constituição, frequentemente invocam a noção de hierarquia ou de juízo de legalidade quando se deparam com casos envolvendo conflito de competência legislativa concorrente entre entes federativos? Em suma, essa breve incursão pelas etapas da ANC, os (Ante)Projetos de Constituição, seus Substitutivos, as emendas e os destaques que foram apresentados demonstra claramente que, diferentemente do que se poderia supor à primeira vista, os intérpretes e aplicadores do Direito – inclusive o STF – não têm explorado as potencialidades das escolhas que foram feitas pelos Constituintes, em prol da descentralização legislativa.

2.2 O MODELO DE ESTADO FEDERAL E O SISTEMA DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ADOTADOS NA CONSTITUIÇÃO VIGENTE

Contrastando (apressadamente) o modelo de Estado federal e a estrutura geral do sistema de repartição de competências na Constituição vigente com o que havia sob a égide do texto constitucional anterior, poder-se-ia pensar que, para além do reconhecimento expresso dos Municípios como entes federativos (art. 18) e das inegáveis conquistas por esses alcançadas em matéria de competências, somente algumas correções pontuais e modificações secundárias teriam sido feitas e que, de modo geral, ambos continuariam essencialmente os mesmos. Tanto isso seria verdade – diriam os defensores de uma leitura que ressalta “as continuidades” de um modelo e outro – que o catálogo das competências materiais exclusivas e legislativas privativas da União (leia-se: os incisos dos arts. 21 e 22) foi, até mesmo, ampliado. Ora, a expansão dos poderes enumerados da União tem como contrapartida a contração dos poderes reservados dos Estados (art. 25, §1º). Além disso, a previsão em disposições diferentes das áreas de competência material exclusiva e das matérias de competência legislativa privativa da União, bem como das áreas de competência material comum e das matérias de competência legislativa concorrente dos entes federativos teria um caráter mais simbólico (típico de uma Constituição aprovada em um período de transição democrática), desprovido de maior consequência prática, do que qualquer outra coisa. Na realidade, segundo esse ponto de vista, teriam se iludido os que pensaram que a Constituição vigente havia efetivamente rompido com o modelo centralizador de Estado federal anterior e adotado um novo sistema de repartição de competências.

Mesmo no âmbito das competências legislativas concorrentes dos entes federativos – que os defensores da descentralização na ANC supunham que viabilizariam a almejada “*descentralização federativa gradual*” –, a verdade é que, em se observando bem, as expressões “*normas gerais*” e “*não exclui*” dos §§1º-2º do art. 24 já estavam presentes nas alíneas “*c*” e “*q*” e no parágrafo único do art. 8º do texto constitucional anterior. Se a previsão de que, em matéria de competências legislativas concorrentes, a competência da União para editar normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados, na realidade, não constitui uma inovação em relação ao texto constitucional anterior, como defender então que a Constituição vigente representaria, nesse ponto, uma ruptura com o passado? Para além de uma sistematização, por assim dizer, mais organizada (que separa em disposições diferentes as competências materiais exclusivas e legislativas e privativas da

União e as competências materiais comuns e legislativas concorrentes dos entes federativos) das cláusulas de repartição de competências, em que consistiria exatamente a diferença substancial entre um sistema e outro tão enfatizada pelos Constituintes e, dentre esses, comemorada pelos defensores da descentralização na ANC? Onde estariam afinal os tais avanços que colocariam o Brasil, com sua nova Constituição, entre as experiências mais modernas de federalismo do mundo?

Será que os defensores da descentralização na ANC, inebriados que estavam com o advento de uma nova ordem constitucional, se equivocaram tanto em seu julgamento com relação às mudanças promovidas? Será que, passada a euforia inicial com a aprovação da nova Constituição, uma reflexão mais madura sobre o texto constitucional concluiria por um resultado diferente do anunciado, a ponto até de inverter vencedores e perdedores?

Na realidade, a Constituição vigente, como revela uma leitura mais detida dos inúmeros incisos dos arts. 21 e 22 e de tantas outras disposições dispersas ao longo do texto constitucional, é – de fato – bem mais centralizadora do que de início se supunha. Mas dizer que não há diferença substancial entre um sistema de repartição de competências e outro é negligenciar a estreita relação que existe entre o modelo de Estado federal adotado e o sistema de repartição de competências, além de ignorar completamente algumas modificações específicas que, a princípio, podem até parecer puramente simbólicas, mas que confirmam os avanços realizados em comparação com o modelo anterior. Aqui, como em tantos outros campos, não se pode perder de vista fatores tanto estruturais como conjunturais cuja importância pode passar despercebida pelo fato de não constarem expressamente nos textos constitucionais. Sendo assim, tem-se por exemplo o fato de que, no(s) texto(s) constitucional(is) anterior(es)²⁹², a União não era mencionada expressamente na fórmula que dispunha sobre a composição do Estado federal²⁹³ – o que claramente a beneficiava no sentido de que permitia uma leitura que a associava com o próprio Estado federal (art. 1º, *caput*). Isso, somado a uma concepção autoritária e centralizadora de federalismo que predominou ao longo do período (que não será aqui analisado, por extrapolar os objetivos

²⁹² Com efeito, os arts. 1º das Constituições de 1891 e de 1934, 3º do texto constitucional de 1937 e o *caput* do art. 1º do de 1967 e da EC nº 01/1969 não mencionavam expressamente a União como parte integrante do Estado federal – leia-se: como ente federativo. O §1º do art. 1º da Constituição de 1946 chegou, até mesmo, a dispor que era a União – não o Estado federal – que compreendia os Estados, o Distrito Federal e os Territórios.

²⁹³ Poder-se-ia objetar que, apesar disso, a concepção kelseniana de Estado federal, segundo a qual a União (parte) não se confundiria com o Estado federal (todo), sendo esse soberano e aquela meramente autônoma, aliás como os Estados (também partes), já era bastante difundida na doutrina muito antes da Constituição de 1988 e mesmo mencionada em decisões do STF.

deste trabalho), ajuda a explicar a posição sobranceira que a União desfrutava, no contexto do regime militar. Vê-se assim que, ao menos em relação a esse aspecto, não há como negar que a Constituição vigente tenha efetivamente rompido com o modelo anterior.

Com o reconhecimento expresso da União como ente federativo, portanto dotado meramente de autonomia, tal como consta no *caput* do art. 18, coloca-a – ou, ao menos, deveria colocá-la – em uma posição muito diferente no âmbito das relações intergovernamentais. Isso, quando associado a outras disposições constitucionais que impõem limites à atuação da União, mostra claramente que o “decaimento” dessa de categoria federativa previsto no *caput* do art. 18 não é apenas simbólico. Pelo contrário, teve reflexos até na sua posição como fonte normativa, claro que não entre as matérias em que essa exerce competência legislativa privativa (art. 22)²⁹⁴, mas certamente no âmbito das competências legislativas concorrentes (art. 24) em que, se é certo que a expressão “*normas gerais*” já constava no texto constitucional anterior, o mesmo não é verdadeiro em relação ao comando “*limitar-se-á*” nessa empregado (§1º). Aliás, essa é uma inovação importante da Constituição vigente, que veicula claramente uma diretriz restritiva da competência da União. Mais do que isso: se é certo que a expressão “*não exclui*” também já estava presente no texto constitucional anterior, não é menos certo que o advérbio “*supletivamente*” utilizado para referir-se à espécie de competência dos Estados foi substituído pelo adjetivo “*suplementar*”²⁹⁵. Essa substituição indica claramente que a competência dos Estados não se cinge a preencher eventuais lacunas que a União, ao regular a matéria, venha a deixar, pois essa não tem mais discricionariedade para ditar até onde pode ir em matéria de competência legislativa concorrente.

Não se pode olvidar, ainda, que somente em relação a algumas matérias referidas no parágrafo único do art. 8º da EC nº 01/1969, competia à União editar normas gerais (com efeito, somente as alíneas “c” e “q” continham a expressão “*normas gerais*” ou a correlata

²⁹⁴ Embora, até mesmo em relação a essas matérias, essa tenha perdido a exclusividade absoluta, na medida em que se passou a admitir que os Estados também legislem sobre questões específicas dessas matérias, desde que autorizados por lei complementar, na forma prevista no parágrafo único.

²⁹⁵ Ressalte-se que, nas Constituições democráticas de 1934 e 1946, eram utilizados os termos “*supletiva ou complementar*” (art. 5º, §3º, e art. 6º, respectivamente) para referir-se à espécie de competência dos Estados nessas matérias, já no texto constitucional de 1967 e na EC nº 01/1969 constava apenas o termo “*supletivamente*”. Apesar disso, como se verá adiante, parte da doutrina defendia à época que, mesmo que no texto constitucional anterior constasse apenas o termo “*supletivamente*”, a competência dos Estados nessas matérias também abrangia a faculdade de complementar a legislação editada pela União. Não se compartilha aqui de tal ponto de vista. Parte-se aqui do pressuposto de que as supressões de termos atributivos de competência dos Estados em contextos autoritários e centralizadores não são fortuitas, assim como não o são a inclusão de termos restritivos da competência da União e a substituição de termos restritivos por expansivos da competência dos Estados em contextos democráticos. Como dito anteriormente, não se pode negligenciar o efeito da conjuntura sobre a estrutura.

“diretrizes e bases”). Nos demais casos, em que a indicação da matéria não era precedida por essa expressão, poder-se-ia até cogitar, com base no texto constitucional, que a União pudesse definir discricionariamente até onde ir, deixando aos Estados somente o que lhe parecesse conveniente. Aliás, o único impedimento a que essa pudesse vir a esgotar, ela própria, toda a disciplina da matéria, nada deixando aos Estados para legislar, era a expressão “*não exclui*” contida no parágrafo único²⁹⁶. Algum espaço deveria ser deixado para a competência supletiva dos Estados. É extremamente importante ressaltar essa diferença entre a Constituição vigente e o texto constitucional anterior, para que se abandone de vez o entendimento – infelizmente, nada infrequente na jurisprudência – de que a competência dos Estados, em matéria de competência legislativa concorrente, limitar-se-ia a suprir “*lacunas preenchiáveis*”. Isso seria interpretar a Constituição vigente com base em um entendimento oriundo no texto constitucional anterior. Afinal, não se pode ler “*supletivamente*” onde, na realidade, está escrito “*suplementar*”²⁹⁷, muito menos inverter o destinatário do comando “*limitar-se-á*”: a União pelos Estados. Na realidade, sob a égide da Constituição vigente, como se viu, uma expansão da União em matéria de competência legislativa concorrente pela via interpretativa vai claramente de encontro às diretrizes hermenêuticas estabelecidas nos §§1º e 2º do art. 24.

Mas a interpretação que parece mais acertada das “regras de convivência” desse “condomínio legislativo”²⁹⁸, que são as competências legislativas concorrentes previstas

²⁹⁶ Em sentido contrário, Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA: “A competência complementar e a competência supletiva, que se exercem no mais das vezes relativamente a normas gerais, podem-se colocar também em relação a matérias objeto da competência plena da União. O parágrafo único do artigo 8º da anterior Constituição, por exemplo, autorizava os Estados a legislar supletivamente sobre matérias em relação às quais a União editava normas gerais (assim as arroladas nas alíneas ‘c’ e ‘q’ do inciso XVII do art. 8º) e sobre matérias passíveis de serem integralmente disciplinadas por lei federal (assim as mencionadas nas alíneas ‘d’, ‘e’, ‘n’ e ‘v’ do inciso XVII do art. 8º). Nesse último caso, se a União exaurisse por completo a matéria, descendo a todas as minúcias não estaria desbordando da área que lhe reservara a Constituição e não sobriaria margem para o exercício de competência supletiva ou suplementar.” ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 121.

²⁹⁷ Em sentido contrário, a opinião de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, para quem as atividades de suprir e de complementar seriam indissociáveis, daí a ambiguidade dos termos “supletivo” e “complementar”, o que não teria sido corrigido pelos Constituintes de 1987-1988, pois o termo por eles empregado (“suplementar”), incorreria nas mesmas ambiguidades daquele que visou a substituir (“supletivamente”): “Entretanto, quem supre, complementa. A norma que vem suprir um branco, evidentemente, complementa o ordenamento. Da mesma forma, quem complementa de certo modo supre, já que fecha um claro ao desdobrar a norma geral. Dessa correlação nasce o emprego impróprio das expressões competência ‘complementar’ e competência ‘supletiva’, em que incidem, por vezes, os próprios textos constitucionais (como era o caso do art. 8º, parágrafo único, da Constituição anterior). A essas expressões a Constituição vigente preferiu outra: competência ‘suplementar’, com igual ambiguidade.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 167.

²⁹⁸ Expressão empregada por Raul Machado HORTA: “A competência legislativa dual se exercerá no quadro de verdadeiro condomínio legislativo, explorado conjuntamente pela União e pelos Estados, e nesse condomínio da legislação de normas gerais e suplementares ingressará a matéria que o constituinte federal designar. A repartição de competências, assim concebida em suas linhas estruturais, ultrapassará a secular distinção entre

no art. 24 da Constituição vigente, deve ao mesmo tempo ser: coerente com o modelo de Estado federal escolhido pelos Constituintes e transposto para o texto constitucional; e resultado de uma leitura sistemática das normas constitucionais, partindo da premissa hermenêutica de que não há, na Constituição, termo ou disposição meramente expletivo, destituído de normatividade. Assim, tão importante quanto a manutenção da expressão “*normas gerais*” é a inclusão do comando “*limitar-se-á*” no §1º do art. 24; tão importante quanto a manutenção das palavras “*não exclui*” é a substituição do termo “*supletivamente*” por “*suplementar*” no §2º do art. 24, mudanças essas que não podem ser simplesmente tomadas como fortuitas. Na realidade, o §1º é melhor compreendido como a disposição constitucional que atribui competência à União para dispor sobre essas matérias, que estabelece as condições nas quais aquela pode sobre essas legislar. Ao passo que o §2º é melhor compreendido como a disposição constitucional que resguarda a competência dos Estados para também legislar sobre essas matérias. Tanto em um caso como no outro, o comando constitucional é claramente restritivo da competência da União.

Não se pode perder de vista, ainda, a inclusão dos §§3º e 4º no mesmo art. 24. Tais disposições preveem que, nas matérias de competência legislativa concorrente, na pendência da edição de normas gerais pela União, os Estados passam a exercer “*competência legislativa plena*” para “*atender[em] a suas peculiaridades*”; e que, sobrevindo aquelas, “*suspende[-se] a eficácia*” das normas estaduais que eventualmente venham a com aquelas conflitar. Assim como os §§1º e 2º, o §3º é melhor compreendido como a disposição constitucional que regula a hipótese de lacuna de normas gerais, atribuindo aos Estados competência supletiva, ou seja, que lhes autoriza a editarem não só as normas suplementares, para as quais aliás já são competentes (§2º), como as próprias normas gerais, regulando por completo a matéria, evitando assim que a inação da União acabe por impedir que os Estados possam atender a suas peculiaridades²⁹⁹. Corroborando com essa interpretação, o §4º é melhor compreendido como a disposição constitucional que regula a hipótese de a União vir a editar

poderes enumerados da União e poderes reservados dos Estados e implantará a descentralização dentro da Constituição Federal.” HORTA, Raul Machado. Estrutura da Federação. *Revista de Direito Público*, ano. XX, n. 81, jan.-mar. 1987, pp. 53-54.

²⁹⁹ Nesse sentido, Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA: “A previsão expressa do §3º do artigo 24 da Constituição vigente põe paradeiro à antiga querela doutrinária ao estabelecer expressamente que, inexistindo lei federal, os Estados exercerão competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. Acolheu o constituinte, portanto, a tese dos que sustentavam o exercício da competência supletiva mesmo não havendo prévia normação federal. E esta era mesmo a melhor tese. [...] Assim, se a União se abster, e, para atender a suas peculiaridades, os Estados entenderem ser indispensável disciplinar matérias de competência concorrente, poderão legislar em plenitude, expedindo inclusive as normas gerais faltantes.” ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 136-137.

normas gerais *a posteriori*, ou seja, quando os Estados já haviam legislado plenamente sobre a matéria, editando em caráter supletivo também as normas gerais. O fato de os Estados terem exercido competência legislativa plena, suprimindo a lacuna de normas gerais, não retira da União a competência primária para editá-las³⁰⁰. Sendo assim, o §4º vem para afastar qualquer interpretação no sentido de que, nesses casos, poderia haver uma espécie de preempção da competência da União pelos Estados. Do contrário, o compartilhamento da competência para legislar sobre essas matérias se converteria em uma corrida dos Estados para “*tomar o campo*”, inaugurando a regulação sobre a matéria.

Curiosamente, desdobrou-se a partir do disposto no §4º uma interpretação, por assim dizer, expansiva³⁰¹ da competência da União em matéria de competência legislativa concorrente que, a princípio, contradiz a interpretação firmada com relação ao disposto nos §§1º e 2º do mesmo art. 24 (inclusive a do *caput* do art. 18). Com efeito, há quem entenda que o §4º revelaria a existência de uma suposta ordem hierárquica entre a lei federal e a estadual, ou seja, de que aquela sempre prevaleceria sobre essa nas matérias de competência legislativa concorrente. Diz-se “desdobrou-se” não ao acaso, afinal tal ordem hierárquica não se encontra prevista expressamente em tal disposição que, como se viu, limita-se a regular a hipótese de exercício *a posteriori* pela União de sua competência para editar normas gerais, quando os Estados já haviam suprido sua lacuna valendo-se da competência supletiva que lhes foi atribuída no §3º. Ao lerem o §4º, que dispõe que o advento de normas gerais pela União suspenderia a eficácia das normas estaduais com aquelas eventualmente conflitantes, os defensores da tese da existência de hierarquia entre as leis editadas pela União e pelos Estados em matéria de competência concorrente nela enxergam não a mera confirmação de

³⁰⁰ Nesse sentido, novamente Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (ainda que a referida autora refira à “*prevalência do direito federal*”, sabe-se de outras passagens, que serão vistas mais adiante, que essa refuta a tese da hierarquia): “*De fato, ao admitir a competência supletiva estadual, a Constituição não despoja a União de sua competência primária de editar normas gerais. Apenas provê para que os Estados possam desempenhar atribuições obstadas pela ausência de regulamentação federal. No momento, porém, em que a titular primeira da competência decide exercê-la, prevalecerá o direito federal, com a consequência lógica de ceder o passo a legislação estadual que com ele conflitar (tanto a legislação que estabelecer normas gerais, como a que estabelecer normas de complementação).*” ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.

³⁰¹ Expansiva em dois sentidos: primeiro porque, da leitura dos parágrafos do art. 24, a conclusão mais natural a que se pode chegar é a de que o §2º se refere ao §1º (a competência da União para editar normas gerais não exclui a competência dos Estados para suplementá-las), ao passo que o §4º refere-se ao §3º (a edição *a posteriori* de normas gerais pela União, quando os Estados já as haviam suprido, suspende a eficácia das normas eventualmente conflitantes por essas editadas); segundo porque, como se viu, tanto o §1º (“limitar-se-á”) como o §2º (“não exclui”) encerram diretrizes restritivas da competência da União e se irradiam por todo o funcionamento da competência legislativa concorrente, ao passo que os §§3º e 4º referem-se somente à hipótese mais excepcional de competência supletiva, quando há uma lacuna de normas gerais, não sendo nada disparato cogitar que o §3º contenha uma diretriz expansiva dos Estados.

que a competência para editar normas gerais é da União e de que os Estados somente suprem provisoriamente sua lacuna, mas sim de que nela estaria ínsita uma suposta definição *a priori* de prevalência da lei federal sobre a estadual.

Acaso houvesse realmente uma ordem hierárquica entre a lei editada pela União e a lei editada pelos Estados, o advento das normas gerais da União não afetaria somente a dimensão da eficácia das normas estaduais com aquelas conflitante³⁰². Nesse caso, a superveniência de normas gerais da União teria um efeito muito mais contundente sobre as normas estaduais conflitantes: incidiria sobre a dimensão da validade, tornando-as nulas no que com aquelas conflitasse. Sendo assim, o §4º – longe de atestar a existência de uma suposta ordem hierárquica entre leis federais e estaduais em matéria de competência legislativa concorrente – como que é a “prova real” da operação argumentativa que refuta essa tese. Aliás, é perfeitamente compatível com os dois primeiros parágrafos do art. 24: afinal, esses o que fazem é simplesmente definir o grau de densidade normativa correspondente a cada um deles em relação a uma mesma matéria: à União (ordem parcial central) compete somente definir as normas gerais, ou seja, normas com um maior grau de abstração e aplicáveis indistintamente em todos os entes federativos; e aos Estados e ao Distrito Federal³⁰³ (ordens parciais periféricas) suplementá-las, ou seja, editar normas com menor grau de abstração (jamais concretas, pois não deixam de ser leis) e aplicáveis unicamente em seu respectivo território.

Com efeito, a doutrina distingue competência concorrente cumulativa da não-cumulativa, como se pode observar da lição de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO:

“Cumprе notar que a competência concorrente pode ser de duas espécies: cumulativa ou não cumulativa. A cumulativa existe sempre que não há limites prévios para o exercício da competência por parte de um ente, seja a União, seja o Estado-membro. Esses entes podem legislar sobre a matéria. Claro está que, por um princípio lógico, havendo choque entre norma estadual e norma federal num campo de competência cumulativa, prevalece a regra da União. É o que exprime o brocardo alemão: Bundesrecht bricht Landesrecht. A não cumulativa é que propriamente estabelece a chamada repartição ‘vertical’. Com efeito, dentro

³⁰² José Afonso da SILVA ressalta que a formulação “suspende a eficácia” não foi fortuita e sim adequada: “Note-se bem, o constituinte foi técnico: a lei federal não revoga a lei estadual nem a derroga no aspecto contraditório, esta apenas perde sua aplicabilidade, porque fica com sua eficácia suspensa. Quer dizer, também, sendo revogada a lei federal pura e simplesmente, a lei estadual recobra sua eficácia e passa outra vez a incidir.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 504.

³⁰³ Vale lembrar, com Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA, que os Municípios não foram excluídos do tal “condomínio legislativo”: “Embora o artigo 24 não indique os Municípios entre os titulares da competência legislativa concorrente, não ficaram eles dela alijados. Deslocada, no inciso II do artigo 30, consta a competência dos Municípios de suplementar a legislação federal e estadual no que couber.” ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 59.

de um mesmo campo material (concorrência 'material' de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo mais alto – a União –, que fixa os princípios e as normas gerais, deixando-se ao ente federativo, que é o Estado-membro a complementação. Diz-se, por isto, que cabe ao Estado-membro uma competência 'complementar'. Admite-se até que, à falta dessas normas gerais, o Estado-membro possa suprir essa ausência (competência 'supletiva').”³⁰⁴

Observa-se que, diferentemente das competências concorrentes cumulativas, nas não-cumulativas não há cogitação de hierarquia entre lei federal e estadual e sim de diferenciação do grau de densidade normativa. Em seguida, o mesmo autor, comentando os parágrafos do art. 24 da Constituição vigente, associa-os à técnica da competência concorrente não-cumulativa: *“Quais as decorrências desses parágrafos? A primeira, indiscutível, é a de que a competência concorrente, na Constituição em vigor, é de caráter não cumulativo. Há dois níveis previstos a seu respeito: um, mais alto, o das normas gerais; outro, mais baixo de complementação (ou suplementação’, como fala o §2º).”*³⁰⁵

Ressalte-se que dizer que não há ordem hierárquica entre lei federal e lei estadual, ou seja, que não há uma definição *a priori* da prevalência daquela sobre essa, não significa que os Estados possam, ao suplementarem as normas gerais editadas pela União, contrariá-las. Isso quer dizer somente que eventuais conflitos federativos em matéria de competência legislativa concorrente não serão resolvidos socorrendo-se à uma suposta ordem hierárquica pela qual a União se sobreporia aos Estados. Na realidade, em se atendo tanto a União a editar normas gerais e os Estados a suplementá-las, a princípio nenhum conflito deveria surgir. Esses somente ocorrem se algum desses entes federativos invadir a competência do outro, ou seja, se a União, descendo a minúcias, desbordar das normas gerais; ou se os Estados, em vez de suplementar, contrariem as normas gerais³⁰⁶. Dada a definição da competência de cada qual nos §§1º-4º do art. 24, a lei que extrapolar sua competência padecerá do vício de inconstitucionalidade, sendo nula de pleno direito³⁰⁷. Se a sanção aplicada é a invalidade, poder-se-ia questionar se isso não seria dizer a mesma coisa de outro modo? Não, porque o critério

³⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2013, pp. 166-167.

³⁰⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 168

³⁰⁶ Assim, o adjetivo “concorrentes” da expressão competências legislativas concorrentes designa somente a ideia de que, para a mesma matéria, concorre a competência de mais de um ente federativo – não a de que esses possam vir a rivalizar entre si nessas matérias.

³⁰⁷ Nesse sentido, mais uma vez Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA: *“De fato, no campo da competência concorrente não-cumulativa, em que há definição prévia do campo de atuação legislativa de cada centro de poder em relação a uma mesma matéria, cada um deles, dentro dos limites definidos, deverá exercer a sua competência com exclusividade, sem subordinação hierárquica. Com a consequência de que a invasão do espaço legislativo de um centro de poder por outro gera a inconstitucionalidade da lei editada pelo invasor.”* ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 128-129.

para a solução desse conflito não é uma definição apriorística de prevalência da lei federal sobre a estadual, afinal pode ter sido a União que acabou transpondo os limites de sua competência, caso em que é a sua lei que seria inconstitucional. Mesmo na hipótese de ser a lei estadual a que desborda de seus limites, sua invalidade decorrerá não de um vício de legalidade e sim inconstitucionalidade (embora o efeito possa ser o mesmo, a causa é muito diferente).

Ressalte-se que essa leitura é coerente com o modelo de Estado federal que foi escolhido pelos Constituintes e transposto no *caput* do art. 18 da Constituição vigente. Sendo a União e os Estados entes federativos, igualmente autônomos, simplesmente não podem as normas por aquela editadas se sobreporem às que forem por esses editadas. Vale lembrar que os Constituintes, na contingência de terem de escolher entre um modelo que previa uma ordem hierárquica (“*prevalecerá*”³⁰⁸) e outro que, em seu lugar, estabelecia limites à competência da União (“*limitar-se-á*” + “*não exclu*”), preferiram esse àquele. Repudia-se aqui qualquer leitura no sentido de que os Constituintes não perceberam essas diferenças, que não conheciam as alternativas disponíveis ou que não tinham a consciência das consequências práticas de suas escolhas. Na realidade, o que se viu, por meio dos relatórios dos (Ante)projetos de Constituição, das justificativas às emendas propostas e das deliberações das reuniões, ao longo dos trabalhos da ANC, foi justamente o contrário: os Constituintes tinham consciência e tentaram corrigir, até o último momento, as falhas e inconsistências que identificaram no sistema de repartição de competências³⁰⁹. Do que se conclui que eles pretendiam sim romper com o modelo anterior e adotar, até mesmo, um modelo mais ambicioso, no que se refere à descentralização, do que aquele que havia sido proposto no Anteprojeto Afonso Arinos.

Se isso é assim, como explicar então a prática reiterada – tolerada pelos intérpretes e aplicadores do Direito – da edição das chamadas “*normas gerais exaustivas*” ou “*exaurientes*” (o que deveria ser claramente uma contradição em termos) pela União? Cogita-se duas hipóteses para explicar esse fenômeno: primeiro, a de que, em que pese à previsão de que

³⁰⁸ Como se viu, o termo “*observar*” constava no Anteprojeto Afonso Arinos e no da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios, ao passo que o termo “*prevalecerá*” constava no segundo Substitutivo do relator da Comissão de Sistematização, Deputado Bernardo Cabral (PMDB/AM), modelo que foi derrotado no âmbito da referida Comissão por 66 votos a 8, quando da apreciação do destaque nº 005856-87 do Deputado Jutahy Junior (PMDB/BA).

³⁰⁹ Inclusive a ausência de uma definição ou de um conceito sobre o que vêm a ser “*normas gerais*” era encarada, por muitos Constituintes, como uma falha ou deficiência dos (Ante)projetos de Constituição que poderia suscitar problemas práticos no futuro, sendo que algumas emendas foram propostas com o objetivo de estabelecer de parâmetros para esclarecer essa questão.

a competência da União “*limitar-se-á*” a editar “*normas gerais*”, a ausência de parâmetros claros do que a União pode ou não fazer a título de editar normas gerais nessas matérias contrabalançou o comando dos Constituintes; segunda, à falta de um conceito firme de “*normas gerais*” à luz da Constituição vigente sobre o qual os intérpretes pudessem se apoiar, esses (em especial, os Ministros do STF) se socorreram do entendimento sobre o que essas vinham a ser à luz do texto constitucional anterior que, como se verá adiante, era evidentemente deficitário e não condizente com a nova ordem constitucional. Cogita-se, ainda, de uma terceira hipótese: a de que algumas leis que veiculam normas gerais, como a Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações de Contratos Administrativos) e LC nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) representaram avanços à regulação existente à época, o que pode ter contribuído para evitar que fossem declaradas inconstitucionais no que extrapolassem essa natureza. Tudo isso ajuda a explicar como o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas, os Tribunais de Justiça e o próprio STF foram tão permissivos com essa prática desvirtuada.

A propósito, não raro a doutrina se vê às voltas na tentativa de identificar qual teria sido exatamente a fonte de inspiração do sistema de repartição de competências adotado na Constituição vigente (talvez na esperança de que a identificação da origem do modelo possa ajudar a compreender os problemas que nele surgem e a desvendar os meios que lá hajam sido empregados para tentar solucioná-los). Já se viu que o sistema que foi efetivamente estabelecido na Constituição vigente é complexo³¹⁰, resultado da combinação de diferentes técnicas de repartição de competências, pelo que mais correto seria falar em fontes de inspiração (no plural). Mas, considerando que, no caso brasileiro, a assimilação de técnicas diversas não foi completa e sim parcial, o sistema resultante acaba inevitavelmente por formar algo diferente de quaisquer das técnicas “puras” – se é que tal coisa existe –,

³¹⁰ Nesse sentido: “*Conhecidas as diferentes técnicas de repartição de competências testadas ao longo do tempo, não é difícil identificar no modelo adotado pela Constituição brasileira de 1988 a combinação de praticamente tudo o que já se experimentou na prática federativa. Estruturou-se, com efeito, um sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências própria da ordem central, mediante delegação.*” ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 58; “*A nossa Constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar*”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 479.

pelo que se pode questionar qual proveito que se pretende realmente obter com esse tipo de análise.

Sim porque, paralelamente à manutenção da técnica de matriz estadunidense de enumeração dos poderes da União com a reserva dos poderes remanescentes aos Estados, típica do chamado “federalismo dual”, incorporou-se a técnica de matriz germânica (“*mais moderna*”, segundo seus propositores e defensores³¹¹) de compartilhamento de competências entre os entes federativos, típica do chamado “federalismo cooperativo”. A questão é que a Constituição vigente mescla tais técnicas a tal ponto que não se pode afirmar que qualquer uma delas tenha preponderado ou tenha sido plenamente adotada: de um lado, a inserção dos Municípios no sistema de repartição de competências³¹², com a previsão meramente exemplificativa de atribuições (art. 30, I-IX), rompe de certo modo com a lógica da enumeração dos poderes. Não fosse o bastante, os Estados têm agora assegurado, além das competências não enumeradas, também algumas competências enumeradas (art. 25, §§2º-3º); de outro, ainda que se tenha assimilado a previsão, em disposições diferentes, das competências legislativas e materiais, bem como o compartilhamento de competências entre os entes federativos, é preciso reconhecer que diversas “regras de convivência” da Lei Fundamental de Bonn não foram incorporadas ao texto constitucional vigente³¹³. Assim, o sistema resultante não é nem plenamente inspirado no modelo estadunidense, nem no modelo germânico.

Poder-se-ia, no entanto, conjecturar a possibilidade de se isolar diferentes partes do sistema de repartição de competências, de modo a se identificar para cada uma delas a sua correspondente fonte de inspiração. Desse modo, seria possível reunir, de um lado, os arts.

³¹¹ “*Concebeu a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland), de 1949, a forma mais evoluída de repartição de competências do moderno Estado Federal.*” HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 280.

³¹² Em sentido contrário, a opinião de Raul Machado HORTA para quem os Municípios, a despeito de constarem expressamente no *caput* do art. 23, que prevê as áreas de competência material comum, não participariam do sistema de repartição de competências, tendo as suas competências definidas à parte no art. 30 da Constituição vigente: “*Faço três observações ao modelo da repartição de competências. [...] Terceira: salvo na referência inovadora à competência comum, para fins de preservação de valores e objetivos do Poder Público, o Município, não obstante a elevação a ente constitutivo da organização político-administrativa da República Federativa (art. 18), em inédita adoção, não participa da repartição federal de competências e, por isso, a Constituição reservou espaço próprio para enumerar a apreciável competência dos Municípios (arts. 29 a 31, §§1º, 2º, 3º, 4º).*” HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 316. Não se compartilha aqui de tal ponto de vista, por não considerar o critério meramente topológico como adequado para se definir o que integra e o que não integra o sistema de repartição de competências.

³¹³ Com efeito, não parece haver exatamente na Constituição vigente dispositivos correlatos para o art. 72.1 e 2 da Lei Fundamental de Bonn.

21 e 22 com o §1º do art. 25 e, de outro, os arts. 23 e 24, de modo a associar o primeiro grupo ao modelo de matriz estadunidense e o segundo ao modelo de matriz germânica. Com as muitas ressalvas que se possa fazer a esse tipo de proposição³¹⁴, a verdade é que já se começa a suspeitar que o real propósito desse exercício é defender a aplicação, no Direito Constitucional brasileiro vigente, da célebre fórmula “*Bundesrecht bricht Landesrecht*”, prevista no art. 31 da Lei Fundamental de Bonn, segundo a qual o Direito federal prevalece sobre o Direito estadual, como uma decorrência da adoção do modelo, algo inerente às competências concorrentes³¹⁵. E aí, muitas vezes, a discussão acaba descambando para qual seria a melhor tradução para o português do termo alemão “*bricht*” que significa quebrar, romper e qual seria a melhor correspondência para a linguagem jurídica: afastar, prevalecer?³¹⁶ Pode parecer exagero que se tenha chegado argumentativamente até esse ponto, mas uma discussão semelhante já foi travada em sede jurisprudencial:

“O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (PRESIDENTE) – Acompanhei os debates com grande interesse, e quero dizer que a competência concorrente inscrita na Constituição Federal de 1988 contém inovações à técnica de repartição de competência no Estado Federal. Fomos buscar inspiração, para o estabelecimento dessa competência concorrente, no Direito Constitucional alemão.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM – Observe que é diferente na Alemanha, lá a legislação federal intervém, acabando a legislação. Aqui se criou uma norma geral.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (PRESIDENTE) – Aqui também. Veja o que diz o §4º do art. 24 da Constituição: ‘A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que for contrário.’ Quer dizer o direito federal afasta ou quebra o direito estadual. É o mesmo sistema do Direito Constitucional alemão.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR) – Vou trazer um voto, que proferi há anos atrás, sobre esse problema de que, na Alemanha, o direito federal quebra o direito estadual.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (PRESIDENTE) – Penso, Ministro Moreira Alves, que o Constituinte brasileiro – aqui felicito os Constituintes Nelson Jobim e Maurício Corrêa – foi além, aperfeiçoando a técnica do Direito alemão.

[...]

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR) – É apenas para preencher os vazios, como está dito no art. 24, desde que a União não

³¹⁴ Como, por exemplo, o fato de que, dada a existência do parágrafo único que encontra algum paralelo no modelo germânico, nem mesmo o art. 22 se enquadraria perfeitamente no modelo estadunidense.

³¹⁵ Enoch Albert ROVIRA observa que a fórmula da supremacia do direito federal sobre o estadual não é inerente à natureza do Estado federal e nem todos os Estados federais do mundo a adotam em suas respectivas Constituições. ROVIRA, Enoch Alberti. *Federalismo y cooperación en la República Federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 119-120.

³¹⁶ Enoch Albert ROVIRA esclarece que essa significa romper e seu sentido é de prevalência e seus efeitos incidem sobre a dimensão da validade e, conseqüentemente, sobre a da eficácia. Vide ROVIRA, Enoch Alberti. *Federalismo y cooperación en la República Federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 127.

tenha legislado a respeito de determinado aspecto, o Estado tem competência plena. Se ela legislar, e, conseqüentemente, em se tratado de princípio geral, o que sucede? Ela não quebra o direito estadual, mas apenas o afasta.

[...]

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (PRESIDENTE) – Afasta ou quebra o direito estadual e suspende a eficácia naquilo que o Estado legislou em termos de normas gerais. [...]

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR) – Ela não quebra, mas afasta, o que é diferente. [...]

*O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (PRESIDENTE) – Não há diferença entre ‘quebrar’ e ‘afastar’. [...]*³¹⁷

Embora não tenha sido isso que ocorreu no debate acima, pois nesse caso foi analisado o teor de disposição da Constituição vigente, parece totalmente despiciendo investigar qual seria a origem do modelo adotado se o que se pretende com essa busca é sustentar a aplicação de alguma disposição que não tenha sido expressamente incorporada – a menos que se passe a cogitar da hipótese absurda de que os Constituintes teriam feito uma espécie de remissão implícita a disposição constante de texto constitucional estrangeiro. Nunca é demais lembrar que a associação de projetos (de Constituição, de lei etc.) a modelos pode se prestar a fins puramente retóricos: ao que parece, à época da Constituinte (e ainda hoje essa visão se faz presente), o constitucionalismo alemão, especialmente em matéria de federalismo, era visto como mais moderno e avançado. Logo, identificar no modelo alemão sua fonte de inspiração significava associar-se, segundo se entendia à época, ao que havia de mais vanguardista em matéria de repartição de competências. Se as mudanças propostas e as que acabaram sendo efetivamente adotadas na Constituição vigente de fato refletem na sua inteireza o modelo alemão é uma outra questão (que cabe à doutrina investigar), mas não parece correta a pretensão de extrair maiores conseqüências da suposta adoção de um modelo que, como se viu, é algo questionável. Aliás, essa insistência em associar o sistema de repartição de competências adotado na Constituição vigente ao modelo germânico é curiosa, tendo em vista que o modelo estadunidense também contempla uma cláusula de supremacia do Direito federal (Artigo VI da Constituição dos EUA). Desse modo, ao menos com relação a esse aspecto (existência de uma ordem hierárquica), a distinção entre os modelos – e, portanto, a associação a um deles – não parece ser assim tão relevante.

Retomando o exercício argumentativo que vem sendo realizado, poder-se-ia questionar se não seria possível refinar ainda mais os argumentos em prol da tese da hierarquia, de modo a torná-la mais defensável. Para que isso fosse possível, seguindo o que

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Debate no voto do Min. Carlos Velloso. ADI nº 252/PR, Rel. Min. Moreira Alves. Inteiro teor do acórdão, 20 nov. 1997, pp. 20-23. (Grifos deste autor)

se propôs há pouco, seria necessário compatibilizá-la ao mesmo tempo com o modelo de Estado federal adotado na Constituição vigente e com uma leitura sistemática das cláusulas de repartição de competências. O desafio estaria em conseguir conciliar a noção de hierarquia com o reconhecimento da União e dos Estados como entes federativos, igualmente autônomos, bem como com a limitação da União, nas matérias de competência legislativa concorrente, a somente estabelecer normas gerais. Considerando que a teoria kelseniana, que parece ter sido adotada pelos Constituintes, sustenta que somente o Estado federal (todo) é soberano e que os entes federativos (partes) são meramente autônomos, parece lógico que qualquer cogitação de hierarquia em uma estrutura federativa somente pudesse partir daquele (do todo), jamais desses (das partes). Sendo assim, apenas a legislação editada pelo Estado federal como um todo poderia desfrutar de supremacia em relação às dos entes federativos, ou seja, somente uma lei nacional (em contraposição à federal) poderia ostentar essa característica.

A distinção entre leis nacionais (do todo) e leis federais (da União) é bastante difundida tanto na doutrina como na jurisprudência e não raro diz-se que normas gerais, em matéria de competência legislativa concorrente, são na realidade leis nacionais e não federais. Poder-se-ia perguntar como isso seria possível se o §1º do art. 24 da Constituição vigente dispõe que as normas gerais são editadas pela União? A teoria kelseniana de Estado federal parece realmente nunca acabar de suscitar perplexidades, ao elevar exponencialmente o nível de abstração. Um dos desdobramentos dessa teoria é o hibridismo de agentes e órgãos estatais e de seus instrumentos de ação (algo que será visto como maior detalhe quando se for analisar a natureza híbrida do próprio STF). Explica-se: à falta de agentes e órgãos nacionais próprios, são agentes e órgãos federais que desempenham as funções atribuídas pela Constituição ao Estado federal (na realidade, melhor seria dizer que União e Estado federal compartilham estrutura e pessoal³¹⁸). Assim, o Presidente da República é, ao mesmo tempo, chefe do Poder Executivo da União e chefe de Estado e o Congresso Nacional (art. 44) exerce o Poder Legislativo tanto da União (art. 2º) como do Estado federal. Sendo assim, leis nacionais podem sim ser editadas pela (leia-se: por meio da) União, como expressão do Estado federal, sem que isso acabe por negar sua natureza de lei nacional. Desse modo, uma lei nacional poderia realmente desfrutar de supremacia em relação tanto às leis

³¹⁸ Inclusive a própria Constituição. Afinal, como se sabe, o que se conhece por Constituição federal é, na realidade, a Constituição da República (a Constituição total), que contém a Constituição da União (parcial).

federais como às leis estaduais, sem que isso contradiga o modelo de Estado federal adotado.

Há mais um elemento a acrescentar a essa análise: o caráter complexo das leis que, muitas vezes, acabam abarcando tanto disposições com caráter de normas gerais como disposições com caráter suplementar, algo que aliás já foi observado tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Considerando que são agentes e órgãos federais que exercem as competências do Estado federal, a União pode editar uma lei que contenha ao mesmo tempo tanto normas gerais como suplementares, sem que isso envolva qualquer cogitação de violação o modelo adotado. A questão é que a lei somente poderá ser considerada nacional, aplicável indistintamente a todos os entes federativos, no que se ativer ao caráter de normas gerais, no mais será considerada lei federal e terá sua aplicação adstrita à União.

Nesse caso, poder-se-ia cogitar da existência de hierarquia, mas entre leis nacionais e leis estaduais (na realidade, como se viu, entre as leis nacionais, de um lado, e as leis federais, estaduais, distritais e municipais, de outro) – não entre leis federais e estaduais. Isso desde que, é claro, trate-se de matéria de competência legislativa concorrente e exclusivamente no que a lei editada pela União se limitar a normas gerais. Como visto, normas suplementares eventualmente editadas pela União vinculam somente a essa, nunca aos Estados. Mas, ainda assim, seria preciso conjecturar uma explicação convincente para o fato de que, em caso de eventual conflito entre as leis nacionais superiores e estaduais supletivas pré-existentes, somente suspender-se-ia a eficácia dessas últimas. Afinal, se é da existência de hierarquia de que se cogita, a sanção mais natural para a incompatibilidade entre a norma superior e a inferior seria a da nulidade. Mas é preciso recordar que é o sistema jurídico que elege a sanção aplicável aos diversos tipos de vício: o vício de inconstitucionalidade, por exemplo, tem, como regra, a sanção de nulidade absoluta. Nesse caso, optou-se por uma sanção mais branda: a da suspensão da eficácia. Poder-se-ia elucubrar o porquê da escolha por uma sanção mais leve: talvez por entender tratar-se meramente da hipótese de eventual conflito decorrente do exercício *a posteriori* pela União de sua competência para editar normas gerais, quando o Estado já a havia suprido em seu território; ou talvez por entender que, como União e Estados são igualmente autônomos, uma norma constante do ordenamento jurídico de um deles não tem o condão de inquinar de nulidade a do outro. Nessa última hipótese, com a qual aqui se concorda, a tese da hierarquia estaria refutada.

Tem-se que a interpretação mais acertada a respeito do sistema de repartição de competências adotado na Constituição vigente é aquela que parte da constatação de que o Constituinte adotou sim, no *caput* do art. 18 da Constituição vigente, a concepção kelseniana de Estado federal, pela qual a União é reconhecida como um ente federativo autônomo, o que afastaria qualquer interpretação no sentido da existência de uma suposta ordem hierárquica entre lei federal e estadual. Embora esteja correta e seja coerente com a concepção kelseniana a distinção feita entre leis nacionais e federais, o Constituinte parece ter feito uma opção clara por um modelo em que os conflitos federativos em matéria de competência concorrente não fossem solucionados pelo critério da hierarquia e sim pelo da densidade normativa. Repare que não se está aqui se socorrendo, embora se pudesse, ao argumento da interpretação autêntica da Constituição, tendo em vista que quem o diz é o próprio Constituinte que defendeu a substituição da disposição que previa que a competência da União “*prevalecerá*” sobre a dos Estados pela que estabelece que essa “*limitar-se-á*” a normas gerais. De todo modo, a formulação da tese da hierarquia a que se acaba de referir parece ser a única compatível com a ordem constitucional vigente: a de que só se poderia cogitar de hierarquia entre lei nacional, expressão do Estado federal (todo), e as leis federais, estaduais, distritais e municipais, expressão dos entes federativos (partes). Nesse caso, leis editadas pela União somente ostentariam supremacia no que se ativessem a normas gerais.

Agora, tanto uma quanto a outra revelam o ponto nevrálgico da resolução de conflitos federativos em matéria de competência legislativa concorrente: a necessidade de se trabalhar com um conceito claro e objetivo do que sejam “normas gerais”, que permita identificar quando uma disposição constante de lei editada pela União se atém ao caráter de norma geral e quando o extrapola, quando vincula a todos os entes federais e quando vincula somente a própria União. Eis o tema que será tratado em seguida.

A distinção entre leis nacionais (expressão do Estado federal) e leis federais (expressão da União), como uma projeção do acatamento da concepção kelseniana no *caput* do art. 18, e a constatação de que as leis editadas pela União, no exercício da competência legislativa concorrente, não raro são complexas e veiculam tanto normas gerais (aplicáveis indistintamente a todos os entes federativos) como suplementares (aplicáveis somente à União) agregam importantes elementos de análise aos conflitos federativos nessas matérias. A ideia de que a lei nacional desfrutaria de supremacia em relação tanto às leis estaduais como federais, por outro lado, é controversa: considerando que, como se viu, os conflitos federativos em matéria de competência concorrente são, na realidade, conflitos de

competência e, sendo essa matéria de natureza constitucional, a única supremacia de que se pode cogitar é a da própria Constituição. Em outras palavras, não são as leis nacionais de normas gerais e sim a própria Constituição que define a competência dos entes federativos. Infelizmente, não é incomum a ideia de que as normas gerais ao serem editadas acabam definindo a abrangência da competência suplementar, mas esse parece ser mais uma vez um resquício da concepção que reduz a competência suplementar à supletiva (“*lacunas preencheveis*”). Na realidade, quando, em um conflito entre norma geral e suplementar, prevalece essa sobre aquela ou vice-versa é, na verdade, a competência – tal como estabelecida na Constituição – que prevaleceu, não se podendo cogitar da existência de uma ordem hierárquica ou relação apriorística de prevalência entre ordens jurídicas nessas matérias (mesmo em se agregando o elemento da ordem jurídica total).

A título de síntese conclusiva de tudo quanto foi visto ao longo deste item, poder-se-ia principiar por fazer uma concessão à leitura que ressalta as “continuidades” da Constituição vigente com o texto constitucional anterior: o reconhecimento da acentuada centralização decorrente da especificação de competências exclusivas e privativas da União (observável na extensão e no grau de detalhamento dos incisos dos arts. 21 e 22) e a constatação de haver, até certo ponto, similitudes nas “regras de convivência” das competências concorrentes dos entes federativos (observável na manutenção das expressões “*normas gerais*” e “*não exclui*”) – não mais que isso. Como se viu, na realidade os Constituintes pretendiam e efetivamente aprovaram um sistema de repartição de competência que rompia com o modelo anterior: prova disso é o reconhecimento expresso da União como um ente federativo, dotada meramente de autonomia (art. 18, *caput*), o que sem dúvida alguma repercute em seu *status* no âmbito das relações intergovernamentais, em especial no das competências legislativas concorrentes, nas quais essa não mais pode determinar discricionariamente até onde ir, deixando aos Estados somente o que não lhe interessar. Com isso, refuta-se qualquer interpretação que veja na competência suplementar dos Estados uma continuidade da competência supletiva do texto constitucional anterior, ou seja, somente a capacidade de suprir “*lacunas preencheveis*” da legislação editada pela União. É preciso reconhecer que a Constituição vigente, no que se refere à descentralização legislativa, foi muito mais ambiciosa do que isso, restringindo a densidade normativa da legislação editada pela União em relação a todas as matérias de competência concorrente a somente “*normas gerais*” (art. 24, §1º).

Já no que se refere à leitura que pretende sustentar, a partir do dado de que os Constituintes teriam supostamente se inspirado no modelo germânico ao preverem as competências legislativas concorrentes, a incorporação tácita da célebre fórmula “*Bundesrecht bricht Landesrecht*”, pela qual o Direito federal desfrutaria de supremacia sobre o Direito estadual, refuta-se a pretensão de se extrair de uma suposta inspiração – que, como se viu, é questionável – consequências normativas que não tenham sido expressamente incorporadas à Constituição vigente. Com relação à formulação um pouco mais refinada dessa tese que pretende desdobrar, agora a partir do disposto no §4º do art. 24, a confirmação da existência de uma suposta ordem hierárquica entre leis federais e estaduais em matérias de competência concorrente, entende-se que a aplicação da referida disposição refere-se mais propriamente ao §3º do mesmo artigo e cinge-se a regular eventuais antinomias entre normas gerais da União e supletivas dos Estados, na hipótese em que aquelas foram editadas supervenientemente quando o Estado já as haviam suprido em seu território. A única formulação da tese da hierarquia que parece ser compatível com o modelo de Estado federal adotado na Constituição vigente é aquela que distingue leis nacionais e federais, desfrutando somente aquelas de supremacia – embora tanto em relação às leis estaduais como federais. Isso não seria contraditório com o §1º que dispõe que é a União que edita as normas gerais, uma vez que União e Estado federal compartilham estrutura e pessoal (o chamado “hibridismo”). Nesse caso, as leis assim editadas pela União somente desfrutariam de supremacia no que se ativessem ao caráter de normas gerais, em tudo o mais vinculariam somente a União. Essa formulação, muito mais consentânea com o modelo de Estado federal e o sistema de repartição de competência que foram adotados na Constituição vigente, no fundo, envolve a mesma dificuldade da interpretação que sustenta não haver hierarquia: a necessidade de se precisar o que vêm a ser normas gerais.

Independentemente da tese escolhida (se a da inexistência de hierarquia entre leis federais e estaduais ou a da existência de hierarquia entre leis nacionais, de um lado, e federais, estaduais, distritais e municipais, de outro), a necessidade de se delimitar o que vem a ser e o que não vêm a ser “*normas gerais*” é incontornável para dirimir conflitos federativos envolvendo competência legislativa concorrente, ao menos se o que se pretende é solucioná-los a partir dos parâmetros efetivamente adotados na Constituição vigente (art. 24, §§1º-4º) e não com base em elucubrações envolvendo o suposto modelo de inspiração dos Constituintes.

2.3 POR UM CONCEITO POSITIVO E UM TESTE RIGOROSO DE “NORMAS GERAIS” (PARA ALÉM DAS “LACUNAS PREENCHÍVEIS”)

Considerando a interpretação conferida aos §§1º e 2º do art. 24 (no sentido de que eventuais conflitos, em matéria de competência legislativa concorrente, entre as normas gerais editadas pela União e a legislação suplementar editada pelos Estados se resolvem – não com apelo à existência de uma suposta ordem hierárquica entre lei federal e estadual e sim – pela verificação do cumprimento, pelo ente federativo, do grau de densidade normativa que lhe foi cometido pela Constituição), harmônica não só com o disposto nos §§3º e 4º do mesmo art. 24 (que regulam a hipótese de, na pendência da edição de normas gerais pela União, os Estados virem a fazê-lo no exercício de sua competência supletiva, o que não retiraria daquela a competência para editá-las, tanto que, se assim o fizer, suspende-se a eficácia – mas não se invalidam – das normas supletivas estaduais eventualmente contrárias) como com o *caput* do art. 18 (que reconheceu, pela primeira vez, a União como um ente federativo, dotado meramente de autonomia, o que poderia ser somente uma evidência da adoção pelos Constituintes da teoria kelseniana de Estado federal – o que já não seria nada trivial –, mas que afetou sua posição nas relações intergovernamentais, em especial como se viu no âmbito das competências legislativas concorrentes, com a concomitante inserção do comando “*limitar-se-á*”), passa a ser de crucial importância a definição do que vêm a ser as tais normas gerais. Nesse sentido, a lição de Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA:

“O grande problema que se coloca, a propósito, é o da formulação de um conceito de normas gerais que permita reconhecê-las, na prática, com razoável segurança, já que a separação entre normas gerais e normas que não tenham esse caráter é fundamental. De fato, no campo da competência concorrente não-cumulativa, em que há definição prévia do campo de atuação legislativa de cada centro de poder em relação a uma mesma matéria, cada um deles, dentro dos limites definidos, deverá exercer a sua competência com exclusividade, sem subordinação hierárquica. Com a consequência de que a invasão do espaço legislativo de um centro de poder por outro gera a inconstitucionalidade da lei editada pelo invasor.”³¹⁹

Considerando, ainda, que as áreas de competência material exclusiva e as matérias de competência legislativa privativa da União (arts. 21 e 22) foram ampliadas e que a expansão da esfera de competências enumeradas da União tem como consequência insofismável a contração da esfera de competências remanescentes dos Estados, garantidas pela cláusula dos poderes reservados (art. 25, §1º), é razoável supor que a disputa federativa se deslocasse

³¹⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 128-129.

para as áreas de competência material comum e as matérias de competência legislativa concorrente dos entes federativos (arts. 23 e 24) e girasse em torno da definição do papel que corresponde a cada qual nessa “divisão de trabalho” inerente ao compartilhamento de competências. No caso das primeiras, a Constituição prevê que leis complementares estabelecerão normas para a cooperação entre os entes federativos (parágrafo único), o que torna essa questão uma contenda legislativa a ser travada no Congresso Nacional. No caso das últimas, por sua vez, a Constituição já define que o papel da União cinge-se a estabelecer normas gerais, cabendo aos Estados suplementá-las, o que converte essa questão em uma controvérsia hermenêutica, de ordem conceitual, a ser dirimida nos tribunais.

Poder-se-ia supor que, passados mais de 30 anos desde a promulgação da Constituição vigente – mais ainda, em se considerando que a origem da expressão remonta à Constituição de 1934 –, os contornos dessa controvérsia já estivessem bem demarcados, com a União, de um lado, defendendo um conceito mais amplo e os Estados, de outro, um conceito mais restrito de normas gerais. Nada mais distante da realidade! Poder-se-ia supor, ainda, que a inserção do comando “*limitar-se-á*” antes da expressão “*normas gerais*” no §1º do art. 24 tivesse surtido algum efeito mais palpável, no sentido de conferir maior delimitação à competência da União nessas matérias. Isso não parece estar muito claro! Aliás, diferentemente do que se poderia imaginar – salvo raríssimas exceções – não se observou sequer um movimento por parte dos Estados com o objetivo de instar os tribunais, em especial a Suprema Corte, a aclararem qual é o significado da expressão constante do texto constitucional. Ao que tudo indica, até o presente momento o comando “*limitar-se-á*” não passa de um termo programático nessa disposição constitucional, que poderia muito bem ser lida da seguinte maneira: “*No âmbito da competência concorrente, a competência da União [sempre que possível] limitar-se-á a estabelecer normas gerais.*”

Independentemente de qualquer gesto dos Estados nesse sentido, entende-se que é papel da doutrina aclarar que é o significado de conceitos inseridos em textos legislativos, oferecendo assim subsídios para sua posterior interpretação e aplicação. A primeira coisa a ser feita é identificar o estado do debate em torno da definição de “*normas gerais*” e, nesse ponto, infelizmente o diagnóstico é um tanto desalentador. Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA conclui: “*De quanto se expôs, é possível concluir pela existência, a essa altura da elaboração doutrinária, de numerosos elementos que podem auxiliar o intérprete na tormentosa tarefa de*

identificação das normas gerais.”³²⁰ Entende-se aqui, no entanto, que grande parte das definições oferecidas pela doutrina³²¹, de tão amplas que são, não se revelam adequadas – na realidade, quase põem a perder – o propósito dos Constituintes de viabilizar, nesse campo, a almejada “*descentralização federativa gradual*”. Afinal, é perfeitamente possível compensar a inserção do comando “*limitar-se-á*” com a adoção de um conceito amplo de “*normas gerais*” e, conseqüentemente, de uma interpretação expansiva do disposto no §1º do art. 24, subvertendo o sentido da norma e indo de encontro à intenção dos Constituintes. O que suscita inevitavelmente a questão relativa à definição dos limites da interpretação constitucional, em especial daquela realizada pela Suprema Corte, sob pena de se permitir que essa reverta decisões políticas fundamentais que foram tomadas pelo Poder Constituinte originário.

A dificuldade em se definir o que vêm a ser normas gerais é descrita, com clareza, por Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO:

*“Não é fácil conceituar ‘normas gerais’, pelo ângulo positivo. Pode-se afirmar, e corretamente, que ‘normas gerais’ são princípios, bases, diretrizes que hão de presidir todo um subsistema jurídico. Sempre haverá, no entanto, em face de casos concretos, dúvida até onde a norma será efetivamente geral, a partir de onde ela estará particularizando. Mais fácil é determinar o que sejam ‘normas gerais’ pelo ângulo negativo. Quer dizer, indicar os caracteres de uma norma que não é ‘geral’, é complementar, é particularizante. Portanto, não pode uma ‘norma geral’ descer a particularizações que visem a atender a peculiaridades regionais.”*³²²

Em que pese a essas dificuldades, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO conclui pela viabilidade de sua definição: “*Reafirmamos, desde logo, a possibilidade teórica de chegar-se à formulação de um conceito de normas gerais capaz de definir, com segurança e precisão, a partilha de competência concorrente limitada* [ou não-cumulativa na classificação de FERREIRA FILHO].”³²³ Não se põe em dúvida aqui a possibilidade de se chegar a uma definição do que vêm a ser normas gerais, nem os percalços que essa tarefa pode envolver,

³²⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 133.

³²¹ Vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, pp. 127-162, out./dez. 1988. Nesse artigo, o autor inventaria as diversas definições oferecidas pela doutrina, antes de ao final oferecer uma própria.

³²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2013, pp. 168-169.

³²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, out./dez. 1988, p. 160. A identificação da classificação das competências concorrentes limitadas, por ele utilizada, com a das competências concorrentes não exclusivas, utilizada por Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, é feita pelo próprio autor à p. 147.

mas reitera-se, com a devida vênia, que uma coisa é se chegar a um conceito de normas gerais, outra muito diferente é formular-se um conceito de normas gerais consentâneo com a diretriz restritiva da competência da União presente nos §§1º e 2º do art. 24 e que, ao mesmo tempo, ofereça, aos intérpretes e aplicadores do Direito, um teste prático, objetivo e rigoroso que lhes permita identificar quando aquela efetivamente desbordou de seus limites.

Ainda que aqui, como se acaba de ver, se cogite de um “jogo de soma zero” (em que o acréscimo de competência a uma categoria de entes federativos corresponde necessariamente ao decréscimo de competência de outra) no âmbito das competências enumeradas da União e reservadas dos Estados (arts. 21, 22 e 25, §1º), mas não no das competências legislativas concorrentes não-cumulativas (art. 24)³²⁴, a verdade é que a definição do “alcance” (alguns diriam da “profundidade”, por tratar-se de técnica de repartição vertical de competências) da competência da União para estabelecer normas gerais (§1º) reflete na definição do alcance da competência suplementar dos Estados (§2º). Afinal, um conceito (o de suplementação) está “ligado” ao outro (o de normas gerais) como se esses fossem “vaso comunicantes”: a dilatação do que a União pode fazer a título de estabelecer normas gerais importa necessariamente na contração do que podem fazer os Estados a título de suplementá-las. Sendo assim, uma interpretação expansiva – e, conforme vem sendo aqui sustentado, *contra legem* – do disposto no §1º, pela via da adoção de um conceito amplo de normas gerais, importa em uma interpretação restritiva do disposto no §2º, pela via da consequente adoção de um conceito restritivo de suplementação.

Talvez porque seja mais fácil detectar quando não se está diante de normas gerais, como bem apontou Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, a jurisprudência tem trabalhado mais com um *conceito negativo* de normas gerais, segundo o qual não seriam normas gerais aquelas que esgotem o tema, ou seja, que não deixem margem para posterior suplementação. Na medida em que não oferece um teste minimamente exigente para se identificar quando a União extrapolou seus limites, esse conceito de normas gerais é claramente insuficiente – senão inadequado –, tendo em vista que, para atendê-lo, bastaria que essa deixasse uma única lacuna na legislação, o que ocorrerá invariavelmente uma vez que a lei (que, por definição, é geral e abstrata) não regula completamente uma matéria, afinal o legislador jamais consegue antecipar todas as situações concretas possíveis e imagináveis que a legislação pode regular.

³²⁴ A propósito, o escopo das competências legislativas concorrentes não-cumulativas parece ser justamente o de evitar que o exercício da competência por uma categoria de ente federativo importe na exclusão da outra. A ideia é efetivamente que esses compartilhem da competência para legislar sobre um conjunto de matérias especificado na Constituição.’

Na realidade, esse conceito e seu respectivo teste cingem-se a preservar somente uma das modalidades de competência asseguradas aos Estados no âmbito das competências legislativas concorrentes: a supletiva. Ora, um conceito de normas gerais que se contente em exigir somente a existência de vazios, claros ou, como se convencionou denominar, “*lacunas preencheveis*” na legislação editada pela União relaciona-se a um conceito de competência suplementar dos Estados que se restringe a supri-los.

Tal conceito poderia até ser compatível com aquelas hipóteses do texto constitucional anterior em que a definição da matéria não era precedida pela expressão “*normas gerais*” (art. 8º, inciso XVII, alíneas “*d*”, “*e*”, “*n*” e “*v*”), nas quais a competência legislativa da União só não poderia excluir a dos Estados e a desses, por sua vez, cingia-se a legislar supletivamente (parágrafo único), mas é certamente inaceitável, à luz do disposto no §1º do art. 24 da Constituição vigente, por ignorar completamente tanto a expressão “*normas gerais*” como a inserção do comando “*limitar-se-á*”, deixando a critério exclusivo da União definir até aonde pode ir ao regular a matéria. Vistas bem as coisas, no entanto, conclui-se não ser esse propriamente um conceito de normas gerais e sim de competência estadual supletiva e na concepção do texto constitucional anterior, que é inconciliável com o tratamento conferido pela Constituição vigente à competência legislativa concorrente. Afinal, na ordem constitucional vigente, a competência estadual supletiva relaciona-se mais propriamente à ausência de edição de normas gerais sobre uma determinada matéria pela União (§3º) e não à mera constatação da existência de eventuais lacunas pontuais na regulação existente que, como se disse, sempre haverá (embora, é verdade, essa competência supletiva parcial dos Estados também esteja presente na Constituição vigente). Em suma, esse conceito é menos não só do que dispõem os §§1º e 2º, como menos que o disposto no próprio §3º do art. 24. Sendo assim, caso essa tendência seja mantida, estar-se-á, como se viu, retrocedendo no tempo, construindo uma ligação, pela via hermenêutica, para um passado com o qual os Constituintes pretenderam claramente romper.

Mas não seria possível apresentar uma outra formulação de conceito negativo de normas gerais que fosse compatível com o sistema de repartição de competências adotado na Constituição vigente? A resposta é sim. Tal conceito, aliás, é bastante difundido na doutrina e utilizado com frequência pela jurisprudência. Trata-se do conceito segundo o qual não seriam normas gerais aquelas que destrinchem a matéria, que entrem em detalhes, que desçam a minúcias, que tragam pormenores; enfim, normas que extrapolem um tratamento

mais genérico da matéria para adentrar efetivamente nas especificidades³²⁵. Considerando que, não raro, as leis que veiculam normas gerais editadas pela União abarcam múltiplos preceitos, nem todos necessariamente condizentes com a referida noção, tal conceito estaria melhor formulado nos seguintes termos: não são normas gerais aquelas leis editadas pela União *se e naquilo que* destrincharem a matéria, *se e naquilo que* entrarem em detalhes, *se e naquilo que* descerem a minúcias, *se e naquilo que* trouxerem pormenores; enfim, *se e naquilo que* extrapolarem do genérico para adentrar no específico. Ao eleger, dentre as diversas acepções do qualitativo “geral”, a “inespecificidade” como critério para identificar o que vêm a ser “normas gerais”, a verdade é que o intérprete acaba tomando de empréstimo a oposição “genérico/específico” para delimitar a fronteira que separa a competência da União e dos Estados nessas matérias. Assim, onde se lê, no §1º do art. 24, que a competência da União, nessas matérias, limita-se a estabelecer normas “gerais”, leia-se “inespecíficas”; quando se lê, no §2º, que a competência da União, nessas matérias, não exclui a “suplementar” dos Estados, leia-se “para estabelecer normas específicas”.

Tal formulação do conceito negativo de normas gerais, que o associa ao critério da “inespecificidade” é, de fato, bem mais adequada do que a que o associa ao critério da “não-exauriência” e isso por duas razões estreitamente relacionadas com as mudanças que foram promovidas, no sistema de repartição de competências, pela Constituição vigente: primeiro, porque oferece um critério se não objetivo, ao menos *a priori* e condizente com a diretriz restritiva da competência da União nessas matérias, que não faz letra morta da inserção do comando “*limitar-se-á*” no §1º do art. 24, não deixando assim a critério exclusivo daquela a definição dos limites da sua própria competência como em um modelo

³²⁵ Ressalte-se que, para além das especificidades, ou seja, já no campo do singular, do concreto, do particular, nem mesmo à legislação suplementar estadual é dado adentrar, pois essas não deixam de ser simplesmente leis que, por definição, são gerais e abstratas. Normas suplementares, tanto quanto as normas gerais, não se confundem com normas singulares, entendidas como leis de efeitos concretos. Portanto, o critério distintivo entre normas gerais e suplementares não pode ser o da generalidade, comum tanto a umas quanto a outras, na medida em que ambas seriam espécies do gênero lei. Aliás, a doutrina já chamou atenção para o fato de que a expressão “*normas gerais*” incorreria em redundância ou tautologia. Afinal, em sendo todas as leis, por definição, gerais e abstratas, o que explicaria o qualificativo “gerais” atribuído a tais normas? Seriam essas normas especial ou duplamente gerais ou se caracterizariam por uma espécie de generalidade qualificada? Nesse sentido, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO: “*Se é certo que todas as normas são, por definição, gerais, o que leva o legislador a extremar uma categoria e designá-la pleonasticamente de normas gerais? Por certo não é o intuito de reforçar, pela redundância, essa característica ontológica. Simples regra de hermenêutica jurídica nos obriga, desde logo, a aceitar a existência de um quid diferenciativo.*” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, out./dez. 1988, p. 152. Acredita-se que não se deve ir tão longe ou ser tão rigoroso, do ponto de vista técnico, com relação a esses conceitos. Mesmo porque, em assim o sendo, nem o emprego do termo “normas” estaria correto. Afinal, segundo a teoria hermenêutica contemporânea, texto e norma não se confundem, sendo essa o resultado do processo interpretativo, com vistas a sua aplicação a um caso concreto, e não do processo anterior de natureza legiferante, com vistas a edição de uma espécie legislativa.

de autocontenção; segundo, porque ao impedir que a União, ao exercer sua competência para editar normas inespecíficas, acabe por excluir a competência dos Estados para estabelecerem normas específicas, essa acepção se mostra condizente com a substituição do termo mais restritivo “*supletivamente*” do texto constitucional anterior (art. 8º, parágrafo único) pelo termo mais amplo “*suplementar*” (art. 24, §2º) da Constituição vigente³²⁶. Como se viu, a adoção de uma interpretação restritiva da competência da União nessas matérias, decorrente de um conceito também restritivo do que vêm a ser normas gerais, harmônico com a diretriz expressa no §1º do art. 24, tem como consequência a adoção de uma interpretação expansiva da competência dos Estados, decorrente de um conceito amplo do que vem a ser suplementar, que passa a não mais comportar qualquer entendimento no sentido de que essa se restrinja a suprir lacunas deixadas pela União.

Ocorre que o que aparenta ser muito simples e claro no plano conceitual e abstrato (a distinção entre o “genérico” e o “específico”), nem sempre o é no plano prático e concreto (a distinção entre normas genéricas e específicas). Sendo esse um conceito negativo de normas gerais, mais correta seria tratar o “genérico” (relativo ao que é, logo do plano positivo) como “inespecífico” (relativo ao que não é, logo do plano negativo). Mas, afinal, o que vem a ser “inespecífico” no quesito legislação? Como identificar quando se está concretamente diante de uma disposição legal “inespecífica”? É claro que seria exagerado exigir-se de um conceito que fosse capaz de definir o que é uma coisa e o que é outra com relação a cada matéria de competência legislativa concorrente. Esse é um papel que cabe unicamente ao intérprete/aplicador do Direito. De todo modo, percebe-se que não é possível responder a essas indagações sem o auxílio de um conceito positivo do que vêm a ser normas gerais – ou seja, de um conceito que esclareça não o que tais normas não são, mas o que essas efetivamente são. Sendo assim, apesar de ser certamente mais adequada do que a anterior e de parecer refletir mais propriamente o que os Constituintes tinham em mente ao adotarem o sistema de repartição de competência, a verdade é que essa formulação – e qualquer outra – de conceito negativo de normas gerais é claramente insuficiente, ao não oferecer um teste prático, objetivo e rigoroso que permita discernir uma coisa da outra no plano legislativo concreto.

³²⁶ Já se viu que há quem possa entender que a substituição do termo “*supletivamente*” do texto constitucional anterior para “*suplementar*” na Constituição vigente seria destituída de maior consequência prática, pois para alguns autores as atividades de suprir e de complementar seriam, de certo modo, indissociáveis. Desse modo, mesmo que no texto constitucional anterior constasse apenas o termo “*supletivamente*”, a competência legislativa dos Estados nessas matérias abrangia não só a supletiva como a complementar, donde se pode concluir que essa mudança promovida pela Constituição vigente seria meramente terminológica.

Um conceito de normas gerais deve ser capaz não só de indicar o que a União pode fazer a título de estabelecer normas gerais, até que ponto essa pode legislar sobre essas matérias, como oferecer um teste, ao mesmo tempo, harmônico com a diretriz restritiva de sua competência expressa nos §§ 1º e 2º do art. 24 e exigente que permita identificar quando aquela efetivamente desbordou de seus limites. Isso, como se pode ver, só é possível recorrendo a um conceito positivo de normas gerais, um que efetivamente enfrente desafiadora tarefa de esclarecer o que essas vêm a ser. Na doutrina nacional, é especialmente valiosa a contribuição de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO que, após analisar diversas definições de normas gerais que foram apresentadas pela doutrina, ressalta que todas essas compartilham a seguinte característica: “[...] a ideia de que há, sem sombra de dúvida, um sentido limitativo nas normas gerais. Aqui estaria uma sobrecaracterística tão relevante que vale a pena ser tratada separadamente: a de conceito-limite”³²⁷. Ressalte-se que essa ideia de que as normas gerais funcionam como uma espécie de “conceito-limite” da competência legislativa da União nessas matérias é consistente com o que vem sendo até aqui sustentado.

Do ponto de vista da sua natureza normativa, as normas gerais formariam, na visão do autor, uma (sub)categoria à parte (um “*tertium genus*”³²⁸, nas palavras desse) de caráter intermediário: “*Teríamos aqui três graus de generalização normativa: o generalíssimo, das normas-princípios; o geral, propriamente dito, das normas gerais; e o subgeral, das normas particularizantes.*”³²⁹ Em comum com as primeiras, guardariam as seguintes características: expressariam valores juridicamente tutelados; vedariam interpretações e aplicações contrárias; e vinculariam o legislador ao concretizá-los. Desses se distinguiriam por serem aplicáveis direta e imediatamente às relações administrativas da União, mas aos Estados e Municípios somente em duas hipóteses: quando esses deixarem de editar normas particularizantes; e sempre que as normas particularizantes por esses editadas contrariarem o disposto nas normas gerais. Das normas particularizantes, por sua vez, diferenciariam-se por se dirigirem, ordinariamente, ao legislador estadual ou municipal e por serem somente aplicáveis indireta e mediadamente; só extraordinariamente, dirigiram-se ao aplicador e seriam aplicáveis direta e imediatamente. Por fim, caracterizariam-se por seu caráter nacional e por sua função uniformizadora. Do exposto, o autor apresenta a seguinte definição:

³²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, out./dez. 1988, p. 150.

³²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, out./dez. 1988, p. 152.

³²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, out./dez. 1988, p. 154.

“Chegamos, assim, em síntese, a que normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.”³³⁰

Pelo menos duas observações devem ser feitas ao conceito formulado pelo autor: de um lado, considerando que segundo a teoria moderna das normas jurídicas, tanto os “princípios” e como as “regras” são espécies do gênero “normas”, não parece correto afirmar que as normas gerais se caracterizem pela sua natureza principiológica, ao menos se o que se pretende com isso é afastar a possibilidade de essas também poderem veicular regras; de outro lado, se é certo que “[n]ão raro, o mesmo preceito [sic] legal contém indiscriminadas as duas normas: a geral, principiológica, e a específica, de natureza concreta”³³¹, não parece correto afirmar que sejam as normas gerais que se aplicam direta e imediatamente às relações administrativas da União, mas sim que as leis que veiculam normas gerais editadas por essa, se e naquilo que extrapolarem disso e trouxerem normas específicas, vinculam somente essa (mas é preciso ter claro que, nesse caso, são as normas específicas eventualmente editadas pela União e não as gerais que se aplicam direta e imediatamente a essa). Mas, ao que sugerem outras passagens do texto, parece ter sido justamente isso que o autor pretendeu dizer com relação a essas questões³³². De todo modo, não parece que a comparação com as normas-princípios seja muito esclarecedora sobre o conteúdo das normas gerais.

Há, ainda, um último ponto da análise de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO que merece ser ressaltado, que diz respeito aos limites da competência da União para dispor sobre a Administração Pública de Estados e Municípios: “6º - *Em razão de sua inafastável característica nacional, não será norma geral a que dispuser sobre organização, servidores e*

³³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, out./dez. 1988, p. 159.

³³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, out./dez. 1988, p. 159.

³³² Com relação ao primeiro ponto (concernente à natureza normativa das normas gerais, se se limitam ou não a princípios): “1º - São declarações principiológicas – não se identificando com os princípios tout court ou as normas-princípios que possam contê-los.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, out./dez. 1988, p. 160. Com relação ao segundo ponto (concernente à aplicação direta e imediata à União das leis que veiculam normas gerais): “2º - As normas específicas baixadas pela União juntamente com as normas gerais ou os aspectos específicos por acaso nestas contidas, não têm aplicação aos Estados-Membros, considerando-se normas particularizantes federais, dirigidas ao Governo Federal.” *Ibidem*, p. 161.

bens dos Estados ou Municípios mas, em consequência, simples norma inconstitucional.”³³³

Considerando que a autoadministração é entendida como uma das expressões da autonomia dos entes federativos, dispor sobre essas questões relativas à organização, funcionamento, atribuições de órgãos e agentes dos Estados significaria imiscuir-se em uma esfera protegida. A questão é que, muitas das matérias de competência legislativa concorrente correspondem a áreas de competência material comum, nas quais se entrelaçam órgãos e agentes de diferentes entes federativos para a prestação de serviços públicos aos cidadãos. Nesses casos, entende-se que as normas gerais evidentemente não podem modificar a atribuição de órgãos e agentes de outros entes federativos, mas podem sim afetá-los desde que o façam de modo indireto e mediato, ou seja, com a intermediação dos Estados por meio de sua legislação suplementar.

É possível, assim, chegar-se a um conceito positivo de normas gerais, com base em parte no que foi exposto por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO³³⁴, ressaltando-se três dimensões diferentes dessas normas que guardam em comum o fim de circunscrever o âmbito de competência da União nessas matérias, de impedir que essa venha a “tomar o campo”: primeiro, quanto ao *conteúdo* dessas normas, viu-se que essas devem se ater ao que há de mais básico e fundamental no tratamento da matéria, limitando-se a definir os princípios, as diretrizes, os *standards* a serem oportunamente desdobrados pelos demais entes federativos; segundo, quanto aos *destinatários* dessas normas, viu-se que, via de regra, essas se dirigem aos legisladores dos demais entes federativos e só excepcionalmente podem ser dirigidas ao aplicador; e, terceiro, quanto à *aplicabilidade* dessas normas, viu-se que, via de regra, são aplicáveis indireta e mediamente a casos concretos, uma vez que requerem intermediação do legislador dos demais entes federativos, só excepcionalmente, não havendo legislação suplementar estadual ou sendo essa contraditória com o disposto nas normas gerais, têm eficácia direta e imediata. Diz-se dos demais entes federativos, pois a União costuma inserir – na maior parte dos casos, infelizmente sem fazer distinções –, no bojo da mesma lei que veicula normas gerais, normas específicas que, como se viu, são somente a essa aplicáveis.

Poder-se-ia acrescentar, ainda, duas outras dimensões de normas gerais que, porém, a princípio não exercem essa função limitativa: a dimensão *orgânico-formal* relativa à

³³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, out./dez. 1988, p. 162.

³³⁴ “Três questões ainda podem ser levantadas: o conteúdo, o destinatário e a aplicação.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, out./dez. 1988, p. 156.

competência e ao procedimento para a edição dessas normas, sabe-se que, em função do hibridismo característico da teoria kelseniana de Estado federal, embora sejam editadas pela União, têm caráter de lei nacional, sendo que a Constituição não estabelece um procedimento específico para sua aprovação; e a dimensão da *validade* relativa aos âmbitos territorial e pessoal em que essas podem ser aplicadas validamente, viu-se que as normas gerais, por serem leis nacionais, aplicam-se em todo o território do Estado federal e a todos os entes federativos, indistintamente. Diz-se “a princípio” na medida em que desses atributos só se revestem as leis editadas pela União *se e naquilo que* se ativerem ao conteúdo de normas gerais.

Ressalte-se que a competência da União para estabelecer normas gerais está ligada ao imperativo da *uniformização* da legislação sobre essas matérias, mas somente em seus aspectos mais básicos e fundamentais, o que nada tem de incompatível com a *diversificação* de seus aspectos mais específicos e particulares e sim com a sua *unificação* aqui entendida como a regulação, em todos os seus aspectos, dada pelo centro para todo o território, o que é vedado na técnica da competência concorrente não-cumulativa. É justamente no âmbito do compartilhamento de competências que sobressai a necessidade de conciliação entre os imperativos da uniformização e da diversificação, sem nunca descambar na unificação, necessidade essa que, aliás, é inerente ao próprio federalismo. Sendo assim, o exercício da competência da União para estabelecer normas gerais deve sempre deixar margem real de decisão legislativa aos demais entes federativos no que tange a sua especificação – sempre aqui entendido como cada disposição da legislação que veicula normas gerais, rechaçando-se qualquer entendimento de que a essa possa vir a ser parte exauriente, parte não-exauriente, do contrário retroceder-se-ia à primeira formulação do conceito negativo de normas gerais. Na realidade, como se viu, *se e naquilo que* extrapolar o limite de *conteúdo* de normas gerais, a disposição deixa de ter essa natureza e de atrair o regime que lhe é próprio.

Seria razoável cogitar que, nessas hipóteses em que a União extrapola os limites de sua competência para estabelecer normas gerais, vindo a entrar em detalhes, descer a minúcias, trazer pormenores, ficasse caracterizada a inconstitucionalidade das disposições desbordantes. Mas, aqui, a teoria kelseniana, com suas abstrações e ficções, revela mais uma perplexidade: como à União não é vedado estabelecer nas leis por essa editadas, além das normas gerais, normas específicas aplicáveis somente a si própria (com um mesmo diploma legal abarcando tanto lei nacional como lei federal), a inconstitucionalidade decorreria não da constatação de que a disposição em si extrapola do conteúdo de normas gerais, mas de sua efetiva aplicação

aos demais entes federativos que não somente à União, de modo que isso não poderia ser resolvido pela sanção de nulidade. A única solução para esse tipo de situação seria o uso de técnicas de decisão que, sem pronunciar a inconstitucionalidade pura e simples da disposição que, em regra, levaria a sua anulação, afaste por inconstitucional somente sua aplicação aos demais entes federativos. Isso pode ser alcançado lançando mão de outras técnicas de decisão na Jurisdição Constitucional, como a interpretação conforme a Constituição (*somente é constitucional se interpretada* no sentido de que se aplica exclusivamente à União) ou da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (*são inconstitucionais eventuais interpretações* no sentido de que seja aplicável aos demais entes federativos). Com isso, a lei é preservada, ou seja, segue em vigor às vezes na sua inteireza, com a única diferença de que só pode ser aplicada à União ou, o que é o mesmo³³⁵, de que não pode ser aplicada aos demais entes federativos.

Aliás, essa visão de que, na mesma lei que veicula normas gerais, a União possa incluir normas que não têm essa natureza, as quais somente se aplicariam a essa, sem que se possa expurgá-las, por inconstitucionais, do ordenamento jurídico poderia levar (ou já estaria levando) a uma praxe de a União legislar sobre essas matérias de forma análoga a como faz com relação às matérias de sua competência privativa, relegando aos intérpretes e aplicadores do Direito o problema de distinguir, dentre as suas disposições, quais teriam o conteúdo de normas gerais e seriam, portanto, aplicáveis a todos os entes federativos e quais não teriam esse conteúdo e seriam, portanto, aplicáveis somente à União. Não se pode perder de vista, no entanto, que a definição do que sejam normas gerais, antes de um problema de interpretação e de aplicação normativa, é uma questão de *técnica legislativa* e isso está estreitamente relacionado com um conceito positivo do que essas vêm a ser, pois nesse se ressalta que, ordinariamente, seus destinatários são os legisladores e que essas são somente indireta e mediamente aplicáveis a casos concretos. Como se viu, não basta deixar uma ou outra lacuna na legislação para preencher o requisito de conteúdo, pois essa formulação de conceito negativo de normas gerais já está superada, é preciso que se deixe uma margem real de decisão legislativa para os Estados exercerem sua competência correspondente. É preciso recordar ao Congresso Nacional que, ordinariamente, o destinatário

³³⁵ Entende-se aqui ser preferível a adoção, nesses casos, da técnica da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, por implicar a procedência da ação direta de inconstitucionalidade, a atestar claramente que a União desbordou dos limites de sua competência, o que poderia ter um certo caráter pedagógico no âmbito das relações federativas. Vale lembrar que aqui se cogita da hipótese de que a ausência de parâmetros claros e objetivos pode ter efeito dissuasório sobre o comportamento dos Estados, que deixam de desafiar a constitucionalidade de disposições desbordantes previstas em leis federais em matérias de competência concorrente.

das normas gerais são as Assembleias Legislativas e as Câmaras de Vereadores, que suas disposições, para que possam ser aplicadas a casos concretos, dependem de sua intermediação por leis estaduais e municipais específicas.

É chegado o tempo de o STF, ao controlar a constitucionalidade de leis editadas pelo Congresso Nacional nessas matérias, trabalhar com um conceito mais claro e aplicar um teste mais rigoroso do que vêm a ser normas gerais, lançando mão, se necessário de, outras técnicas de decisão como a do processo de inconstitucionalização, mais especificamente a da lei ainda constitucional (em um período de transição, somente para não se criar uma situação de lacuna de normas gerais), sinalizando-se ao legislador a possibilidade de se vir a declarar a inconstitucionalidade superveniente. É essa virada jurisprudencial que se espera do STF: de uma postura de relativa leniência com a praxe da edição das chamadas “*normas gerais exaustivas*” ou “*exaurientes*” por parte da União para uma postura mais rigorosa na aferição do respeito por essa dos limites que a Constituição lhe impõe no exercício de sua competência para estabelecer normas gerais. Esse parece ser o melhor caminho para que se possa prestigiar a “experimentação” regional e local, para se permitir que Estados e Municípios possam efetivamente funcionar como “*laboratórios da democracia*”, ideias a que tanto os Ministros se reportam, colocando em prática os mecanismos de solução de antinomias previstos no próprio texto constitucional e sem recorrer a saídas inovadoras muitas vezes inspiradas em estudos comparados, que não encontram fundamento claro na Constituição.

Por isso, tem-se ressaltado tanto aqui a necessidade de se elaborar, com base em um conceito positivo de normas gerais, um teste prático, objetivo e rigoroso que permita distinguir individualmente – e não em bloco – as disposições de uma lei que tenham esse caráter de eventuais disposições que não o tenham. Como se viu, são normas gerais aquelas que, ao mesmo tempo em que se atêm ao básico e fundamental da matéria, dirigem-se ordinariamente ao legislador e são aplicáveis indireta e mediamente a casos concretos. Só excepcionalmente, sempre que não houver legislação suplementar concretizando-as ou essa for inválida, admite-se que as normas gerais se apliquem direta e imediatamente a casos concretos. Com relação ao primeiro requisito, de conteúdo, se e naquilo em que extrapolar do básico e fundamental, a disposição deixa de ter a natureza de norma geral, aplicando-se somente à União. Os três requisitos devem ser preenchidos concomitantemente a fim de atrair o regime que lhe é próprio: a natureza de lei nacional, aplicável em todo território nacional e a todos os entes federativos, indistintamente.

Há, ainda, diversos problemas relacionados à temática das normas gerais e das competências legislativas concorrentes. O primeiro deles diz respeito à hipótese de haver conflito entre uma norma estadual específica editada com base no §2º do art. 24 e o disposto nas normas gerais editadas com base no §1º do mesmo artigo. A princípio, esse poderia até parecer um problema simples de antinomia, resolvido com base em um critério hierárquico segundo o qual a lei federal prevaleceria sobre a lei estadual, porém já se viu aqui que o apelo a qualquer suposição nesse sentido é incompatível com a Constituição vigente. Diante disso, deve-se recorrer aos critérios estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico, no caso os §§1º e 2º do art. 24 da Constituição vigente, segundo os quais a legislação editada pela União, nessas matérias, limita-se a normas gerais e que essas não podem excluir a competência suplementar dos Estados. Sendo assim, eventual contradição entre uma norma estadual específica e o disposto nas normas gerais passa a ser um problema de ordem conceitual, na medida em que, ao dispor de forma conflitante com o que está definido nas normas gerais, a norma estadual específica está, na realidade, dispondo sobre normas gerais, o que não lhe é dado fazer, configurando assim sua inconstitucionalidade. Isso, claro, desde que a disposição da lei federal que se cogita ter sido violada pela norma estadual específica tenha efetivamente a natureza de norma geral, do contrário poder-se-á estar diante de uma lacuna de norma geral, prevalecendo nesse caso a norma estadual específica com base no disposto no §3º do art. 24.

O segundo deles está relacionado à complexidade material e orgânica das leis. Já se viu que as leis que veiculam normas gerais costumam conter também normas específicas aplicáveis somente à União, ou seja, costumam abarcar em um mesmo diploma legal tanto lei nacional como lei federal. Mas há mais alguns elementos nessa complexidade: as leis dificilmente versam sobre uma única matéria, ou melhor, em geral contêm disposições que repercutem em outras matérias e pode ocorrer que, para uma mesma disposição legal, concorram mais de uma hipótese de competência, inclusive de técnicas distintas. Por exemplo, uma lei editada pela União que, a título de dispor sobre produção e consumo ou, ainda, sobre proteção da saúde ou do meio ambiente, proíbe ou impõe restrições à circulação de determinadas mercadorias no território nacional. Como se sabe, produção e consumo são matérias de competência legislativa concorrente (art. 24, V, VI e XII), em relação às quais a União somente pode estabelecer normas gerais, sendo que a proibição ou imposição de restrições à circulação de mercadorias parece mais uma disposição específica, incompatível com o conteúdo de normas gerais. Não se pode perder de vista que comércio interestadual é uma matéria de competência legislativa privativa da União (art. 22, VIII), em relação a qual

essa não se limita a estabelecer normas gerais. Mas o que costuma provocar mais controvérsia é quando os Estados, a título de dispor sobre produção e consumo ou, ainda, sobre proteção da saúde ou do meio ambiente, editam leis que contém disposições que proíbem ou impõem restrições à comercialização ou à circulação de uma determinada mercadoria em seu território. Não raro a constitucionalidade dessas leis é questionada perante o STF, sob a alegação de usurpação da competência privativa da União para legislar sobre comércio interestadual.

Um terceiro problema já suscitado tanto na doutrina como na jurisprudência diz respeito à possibilidade de os Estados, ao exercerem sua competência suplementar, virem a estabelecer condições mais rigorosas, inclusive nessas matérias de produção ou consumo, proteção da saúde ou do meio ambiente, que as que foram previstas nas normas gerais editadas pela União. Nesse sentido, ressalte-se que o Anteprojeto da Subcomissão dos Estados continha uma disposição no sentido de que “[n]ão configura[ria] conflito de competência o agravamento de exigência ou penalidade, pela legislação estadual, visando à preservação de valores da comunidade local.” Do ponto vista conceitual, limitando-se o conteúdo das normas gerais a definir somente o básico, em todo o mais carecendo de concretização pelo legislador estadual, não parece haver nenhum óbice a essa tese – desde que é claro essas condições mais rigorosas sejam compatíveis com as diretrizes das normas gerais. Isso é compatível com a ideia de que a União, ao estabelecer as normas gerais, deve guardar certa deferência para com os Estados, lhes reservando sempre uma margem real de decisão legislativa. Não se pode perder de vista que as normas gerais se dirigem ordinariamente ao legislador e não ao aplicador, por isso essa questão também deve estar associada a um maior rigor, quanto à técnica legislativa, que deve ser cobrado do Congresso Nacional pelo STF.

Levando essas questões em consideração, pode-se propor o seguinte teste aos intérpretes e aplicadores do Direito, no que se refere à solução de conflitos em matéria de competência legislativa concorrente: em se tratando de *lei federal*, a primeira coisa a se avaliar é se a disposição questionada tem realmente a natureza de normas gerais; não sendo esse o caso, cabe perquirir se essa disposição pode ser enquadrada em alguma hipótese de competência privativa da União; não sendo esse o caso, sua aplicação aos demais entes federativos que não somente à União é inconstitucional; em se tratando de *lei estadual*, a primeira coisa a se avaliar é se há realmente contradição entre o disposto na lei estadual e na lei federal; sendo esse o caso, deve-se avaliar se a disposição da lei federal de cuja violação se cogita tem realmente a natureza de normas gerais ou, ainda, perquirir se essa se enquadrada em alguma hipótese de competência privativa da União; sendo esse o caso, a

disposição da lei estadual é inconstitucional. É importante notar que, em função do disposto no §3º do art. 24, a inconstitucionalidade das normas gerais, por qualquer motivo que seja (material ou formal, não só orgânica), equivale a sua lacuna, a ensejar hipótese de competência legislativa plena dos Estados, o que tem o condão de preservar a disposição conflitante da lei estadual (a não ser, é claro, que essa também seja inconstitucional por outros motivos).

Acredita-se que um teste como esse, desenvolvido a partir das disposições constitucionais aplicáveis, é preferível às tentativas de solução com apelo a conceitos como “federalismo de equilíbrio” ou, ainda, que propõem incorporar modelos extraídos da experiência comparada. Além disso, representa um avanço em termos de objetividade e transparência, dando maior previsibilidade ao resultado, consagrando o princípio da segurança jurídica.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E AS NORMAS GERAIS

3.1 DO CONTROLE DE “LEGITIMIDADE” DA ATIVIDADE LEGISLATIVA DOS ENTES FEDERATIVOS (OU DO CHAMADO JUÍZO DE INCONSTITUCIONALIDADE ORGÂNICA)

Ao longo desses mais de 30 anos que se estendem desde a promulgação da Constituição da República em vigor até os dias atuais, o STF já foi chamado por diversas vezes para solucionar controvérsias em torno da constitucionalidade de leis ou atos normativos editados tanto pela União, como pelos Estados, Distrito Federal ou Municípios, em casos em que foi levantada a hipótese de “invasão” ou “usurpação de competência” legislativa de um ente federativo por outro. Tal categoria de vício de inconstitucionalidade decorrente da incompetência do ente federativo que a editou – ou seja, da inobservância por esse das cláusulas constitucionais de repartição de competências –, é conhecida pela doutrina e admitida pela jurisprudência³³⁶ como “*inconstitucionalidade orgânica*” (ora classificada como uma subcategoria de inconstitucionalidade formal³³⁷, ora como uma categoria à parte, que figura ao lado das categorias de inconstitucionalidade material e formal³³⁸). Na definição

³³⁶ Citem-se, a título meramente exemplificativo, os seguintes julgados do STF: ADI nº 2.699/PE, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 20/05/2015 (referência na própria ementa do acórdão); ADI nº 2.988-6/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, julgada em 04/03/2004 (referência no corpo do acórdão, voto do relator, p. 143); ADI-MC nº 2.372-1, Rel. Min. Sydney Sanches, julgada em 21/08/2002 (referência no corpo do acórdão, voto do Min. Sepúlveda Pertence, p. 122).

³³⁷ “A *inconstitucionalidade orgânica*, decorrente de vício de incompetência do órgão que promana o ato normativo, consiste numa das hipóteses de inconstitucionalidade formal. Diz-se que uma lei é formalmente inconstitucional quando elaborada por órgão incompetente (*inconstitucionalidade orgânica*) ou quando segue procedimento diverso daquele fixado na Constituição (*inconstitucionalidade formal propriamente dita*). Pode, então, a *inconstitucionalidade formal* resultar de vício de elaboração ou de incompetência.” (nota de rodapé omitida) CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., rev., atual. e ampl. 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 39. “Ocorrerá *inconstitucionalidade formal* quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico. [...] A primeira possibilidade a se considerar, quando ao vício de forma, é a denominada *inconstitucionalidade orgânica*, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato. [...] De outra parte, haverá *inconstitucionalidade formal* propriamente dita se determinada matéria for produzida sem a observância do processo legislativo próprio.” (Grifos do original, notas de rodapé omitidas) BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 26-27.

³³⁸ “[...] *qualifica-se então a inconstitucionalidade de material*, quando é ofendida uma norma constitucional de fundo, de *orgânica*, quando se trata de norma de competência, e de *forma*[sic], quando se atinge uma norma de forma ou de processo.” (Grifos do presente autor, notas de rodapé omitidas) MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. VI: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 34-35. “Tradicionalmente, inclui-se no conceito de vício formal a chamada *inconstitucionalidade orgânica*, consistente na falta de competência do agente de produção normativa. [...] Aqui, sustentamos que se cuida de uma terceira categoria de inconstitucionalidade, diversa das duas outras (*formal e material*).” RAMOS,

de Carlos Blanco de MORAIS, o vício de inconstitucionalidade orgânica configura-se “[...] *quando um órgão ao produzir um acto viola uma regra de [sic] constitucional de competência.*”³³⁹

Com efeito, enquanto no juízo de *inconstitucionalidade material* analisa-se eventual incompatibilidade substantiva, de fundo ou de mérito com a Constituição³⁴⁰ (ou seja, se o teor do ato editado contraria ou não o disposto na Constituição) e no juízo de *inconstitucionalidade formal* investiga-se suposto descumprimento de requisito adjetivo, de forma ou procedimento estabelecido na Constituição (ou seja, examina-se se o modo como o ato foi editado observou ou não o disciplinado na Constituição), no juízo de *inconstitucionalidade orgânica* examina-se possível violação de regra de competência prevista na Constituição (ou seja, questiona-se se o sujeito que editou o ato é ou não aquele a quem a Constituição atribui a competência para fazê-lo). Ressalte-se que há autores que reportam, ainda, uma quarta categoria de vício de inconstitucionalidade, denominada *finalística* ou por desvio de poder legislativo (ora classificada como uma subcategoria de inconstitucionalidade material³⁴¹, ora como uma categoria à parte, que figura ao lado das demais categoriais material, formal e orgânica³⁴²), que abrangeria tanto um juízo de razoabilidade ou proporcionalidade (em sentido amplo)

Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 150-151. “*Já em relação ao vício orgânico propriamente dito (incompetência), a inconstitucionalidade decorrente de extrapolação de competência, entendemos seja relevante a sua classificação em uma categoria à parte, diversa das anteriores (formal e material).*” (grifos omitidos) DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *A exigência constitucional de qualidade formal da lei e seus reflexos no processo legislativo e no controle de constitucionalidade*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito (FDUSP), Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014, p. 138.

³³⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. t. I: Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 154.

³⁴⁰ Para Jorge MIRANDA, não estaria correto definir a inconstitucionalidade como uma violação da Constituição, entendida como um todo, inespecificamente, mas sim como a violação de uma disposição constitucional ou de um conjunto de disposições constitucionais específicas: “*Pela inconstitucionalidade, transgride-se uma norma constitucional uma a uma, não se transgridem todas ao mesmo tempo e de igual modo. [...] Um comportamento tal contrário a toda a Constituição, juridicamente significativo, só poderia ser uma revolução.*” Em nota de rodapé, o referido autor classifica esse ato (a revolução) não de inconstitucional, mas de anticonstitucional (ao menos em relação à Constituição contra a qual se insurgia). MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. VI. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 9 (nota de rodapé de nº 1).

³⁴¹ “*Pode ocorrer também inconstitucionalidade material quando a norma, embora disciplinando matéria deixada pelo Constituinte à ‘liberdade de conformação do legislador’, tenha sido editada ‘não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim para prosseguir outros, diferentes ou mesmo de sinal contrário àqueles’, ou, tendo sido editada para realizar finalidades apontadas na Constituição, ofende a normativa constitucional por fazê-lo de modo inapropriado, desnecessário, desproporcional ou, em síntese, de modo não razoável. Trata-se, no primeiro caso, da hipótese de desvio ou excesso do poder legislativo, e, no segundo, de manifesta ofensa ao princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade dos atos do Poder Público, e aqui, do Poder Legislativo.*” (notas de rodapé omitidas) CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., rev., atual. e ampl. 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 45-47.

³⁴² RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 162-163; DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *A exigência constitucional de qualidade formal da lei e seus reflexos no processo legislativo e no controle de constitucionalidade*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito (FDUSP), Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014, pp. 138-147.

entre os meios empregados pelo legislador ordinário e os fins estabelecidos na Constituição, como a averiguação da consistência (ausência de contradição interna) e da compreensibilidade da lei ou ato normativo. Daí falar-se em *controle de legitimidade*³⁴³ de lei ou ato normativo no juízo de inconstitucionalidade orgânica, pois o que nela se examina é simplesmente se o sujeito que os editou é ou não competente para fazê-lo, e em *controle de qualidade*³⁴⁴ de lei ou ato normativo na última hipótese do juízo de inconstitucionalidade finalístico, pois nela o que se examina é a própria aptidão formal ou técnica dessa lei ou ato normativo.

Embora seja resultado de décadas de construção doutrinária, tal classificação não é imune a críticas. Encontra-se com relativa frequência, na jurisprudência, afirmações de que um vício inespecífico de inconstitucionalidade formal envolveria um vício específico de inconstitucionalidade material, em geral o da violação ao princípio da separação de Poderes (art. 2º, CR). O mesmo se faz em relação a um vício inespecífico de inconstitucionalidade orgânica, que envolveria um vício específico de inconstitucionalidade material, qual seja: o da violação ao princípio federativo³⁴⁵ (arts. 1º, 18 e 60, §4º, I, CR). Ora, se é verdade que uma mesma violação à Constituição possa configurar diferentes categorias de vícios de inconstitucionalidade, também é verdade que a alegação, em sede de controle de constitucionalidade, de mais de uma categoria de vício de inconstitucionalidade não raro é feita a título meramente argumentativo (“*ad argumentandum tantum*”) para, na hipótese de o julgador não acolher uma delas, examinar a outra. Sendo assim, a princípio, essa estratégia só faria sentido se a superação de uma delas não prejudicar a outra, do contrário no fundo o arguente só está realmente alegando um único vício de inconstitucionalidade. Por essa razão, entende-se aqui que, nesses casos, ele tem o ônus de apresentar argumentos adicionais e específicos em relação à suposta violação ao princípio da separação de poderes ou federativo

³⁴³ Legitimidade entendida aqui não como a correspondência com a vontade da nação, do povo ou da maioria e sim como o qualificativo daquele que detém a competência para editar o ato. É nesse sentido que o termo parece ter sido empregado por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 100, out./dez. 1988, pp. 150-152.

³⁴⁴ RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 10, v. 1, jan./jun. 2010, pp. 128 e

³⁴⁵ “*De início, convém salientar que toda inconstitucionalidade formal traz consigo uma inconstitucionalidade material subjacente. Quando se sustenta, por exemplo, o vício de iniciativa em processo legislativo, o debate não se limita ao aspecto formal, enveredando, também, pela seara material no tocante ao princípio da separação de poderes. Na hipótese desta Ação Direta, em que a Resolução nº 322/2003, procurou substituir a Lei Complementar exigida no art. 198, §3º, da Constituição da República, constata-se, nessa linha de raciocínio, a ofensa material ao princípio federativo, consagrado no art. 1º e fortalecido nos arts. 18 e 25 da Constituição da República.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2999*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 13 mar. 2008. Petição inicial, p. 21.

que não se confundam com o descumprimento de requisitos formais ou com a incompetência da lei ou ato normativo, respectivamente.

A objeção descrita no parágrafo anterior, contudo, é relevante do ponto de vista doutrinário, na medida em que pode colocar em dúvida a autonomia em abstrato de certas categorias de vício de inconstitucionalidade em relação a outras, pondo em xeque a referida classificação quádrupla dos vícios de inconstitucionalidade. Afinal, se a configuração de uma determinada categoria de vício de inconstitucionalidade importar necessariamente em outra, poder-se-ia concluir que aquela não seria senão uma subcategoria dessa ou, até mesmo, que ambas se confundiriam a tal ponto que já não seria mais possível discerni-las. Entende-se aqui que a autonomia de uma dada categoria de vício de inconstitucionalidade só se sustenta no plano abstrato caso seja possível que – em certos casos, ainda que não em todos – essa se configure independentemente da ocorrência de outra categoria de vício de inconstitucionalidade. No mais, nunca é demais observar, com Elival da Silva RAMOS, que a classificação do vício de inconstitucionalidade em diferentes categorias visa a facilitar a compreensão do fenômeno, nem sempre encontrando previsão no ordenamento jurídico, que em geral confere um tratamento uniforme ao fenômeno da inconstitucionalidade³⁴⁶.

Sendo assim, no que diz respeito especificamente à categoria do vício de inconstitucionalidade orgânica, pode-se concluir por sua autonomia em relação às categorias material e formal, citando Carlos Blanco de MORAIS para quem é perfeitamente possível que uma lei ou ato normativo seja inconstitucional somente sob o ponto de vista orgânico e, ao mesmo tempo, constitucional sob os demais:

“A inconstitucionalidade orgânica não pressupõe, necessariamente, a pré-existência de vícios formais, já que o acto praticado por um órgão sem competência para o efeito pode ter sido gerado de acordo com os trâmites constitucionais relativos à produção de actos respeitantes à mesma matéria. [...] Esse tipo de inconstitucionalidade tão pouco pressupõe inconstitucionalidade material, já que o conteúdo do acto aprovado por um órgão sem competência pode ser compatível com o conteúdo das normas constitucionais que conformam o seu objeto imediato.”³⁴⁷

Se isso é assim, convém indagar o que exatamente particulariza a categoria do vício de inconstitucionalidade orgânica das demais categorias de vício de inconstitucionalidade, especialmente os vícios de inconstitucionalidade material e formal? A não ser que se distinga

³⁴⁶ “Embora os ordenamentos constitucionais costumem dispensar tratamento unitário ao vício de inconstitucionalidade, sancionando-o de um mesmo modo, nas suas várias manifestações, facilita a compreensão do assunto o agrupamento das diversas inconstitucionalidades em categorias ou tipos.” RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 149.

³⁴⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo I: Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 155.

entre elementos subjetivos relativos ao procedimento de elaboração e aos da própria edição da lei ou ato normativo, não parece exato identificar nesses o cerne do juízo de inconstitucionalidade orgânica. Afinal, o juízo de inconstitucionalidade formal também pode envolver elementos subjetivos concernentes ao processo legislativo, como a reserva de iniciativa de lei³⁴⁸. Se não isso, então o que singulariza a violação de regra de competência (vício de incompetência) da desconformidade com disposições substantivas (vício material) e do descumprimento de requisitos formais ou procedimentais (vício formal) previstos na Constituição? A princípio, o fato de que a lei ou ato normativo editado por sujeito diverso daquele a quem a Constituição atribui a competência configura aquilo que se convencionou denominar “*invasão*” ou “*usurpação de competência*” legislativa.

É importante observar ainda que, dentre os exemplos apresentados pelo referido constitucionalista português, são mencionados casos que envolvem tanto conflitos verticais (organização territorial do Estado) como horizontais (organização dos Poderes do Estado) de competência. Aliás, o emprego pelo autor do termo “*órgão*” não parece nada fortuito. Poder-se-ia especular que isso decorre do fato de que Portugal, ainda que contenha as regiões autônomas dos Açores e da Madeira, não é um Estado federal e sim unitário (art. 6º da Constituição portuguesa). Não obstante, o vício de inconstitucionalidade orgânica em Estados federativos tampouco envolve somente conflitos de competência entre diferentes entes federativos, abrange igualmente conflitos de competência dentro de um mesmo ente federativo. Apesar disso, a doutrina nacional parece quase sempre associar o vício de inconstitucionalidade orgânica à primeira hipótese, talvez por considerar que a segunda configuraria, na realidade, vício de inconstitucionalidade formal.

Em suma, embora a edição de leis ou atos normativos com invasão ou usurpação da competência legislativa de um ente federativo por outro caracterize a hipótese típica do vício de inconstitucionalidade orgânica, a verdade como se viu é que esse juízo não se resume a casos envolvendo conflitos normativos entre entes federativos. Igualmente, há uma série de questões relativas ao princípio federativo, à autonomia dos entes federativos e à cláusula pétrea que resguarda a forma federativa de Estado que exorbitam do juízo de inconstitucionalidade orgânica, por não afetarem necessariamente a repartição de competências.

³⁴⁸ “*Em nosso entender, é preciso extremar duas situações distintas: a incompetência para a prática do ato de iniciativa no processo legislativo e a incompetência para a edição da lei. Na primeira hipótese, trata-se, indubitavelmente, de inconstitucionalidade formal, consistente na violação das normas que regem o procedimento de elaboração legislativa. Na segunda hipótese, não são essas as normas violadas e sim aquelas concernentes à discriminação constitucional da competência legislativa.*” RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 150-151.

Tendo-se visto que o juízo de inconstitucionalidade orgânica não se resume à hipótese de invasão ou usurpação de competência legislativa de um ente federativo por outro e que tampouco todos os vícios de inconstitucionalidade que envolvem a forma federativa do Estado se resumem ao juízo de inconstitucionalidade orgânica (em suma, que não há correspondência entre vício de inconstitucionalidade orgânica e vícios de inconstitucionalidade associados à forma federativa de Estado), pode-se partir então para o exame da subcategoria de vício específico de inconstitucionalidade que interessa ao presente trabalho: a inconstitucionalidade **orgânica vertical**³⁴⁹. É possível discerni-la com clareza a partir de duas perspectivas: a da *natureza* de sua inconstitucionalidade; e a de seu *desvalor* como lei inconstitucional.

Como se sabe, há duas tradições distintas no que se refere à compreensão do fenômeno da inconstitucionalidade: a primeira, de origem estadunidense, considera-o um ato *ultra vires* praticado pelos representantes do povo, como se esses, ao editá-lo, descumprissem as instruções recebidas de seus representados. O mandato desses, contudo, não seria livre e sim limitado pela Constituição, de modo que os atos por eles praticados desbordando dos limites constitucionais seriam, conseqüentemente, nulos e írritos. Ínsito a esse raciocínio é a noção de que a Constituição não só tem caráter normativo, como goza de supremacia em relação às leis; a segunda, de origem austríaca, concebe o ordenamento jurídico como um sistema hierárquico de normas (a chamada “*pirâmide normativa*”), no qual os níveis inferiores retiram seu fundamento de validade dos níveis imediatamente superiores. Por estar no ápice dessa estrutura, a Constituição gozaria, assim, de supremacia e condicionaria a validade das leis, que ocupariam o nível imediatamente inferior. Uma vez que as cláusulas de repartição de competências são objeto de disposições constitucionais, essas passam a condicionar a validade das leis editadas pelos diferentes entes federativos. Como se vê, a inconstitucionalidade orgânica vertical é compatível tanto com a tradição estadunidense de que o ato praticado com invasão ou usurpação de competência seria *ultra vires* e, portanto, nulo de pleno direito, como com a tradição austríaca de que esse seria inválido, por violar seu fundamento de validade.

Classificar de inconstitucionais leis editadas com inobservância às cláusulas de repartição de competências exprime, desse modo, a reprovação do ordenamento jurídico à prática da “invasão” ou “usurpação” da competência legislativa de um ente federativo por

³⁴⁹ Que o emprego do adjetivo vertical não induza o leitor a erro: conforme leitura que se vem sustentando, ao longo do presente trabalho, do disposto no art. 18, *caput*, CR, não se cogita aqui da existência de hierarquia entre as diferentes categorias de entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), que são tratados como igualmente autônomos.

outro. Afinal, a edição de tais leis pode ser reflexo do menosprezo por parte desse às restrições impostas pela Constituição a sua autonomia, restrições essas que delimitam sua esfera de atuação. Ora, são justamente essas restrições em parte resultantes das cláusulas de repartição de competência que definem a importância relativa de que desfruta cada categoria de ente federativo no Estado federal. Vê-se, assim, que não há nada de trivial no vício de inconstitucionalidade orgânica vertical, que pode afetar as relações entre entes federativos. Por isso, para que os limites impostos a esses pela Constituição que decorrem, ao menos em parte, das cláusulas de repartição de competência, não tenham um caráter meramente recomendatório e sim cogente³⁵⁰, o ordenamento jurídico repugna a lei editada com invasão ou usurpação de competência retirando-lhe a validade. Aí residem a *natureza* e o *desvalor* da inconstitucionalidade orgânica vertical.

Todavia, considerando que, como se viu, o sistema de repartição de competências estabelecido na Constituição vigente é complexo, composto por diversas listas, que encerram técnicas de inspiração distintas e contém, além disso, cláusulas abertas, os limites que são por essa impostos à autonomia dos entes federativos nem sempre são claros, pelo que a invasão ou usurpação de competência de um ente federativo por outro pode não decorrer de uma ação consciente ou de uma postura de desafio desse para com a ordem constitucional. Por isso, parece um tanto exagerado defini-los como “*atos de transgressão constitucional*” como fazem alguns Ministros do STF³⁵¹ ou tachá-los simplesmente de trapaça (“*cheating*”) como fazem alguns autores estrangeiros³⁵². Em última análise, toda inconstitucionalidade (que, por definição, é uma infração às normas constitucionais) poderia ser considerada como uma transgressão ou uma forma de trapaça às normas constitucionais. Entende-se, aqui, que o emprego de termos e expressões mais contundentes deve ser reservado a casos de flagrante desrespeito à Constituição, não a toda e qualquer lei inquinada de vício de incompetência orgânica vertical. Do contrário, o apelo a esses termos e expressões contundentes para descrever situações de menor gravidade pode fazer com que esses percam força quando invocados em uma argumentação.

³⁵⁰ Essa, como se viu, parece ter sido justamente a preocupação de James Madison ao propor a possibilidade de veto federal às leis estaduais, proposta essa que foi preterida na Convenção da Filadélfia pelo controle judicial levado a efeito com base na *Supremacy Clause*, a origem do controle de constitucionalidade das leis.

³⁵¹ “*A usurpação da competência legislativa, quando praticada por qualquer das pessoas estatais, qualifica-se como ato de transgressão constitucional.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI/MC nº 2.667/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 19/06/2002, publicada em 12/03/2004.

³⁵² BEDNAR, Jenna; ESKRIDGE JR., William N.; FEREJOHN, John. A Political Theory of Federalism. In: FEREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan (Eds.). *Constitutional Culture and Democratic Rule*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 228.

Elival da Silva RAMOS ressalta uma importante característica que costuma estar associada aos vícios de inconstitucionalidade orgânica verticais:

*“Com efeito, se o vício formal se reporta diretamente ao ato e o vício material ao seu conteúdo normativo, o vício de incompetência diz respeito ao ato, mas em função de seu conteúdo normativo. Afinal, a falta de competência para a prática do ato legislativo é apurada conforme os critérios *ratione materiae* de distribuição, de que se vale o Legislador Constituinte.”³⁵³*

Entende-se aqui, no entanto, que a Constituição vigente não adota somente um, mas diversos critérios para repartir competências entre os entes federativos. No que se refere especificamente às competências legislativas – que é o que mais interessa ao presente estudo –, essas de fato costumam ser divididas *ratione materiae*, ou seja, conforme a área de atuação ou a matéria de legislação. Com efeito, basta um passar de olhos pelos dispositivos que integram o sistema constitucional de repartição de competências, em especial – embora aquele não se resuma a esses – os incisos dos arts. 21 a 24, os parágrafos do art. 25 e os incisos do art. 30 da Constituição vigente, para que se chegue à conclusão de que a maior parte das hipóteses é repartida segundo esse critério. Em alguns casos, porém, especialmente em matéria de organização política e administrativa etc., essa divisão é feita *ratione personae*, ou seja, em função da pessoa política em questão, no mais das vezes de forma implícita, como uma decorrência da autonomia dos entes federativos (art. 18, *caput*) em suas projeções da auto-organização, autogoverno e autoadministração³⁵⁴.

A propósito, a interpretação do disposto no *caput* do art. 18 da Constituição vigente intriga a doutrina: ao reconhecer a União como outro ente federativo, alguns autores nela veem o reconhecimento formal da adoção da teoria kelseniana pelos Constituintes³⁵⁵, segundo a qual o Estado federal consistiria no Estado como um todo, ao passo que tanto os Estados como a União consistiriam nas distintas partes desse todo. Isso significa que, como a União seria só mais uma parte do todo e em posição de igualdade com as demais, essa não se confundiria com o próprio Estado federal. Desse modo, a soberania, atributo do todo, corresponderia somente ao Estado federal e não à União, ao passo que a autonomia, atributo das partes,

³⁵³ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 151.

³⁵⁴ Não obstante, a despeito da autonomia conferida aos entes federativos que, bem se sabe, admite limitações, a Constituição por vezes confere a um ente federativo a competência para dispor sobre a organização de Poderes ou órgãos de outro ente federativo, como quando essa atribui à União a competência privativa para legislar sobre a organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (inc. XVII).

³⁵⁵ “A Constituição brasileira de 1988 acata os postulados da construção kelseniana. No art. 18.º dispõe 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.” SILVEIRA, Alessandra. *Cooperação e compromisso constitucional nos Estados compostos: estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2007, p. 34.

corresponderia tanto aos Estados como à própria União (e, no caso da Constituição vigente, também ao DF e aos Municípios). Hans KELSEN, com sua visão positivista, encarava as formas de Estado sob o ponto de vista das ordens jurídicas³⁵⁶. Em Estados federais, o todo e as partes possuiriam ordens jurídicas próprias, porém com âmbitos territorial e pessoal de validade distintos: ao Estado federal corresponderia a ordem jurídica total, ao passo que à União e aos Estados corresponderiam ordens jurídicas parciais³⁵⁷. Por isso, a única diferença entre a União e os Estados quanto ao referido aspecto, é que as ordens jurídicas parciais desses seriam periféricas, ao passo que a ordem jurídica parcial daquela seria central. As normas da ordem jurídica total teriam validade em todo o território nacional e se aplicariam a todos os entes federativos. As normas da ordem jurídica central também teriam validade em todo território nacional, porém somente se aplicariam à União. As normas das ordens jurídicas periféricas teriam validade somente em seu respectivo território e só se aplicariam ao próprio Estado.

Duas conclusões podem ser extraídas desse raciocínio: primeiro, a de que não há que se cogitar da existência de hierarquia entre as normas editadas pela União e as normas editadas pelos Estados-membros, uma vez que ambas não passariam de ordens jurídicas parciais igualmente autônomas; e, segundo, a de que ambas as ordens jurídicas parciais retiram seu fundamento de validade da Constituição total, pelo que se poderia cogitar da existência de hierarquia entre a ordem jurídica total e as parciais, hierarquia essa que se confunde com a própria noção de supremacia da Constituição. A primeira das perplexidades suscitadas por essa teoria é que a Constituição total do Estado costuma compreender a Constituição parcial da União³⁵⁸. A Constituição brasileira vigente seria, ao mesmo tempo, a Constituição total do Estado federal e a Constituição parcial da União. Por esse mesmo motivo, como observou

³⁵⁶ “[...] o Estado é uma ordem jurídica. Os seus ‘elementos’, o território e o povo, são as esferas territorial e pessoal de validade dessa ordem jurídica. O ‘poder’ do Estado é a validade e a eficácia dessa ordem jurídica. [...] a centralização e a descentralização, geralmente consideradas como formas de organização do Estado referentes à divisão territorial, devem ser compreendidas como dois tipos de ordens jurídicas. [...] Na verdade, todos os problemas de centralização e descentralização, como veremos, são problemas referentes às esferas de validade das normas jurídicas e dos órgãos que as criam e aplicam.” KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 433.

³⁵⁷ “As normas centrais formam uma ordem jurídica central por meio da qual é constituída uma comunidade central parcial que abarca todos os indivíduos residentes dentro do Estado federal. Essa comunidade parcial constituída pela ordem jurídica central é a ‘federação’. Ela é parte do Estado federal total, assim como a ordem jurídica central é parte da ordem jurídica total do Estado federal.” KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 453.

³⁵⁸ “Cada uma das comunidades parciais, a federação e os Estados componentes, baseia-se na sua própria constituição, a constituição da federação, e a constituição do Estado componente. Porém, a constituição da federação, a ‘constituição federal’ é, simultaneamente, a constituição do Estado federal inteiro.” KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 453.

Geraldo ATALIBA, haveria leis nacionais e leis federais³⁵⁹: as primeiras, que integram a ordem jurídica total, teriam seu âmbito de validade em todo o território nacional e se aplicariam a todos os entes federativos; as segundas, que compõem a ordem jurídica central, também teriam seu âmbito de validade em todo o território nacional, mas se aplicariam somente à União. Ocorre que tal distinção não consta expressamente no texto constitucional, que não prevê um procedimento diferenciado para aprovação de umas e outras.

Além disso, como não raro as Constituições não preveem órgãos e agentes específicos para o Estado federal, suas funções costumam ser desempenhadas por órgãos e agentes federais, fazendo surgir a questão do hibridismo³⁶⁰. O Presidente da República, por exemplo, exerce as funções de Chefe de Estado e de Chefe do Poder Executivo da União. Poder-se-ia, assim, questionar qual é a posição do STF nesse arranjo: seria um Tribunal nacional ou um Tribunal federal, como seu nome indica. Doutrinariamente, essa questão não é nova. Pontes de MIRANDA demonstrou reservas quanto à qualificação de KELSEN de que o Tribunal seria de todo o Estado, não só das partes (embora o autor pareça empregar o termo Estado federal para se referir à União):

“Por isso mesmo, os constitucionalistas norte-americanos e os brasileiros (1891, 1934, 1946) ensinaram que a Corte Suprema é a voz da Constituição. Não diziam que era a voz da Federação, da União, ou do Estado federal. Quando, hoje, H. KELSEN, nos diz que não é órgão do Estado federal (Bund), nem dos Estados particulares, e sim da comunidade total, da Gesamtgemeinschaft, e os seus críticos sustentam que é indemonstrável a existência de tal comunidade total, que englobe o Estado federal e os Estados particulares, não podemos ficar com ele, nem com esses. Esses entendem que a Corte Suprema é órgão federal, órgão do Bund, um dos três poderes federais; aquele separa o órgão federal e o da comunidade total. Realmente, no momento em que julga a lei federal, a Corte Suprema se sobrepõe ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, porém não de modo que crie nova entidade,

³⁵⁹ “Com efeito, ao Congresso Nacional incumbe editar leis nacionais e leis federais, cumulativamente. Embora sejam estas essencialmente distintas e inconfundíveis, dotadas que são de naturezas jurídicas diversas – o que as coloca em campos e níveis diferentes – difícil parece, muita vez, discerni-las, principalmente em razão da circunstância de formalmente se assemelharem e, sobretudo, originarem-se, por processos semelhantes, do mesmo órgão. [...] A grande dificuldade, pois, demora-se exatamente aqui: o órgão é o mesmo – no que interessa ao nosso tema, o Congresso – e o fruto de sua ação formalmente idêntico, embora substancialmente tão diverso: lei federal e lei nacional. Leis que o Congresso edita enquanto órgão do Brasil – Estado Federal – e leis da pessoa União.” ATALIBA, Geraldo. Regime constitucional e leis nacionais e federais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *Direito Constitucional*. Coleção “doutrinas essenciais”. Vol. III: Organização do Estado. 2. tir. São Paulo: Editora RT, 2011, pp. 291-292.

³⁶⁰ “A União age em nome próprio como em nome da Federação. Ora se manifesta por si, como pessoa jurídica de capacidade política, ora em nome do Estado Federal. Isso ocorre no plano interno como no internacional. No plano interno, revela a vontade da Federação quando edita leis nacionais e demonstra a sua vontade (da União) quando edita leis federais. [...] No plano internacional, representa a Federação quando mantém relações com Estados estrangeiros, participa de convenções internacionais, declara a guerra e faz a paz. Revela, dessa forma, a soberania nacional. Exerce-a. Não a titulariza, dado que a soberania é nota tipificadora do Estado.” TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 79-80.

que seria a terceira, acima do Estado federal, e, a fortiori, das coletividades componentes. Toda a questão está em que se pôs mal o problema.”³⁶¹ (p. 186)

Essa questão foi, de certo modo, enfrentada pelo STF, quando do julgamento das **ADIs nº 3367 e 4638/DF** (a primeira não integra a amostra da presente pesquisa) relativas à criação do CNJ pela EC nº 45/2004. Nessa ação, a maioria dos Ministros defendeu o entendimento de que o Poder Judiciário, a despeito de sua estruturação em nível federal e estadual, seria nacional, por isso as atividades do CNJ não violariam a autonomia dos Tribunais de Justiça estaduais. O Min. Ayres Britto ressaltou que o Poder Judiciário, pela disciplina constitucional, já seria originariamente nacional, antes mesmo da criação do CNJ³⁶² e chegou mesmo a dizer que esse seria uma espécie de *longa manus* do STF³⁶³. Com essa decisão, não restam mais dúvidas de que o STF é o órgão de cúpula de um Poder Judiciário nacional e não federal, um entendimento que poderia permitir que a Corte se lançasse com maior independência nos conflitos que envolvem a União, de um lado, e os entes subnacionais, de outro. Apesar disso, o Min. Celso de Mello observa que o fato de os Ministros da Corte estarem sujeitos a *impeachment*, perante o Senado, na hipótese de cometimento de alguma falta “[...] *jamais interferiu nem afetou a independência pessoal e a liberdade dos magistrados que compõem a Corte Suprema brasileira.*”³⁶⁴

Já outros autores³⁶⁵ veriam na parte final da redação do art. 18 a gravação de uma espécie de “*cláusula de reserva de Constituição*” no que se refere à previsão de limites à autonomia dos entes federativos. Em outras palavras, essa não estaria sujeita a mais restrições do que aquelas previstas na própria Constituição (leia-se: na Constituição da ordem jurídica

³⁶¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, v. I. 3. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 186.

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 4638/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, julgado 08 fev. 2012. DJe nº 213, divulgado em 29/10/2014 e publicado 30/10/2014. Inteiro teor do acórdão, p. 407.

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 4638/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, julgado 08 fev. 2012. DJe nº 213, divulgado em 29/10/2014 e publicado 30/10/2014. Inteiro teor do acórdão, p. 296.

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 4638/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, julgado 08 fev. 2012. DJe nº 213, divulgado em 29/10/2014 e publicado 30/10/2014. Inteiro teor do acórdão, p. 363. (Grifos do original suprimidos)

³⁶⁵ “[...] *não há como fugir da constatação de que o STF, nos casos em que costuma invocar o “princípio da simetria”, está essencialmente aceitando enfrentar uma série de questões federativas sem solução constitucional evidente. Federativas, porque envolvem a restrição da autonomia estadual, o que por si só já empresta índole constitucional a essas questões, na medida em que o regime de imposição de limites àquela autonomia constitui matéria sob reserva de Constituição (art. 18, CF).*” LEONCY, Léo Ferreira. Uma proposta de releitura do “princípio da simetria”. *Revista Consultor Jurídico (CONJUR)*. Data da publicação: < <http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria> > Acessado em: 21/01/2017. (Grifos deste autor, grifos do original suprimidos)

total)³⁶⁶. Não seria nada disparato supor que tal conclusão suscitaria, pelo menos, dois tipos de questionamentos: o primeiro e mais evidente consistiria em saber se tais limitações teriam de ser expressas ou se poderiam ser implícitas; o segundo e menos evidente consistiria em saber se, ao dizer que a Constituição não admite outras restrições à autonomia dos entes federativos que não aquelas que ela própria prevê, isso significa que essas devam necessariamente constar no próprio texto constitucional ou podem essas ser objeto de leis infraconstitucionais por determinação dessa. Isto é, à luz do disposto na parte final do *caput* do artigo 18, pode a Constituição autorizar o legislador ordinário a prever novas restrições à autonomia dos entes federativos, para além das já constantes no próprio texto constitucional? Um conceito de normas gerais que não imponha limites à atuação da União não poder ter o efeito de fazer com que essa acabe definindo o que resta da competência suplementar dos Estados?

À par da complexidade inerente a todo e qualquer exame de compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição, seja de qual for a espécie de inconstitucionalidade cogitada (formal ou material), a resolução de conflitos de competência legislativa entre entes federativos (a inconstitucionalidade orgânica) envolve necessariamente uma dimensão adicional de dificuldade: a da pluralidade de ordenamentos jurídicos. Explica-se: a mera coexistência de ordenamentos jurídicos distintos, emanados por entes federativos distintos, com base em competências legislativas distintas e com âmbitos territoriais de validade distintos, suscita toda uma sorte de questões que não costumam – embora possam – surgir nas espécies tradicionais da inconstitucionalidade formal e material. Assim, a demarcação dos limites da competência legislativa dos entes federativos é questão típica e característica da inconstitucionalidade orgânica. Nesse sentido, a resolução de conflitos de competência legislativa entre entes federativos envolve a definição – ou seria revelação? –, pela

³⁶⁶ Os elementos histórico e sistemático do método jurídico de interpretação, no entanto, parecem não corroborar tal entendimento. Afinal, como se viu, a redação original da parte final do referido dispositivo nos primeiros Anteprojetos de Constituição deliberados na Constituinte era, na realidade, completamente tautológica: “[...] *todos autônomos em sua respectiva esfera de competência*” (Substitutivos I e II da Comissão de Sistematização e o Projeto “A” do Plenário). Com a aprovação parcial de uma emenda do chamado “Centrão”, que dava nova redação a todo o “Título III – Da organização do Estado”, esse trecho foi modificado para “[...] *todos autônomos, nos termos desta Constituição*”. Na justificativa da referida emenda, constam somente críticas ao dito perfil excessivamente “estatizante” do projeto anterior e a necessidade de aprimorar a redação do texto, nada de mais técnico com relação à natureza do Estado federal e às limitações à autonomia dos entes federativos. Outros artigos da Constituição, como o próprio art. 24 que autoriza a União a editar normas gerais em matérias, por assim dizer, “sensíveis” à autonomia dos entes federativos, como Direito Tributário, Financeiro, Econômico, Orçamento. O próprio art. 163, que é fundamento da Lei de Responsabilidade Fiscal, autoriza o legislador complementar a dispor sobre finanças, endividamento e emissão de títulos, concessão de garantias, operações de câmbio, fiscalização etc., questões que, sem dúvida alguma, afetam a autonomia dos entes federativos – como, aliás, viriam a demonstrar diversos casos, julgados pelo STF, que discutiam a constitucionalidade de diversos dispositivos da referida lei, por suposta violação do princípio federativo.

Jurisdição Constitucional e com base no texto constitucional, de critérios indissociáveis da noção de competência e diversos da de hierarquia, para a resolução de aparentes antinomias entre normas pertencentes a distintos ordenamentos jurídicos.

Quando o exame de inconstitucionalidade envolve simplesmente o exame da compatibilidade entre uma norma editada pela União ou por um Estado e a Constituição, parece não suscitar dúvidas de que esse cotejo é feito diretamente em face da Constituição (ordem jurídica total). Agora, poder-se-ia supor que o exame de inconstitucionalidade também possa envolver a suposta incompatibilidade entre uma lei editada por um Estado e a lei editada pela União a que aquele estaria obrigado, pela Constituição, a observar. Trata-se da chamada inconstitucionalidade reflexa, indireta ou mediata, assim definida pelo Min. Sepúlveda Pertence na **ADI-MC nº 2535/MT** (que não integra a amostra da presente pesquisa): “*Tem-se inconstitucionalidade reflexa quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição [...]*”³⁶⁷ E prossegue: “[...] *exemplo típico é do regulamento, ao qual se atribua ofensa da lei ordinária e, por conseguinte, dos limites constitucionais do poder regulamentar.*”³⁶⁸ É importante observar que, nesse caso, não se discutia violação ao princípio federativo, tampouco extrapolação pelo Estado dos limites de sua competência suplementar. A definição de inconstitucionalidade reflexa, indireta ou mediata foi formulada, pelo relator, em termos abstratos: quando a inconstitucionalidade de que se cogita decorre de ofensa a disposição infraconstitucional a que, por força de determinação constitucional, o ato estaria obrigado a respeitar.

Não deixa de chamar atenção o fato de o relator ter ilustrado, como hipótese clássica de inconstitucionalidade reflexa, o caso do decreto que exorbita do poder regulamentar (seja por contrariar a lei, seja por inovar o ordenamento jurídico). Desse modo, se a constitucionalidade do decreto é questionada com base na violação do disposto no inc. IV do art. 84 da Constituição vigente (que prevê a competência do chefe do Poder Executivo, no caso da União, para “*expedir decretos e regulamentos para [...] fiel execução*” das leis), ter-se-ia um caso de inconstitucionalidade reflexa, indireta ou mediata, na medida em que não é possível examinar sua constitucionalidade sem antes decidir sobre sua legalidade.

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 2535/MT*. Inteiro teor do acórdão, p. 382. (grifos deste autor)

³⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 2535/MT*. Inteiro teor do acórdão, p. 382. (grifos deste autor)

Com efeito, Hans KELSEN, defensor do controle concentrado de constitucionalidade, assim distingue a inconstitucionalidade direta da indireta:

*“Em todos os casos até aqui considerados, tratava-se exclusivamente de atos imediatamente subordinados à Constituição e, por conseguinte, de fatos de inconstitucionalidade imediata. Distinguem-se notadamente desses atos os que não são mais imediatamente subordinados à Constituição e que, por conseguinte, só podem ser mediatamente inconstitucionais. Quando a Constituição estabelece expressamente o princípio da legalidade da execução em geral e dos decretos em particular, essa legalidade significa ao mesmo tempo constitucionalidade, de forma indireta.”*³⁶⁹

Ressalte-se, no entanto, que Hans KELSEN defende justamente a tese oposta, de que à Jurisdição Constitucional também deveria caber o controle da constitucionalidade, ainda que indireta, dos decretos regulamentares:

*“A competência da jurisdição constitucional não deve se limitar ao controle da constitucionalidade das leis. [...] Mas seria o caso de atribuir igualmente à jurisdição constitucional o controle da constitucionalidade dos simples decretos regulamentares. Sem dúvida esses decretos, conforme já dissemos não são atos imediatamente subordinados à Constituição; sua irregularidade consiste imediatamente em sua ilegalidade, e apenas de forma mediata em sua inconstitucionalidade. Se, apesar disso, propomos estender a eles a competência da jurisdição constitucional, não é tanto em consideração à relatividade precedentemente assinalada da oposição entre constitucionalidade direta e constitucionalidade indireta, quando em consideração ao limite natural entre atos jurídicos gerais e atos jurídicos individuais.”*³⁷⁰

Se isso é assim, então qual é a relação da inconstitucionalidade reflexa, indireta ou mediata aos casos envolvendo conflito entre leis dos entes subnacionais, de um lado, e leis nacionais, de outro? É que os defensores da aplicabilidade dessa preliminar aos casos envolvendo as competências legislativas concorrentes compartilham o entendimento – que aqui se considera – equivocado segundo o qual o respeito pelos entes subnacionais do disposto nas normas gerais da União decorreria da existência de uma suposta hierarquia entre as leis editada por aqueles, de um lado, e as leis editadas por essa, de outro.

Na **ADI nº 1540/MS**, o relator, Min. Maurício Corrêa, observou, quando do julgamento do pedido cautelar, tratar-se de matéria de competência concorrente e que, no caso, a lei editada pela União a título de normas gerais, de fato, vedava expressamente o benefício concedido pela lei estadual; porém, considerando que “[...] a disposição legal questionada afronta diretamente à lei federal, e não à Constituição, e, em consequência, sendo o caso de ilegalidade, não pode ela ser objeto de ação direta de

³⁶⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, pp. 134-135.

³⁷⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, pp. 156-157.

inconstitucionalidade.”³⁷¹, votou pelo não-conhecimento da ação, no que foi acompanhado pelos demais Ministros da Corte. Nessa ocasião, o Min. Sepúlveda Pertence observou que:

*“[...] a mim me parece que, na ADIn cabe sim examinar a superação, ou não, pela lei federal, dos limites da sua competência para ditar normas gerais [...], mas não cabe o cotejo entre a lei federal de normas gerais e a lei estadual para daí extrair a eventual invalidade da lei estadual, da violação da lei federal de normas gerais, interposta. Teríamos, aí, o caso típico da chamada inconstitucionalidade por violação da norma ordinária interposta que [...] não se tem considerado matéria adequada ao controle abstrato de constitucionalidade das normas, que é o objeto da ação direta [...].”*³⁷²

Quando do julgamento conjunto das **ADIs nº 252 e 384/PR** (que não integram a amostra da presente pesquisa), o relator, Min. Moreira Alves, invocando o precedente firmado na ADI nº 1540/MS, aduziu que *“não cabe ação direta de inconstitucionalidade para se examinar a ocorrência, ou não, de invasão de competência quando é esta concorrente entre a União Federal e os Estados-membros, porquanto, nesse caso, para a análise da inconstitucionalidade arguida, há necessidade de confronto entre leis infraconstitucionais, não se verificando assim ofensa direta à Carta Magna.”*³⁷³ Inaugurando a divergência, o Min. Marco Aurélio observou que as cláusulas de repartição de competências encontram-se previstas na própria Constituição, pelo que entendeu ser suficiente a análise da lei estadual questionada, para definir se houve ou não invasão da competência da União para editar normas gerais. Além disso, defendeu que *“[...] considerado o pragmatismo, é aconselhável, tanto quanto possível, resolvermos esses conflitos de forma abstrata, linear, alargada, não aguardando os processos que poderão, no controle difuso de constitucionalidade, surgir em decorrência de controvérsias sobre a invasão da competência assegurada constitucionalmente à União.”*³⁷⁴ Na sequência, o Min. Néri da Silveira expressou preocupação semelhante: *“No momento em que definirmos se é cabível fiscalização estadual nesse âmbito [...] estaremos [...] definindo a validade da normatização feita pelo Estado em face da Constituição. Creio que a missão mais da Corte é, exatamente, realizar esse trabalho. Vamos deixar para que tudo isso venha, depois, em recursos extraordinários que se*

³⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1540/MS*. Inteiro teor do acórdão, p. 32 (grifos do original omitidos)

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1540/MS*. Inteiro teor do acórdão, p. 38.

³⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 252/PR*. Inteiro teor do acórdão, p. 12.

³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 252/PR*. Inteiro teor do acórdão, p. 15.

*multiplicação pelos Estados?”*³⁷⁵ Hoje, esse entendimento parece já estar superado na jurisprudência da Corte, embora vez ou outra reapareça no voto de algum Ministro.

Sendo assim, é impróprio cogitar de juízo de legalidade para designar a natureza do exame de inconstitucionalidade orgânica nesses casos, afinal trata-se de ordenamentos jurídicos distintos e uma ordem jurídica parcial não retira seu fundamento de validade de outra ordem jurídica parcial. Daí porque antinomias aparentes entre normas das ordens jurídicas parciais devem ser solucionadas a partir da repartição de competências da Constituição (total) e não da cogitação de uma suposta regra de precedência entre essas.

³⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 252/PR*. Inteiro teor do acórdão, p. 17.

3.2 A DEFINIÇÃO DE NORMAS GERAIS (E SUPLEMENTARES), A INTERPRETAÇÃO DOS PARÁGRAFOS DO ARTIGO 24 E AS TÉCNICAS DE DECISÃO ADOTADAS NESSA TEMÁTICA

Como se verá adiante, ao longo desses mais de 30 anos de vigência da Constituição de 1988, por diversas vezes o STF³⁷⁶ se viu às voltas com o problema do conceito de normas gerais, algo que – é preciso reconhecer – ainda não se encontra totalmente solucionado. Nessas ocasiões, parece ter ficado claro aos Ministros que a expansão do conceito de normas gerais tem como consequência insofismável a contração da competência legislativa dos Estados nas matérias de competência concorrente. Aliás, o contrário também parece ter ficado claro: se se pretende deixar aos Estados algum papel substancial nessas matérias, é preciso impor limitações ao conceito de normas gerais. Assim, na hora de definir o que vêm a ser normas gerais, o que está em jogo não é só o alcance da competência da União, mas que tipo de participação se espera dos Estados nessas matérias: simplesmente preencher eventuais lacunas eventualmente deixadas pela União (ou seja, uma competência meramente supletiva) ou dar concretude às diretrizes fixadas nas normas gerais (ou seja, uma competência propriamente suplementar). Embora a Constituição vigente não estabeleça ela própria parâmetros claros do que a União pode ou não fazer a título de editar normas gerais e do que os Estados podem ou não fazer para suplementá-las – deficiência essa que, como se viu, foi detectada pelos Constituintes –, é preciso reconhecer que essa consagra um conceito de normas gerais por meio dos parágrafos do artigo 24. Não por outra razão que, em alguns casos, Ministros tenham se empenhado tanto em um esforço hermenêutico no afã de identificar o conceito de normas gerais que decorre do disposto nesses preceitos. Como observou a Min^a Rosa Weber, quando do julgamento da ADI nº 3937/SP: “A *definição das normas gerais em matéria de competência concorrente sempre apresentou dificuldades tormentosas tanto para a doutrina quanto para jurisprudência, sendo provavelmente um dos conceitos jurídicos em relação aos quais seja menos seguro afirmar a existência de qualquer unanimidade e até mesmo a formação de corrente majoritária estável.*”³⁷⁷ É o que se verá adiante.

³⁷⁶ Ressalte-se que diversas ações que serão analisadas neste capítulo, como o RE nº 286789/RS, a Rp. nº 1153/RS, a ADI nº 3059/RS, o RE nº 1188352/DF, a ADI nº 927/RS, a ADI nº 933/GO, a ADI nº 3774/RR, ADI nº 1627/DF, a ACO nº 830/PR e o RE nº 1007271/PE, não integram a amostra da presente pesquisa.

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 213. (grifos do original omitidos)

No RE nº 286789/RS³⁷⁸, a recorrente suscitou a não-recepção pela Constituição vigente da Lei estadual nº 7.747/1982 do Rio Grande do Sul, que estabelece como condição para a distribuição e comercialização de agrotóxicos e biocidas no território do Estado, o prévio cadastramento do produto junto a um órgão vinculado à Secretaria Estadual da Saúde e do Meio Ambiente³⁷⁹. Como observou a relatora do caso, Min^a Ellen Gracie, a questão relativa à suposta usurpação, pelo referido Estado, da competência da União para editar normas gerais sobre a matéria, já havia sido enfrentada pelo STF quando do julgamento da Rp. nº 1153/RS, tendo como parâmetro o texto constitucional anterior. A recorrente, no entanto, alegou que a versão da lei que havia sido analisada pela Corte naquela ocasião ainda dispunha dos vetos que haviam sido apostos pelo Governador do Estado, que foram posteriormente derrubados pela Assembleia Legislativa. Teria havido, portanto, uma mudança não só no objeto do controle de constitucionalidade (o texto da lei após a derrubada dos vetos), como no próprio parâmetro do controle (a nova repartição de competências prevista na Constituição vigente).

Segundo a relatora, a Corte já havia definido, quando do julgamento Rp. nº 1153/RS, “o conceito de normas gerais” editadas pela União³⁸⁰, declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos da lei estadual que invadiam essa competência. A seu ver, a referida lei estadual havia sido editada com fundamento na competência supletiva para legislar sobre a matéria “proteção à saúde”, prevista na alínea “c” do inciso XVII c/c parágrafo único do artigo 8º da Emenda Constitucional nº 01/1969. Ressalte-se somente que, nessa hipótese, ainda que o parágrafo único disponha que os Estados poderiam legislar supletivamente sobre a matéria, a alínea “c” conferia à União somente a competência para editar normas gerais. Portanto, trata-se daquela hipótese em que há divergência se houve ruptura ou continuidade do texto

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 286789/RS*. Relatora: Min^a Ellen Gracie. Brasília, 08 mar. 2005. DJ 08/04/2005, p. 00038.

³⁷⁹ RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 7.747*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 22 dez. 1982.

³⁸⁰ “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA ESTADUAL E DA UNIÃO. PROTEÇÃO À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE. LEI ESTADUAL DE CADASTRO DE AGROTÓXICOS, BIOCIDAS E PRODUTOS SANEANTES DOMISSANITÁRIOS. LEI Nº 7.747/2-RS. RP 1135. 1. A matéria do presente recurso já foi objeto de análise por esta Corte no julgamento da RP 1.135 [sic], quando, sob a égide da Carta pretérita, se examinou se a Lei 7.747/82-RS invadiu competência da União. Neste julgamento, o Plenário definiu o conceito de normas gerais a cargo da União e apurou as normas desta lei que superavam os limites da alçada estadual. 2. As conclusões ali assentadas permanecem válidas em face da Carta atual, porque as regras remanescentes não usurparam a competência federal. A Constituição em vigor, longe de revogar a lei ora impugnada, reforçou a participação dos estados na fiscalização do uso de produtos lesivos à saúde. 3. A lei em comento foi editada no exercício da competência supletiva conferida no parágrafo único do artigo 8º da CF/69 para os Estados legislarem sobre a proteção à saúde. Atribuição que permanece dividida entre Estados, Distrito Federal e a União (art. 24, XII da CF/88). 4. Os produtos em tela, além de potencialmente prejudiciais à saúde humana, podem causar lesão ao meio ambiente. O Estado do Rio Grande do Sul, portanto, ao fiscalizar a sua comercialização, também desempenha competência outorgada nos artigos 23, VI e 24, VI da Constituição atual. 5. Recurso extraordinário conhecido e improvido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 286789/RS*. (grifos deste autor)

constitucional anterior para a Constituição vigente, haja vista que em outras alíneas do inciso XVII não consta a expressão “normas gerais”, de modo que se poderia entender que somente essas é que configurariam hipótese de genuína competência supletiva.

De todo modo, não parece ter sido esse o raciocínio utilizado pela relatora. Segundo ela, se a lei, descontadas as disposições que foram declaradas inconstitucionais pela Corte por ocasião do julgamento da Rp. nº 1153/RS, já era constitucional sob a égide da Emenda Constitucional nº 01/1969, tanto mais constitucional essa seria na vigência da Constituição de 1988. Isso porque, na atual repartição de competências, acrescentou-se às competências legislativas concorrentes a matéria de “proteção do meio ambiente”. Além disso, os Estados detêm competência material comum para “proteger o meio ambiente”, no que se incluiria, a seu ver, a fiscalização de produtos agrotóxicos e biocidas. No entendimento manifestado pela Corte no julgamento da Rp. nº 1153/RS, o cadastro junto a órgão estadual exigido para a distribuição e comercialização de produtos no território do Estado não criaria empecilhos, pelo contrário complementaria a fiscalização desses produtos pela União. Por esses motivos, a Corte, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

A **Rp. nº 1153/RS**³⁸¹ é um caso interessante por diversos motivos: mostra que, nos anos que antecederam a promulgação da Constituição vigente, havia um certo antagonismo entre os defensores da centralização e da descentralização; do ponto de vista conceitual, esse antagonismo se refletia na divergência quanto ao alcance a ser dado à competência da União para editar normas gerais e à dos Estados para legislar supletivamente; quanto à prevalência, em caso de contrariedade, dos critérios fixados pela União em sua legislação sobre os dos Estados. Chama atenção o fato de que, ainda que haja sido proposta pelo Procurador-Geral da República, por solicitação de duas entidades da sociedade civil, a referida representação tenha recebido parecer contrário da própria Procuradoria-Geral da República, não havendo nisso qualquer contradição. Como se sabe, àquela época, somente o Procurador-Geral da República poderia apresentar representações de inconstitucionalidade, mas poderia fazê-lo por solicitação de autoridade ou terceiros, bastando para isso que houvesse controvérsia constitucional. De todo modo, ele poderia apresentar a representação de inconstitucionalidade, ainda que não compartilhasse do entendimento do solicitante, opinando pela declaração de constitucionalidade da lei com vistas a somente dirimir a controvérsia (possibilidade essa

³⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Representação de Inconstitucionalidade (Rp) nº 1153/RS*. Relator: Min. Aldir Passarinho. Brasília, 16 mai. 1985. DJ 25-10-1985, p. 19145.

que foi interpretada por Gilmar Mendes, na doutrina, como uma evidência do caráter dúplice ou ambivalente do controle abstrato de constitucionalidade e como antecedente da ADC³⁸²).

Segundo consta no relatório da decisão, o representante teria argumentado que: embora a lei estadual tivesse sido editada com fundamento na alínea “c” do inciso XVII, não haveria qualquer lacuna na legislação federal a ensejar a competência supletiva prevista no parágrafo único do artigo 8º da Emenda Constitucional nº 01/1969, não podendo essa proibir o que aquela permite; a lei teria invadido a competência da União para legislar sobre comércio interestadual, prevista na alínea “l” do mesmo inciso, a qual não comportaria competência supletiva dos Estados. A Assembleia Legislativa e o Governador do Estado teriam alegado, em síntese, que: nessa matéria, à União incumbe somente editar normas gerais, cabendo aos Estados não apenas suprir as lacunas, como complementar a legislação federal; a lei não afetaria o comércio interestadual, na medida em que conteria somente restrições à utilização de determinados produtos no Estado, que estariam devidamente justificadas por peculiaridades regionais. O então Procurador-Geral da República, Inocêncio Mártires Coelho, proferiu parecer pela improcedência da representação, argumentando já naquela época que:

*“É equivocado, portanto, o entendimento de que tudo o que não está proibido na legislação federal, está facultado, não podendo os Estados-membros estabelecer outras proibições. A legislação federal não exaure a disciplina normativa das matérias previstas no art. 8º, XVII, alínea c, da Constituição, tendo em vista as características peculiares do território do Estado respectivo. A competência dos Estados-membros para legislar sobre tais assuntos deriva direta e imediatamente da Lei Fundamental, de modo que não poderia mesmo ser neutralizada pelo legislador federal.”*³⁸³

Ressalte-se que o entendimento manifestado pelo Min. Oscar Corrêa – referido pela Minª Ellen Gracie quando aduz que a Corte havia definido o conceito de normas gerais –, não deixa muita margem para atuação dos Estados nas matérias de competência concorrente: segundo ele, a esses competiria somente preencher, em vista das peculiaridades regionais, “os vazios e brancos” que, por definição, deveriam ser deixados pela União ao editar as

³⁸² “No bojo da reforma tributária de emergência, de 1993, introduziu-se no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade a ação declaratória de constitucionalidade. A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, disciplinou o instituto [...]. Em verdade, o dispositivo não inova. Tal como anotado [...], a imprecisão da fórmula adotada na Emenda n. 16/65 – representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral – não conseguia esconder o propósito inequívoco do legislador constituinte, que era o de permitir, ‘desde logo, a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas’. [...] a despeito da utilização do termo representação de inconstitucionalidade, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de natureza dúplice ou ambivalente.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 116; 119.

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Representação de Inconstitucionalidade (Rp) nº 1153/RS. *Apud*: relatório do Min. Aldir Passarinho. *Inteiro teor do acórdão*, p. 116. Ressalte-se somente que, em 29/10/2019, não está disponível, no site do STF, a íntegra dos autos da referida representação.

normas gerais. Ele sustenta que a competência da União para editar normas gerais seria ampla e, citando Pontes de Miranda, só se poderia cogitar de sua inconstitucionalidade na hipótese insólita de essa vir a descer a “*pormenores absurdos*” ou “*interferir em particularidades*” dos Estados³⁸⁴. Comentando o trecho acima transcrito do parecer do PGR, sustenta que só seriam admissíveis restrições por lei estadual que guardassem relação com as peculiaridades regionais e que não incidissem em outras matérias de competência da União. Daí não poderem os Estados proibir o uso de determinado produto, porque tal disposição incidiria na competência da União sobre comércio interestadual. É importante observar que o entendimento do Ministro contrasta com o de alguns de seus pares, como o relator, Aldir Passarinho, que sustentou que a proibição do uso de um determinado agrotóxico poderia ser justificada com base nas peculiaridades regionais³⁸⁵, e o Min. Francisco Resek, para quem não bastaria simplesmente alegar a existência de lei federal sobre a matéria, seria preciso demonstrar que, com essa, colide a lei estadual, bem como que, nessa matéria, a União fixaria somente o mínimo de proteção, podendo os Estados ampliar³⁸⁶. A Corte, pelo voto médio, julgou parcialmente procedente a representação.

Como se pode ver, com o voto proferido no RE nº 286789/RS, que foi acatado por unanimidade pelo Plenário da Corte, o STF acabou como que “represtinando” um conceito de normas gerais formulado sob a égide da Emenda Constitucional nº 01/1969 e que havia sido rechaçado pelos Constituintes em 1987-1988. Na Emenda Constitucional nº 01/1969 não havia indicação de que, nas matérias de competência concorrente, a União deveria “limitar-se” a editar normas gerais, como há no §1º do artigo 24 da Constituição vigente. Tampouco parece trivial a substituição do termo “*supletivamente*” do parágrafo único do artigo 8º da Emenda Constitucional nº 01/1969 por “*suplementar*” do §2º do artigo 24 da Constituição vigente. Já se teve a oportunidade de demonstrar que a competência da União para editar normas gerais e a competência dos entes subnacionais para suplementá-las são vaso comunicantes. Assim, quando os Ministros fazem vistas grossas para o comando expresso “*limitar-se-á*”, eles estão, na realidade, restringindo o conceito de suplementação; quando leem “*supletivamente*” onde está escrito “*suplementar*”, eles estão, na realidade, ampliando o de normas gerais.

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Representação de Inconstitucionalidade (Rp) nº 1153/RS*. Inteiro teor do acórdão, p. 186.

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Representação de Inconstitucionalidade (Rp) nº 1153/RS*. Inteiro teor do acórdão, pp. 144-145.

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Representação de Inconstitucionalidade (Rp) nº 1153/RS*. Inteiro teor do acórdão, pp. 174-175.

Como se viu, o conceito de normas gerais adotado pelo Min. Oscar Corrêa na Rp nº 1153/RS e que foi acatado pela Min^a Ellen Gracie no RE nº 286789/RS é amplo, o que contraria o espírito dos constituintes, que introduziram diretrizes hermenêuticas restritivas da competência da União §§1º-2º e expansiva da competência dos Estados no §3º, todos do artigo 24 da Constituição vigente. Além disso, é preciso reconhecer que o “teste” que esse conceito proporciona é, no mínimo, débil, na medida em que se limita a repreender apenas as normas gerais que entrem em detalhes, desçam a minúcias, tragam pormenores tidos como “absurdos”; o que, sem antes resolver o que vêm a ser normas gerais, desloca o problema para a definição do que pode vir a ser considerado “absurdo”. É preciso reconhecer, assim, que é esse conceito de normas gerais e não a Lei estadual nº 7.747/1982 que não foi recepcionado pela Constituição vigente, o que demonstra que, ao menos quanto a esse aspecto, a jurisprudência do STF é explicada menos pelo elemento institucional (as “regras do jogo” tal como estabelecidas na Constituição vigente) e mais pelo histórico (o legado jurisprudencial deixado por composições anteriores da Corte), que explicaria a continuidade e não a ruptura, tão ansiada pelos Constituintes, do papel coadjuvante a que eram relegados os entes subnacionais nas competências concorrentes. É essa linha de precedentes que a Corte precisa superar, se de fato pretende atender aos anseios dos Constituintes. Como observou, em outro caso, o Min. Sepúlveda Pertence:

“Parece-me que, se algo se pode tirar desta mudança de perspectiva e de linguagem da Constituição de 88 em relação às anteriores, é que não se quis fazer da legislação estadual, sequer naquela área comum de competências concorrentes, o que eram antes, a chamada legislação suplementar. Quer dizer, destinada apenas a preencher o espaço deixado em branco pelo legislador federal. Não, a Constituição de 88, no campo da competência concorrente, reduziu a área a lei federal à emissão de regras gerais. Obviamente, nesse campo repartido, muito difícil, a esta Casa cabe sobretudo ir demarcando o que sejam normas gerais e normas não-gerais. Porque não é mais a velha competência suplementar; essa, sim, era ocupar espaços em branco, se é que os poderia encontrar [...]”³⁸⁷

Assim como no caso anterior, em um caso ainda mais recente, o Min. Gilmar Mendes defendeu que é preciso que o STF firme precedentes no sentido de definir o que vêm a ser, à luz da nova ordem constitucional, tais normas, sob pena de se retroceder no tempo:

“Então, a mim me parece que é importante que o Tribunal tente construir precedentes, como esses e outros, no sentido de assentar aquela ideia de que a adoção desse modelo de competência concorrente obriga a definição de normas gerais. E editar normas gerais não pode permitir a exaustão da matéria de que se cuida, sob pena de voltarmos – e parece que a gente acaba por mimetizar – ao

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 3774/RR*. Inteiro teor do acórdão, p. 191.

*modelo da Constituição de 67/69, da tal competência supletiva, em que a União poderia legislar exhaustivamente e só nos vácuos poderia então...*³⁸⁸

É preciso ressaltar que o acatamento desse conceito amplo de normas gerais teve consequências na jurisprudência do STF. Na **ADI nº 3645/PR** proposta, com fundamento no artigo 103, VIII, da Constituição vigente, por um partido político com representação no Congresso Nacional, questionou-se a constitucionalidade da Lei estadual nº14.861/2005 do Paraná, que determina que, no rótulo de produtos alimentícios destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou que sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados (OGMs) conste a informação de sua natureza transgênica, prevendo sanções em caso de descumprimento. Segundo o autor, isso estaria em contrariedade com o disposto no Decreto nº 4.860/2003, que somente exige que essa informação conste no rótulo dos produtos que contenham mais de 1% (um por cento) de OGMs. Assim, em havendo normas gerais sobre a matéria, não caberia ao Estado dispor em sentido diverso, “[s]e assim o faz, institui verdadeira norma geral sobre a matéria [...]”, embora seja “[...] inaplicável o parágrafo 3º daquele artigo [...]”³⁸⁹.

Interessante observar que, de acordo com o relatório, o Governador, ao prestar informações, teria admitido que essa discrepância seria proposital, por entender que o critério de 1% de transgenia não atenderia às exigências do direito à informação previsto no Código de Defesa do Consumidor, o que parece configurar uma hipótese de “*uncooperative federalism*” (teoria que será examinada mais detidamente em outro capítulo). A relatora do caso, Min^a Ellen Gracie, entendeu que, ao eliminar a tolerância de até 1% de transgenia para que isso tenha que constar essa informação no rótulo do produto, “[...] **busca o Diploma estadual impugnado inaugurar uma regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente [...]. Apesar de politicamente legítima tal oposição, não poderia ela se converter em atividade praticada muito além dos limites impostos pela regra constitucional de competência concorrente suplementar de que dispõem os Estados.**”³⁹⁰ Assim, “[...] **pretende-se a substituição – e não a suplementação – das regras federais [...]** por norma estadual que dispõe sobre o tema de maneira igualmente abrangente. O legislador

³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.060/SC*. Brasília, 25 fev. 2015. Inteiro teor do acórdão, pp. 23-24. Voto Min. Gilmar MENDES. (Grifos deste autor)

³⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3645/PR*. Petição inicial, pp. 7 e 6, respectivamente.

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3645/PR*. Inteiro teor do acórdão, p. 382. (Grifos deste autor)

local extrapolou a autorização constitucional que, na sistemática da competência concorrente, objetiva o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal.”³⁹¹

Na **ADI nº 2667/DF**, proposta por uma confederação sindical de âmbito nacional, com fundamento no artigo 103, IX, da Constituição vigente, questionou-se a constitucionalidade da Lei distrital nº 2.921/2002, que determinou que os estabelecimentos de ensino deveriam expedir certificado de conclusão do curso e histórico escolar aos alunos do terceiro ano do ensino médio que obtivessem aprovação no vestibular, independentemente do número de aulas por esses frequentadas³⁹². A autora alegou que a referida lei distrital contrariaria diversas disposições da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, especialmente o artigo 44, II, que estabelece, como requisito de acesso ao ensino superior, além da aprovação no vestibular, a conclusão do ensino médio. Argumentou que “[...] *normas complementares não são normas sobre assuntos já regulamentados ou normas conflitantes com a Lei de Diretrizes e Bases* [...]”³⁹³. O relator da ação, Min. Celso de Mello, entendeu que a lei distrital teria, na realidade, disposto sobre normas gerais, sem que houvesse, com relação a esse ponto, “*lacuna preenchível*” na legislação editada pela União³⁹⁴, tampouco peculiaridade regional que justificasse o exercício da competência legislativa plena dos Estados, conforme previsto no §3º do artigo 24 da Constituição vigente. Sendo assim, entendeu que o Distrito Federal, em um exercício “*ultra vires*” de competência legislativa, havia transgredido as normas gerais editadas pela União³⁹⁵, pelo que concedeu a liminar pleiteada, no que foi acompanhado pelos demais Ministros da Corte.

Na **ADI nº 2905/MG**³⁹⁶, proposta por uma confederação sindical de âmbito nacional, com fundamento no artigo 103, IX, da Constituição vigente, questionou-se a constitucionalidade de dispositivos da Lei estadual nº 14.507/2002 de Minas Gerais, que disciplinava a comercialização de títulos de capitalização e similares no Estado, proibindo sua vinculação, mesmo que indireta, a outro produto idêntico ou similar e, ainda, obrigando que a informação

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3645/PR*. Inteiro teor do acórdão, p. 383. (Grifos deste autor)

³⁹² DISTRITO FEDERAL. *Lei nº 2.921*. Brasília: Câmara Legislativa, 22 fev. 2002.

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 2667/DF*. Petição inicial, p. 8.

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 2667/DF*. Inteiro teor do acórdão, p. 286.

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 2667/DF*. Inteiro teor do acórdão, p. 288.

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2905/MG*. Relator: Min. Eros Grau. Relator para o acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 16 nov. 2016. DJe nº 019, divulgado em 01/02/2018 e publicado em 02/02/2018.

ou publicidade desses produtos contenham dados comparativos, quanto aos aspectos de correção monetária e juros, com a caderneta de poupança, prevendo sanções para a hipótese de descumprimento³⁹⁷. Segundo a autora, ao fazê-lo, porém, o Estado teria invadido competência privativa da União para legislar sobre as matérias de Direito Civil e Comercial, sistema de captação e garantia da poupança, sistemas de sorteios e propaganda comercial, previstas nos incisos I, XIX, XX e XXIX do artigo 22, bem como a competência da União para regular o sistema financeiro nacional, prevista no artigo 192, todos da Constituição vigente.

De acordo com o relator da ação, Min. Eros Grau, ao debaterem se a expressão “*para atender a suas peculiaridades*” que consta expressamente no §3º, que prevê a hipótese de competência legislativa plena pelos Estados, seria extensível ao §2º (na realidade, o Ministro se reportou ao *caput*), que prevê a hipótese de competência legislativa suplementar, no qual essa não consta expressamente, os Ministros da Corte estariam, na realidade, definindo o próprio conteúdo das competências concorrentes³⁹⁸. Durante o julgamento, os Min. Eros Grau e Cezar Peluso pareciam encaminhar-se para a conclusão de que essa expressão do §3º seria também aplicável ao §2º, quando foram interpelados pelo Min. Ayres Britto, que os advertiu que a *mens legis* e o próprio entendimento doutrinário com relação aos §§1º e 2º eram, na realidade, restritivos da competência da União e expansivos da competência dos Estados:

“O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – [...] A interpretação a que chega Vossa Excelência favorece a União, na sua competência para editar normas gerais, e há um outro tipo de interpretação que desfavorece a União, e favorece os Estados. Observe, Vossa Excelência, a linguagem da Constituição: ‘Art. 24... §1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.’ Ou seja, é uma competência limitada, contida. O objetivo da Constituição aqui não foi favorecer a União, foi favorecer os Estados-membros, vale dizer, a

³⁹⁷ MINAS GERAIS. *Lei nº 14.507*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa, 20 dez. 2002.

³⁹⁸ “O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - [...] **Nós vamos definir o conteúdo da competência concorrente. Eu torno a insistir que isso não foi enfrentado jamais pelo Tribunal; e eu tendo, Ministro Peluso, a acompanhar Vossa Excelência. A competência para emitir normas gerais é da União. Sempre. Se a União não legislar, o Estado tem a possibilidade de legislar, mas em relação às suas peculiaridades. Agora, se eu disser simplesmente isso, se eu for impositivo, vou transformar em nada a competência do Estado para legislar sempre que é concorrente. Alguma parcela dela subsiste. A questão é a seguinte: subsiste, como disse Vossa Excelência, sempre e em qualquer circunstância, dentro do requisito da peculiaridade [...].**

*O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, parece-me que a preocupação desses dispositivos é não permitir que situações de caráter geral, no sentido de que são situações que se repetem em toda a realidade brasileira, em todos os Estados, sejam regidas por normas que hospedem princípios diferenciados [...]. O que teríamos seria miscelânea de regras de caráter geral, sem proteção nenhuma, porque a proteção dada num determinado Estado já não seria dada no outro, ou vice-versa. Noutras palavras, a mim me parece que a preocupação normativa da Constituição é a homogeneidade do conjunto de normas [...]. E que o Estado tem competência concorrente, mas sempre especial, e, quando falhe a legislação federal, também pode ele expedir normas de caráter geral, mas que se apliquem às suas peculiaridades. [...].” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2905/MG*. Inteiro teor do acórdão, pp. 19-20. (grifos deste autor)*

União só pode legislar quando a matéria for de aplicabilidade federativamente uniforme; naquilo em que a matéria não comportar uma aplicabilidade comum a toda a Federação, a União não legisla, porque a matéria cai sobre a competência dos Estados.

[...]

Quando a Constituição diz: ‘Art. 24... §3º Inexistindo lei federal sobre norma gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.’ Ai, sim, está favorecendo os Estados-membros. Vale dizer, em matéria de competência legislativa concorrente, o desígnio da Constituição não é favorecer a União. Favorece a União, sim, no âmbito da competência legislativa privativa, que é o artigo 23 [sic], porque aí o Estado só pode legislar mediante autorização específica da União por lei complementar. Então, esse conceito de norma geral é muito debatido na doutrina para desfavorecer a União, não para favorecê-la. Assim, não podemos dar à expressão ‘normas gerais’ o sentido que a coloquialidade da expressão sugere inicialmente. O geral aqui não é o amplamente geral, é o contidamente geral, limitadamente geral para que a União...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – O que significa isso, Ministro?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Significa que a União não pode absorver as competências dos Estados.

[...]

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Sim, a União não pode, a pretexto de poder editar normas gerais, assambarcar [sic] competências dos Estados. Estes poderão cobrar da União essa atuação contida no que a matéria tem de federativamente uniforme na sua aplicabilidade. Então, a doutrina debate muito esse tema não para favorecer a União, mas para desfavorecer. De maneira que a proposta que o Ministro Eros Grau faz de ampliar o espectro da inconstitucionalidade da lei de Minas me causa um certo arrepio, uma certa preocupação.³⁹⁹

Após ouvir os Min. Marco Aurélio e Cezar Peluso e não sendo persuadido pelos argumentos do Min. Ayres Britto, o relator, que havia inicialmente votado pela procedência parcial da ação, apenas para declarar inconstitucionais a sanção de imposição de contrapropaganda e os termos “ou publicidade”, por usurpação da competência da União para legislar sobre propaganda comercial, ajustou seu voto para julgar procedente a ação e declarar toda a lei inconstitucional. Após pedir vista dos autos, a Min^a Cármen Lúcia inaugurou a divergência, posicionando-se pela desnecessidade do requisito da existência de peculiaridades regionais para que Estados possam desempenhar a competência suplementar prevista no §2º, a fim de não tolher seu papel nas competências legislativas concorrentes, pelo que votou no sentido original do voto do relator, da parcial procedência da ação:

“De se distinguir, assim, o contexto fático exigido para a intervenção legislativa estadual excepcional (competência supletiva), das circunstâncias locais, que podem ou não coincidir com as de outros entes federados, a serem consideradas na elaboração de lei estadual específica da legislação nacional (competência complementar). [...] Por isso não considero, com as devidas vênias dos que pensam de modo diverso, que a atividade complementar, fundada no §2º do art. 24 da Constituição da República, somente possa ser exercida pela comprovação de situações peculiares ao Estado-membro, sob pena de se esvaziar sua competência legislativa de concretização e particularização dos atos jurídicos. Entendimento tal dificultaria a formação de lacunas legislativas nos Estados que não apresentem

³⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2905/MG. Inteiro teor do acórdão, pp. 19-23. (Grifos deste autor)

justificativas convincentes para complementar a legislação nacional, evitando, assim, a solução que reconhece à União o espaço para legislar exaustivamente, esgotando a matéria com a elaboração de normas gerais e particularizantes, com o objetivo de suprir a carência legislativa dos residentes naqueles Estados. Na atuação legislativa complementar, os Estados-membros e o Distrito Federal estão livres para buscar soluções normativas que lhes pareçam mais eficazes na efetivação das diretrizes estabelecidas pela União, enriquecendo-se, com isso, a experiência legislativa nacional.”⁴⁰⁰

Em seu voto-vista, a Ministra propôs que se partisse da interpretação dos parágrafos do artigo 24 da Constituição vigente para solucionar para o caso. Assim, na sua leitura: ao dispor que o papel da União, nas competências legislativas concorrentes, cinge-se à edição de normas gerais, o §1º conteve o alcance dessa competência da União a somente aquilo que disser respeito ao interesse nacional⁴⁰¹; diferentemente do que entendeu à época parte da doutrina, ao substituir o termo “supletivamente” por “suplementar”, o §2º expandiu a competência dos Estados, na medida em que esses não estariam mais limitados a meramente suprir eventuais lacunas deixadas pela União nas normas gerais e sim para prever as condições de aplicação dessas em seu respectivo território⁴⁰²; sendo assim, seria o §3º – e não o §2º – que preveria a verdadeira competência supletiva dos Estados, em que esses poderiam editar não só as normas gerais, como as suplementares, competência essa a ser exercida na hipótese de omissão da União em editar normas gerais e desde que atendido o requisito da existência de peculiaridades regionais/locais⁴⁰³; por fim, o §4º disporia sobre a hipótese de, uma vez exercida essa competência supletiva pelo Estado, a União vir a editar

⁴⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2905/MG. Inteiro teor do acórdão, pp. 50-51. (Grifos deste autor)

⁴⁰¹ “*Da correlação entre o caráter geral da norma e a necessidade de uniformização da matéria nacionalmente se extrai a limitação do Poder Legislativo nacional na técnica de repartição concorrente de competência não-cumulativa. Nesses termos, sob a perspectiva da competência da União, tudo o que não alcançar o interesse nacional ultrapassaria o quadro de normas gerais a que se refere o §1º do art. 24 da Constituição de 1988, tornando-se inconstitucional por invadir esfera legislativa dos Estados-membros.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2905/MG. Inteiro teor do acórdão, p. 37. (grifos deste autor)

⁴⁰² “*Novidade em face das ordens constitucionais anteriores, além do evidente alargamento das matérias sujeitas ao domínio legislativo, está na utilização do termo ‘suplementar’ no §2º do dispositivo mencionado [...] Pela interpretação sistemática realizada por essa corrente doutrinária, a autorização para os Estados-membros complementarem as normas gerais editadas pela União, ou seja, estabelecerem as condições necessárias para a sua aplicação, residiria nesse dispositivo constitucional (§2º do art. 24).*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2905/MG. Inteiro teor do acórdão, pp. 38-39. (grifos deste autor)

⁴⁰³ “*A atividade legislativa supletiva, a dizer, a atuação dos Estados no caso de inexistência da legislação nacional, estaria fundada no §3º do dispositivo constitucional mencionado [...]. Conferiu-se, assim, aos Estados e ao Distrito Federal a possibilidade de legislar sobre normas gerais em substituição à União, desde que caracterizada a omissão do Poder Legislativo nacional no estabelecimento das diretrizes sobre a matéria e, ainda, fosse adotado o objetivo de atendimento das peculiaridades do ente federado.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2905/MG. Inteiro teor do acórdão, pp. 40-41. (grifos deste autor)

supervenientemente normas gerais, que, a seu ver, consagraria na realidade a regra da prevalência da lei estadual que esteja em conformidade com as normas gerais ulteriores⁴⁰⁴.

Apesar de a Min^a Cármen Lúcia sustentar que a existência de peculiaridades regionais seria exigível somente para o exercício da competência supletiva e não da suplementar pelos Estados (ou seja, apenas para o §3º, onde esse consta expressamente, e não para o §2º, onde esse não consta expressamente)⁴⁰⁵, esse entendimento parece não subsistir ao elemento histórico de interpretação desses dispositivos. Na Constituinte, o Projeto de Constituição “A” da Comissão de Sistematização continha apenas dois parágrafos em seu artigo 26 (que viria a se tornar o atual artigo 24): o primeiro restringia a competência da União nessas matérias a editar somente normas gerais e o segundo dispunha que, à falta dessas, os Estados exerceriam competência suplementar “*para atender[em] a suas peculiaridades*”. O Projeto de Constituição “B” do Plenário somente reenumerou esse artigo, que passou a ser o 24, sem modificar seus parágrafos. No Projeto de Constituição “C” da Comissão de Redação, por sua vez, introduziu-se mais dois parágrafos no artigo 24 (com a renumeração do antigo 2º para o atual 3º): o atual §2º reproduzia, em parte, o que dispunha o parágrafo único do texto constitucional anterior, prevendo que a competência da União para editar normas gerais “*não exclui[ria]*” a competência suplementar dos Estados; e o atual §4º previu a hipótese de superveniência de normas gerais quando os Estados haviam exercido a competência supletiva do atual §3º. É interessante que, quando da introdução do §2º, não foi feita qualquer alteração no §3º que continuou a dispor como se esse tratasse de competência suplementar, quando na realidade aquela competência era supletiva. Isso só ocorreria no Projeto de Constituição “D” do Plenário, que traz a redação final da Constituição, substituindo as expressões “*matéria de competência concorrente*” por “*normas gerais*” e “*competência legislativa suplementar*” por “*competência*

⁴⁰⁴ “*Um dos aspectos interessantes da modesta descentralização legislativa posta na Constituição de 1988 está na consequência lógica da regra posta no §4º do seu art. 24, no sentido da prevalência da lei estadual editada supletivamente em relação à lei nacional superveniente, quando convergentes. Se a lei nacional superveniente não revoga ou derroga a lei estadual supletiva no que lhe for contrário, não se pode atribuir, a fortiori, essa consequência em relação às normas gerais posteriormente confirmadas pela legislação nacional superveniente.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2905/MG. Inteiro teor do acórdão, p. 42. (Grifos deste autor)

⁴⁰⁵ “*O condicionamento do exercício legislativo ao atendimento de peculiaridades locais surge apenas para a atividade legislativa plena dos Estados, ou seja, quando verificada a omissão da União na elaboração das normas gerais, conforme expresso na parte final do §3º do art. 24 da Constituição da República, que cuida especificamente da atividade legislativa supletiva. [...] A possibilidade de determinado Estado substituir a União no juízo do interesse nacional, resguardado nas orientações e diretrizes fixadas nas normas gerais sobre determinada matéria dos incisos do art. 24 da Constituição da República, somente se justifica quando situação fática específica, peculiar a um ente federado, exigir a atuação legislativa supletiva estadual.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2905/MG. Inteiro teor do acórdão, pp. 49-50.

legislativa plena”. Assim, ao que tudo indica, os Constituintes falharam ao deixar de transferir a expressão “*para atender a suas peculiaridades*” do §3º para o §2º do artigo 24, quando distinguiram uma situação da outra.

Sendo assim, dado que o papel da União nas competências legislativas concorrentes é limitado – para se chegar a essa conclusão basta fazer uma interpretação literal do disposto no §1º do artigo 24 – e que essa, ao editar as normas gerais, não pode esgotar a matéria, inviabilizado o papel correspondente aos Estados – se a isso não se chegar pela via conceitual, também é possível fazê-lo por meio de uma interpretação literal do disposto no §2º do artigo 24 –, entende-se aqui que a expressão “*para atender a suas peculiaridades*” – que, por um acidente de percurso, consta no §3º e não no §2º do artigo 24 –, tem caráter meramente ilustrativo e não condicionante do exercício de quaisquer das competências dos Estados nessas matérias, tal como cogitaram tantos Ministros do STF. Afinal, não se pode condicionar o exercício da competência supletiva pelos entes subnacionais à existência de peculiaridades regionais ou locais, a não ser que se cogite que, na inexistência dessas, a matéria possa ficar sem qualquer regulação tanto de normas gerais como de normas suplementares. Tampouco se pode condicionar o exercício da competência suplementar à existência de peculiaridades regionais ou locais, a não ser que se cogite que, na inexistência dessas, a matéria possa ficar somente com normas gerais, sem normas suplementares.

Ao que parece, os defensores da tese de que, à falta de peculiaridades regionais ou locais, os entes subnacionais deveriam limitar-se a reproduzir o disposto nas normas gerais da União, partem do pressuposto de que a União, na realidade, não respeita os limites de sua competência, pelo que a mera reprodução das normas gerais pelos Estados não levaria a uma situação de anomia de normas suplementares. Afinal, se a competência da União nessas matérias for realmente limitada e se ela, ao exercê-la, não puder excluir a dos Estados e se o conceito de normas gerais impede que a União esgote a matéria e, ainda, partindo da premissa que essa, de fato, respeita os limites constitucionais da sua competência, a reprodução das normas gerais pelos Estados faria com que não houvesse quaisquer normas suplementares sobre a matéria. Além do mais, não se pode supor que a mera reprodução do disposto em normas gerais pelos entes subnacionais, na inexistência de peculiaridades regionais e locais, tenha sido a intenção dos Constituintes que, como se viu, tanto ansiavam por uma descentralização legislativa, o que não é alcançado pela mera redundância de regulações.

Por todos esses motivos, entende-se aqui que o Constituinte, ao prever a expressão “*para atender a suas peculiaridades*” no §3º do artigo 24 tinha em mente somente ilustrar

que seria por meio das normas suplementares, a cargo dos Estados, que se atenderia as peculiaridades regionais – e não condicionar o exercício das competências desses ao preenchimento de um suposto requisito da sua existência. Afinal, não se pode esperar que seja logo a União que atenderá, nas normas gerais, as peculiaridades de todos e cada um dos 26 Estados e do Distrito Federal e dos 5.570 Municípios brasileiros. Sendo assim, poder-se-ia questionar se, quando uma norma suplementar editada por um ente subnacional, com vistas a realmente atender uma peculiaridade regional ou local, contraria o disposto em norma geral editada pela União, se não foi essa e não aqueles que desbordaram dos limites de sua competência legislativa. Em suma, os Estados são, de fato, sempre competentes para suplementarem as normas gerais, bem como para supri-las na hipótese de omissão da União em editá-las, independentemente de haver ou não no caso peculiaridades regionais que os justifiquem; porém, em havendo essas, cabe aos Estados – e não à União, que se supõe que as desconheça – atendê-las quando da edição das normas suplementares.

Assim, assiste razão à Min^a Cármen Lúcia ao sustentar, como se viu no trecho transcrito acima, que a existência de peculiaridade regional não é condição para o exercício da competência suplementar pelos Estados, porém não lhe assiste razão ao conceder que essa seja exigível para a competência supletiva. De todo modo, aos que entendem, na linha do que defendeu em outro caso o Min. Joaquim Barbosa⁴⁰⁶, que o STF deveria julgar os casos envolvendo conflitos entre leis nacionais de normas gerais, de um lado, e leis dos entes subnacionais suplementares, de outro, com base no disposto nos parágrafos do artigo 24 da Constituição vigente, o voto da Min^a Cármen Lúcia na ADI nº 2905/MG talvez represente a maior contribuição nesse sentido na jurisprudência recente da Corte. O fato de seu voto não ter prevalecido quando do julgamento da ação (o placar de 5 votos a 5 foi desempatado pelo Min. Gilmar Mendes, que acompanhou o relator) não quer dizer necessariamente que os demais Ministros da Corte diverjam de sua interpretação das cláusulas constitucionais e, até mesmo, quanto à questão posta no debate; o que parece ter sido determinante, conforme se depreende dos votos do Min. Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli⁴⁰⁷, foi o grau de comprometimento da constitucionalidade da lei estadual (se total ou parcial),

⁴⁰⁶ “A doutrina e a jurisprudência sublinham a inovação representada pelo art. 24. Esse artigo fixa diretrizes a serem seguidas nos conflitos normativos entre os entes da Federação. Portanto, o art. 24 parece levar em consideração, implicitamente, a possibilidade de que a União venha a transbordar o conteúdo previsto para a norma federal geral. [...] importa sublinhar aqui a importância com os riscos da abertura do conceito de norma geral.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 3937/SP*. Inteiro teor do acórdão, pp. 105; 107.

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2905/MG*. Inteiro teor do acórdão, pp. 11-12; 71-72; 84.

ao ter adentrado em matéria de competência privativa da União. Sendo assim, não seria dessa vez que o precedente fixado pela Corte, sob a égide da Emenda Constitucional nº 01/1969, na Rp. nº 1153/RS e sufragado, já na vigência da Constituição de 1988, no RE nº 286789/RS seria superado pela Corte (embora, ao que parece, isso sequer chegou a ser cogitado, ao menos não explicitamente).

Na **ADI nº 3059/RS** proposta, com fundamento no artigo 103, VIII, da Constituição vigente, por um partido político com representação no Congresso Nacional, questionou-se, sob os aspectos orgânico, formal e material, a constitucionalidade da Lei estadual nº 11.871/2002 do Rio Grande do Sul que dispõe sobre a utilização preferencial, pela Administração direta e indireta e, ainda, por empresas sob controle do Estado, de *softwares* abertos, ou seja, “*livres de restrições proprietárias quanto a sua cessão, alteração e distribuição*”⁴⁰⁸. No que se refere à alegação de vício orgânico, o partido sustentou que, ao prever preferência para tais *softwares* em licitações, ou a lei estadual estaria dispondo sobre normas gerais ou estaria dispondo em sentido contrário ao que essas preveem, o que pouco importaria pois, em ambos os casos, isso seria vedado⁴⁰⁹. É preciso observar que, embora o autor não tenha invocado expressamente o §3º do artigo 24, sua argumentação segue uma linha de raciocínio que parece se desdobrar do disposto nesse preceito: se os Estados só podem editar normas gerais na hipótese de omissão da União em editá-las; então, em havendo tais normas, não poderiam aqueles contrariá-las. Como se vê, diante da ausência, na Constituição vigente, de qualquer diretriz restritiva do exercício da competência suplementar pelos Estados, parece ter se consolidado, na prática constitucional brasileira, a construção de uma a partir de uma interpretação *a contrario sensu* do disposto no §3º. Entende-se aqui que essa é uma interpretação legítima do disposto no referido preceito e compatível com a Constituição vigente, na medida em que estabelece um “teste” mínimo de controle do exercício da competência suplementar pelos Estados. Afinal, não se pode admitir que, em uma República, não haja parâmetros – ainda que mínimos – para controlar o exercício de competência legislativa por quaisquer dos entes federativos, inclusive dos entes subnacionais.

Esse caso chama atenção pela mudança no entendimento manifestado pelo relator, Min. Ayres Britto, no julgamento do pedido cautelar e, depois, no julgamento definitivo da ação

⁴⁰⁸ RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 11.871*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 19 dez. 2002.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3059/RS*. Petição inicial, p. 16.

(em ambos os casos obteve a adesão de todos os seus pares): no primeiro, ele entendeu que, ao prever uma exceção ao princípio da isonomia em certames licitatórios, a lei estadual teria realmente disposto sobre normas gerais, pelo que votou pela concessão da liminar; no segundo, invocando entendimento por ele sustentado na ADI nº 3322/DF, passou a entender que essa nada mais fez do que suplementar o disposto em normas gerais – algo, aliás, semelhante ao que a própria União havia feito, por meio da Lei nº 8.248/1991, com relação à Administração Pública federal –, pelo que votou pela improcedência do pedido. Sendo assim, a Lei nº 8.248/1991 seria uma norma suplementar tanto quanto a Lei nº 11.871/2002; a diferença é que a primeira é meramente federal (e não nacional) e a segunda estadual. Com efeito, na ADI nº 3322/DF, o Ministro propôs a distinção entre as *normas estaduais específicas* e *suplementares*: as primeiras seriam aquelas relativas às matérias de competência privativa da União que os Estados somente estariam habilitados a editar em caso de delegação prevista no parágrafo único do artigo 22, ao passo que as segundas seriam aquelas relativas às matérias de competência concorrente que os Estados sempre estariam habilitados a editar⁴¹⁰. Ressalte-se que a doutrina difere essas duas hipóteses⁴¹¹: a primeira como sendo de concorrência cumulativa, em que os Estados devem respeitar os termos da lei complementar que autoriza a delegação, e a segunda como sendo de concorrência não-cumulativa, em que não se cogita da existência de hierarquia entre as leis editadas pela União e as leis editadas pelos entes subnacionais.

É importante notar como, nesse caso, o relator definiu o conceito de normas gerais e o de normas suplementares: ao conceder a liminar para suspender os efeitos da ação, aduziu que “[...] *norma geral, em matéria de licitação, é a lei ordinária que desdobra, debulha, desata,*

⁴¹⁰ “A Constituição contém normas gerais que ora se antagonizam – vamos chamar assim – com normas específicas, e normas gerais que têm por contraponto normas suplementares. Quando a competência legiferante é privativa da União, a Constituição diz que, mesmo sendo privativa – a competência normante da União –, a União, mediante lei complementar, poderá delegar aos Estados e ao Distrito Federal uma área de normação sobre questões específicas; vale dizer, a matéria é de competência normativa privativa da União, mas a própria União, mediante lei federal, pode partilhar, de alguma forma, essa competência com os Estados e o Distrito Federal sobre questões específicas de tais matérias de competência privativa da União. Mas quem vai dizer o que seja questão específica é a própria União. A própria União é quem vai habilitar Estados e Municípios a ocupar esse espaço de normação e dizer que, naquela matéria, que aspecto se contém no conceito de questão específica. **Já no campo da competência normante comum, concorrente ou concomitante, o discurso da Constituição é outro. A União tem a competência para editar normas gerais, não há dúvida, mas os Estados e o Distrito Federal, por autoridade própria, sem precisar da boa vontade ou da condescendência da União, detêm, a título próprio, a competência normativa suplementar.**” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº ADI 3322/DF*. Inteiro teor do acórdão, pp. 781-782. (grifos deste autor)

⁴¹¹ “De fato, a competência concorrente cumulativa poderá existir nos casos em que se concretizar a delegação de competências legislativas que o parágrafo único do artigo 22 faculta. Essa modalidade foi, no entanto, menos prestigiada do que era na Constituição pretérita. [...] Já a competência concorrente não-cumulativa a Constituição empresa muito maior ênfase. Com ela se trabalha no artigo 24 e seus parágrafos, com os quais se deverá conciliar, como se verá, o artigo 30, II.” ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 123-124.

faz render, enfim, um comando nuclearmente constitucional [...]. E é por esse necessário vínculo funcional com norma de lastro constitucional – seja ela um princípio, seja uma simples regra – , que a norma geral de que falo é de aplicabilidade federativamente uniforme.”⁴¹²; ao julgar improcedente a ação, citou passagem de seu voto ADI nº 3322/DF, pela qual “[...] enquanto no campo das normas gerais e específicas não pode haver coincidência da área a regular, [...] [n]o campo das normas suplementares, é da lógica, é da natureza dessas normas que a matéria seja a mesma, porque o suplementar é o que vem por acréscimo, é o que vem para completar, é o que vem para desdobrar, é o que vem para suprir as insuficiências da legislação geral.”⁴¹³ Ressalte-se que o Ministro cita trecho de obra de Marçal JUSTEN FILHO⁴¹⁴ no qual esse se refere às normas estaduais, em matéria de competência concorrente, como *especiais* (ou seja, ele não as chama de específicas) em oposição às normas *gerais* da União.

Ainda que se possa considerar que o adjetivo “*especial*” (entendido como sinônimo de “*não-geral*”) seja preferível o adjetivo “*específico*” para descrever a natureza das normas suplementares⁴¹⁵ – com o que aqui não se concorda, pois isso poderia sugerir que eventual antinomia entre normas gerais e suplementares se resolveria pelo critério da especialidade, o que praticamente consagraria uma regra da prevalência da legislação estadual sobre a nacional, o que não parece compatível com o critério da reserva das normas gerais à União contemplado pelos Constituintes –, não deixa de ser curioso como o Ministro tenta extrair maiores consequências (a caracterização de norma geral ou suplementar, a ocorrência ou não de usurpação de competência, a procedência ou improcedência da ação) da mudança do adjetivo empregado. Afinal, adjetivos são puramente descritivos, a mudança do adjetivo utilizado não altera a natureza do objeto. De todo modo, o Ministro tem o mérito de ter se contraposto, ainda que seu entendimento não tenha prevalecido naquele momento, a

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 3059/RS*. Inteiro teor do acórdão, p. 130. (Grifos deste autor)

⁴¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº ADI 3322/DF*. Inteiro teor do acórdão, pp. 782-783. (Grifos deste autor)

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3059/RS*. Inteiro teor do acórdão, p. 14.

⁴¹⁵ Embora o Min. Ayres Britto tenha citado outro trecho, acredita-se que neste aquela distinção fica mais clara: “*A disputa sobre o conteúdo da cláusula constitucional (‘normas gerais’) gera grandes dificuldades. [...] A Lei nº 8.666 veicula normas gerais e normas não gerais (especiais) sobre licitações e contratos administrativos. As normas gerais são aquelas que vinculam a todos os entes federativos, enquanto as normas especiais são aquelas de observância obrigatória apenas na órbita da União. Ou seja, o diploma traduz o exercício de duas competências legislativas diversas. Existem normas nacionais, aplicáveis em todas as esferas federativas. E há normas puramente federais, aplicáveis somente ao âmbito da União. O grande problema reside em que não existe uma distinção formal explícita no texto da Lei nº 8.666 entre as normas gerais (nacionais) e aquelas federais (especiais da União).*” JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 14.

formulações amplas do conceito de norma geral, incompatíveis com a Constituição vigente, e de ter observado que o conceito de normas suplementares também é controvertido e carece de desenvolvimento.

Na ADI nº 3937/SP, a Min^a Rosa Weber também adota uma abordagem conceitual para restringir o conceito de normas gerais: “[...] *a previsão da competência da União para editar normas com o predicado de gerais, em matéria de competência concorrente, envolve, necessariamente, algum limite à atuação legislativa da União, porque tem, como pressuposto lógico, a existência de um espaço de normatização não qualificado pelo traço da generalidade – normas não gerais – fora da sua alçada.*”⁴¹⁶ Ressalte-se somente que ela também parece preferir o adjetivo “*especial*” à “*específico*” para contrapor ao “*geral*”⁴¹⁷.

Ainda que, a rigor, assista razão à Min^a Cármen Lúcia na ADI nº 2905/MG quando sustenta que o conceito de normas gerais só se presta para restringir a competência da União e não dos entes subnacionais nas matérias de competência legislativa concorrente, a verdade é que os conceitos de normas gerais e de normas suplementares são, como se viu, vaso comunicantes. Não por outra razão que, na prática, como observou o Min. Luiz Fux na ADI nº 3059/RS, o conceito de normas gerais tem sido manejado para restringir a competência dos entes subnacionais nessas matérias, o que iria de encontro ao valor do pluralismo que é ínsito ao federalismo. Ressalte-se somente que o Ministro parece entender em sentido contrário, que o conceito de normas gerais pode sim servir de parâmetro para controlar a constitucionalidade de leis dos entes subnacionais:

*“Norma geral pode ser critério absoluto apenas para a limitação da atividade legislativa da União na repartição de competência concorrente não-cumulativa, podendo ser objeto de exame em ação de controle abstrato na qual suscitada a superação, pela lei nacional, dos limites da sua competência (v.g., Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927/RS, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 11.11.1994).”*⁴¹⁸

“O conceito de ‘norma geral’ é essencialmente fluido, de fronteiras incertas, o que, embora não o desautorize como parâmetro legítimo para aferir a constitucionalidade de leis estaduais, distritais e municipais, certamente requer maiores cautelas no seu manejo. Isso porque a amplitude com que a Suprema Corte define com conteúdo do que sejam ‘normas gerais’ influi decisivamente sobre a experiência federalista brasileira. Qualquer leitura maximalista do aludido conceito constitucional milita contra a diversidade e a autonomia das entidades integrantes do pacto federativo, em flagrante contrariedade ao pluralismo que marca a sociedade

⁴¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, pp. 216. (grifos deste autor)

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, pp. 213-216.

⁴¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2905/MG*. Inteiro teor do acórdão, pp.43-44. (grifos deste autor)

brasileira. Contribui ainda para asfixiar o experimentalismo local tão caro à ideia de federação. Nesse cenário, é preciso extrema cautela na árdua tarefa de densificar o sentido e o alcance da expressão ‘normas gerais’, limitando a censura judicial às manifestações nitidamente abusivas de autonomia. [...] Revelo aqui uma preocupação: se não for dado aos Estados-membros definir quais contratos de programas de computador serão preferíveis para equipar a respectiva estrutura administrativa, sobre o que o legislador local poderá dispor no campo das licitações e contratos administrativos? Receio que estejamos caminhando no sentido oposto aos valores de autonomia e pluralismo que habitam o coração do regime federativo, ao amesquinhar a competência legislativa dos Estados-membros, atribuindo-lhes o papel de disciplinar apenas miudezas sem qualquer importância.”⁴¹⁹

Na **ADI nº 1278/SC**, proposta pelo Governador do Estado de Santa Catarina, com fundamento no artigo 103, V, da Constituição vigente, questionou-se a constitucionalidade da Lei estadual nº 1.179/1994 de Santa Catarina, que dispõe sobre a produção e beneficiamento de leite de cabra, sob a alegação de contrariedade com o disposto na legislação editada pela União. Quando do julgamento do pedido cautelar, o relator da ação, Min. Marco Aurélio, ressaltou que “[a] *competência concorrente não compele os Estados à edição de diplomas legais repetindo literalmente o que porventura se contenha na legislação federal.*”⁴²⁰ No **RE nº 1188352/DF** interposto, com fundamento no artigo 102, III, “a”, da Constituição vigente, questionando a constitucionalidade da Lei nº 5.345/2014 do Distrito Federal⁴²¹ que inverte, em determinadas modalidades, a ordem de fases do procedimento de licitações, o Min. Luiz Fux expressou preocupação semelhante sob o ponto de vista do pluralismo ínsito ao federalismo:

*“No entanto, a imposição constitucional de existência de um núcleo comum e uniforme de normas deve ser sopesada com a noção de laboratório da democracia (laboratory of democracy). É desejável que os entes federativos gozem de certa liberdade para regular assuntos de forma distinta, não apenas porque cada um deles apresenta peculiaridades locais que justificam adaptações da legislação federal, mas também porque o uso de diferentes estratégias regulatórias permite comparações e aprimoramentos quanto à efetividade de cada uma delas. Nas palavras do Justice Brandeis, ‘é um dos felizes incidentes do sistema federal que um único estado corajoso possa, se seus cidadãos assim decidirem, servir como laboratório, e tente experimentos sociais e econômicos inovadores sem riscos para o resto do país’ (tradução livre, voto divergente em *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932)). Sob este prisma, impor ao Estado-membro a simples reprodução acrítica de norma federal, quando tal circunstância não decorre de mandamento constitucional ou de algum imperativo real de uniformidade nacional, inviabiliza uma das facetas do federalismo enquanto meio de, nos*

⁴¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3059/RS*. Inteiro teor do acórdão, pp. 38; 42. (grifos deste autor)

⁴²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 1278/SC*. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 18 mai. 1995. DJ 14-06-2002, p. 126. Inteiro teor do acórdão, p. 126.

⁴²¹ DISTRITO FEDERAL. *Lei nº 5.345*. Brasília: Câmara Legislativa, 20 mai. 2014.

*estritos limites das competências constitucionais de cada ente, inovar e evoluir na política regulatória.*⁴²²

Embora a expressão “normas gerais exaustivas” ou “exaurientes” realmente encerre uma contradição em termos, é preciso reconhecer que essa descreve com considerável exatidão um dado da realidade: o fato de que, no mais das vezes, as leis editadas pela União nas matérias de competência concorrente, que deveriam se ater ao estritamente genérico, contém disposições bastante específicas. Esse fato é observado pelo Min. Ricardo Lewandowski: “[...] *no âmbito da competência concorrente prevista no artigo 24 da Carta Magna, cada vez mais vemos esvaziada a competência dos Estados de legislar supletivamente, porque a União, quando legisla, esgota o assunto, não se limita a editar apenas normas gerais.*”⁴²³ Em outro caso, o Min. Marco Aurélio expressou preocupação semelhante: “*Admitir que a União, a despeito de editar normas gerais, regule situações particulares, esgotando o tema legislado, implica esvaziamento do poder dos estados de legislar supletivamente.*”⁴²⁴ Em um caso ainda mais recente, o Min. Gilmar Mendes observou que esse fenômeno não é uma idiosincrasia brasileira: “[...] *editar normas gerais não pode permitir a exaustão da matéria de que se cuida [...] O próprio professor Konrad Hesse, chamando atenção para o modelo alemão, dizia: legislar sobre normas gerais não pode permitir que a União use dessa competência de forma exaustiva. E tem de deixar competência substancial para o estado-membro.*”⁴²⁵ Com efeito, Konrad HESSE publicou, em 1962, um artigo em que define a Alemanha como sendo um “*Estado federal unitário*” por, entre outros motivos, manifestar uma tendência à unificação legislativa da qual não teriam escapado nem as competências concorrentes não-cumulativas – que, aliás, teriam servido de inspiração para o artigo 24 da Constituição brasileira –, previstas no artigo 75 da Lei Fundamental de Bonn⁴²⁶.

A questão é que, como se viu anteriormente, não raro o objeto de uma lei é complexo, no sentido de que essa contém disposições que abarcam mais de uma matéria, o que ocasiona inúmeras dificuldades para avaliar sua constitucionalidade quando essas matérias encontram-

⁴²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RE- RG) nº 1188352/DF*. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 14 mar. 2019. DJe nº 056, divulgado em 21/03/2019 e publicado em 22/03/2019. Inteiro teor do acórdão, pp. 9-10. (grifos deste autor)

⁴²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.645/PR*. Brasília, 31 mai. 2006. Inteiro teor do acórdão, p. 184. Voto Min. Ricardo Lewandowski. (grifos deste autor)

⁴²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4954/AC*. Brasília, 20 ago. 2014. Inteiro teor do acórdão, p. 14. Voto Min. Marco Aurélio.

⁴²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.060/SC*. Inteiro teor do acórdão, pp. 23-24.

⁴²⁶ HESSE, Konrad. *El Estado Federal Unitario. Derecho Público. Síntese*, n. 50, mar./abr. 2013, p. 438.

se previstas em diferentes listas de competências, em especial as competências concorrentes dos entes federativos e as privativas da União (arts. 22 e 24, CR, respectivamente). É o caso, por exemplo, de uma lei estadual que, a pretexto de proteger a saúde e o meio ambiente ou, mesmo, dispor sobre produção e consumo e proteção do consumidor (art. 24, V, VI, VIII e XII, CR), acaba por estabelecer restrições à circulação de mercadorias dentro o território do Estado, afetando assim o comércio interestadual (art. 22, VIII, CR). Mas a complexidade das leis não se restringe ao fato de que dificilmente são monotemáticas, pode envolver a diversidade de natureza das disposições nela contidas. É o que ocorre quando, por exemplo, a União, ao editar uma lei em matéria de competência concorrente, não se atém a normas gerais e dispõe sobre questões específicas, ou seja, ao prever, em uma mesma lei, tanto normas gerais, como normas não-gerais, a lei editada passa a ter uma natureza, por assim dizer, híbrida: em parte nacional (dirigida a todos os entes federativos) e em parte federal (dirigida somente a ela). Esse fenômeno costuma ser observado pela Min^a Cármen Lúcia: “[...] *É que há leis nacionais e federais no mesmo diploma. Quer dizer, há normas gerais, que seriam as normas nacionais e, no mesmo diploma, que é o caso específico da 8.666, também uma parte que é federal. Numa parte, ela não é aplicável mesmo aos Estados e os Estados é que teriam que fazer.* [...]”⁴²⁷

Quando Otto BACHOF examinou as teses formuladas em relação ao fenômeno das chamadas “*normas constitucionais inconstitucionais*”⁴²⁸, ele se referia a normas que, apesar de terem o *status* de norma constitucional, seja porque estão previstas no próprio texto constitucional (formal), seja porque têm natureza de norma constitucional (material), violariam de algum modo a Constituição. Ocorre que esse fenômeno de normas não-gerais (ou seja, federais) presentes em leis editadas pela União a título de normas gerais (ou seja, nacionais) suscita uma situação em que uma norma é, ao mesmo tempo, constitucional e inconstitucional, porém sob um aspecto diferente. Em BACHOF, o termo “constitucional” é empregado basicamente em dois sentidos: o da posição da norma na hierarquia das leis (o binômio constitucional/infracanstitucional) e o da sua conformidade com a Constituição (o binômio constitucional/inconstitucional). Trata de uma norma de estatura constitucional que não está em conformidade com a Constituição. Nesse caso, pelo fato de as normas gerais terem estatura infracanstitucional, o termo é empregado apenas no segundo sentido: uma norma infracanstitucional que é, simultaneamente, conforme e não conforme à Constituição.

⁴²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.060/SC*. Brasília, 25 fev. 2015. Inteiro teor do acórdão, p. 24. (grifos deste autor) Aparte Min^a Cármen LÚCIA.

⁴²⁸ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

Poder-se-ia questionar como seria possível que uma norma possa ser tanto conforme como não conforme à Constituição: isso não seria paradoxal? Essa dúvida é mais do que legítima.

A questão é que, levando em consideração a eficácia e a aplicabilidade das leis em Estados federais, a constitucionalidade passa a ser relativa do ponto de vista subjetivo ou territorial: uma norma pode ser constitucionalmente aplicada a um ente federativo, mas não a outros. A lei que veicula normas gerais no que desbordar dessa característica, ou seja, no que tiver a natureza meramente de lei federal e não nacional somente será constitucionalmente aplicável à União e não aos entes subnacionais. Em havendo situação de aplicação constitucional dessa norma, a declaração de sua inconstitucionalidade pura e simples – que, no controle abstrato, implicaria a sua retirada do ordenamento jurídico – não seria a solução ideal, pois poderia gerar a uma situação de anomia (ou seja, de ausência de norma) em relação à União. É por isso que o STF lançou mão da técnica da declaração conforme à Constituição, embora o mais correto seja realmente a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, a fim de preservar a norma em sua aplicação válida à União e, ao mesmo tempo, afastar possíveis interpretações de que essa seria aplicável também aos entes subnacionais.

Outra forma de se abordar essa questão seria reconhecer que, ainda que veiculadas em um mesmo diploma legal, normas gerais e normas não-gerais não conformariam uma só e mesma lei, o que descartaria a hipótese do hibridismo, ainda que persista o paradoxo da in/constitucionalidade das normas não-gerais. Como colocado pela Min^a Cármen Lúcia, haveria, na realidade, mais de uma lei em um mesmo diploma legal: os preceitos que ostentem a natureza de normas gerais seriam de lei nacional, ao passo que os que não ostentem tal natureza seriam simplesmente de lei federal. Posta nesses termos, não haveria realmente nada de novo nessa discussão: o STF já se deparou diversas vezes com a situação de leis ordinárias que dispunham sobre matéria reservada a lei complementar e de leis complementares que dispunham sobre matéria a essas não reservadas pela Constituição (*a contrario sensu*, de lei ordinária). Na ADC n^o 01/DF, a Corte decidiu que a Lei Complementar n^o 70/1991, que institui a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) – que não teria natureza de imposto, para cuja instituição o artigo 154, I, da Constituição vigente exigiria a edição de lei complementar, e sim de contribuição social –, seria materialmente lei ordinária. Nos termos do voto do relator, Min. Moreira Alves:

“[...] porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que são o objeto desta ação –, é materialmente ordinária, por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expresso da

Constituição, à lei complementar. A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 01/69 – e a Constituição atual não alterou esse sistema –, se firmou no sentido de que [...], se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.”⁴²⁹ (p. 124)

No RE nº 377.457/PR, a Corte decidiu que uma disposição materialmente ordinária de uma lei formalmente complementar pode vir a ser revogada por uma lei formalmente ordinária⁴³⁰. O mesmo raciocínio vale para a lei editada pela União que veicula, ao mesmo tempo, normas gerais e normas não-gerais: materialmente, só as primeiras seriam disposições de lei nacional, aplicáveis a todos os entes federativos, ao passo que as segundas seriam disposições de lei federal, aplicáveis somente à União. Daí a necessidade de se discernir materialmente, dentro de uma mesma lei formal, disposições que tenham uma ou outra natureza. Isso porque, assim como uma disposição materialmente ordinária de uma lei formalmente complementar não muda de natureza pelo mero fato de se encontrar prevista naquela lei, uma disposição materialmente federal de uma lei formalmente nacional não passa a ser aplicável a todos os entes federativos pelo simples fato de se encontrar prevista naquele diploma legal.

O levantamento jurisprudencial feito na presente pesquisa confirma a exatidão da afirmação feita pelo Min. Gilmar Mendes de que “[...] *infelizmente, até são poucos os casos em que os estados-membros vêm até a esta Corte*”⁴³¹, a fim de instá-la a se pronunciar quanto à constitucionalidade de disposições que veiculam normas não-gerais em uma lei editada pela União a título de normas gerais. A princípio, seria do interesse dos entes subnacionais questionar a constitucionalidade de tais disposições, na medida em que a extrapolação das normas gerais pela União reduz o espaço para que esses as suplementem. Como observou o Min. Gilmar Mendes, em passagem citada há pouco, em jogo está a própria interpretação do disposto nos §§2º e 3º do artigo 24 da Constituição vigente, por meio dos quais se diferencia a competência legislativa exercida pelos Estados, nas matérias de competência concorrente, a título suplementar e supletivo. Dos pouquíssimos casos que chegaram à Corte, provavelmente o mais conhecido seja o da **ADI nº 927/RS**, proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no artigo 103, V, da Constituição vigente,

⁴²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 1/DF*. Inteiro teor do acórdão, p. 124.

⁴³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 377457/PR*. Recorrente: Antônio Glênio F. Albuquerque & Advogados Associados S/C. Recorrida: União. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 set. 2008. DJe nº 241, divulgado em 18/12/2008 e publicado em 19/12/2008.

⁴³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.060/SC.*, Brasília, 25 fev. 2015. Inteiro teor do acórdão, pp. 23-24. Voto Min. Gilmar MENDES

questionando a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 8.666/1993, conhecida como Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos. Além do artigo 1º, que preceitua que as disposições da referida lei se aplicam a Estados e Municípios e do artigo 118 que estabelece a obrigação de que esses adaptem suas respectivas legislações ao disposto na referida lei, o governador impugnou as alíneas “b” e “c” do inciso I e “a” e “b” do inciso II, bem como o §1º, todos do artigo 17 da lei, que assim dispõem:

“Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da Administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

[...]

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;

c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;

[...]

II – quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

[...]

§1º Os imóveis doados com base na alínea ‘b’ do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.”⁴³²

Em sua petição inicial, o governador alega que, a pretexto de editar normas gerais sobre a matéria, a União teria restringido de tal forma as hipóteses de alienação de bens públicos que, na prática, teria proibido sua doação a particulares, o que estaria inviabilizando uma política pública estadual de habitação, prevista na própria Constituição do Estado, destinada a áreas urbanas. Ele argumenta com base no conceito de normas gerais⁴³³ e na

⁴³² BRASIL. Lei nº 8.666 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos). Brasília: Congresso Nacional, 21 jun. 1993.

⁴³³ “Parece evidente que há, aí, manifesta extrapolação da competência constitucional da União [...]. Legislar sobre normas gerais significar dispor ‘com generalidade’ (= sem detalhamento, estabelecendo os grandes parâmetros, a ‘moldura’, dentro dos quais as normas locais específicas, e com detalhamento, deverão se acomodar), o que, à evidência, supondo a existência de normas não-gerais, específicas, até mesmo briga com a ideia de simplesmente... vedar. E foi isto, exatamente isto, o que fizeram os dispositivos mencionados (e muitíssimos outros da mencionada Lei 8.666/93, aqui não referidos apenas para centrar a discussão exatamente no ponto [...])” (grifos do original omitidos) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 927/RS. Petição inicial, p. 9.

interpretação das cláusulas de repartição de competências⁴³⁴ para concluir que as normas contidas na lei que não ostentem tal natureza não poderiam ser aplicadas aos Estados:

“Certo, normas não de existir na Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 que, sendo ‘gerais’, e versando ‘licitação e contratação (...) para a administração pública’, sejam extensivas aos Estados-membros e Municípios porque respaldadas na competência da União para dispor sobre a matéria (CF/88, art. 22, XXVII). Tal extensão, no entanto, derivando da natureza mesma da norma e, por isso mesmo, prescindindo de disposição expressa, não afastam a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, que o são exatamente porque a eles estendem a totalidade da lei, a qual, como se disse, inclui regras suscetíveis e não suscetíveis de se lhes aplicar.”⁴³⁵

Ao final, ele pede à Corte que utilize a técnica de decisão da interpretação conforme à Constituição, a fim de afastar a interpretação inconstitucional de que aquelas disposições da lei seriam aplicáveis a Estados e Municípios. Ao decidir o pedido cautelar para suspender a eficácia dos referidos dispositivos, o relator da ação, Min. Carlos Velloso, não sem antes reparar na redundância da expressão “normas gerais”⁴³⁶, ressalta o desafio que é lhe revelar o significado:

“A formulação do conceito de ‘normas gerais’ é tanto mais complexa quando se tem presente o conceito de lei em sentido material – norma geral, abstrata. Ora, se a lei, em sentido material, é norma geral, como seria a lei de ‘normas gerais’ referida na Constituição? Penso que essas ‘normas gerais’ devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que ‘norma geral’, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências.”⁴³⁷

Após repassar a posição da doutrina de Direito Administrativo quanto aos tipos de disposições legais que extrapolariam da noção de normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos, o Ministro acata o argumento do autor de que “[i]nconstitucionais, na citada Lei 8.666, de 21.06.93, seriam em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, os dispositivos que extrapulassem o conceito de norma geral. Esses dispositivos, que extrapulassem do conceito de norma geral, seriam constitucionais em relação à União e inconstitucionais em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios.” Pelo que conclui:

⁴³⁴ “Assim sendo, é sob a luz da autonomia das entidades jurídico-políticas da Nação, e pois, de modo estritíssimo, que devem ser lidos e interpretados os dispositivos constitucionais outorgadores de competência à União que, de uma forma ou outra, sejam passíveis de restringi-la.” (grifos do original omitidos) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 927/RS. Petição inicial, p. 7.

⁴³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 927/RS. Petição inicial, p. 12. (grifos do original omitidos)

⁴³⁶ Característica que já havia sido notada Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO. Vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, out./dez. 1988, p. 152.

⁴³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 927/RS. Inteiro teor do acórdão, p. 47.

“*Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que decorre da interpretação conforme à Constituição (Rep 1417, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 126, pág. 48; ADIn nº 581).*”⁴³⁸ A Corte, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido de liminar para: suspender a eficácia, com relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, de expressões contidas na alínea “b” do inciso I e também da alínea “b” do inciso II; e suspender a eficácia da alínea “c” do inciso I e do §1º, todos do artigo 17 da referida lei. Ressalte-se que, após a concessão da liminar, foram ouvidos o Presidente da República, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República que concordaram, em maior ou menor medida, com a adoção da técnica de decisão da interpretação conforme à Constituição para solucionar o caso.

Ressalte-se que o Governador do Estado de Goiás havia proposto a **ADI nº 933/GO**, questionando a constitucionalidade da alínea “b” do inciso I do artigo 17 da lei, por também inviabilizar políticas públicas estaduais, previstas na Constituição do Estado, de destinação de áreas públicas para assentamento de famílias de origem rural e de baixa renda ou para projetos específicos de cunho social ou ambiental. Ele argumenta que, ao esgotar a matéria, a União teria extrapolado das normas gerais, de modo que não só teria desbordado dos limites de sua competência, como violado a autonomia dos Estados. Aliás, argumento semelhante de que a invasão da esfera de competência de um ente federativo por outro encerraria não só um vício de inconstitucionalidade orgânica, mas também material por ofensa ao princípio federativo apareceria posteriormente na prática constitucional⁴³⁹. Defendeu-se aqui que, se a alegação de vício de inconstitucionalidade material não for autônoma em relação à alegação de vício de inconstitucionalidade orgânica (se aquela não sobreviver à insubsistência dessa), então tratar-se-ia, na realidade, da cogitação de um só vício de inconstitucionalidade. Diante do julgamento proferido na ADI nº 927/RS, o STF julgou prejudicado o pedido de liminar do Governador de Goiás⁴⁴⁰. Ressalte-se que, até o presente momento, essas ações não foram julgadas em caráter definitivo pela Corte.

⁴³⁸ Ambos os trechos citados são do voto do relator. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 927/RS*. Inteiro teor do acórdão, p. 49.

⁴³⁹ “*De início, convém salientar que toda inconstitucionalidade formal traz consigo uma inconstitucionalidade material subjacente. [...] Na hipótese da Ação Direta, [...] constata-se, nessa linha de raciocínio, a ofensa material ao princípio federativo, consagrado no art. 1º e fortalecido nos arts. 18 e 25 da Constituição da República.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2999/RJ*. Requerente: Governadora do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Gilmar Mendes. Petição inicial, p. 21.

⁴⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 933/GO*. Brasília, 04 nov. 1993. DJ 25-02-1994, p. 02591.

É importante observar que, posteriormente, a Lei nº 8.883/1994 viria a acrescentar a alínea “f” ao inciso I da referida lei, contemplando a hipótese de programas habitacionais de interesse social⁴⁴¹. Ressalte-se que, na **ADI nº 2990/DF** proposta, cerca de 10 anos depois, o Distrito Federal (que havia atuado na qualidade de *amicus curiae* na ADI nº 927/RS) viu questionada a constitucionalidade da Lei distrital nº 9.262/1996 que autorizava a venda, com dispensa de licitação, de determinadas áreas públicas urbanizáveis que foram objeto de parcelamento reconhecido pela autoridade pública⁴⁴². A Corte, porém, julgou improcedente a ação que havia sido proposta pela Procuradoria-Geral da República, com fundamento no artigo 103, VI, da Constituição vigente, por entender que a lei se enquadrava na hipótese de inexigibilidade de licitação, uma vez que a competição nesse caso de alienação de áreas já ocupadas seria inviável, além de permitida conforme disposto na alínea “f” do inciso I do artigo 17 da Lei nº 8.666/1993⁴⁴³. Ressalte-se somente que, nesse caso, a lei não foi questionada por usurpação de competência e sim por vício material de violação ao princípio da licitação.

Ressalte-se que, na **ADI nº 3774/RR**, proposta pelo Procurador-Geral da República, com fundamento no artigo 103, VI, da Constituição vigente, questionou-se a constitucionalidade da Lei estadual nº 430/2004 de Roraima, que institui serviço auxiliar voluntário na polícia militar e no corpo de bombeiros militar do Estado, estabelecendo, como requisito aos voluntários, a faixa etária de 18 a 35 anos, exclusive, o que contrariaria o disposto na Lei nº 10.029/2000 que fixa, para a prestação desse serviço, idade máxima de 23 anos. Ressalte-se que, nos termos do inciso XXI do artigo 22 da Constituição vigente, a União detém competência privativa para editar normas gerais sobre a organização das polícias militares e corpos de bombeiros militares, pelo que o autor alegou que o Estado, ao estabelecer idade máxima superior à prevista na lei da União, invadiu a competência dessa para editar normas gerais. Ao prestar informações, o Governador do Estado suscitou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da disposição contida na lei federal, por extrapolação do caráter de normas gerais: “Data maxima vênia, não foi o Estado quem extrapolou a sua competência legislativa ao editar os dispositivos impugnados na presente ação, mas sim a União que adentrou em pormenores ao editar o art. 3º da Lei Federal nº 10.029/2000, deixando de traçar norma de caráter geral para

⁴⁴¹ BRASIL. Lei nº 8.883. Brasília: Congresso Nacional, 8 jun. 1994.

⁴⁴² DISTRITO FEDERAL. Lei nº 9.262. Brasília: Câmara Legislativa, 12 jan. 1996.

⁴⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2990/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Relator para o acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 18 abr. 2007. DJe nº 087, divulgado em 23/08/2007 e publicado em 24/08/2007.

legislar sobre assunto específico reservado ao Estado.”⁴⁴⁴ A Min^a Cármen Lúcia observou que “[...] o Governador tentou até uma reconvenção em ação direta quando disse: não fui eu que invadi, foi a União. Propôs o contrário.”⁴⁴⁵ A controvérsia jurídica desse caso parece ter se cingido a perquirir qual a natureza da disposição que estabelece o requisito da faixa etária para ingresso na carreira. Assim, por entender que dispor sobre as condições de ingresso nas corporações militares estaduais teria a natureza de norma geral, o relator da ação, Min. Joaquim Barbosa, deferiu a cautelar. A Min^a Cármen Lúcia, por outro lado, por entender que “[a] lei é realmente federal e não nacional no que concerne – primeira distinção que faço – à idade.”⁴⁴⁶, indeferia o pedido. O Min. Ayres Britto, embora emprestasse interpretação restritiva à competência da União para editar normas gerais, entendeu que nesse caso a matéria demandaria uniformidade:

“Sempre tendo a situar, no campo das normas gerais, aquele tipo de comando passível de uma aplicação federativa uniforme, algo que, no plano lógico mais evidente, é de se aplicar sobranceiramente a todos os Estados da Federação e ao Distrito Federal. No caso, dispor sobre a idade mínima e máxima de concurso público para ingresso numa instituição que a Constituição mesma diz que é força auxiliar do Exército, parece-me que cai sobre a competência normativa geral da União.”

Nesse caso, quando do julgamento do pedido cautelar, prevaleceu o entendimento defendido pela Min^a Cármen Lúcia, no sentido da distinção entre as normas, pelo que foi negado o pedido de suspensão dos efeitos da lei estadual. Ressalte-se que, nesse julgamento, alguns Ministros se mostraram alarmados com o nível de detalhamento a que havia chegado a legislação editada pela União no que se refere à organização das corporações militares estaduais, o que foi interpretado pela referida Ministra como uma evidência da caráter unitarista do Estado, na linha de Konrad Hesse: “E o pior é que, por exemplo, para as Forças Armadas já há a altura mínima. Daqui a pouco, será isso mesmo: nem mais a cor do uniforme. Acabou. Realmente isso é Estado unitário; não é Estado federal.”⁴⁴⁷

Ainda em sede de controle abstrato, tem-se a **ADI nº 1627/DF** que foi proposta, com fundamento no artigo 103, VIII, da Constituição vigente, por três partidos políticos, questionando-se a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.424/1996 que determinavam

⁴⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 3774/RR*. Autos do processo, p. 32.

⁴⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 3774/RR*. Inteiro teor do acórdão, p. 184.

⁴⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 3774/RR*. Inteiro teor do acórdão, p. 181.

⁴⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 3774/RR*. Inteiro teor do acórdão, p. 193.

aos entes subnacionais que aprovassem, dentro do prazo e obedecendo os requisitos previstos na referida lei, um novo plano de carreira e remuneração do magistério. Os autores alegaram que tais dispositivos, ao disporem sobre pessoal, seriam inconstitucionais, tanto por violarem a autonomia dos referidos entes federativos como por extrapolarem das normas gerais. O relator da ação, Min. Octavio Gallotti, ao conceder a liminar, sustentou que a fixação de prazo para a aprovação dos respectivos planos pelos entes subnacionais abrangeria “[...] *além da competência concorrente relativa a [sic] educação e ao ensino, também a da organização de seu serviço público e a referente ao regime jurídico e à remuneração do pessoal.*”⁴⁴⁸ Quando do julgamento definitivo da ação, confirmando a liminar anteriormente concedida, a Min^a Cármen Lúcia corroborou que a lei, no que fixa esse prazo a ser observado pelos entes subnacionais, “[e]xorbita[ria], portanto, da competência reservada à União, pelo art. 24, inc. IX, da Constituição da República [...]”⁴⁴⁹. De todo modo, não ficou suficientemente claro se o fundamento para declaração da inconstitucionalidade parcial da lei teria sido a extrapolação das normas gerais ou a violação da autonomia dos entes subnacionais ou, ainda, uma combinação de ambos. Interessante observar que, nas informações apresentadas pelo Presidente da República, após a concessão da liminar, consta a seguinte passagem:

*“Se o limite constitucional deferido à União no art. 22, inciso XXIV fosse intransponível, como querem os requerentes, tornaria difícil ao hermenauta diferenciar o que é diretriz ou base, o que é regulamentação ou desdobramento do referido corolário constitucional. [...] cabe lembrar que o art. 22, inciso XXIV não deve ser entendido como um espartilho judicial, capaz de comprimir a União a tal ponto de impedi-la [sic] de ditar normas necessárias ao desempenho de seu mister constitucional [...]”*⁴⁵⁰

Uma discussão semelhante, mas que acabaria não prosperando, surgiu com relação à Lei complementar nº 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Na **ADI nº 2238/DF**, que foi proposta pelos mesmos três partidos políticos, questionou-se a constitucionalidade da referida lei em sua totalidade e, subsidiariamente, de vários de seus preceitos, por contrários também a diversas disposições constitucionais, incluindo o princípio federativo. Ao comentar a alegação de inconstitucionalidade artigo 20 da lei, que estabelece os limites globais por Poder de cada ente federativo, por violação ao disposto no artigo

⁴⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 1627/DF*. Inteiro teor do acórdão, pp. 138-139.

⁴⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1627/DF*. Inteiro teor do acórdão, p. 16.

⁴⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1627/DF*. Autos do processo, pp. 48-49. (grifos do original omitidos)

169 da Constituição vigente, o Min. Sepúlveda Pertence critica o processo de centralização por meio da expansão das leis nacionais:

“É certo que estamos longe do velho federalismo dualista e, cada vez mais, sucedem-se as chamadas leis nacionais [...], editadas pela União, compreendendo, porém, no seu universo normativo, os Estados e os Municípios. Apesar disso – e por mais que não se creia nisso – a Constituição que nos cabe guardar é federal, malgrado todas as interferências que a evolução centralizadora do nosso federalismo multiplica, a cada texto constitucional, das chamadas leis nacionais. Ora, sendo o sistema federal, creio que não se trata, ante o questionamento da validade de uma lei complementar federal, de indagar se a Constituição a veda, mas, sim, ao contrário de verificar se a permite. [...] Em nenhum outro ponto isso é tão rígido quanto naquele em que se indaga até onde uma lei federal, ainda que complementar, pode interferir diretamente em matérias de governo de Estados e Municípios.”⁴⁵¹

Como se sabe, a Corte acabaria não acatando esse argumento e indeferindo o pedido liminar de suspensão da eficácia com relação a esse dispositivo.

Outro exemplo de lei editada pela União cuja constitucionalidade foi questionada, agora em sede de controle concreto, por extrapolar das normas gerais é a Lei nº 9.717/1998, que dispõe sobre a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos entes federativos e dos militares dos Estados e do Distrito Federal. Segundo o relatório da decisão que concede a liminar, a **ACO nº 830/PR** foi proposta, com fundamento no artigo 102, I, “f”, da Constituição vigente, pelo Estado do Paraná e pelo Parana-previdência em face da União, com vistas à obtenção de ordem judicial para que a ré se abstivesse de aplicar qualquer sanção em virtude do descumprimento pelos autores do disposto na referida lei. O pedido funda-se na inconstitucionalidade da Lei nº 9.717/1998 e do Decreto nº 3.788/2001, que institui o Certificado de Regularidade Previdenciária, a ser expedido pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para atestar o cumprimento, pelos regimes próprios de previdência social dos entes subnacionais, das obrigações previstas na referida lei. Os autores teriam alegado que, em matéria previdenciária, competiria à União editar apenas e tão-somente normas gerais, porém o artigo 9º da lei conferiria àquele Ministério um poder de controle das instituições previdenciárias estaduais. Em sua contestação, a União teria argumentado que a Lei nº 9.717/1998 não extrapolaria das normas gerais e que o Decreto nº 3.788/2001 nada mais faria do que garantir sua eficácia. Além disso, teria alegado que o motivo pelo qual o certificado não havia sido emitido para o Estado seria que esse não teria cumprido exigências previstas na referida lei. Assim dispunham, à época, os dispositivos analisados pelo relator:

“Art. 7º O descumprimento do disposto nesta Lei pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e pelos respectivos fundos, implicará, a partir de 1º de julho de 1999:

⁴⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 2238/DF*. Inteiro teor do acórdão, pp. 102-103.

I – suspensão das transferências voluntárias de recursos pela União;
II – impedimento para celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como receber empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União;
III – suspensão de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais.
IV – suspensão de pagamento dos valores devidos pelo Regime Geral de Previdência Social em razão da Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999.
 [...]
 Art. 9º *Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:*
I – a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei;
II – o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais previstos nesta Lei.
III – a apuração de infrações, por servidor credenciado, e a aplicação de penalidades, por órgão próprio, nos casos previstos no art. 8º desta Lei.
 Parágrafo único. *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios prestarão ao Ministério da Previdência e Assistência Social, quando solicitados, informações sobre regime próprio de previdência social e fundo previdenciário previsto no art. 6º desta Lei.*⁴⁵²

Após examinar esses dispositivos, o relator, Min. Marco Aurélio, observou tratar-se de um “quadro normativo federal que, à primeira vista, denota o extravasamento dos limites constitucionais, da autonomia própria, em se tratando de uma Federação. Uma coisa é o estabelecimento de normas gerais a serem observados pelos Estados membros. Algo diverso é, a pretexto da edição dessas normas, a ingerência na administração dos Estados [...]”⁴⁵³, pelo que deferiu o pedido de liminar. Na sequência, a liminar seria referendada, por unanimidade, pelo Plenário da Corte. Após a concessão dessa liminar nesse caso, inúmeras outras foram concedidas em termos semelhantes. Considerando que o STF resolveu essa questão em sede de controle concreto de constitucionalidade, na qual os efeitos da decisão restringem-se às partes do processo, não houve nesse caso necessidade de avaliar qual seria a técnica de decisão mais adequada para afastar a inconstitucionalidade. Ressalte-se que, em decisão proferida recentemente no **RE nº 1007271/PE**, foi reconhecida a repercussão geral da questão, a fim de propiciar o reexame da tese pelo Plenário conforme voto do relator do referido recurso, Min. Edson Fachin⁴⁵⁴. Conforme ressaltava, tanto na doutrina como na jurisprudência⁴⁵⁵, Teori Albino ZAVASCKI ainda na vigência do CPC de 1973, o precedente

⁴⁵² BRASIL. Lei nº 9.717. Brasília: Congresso Nacional, 27 nov. 1998.

⁴⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Tutela Antecipada - Referendo Ação Cível Originária (ACOTAR) nº 830/PR*. Inteiro teor do acórdão, p. 171.

⁴⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RE-RG) nº 1007271/PE*, pp. 10-11.

⁴⁵⁵ “A segunda modificação importante para a eficácia expansiva das decisões do STF, trazida pela EC 45/2004, foi a que instituiu, como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a demonstração da

firmado em sede de repercussão geral (ainda que, tecnicamente, o recurso extraordinário trate-se de uma modalidade do controle concreto de constitucionalidade), desfruta de uma “força expansiva”, não mais restrita às partes do processo⁴⁵⁶ (sendo esse um dos motivos pelos quais ele sustentava a ocorrência de mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição vigente⁴⁵⁷). Assim, quando do julgamento definitivo do RE nº 1007271/PE, em se mantendo o entendimento no sentido da extrapolação da competência da União, os membros da Corte se enfrentarão com o problema da definição de uma interpretação do preceito que seja compatível com a Constituição vigente ou do afastamento de interpretações tidas como inconstitucionais.

Entende-se aqui que, em questões constitucionais envolvendo conflito entre o disposto em lei editada pela União a título de normas gerais, de um lado, e em leis editadas pelos entes subnacionais a título de suplementação, de outro, deve-se a princípio preferir a técnica da declaração de nulidade parcial sem redução de texto à interpretação conforme à Constituição. E isso por duas razões: a uma, porque a Corte, ao deixar de definir qual das possíveis interpretações é constitucional e deve prevalecer e passar a simplesmente afastar eventuais interpretações inconstitucionais, deixa de atuar como legislador positivo; a duas, porque pronunciar a inconstitucionalidade de certas interpretações em vez de “salvar” a constitucionalidade da lei, ou seja, ao proferir uma sentença de procedência e não de improcedência da ADI (o que, claro, tem menos importância em se admitindo a tese do caráter dúplice ou ambivalente das decisões do controle abstrato), pode ter um efeito pedagógico nas relações entre os entes federativos. É diferente que a Corte reconheça a inconstitucionalidade da atuação do Congresso Nacional quando esse, ao editar normas

‘repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei’ (Art. 102, §3º, da CF, regulamentado nos arts. 543-A e 543-B do CPC). Ora, a norma regulamentadora considerou como indispensável à caracterização da repercussão geral que as questões discutidas sejam relevantes sob dois distintos aspectos: (a) o material (‘relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico’) e (b) o subjetivo (‘que ultrapassem o interesse subjetivo da causa’). Esse segundo requisito evidencia o caráter objetivo de que se reveste a formação do precedente. Justamente com base nessa circunstância, o STF, ao examinar a natureza e o alcance do novo regime, deixou inequivocamente acentuado o efeito expansivo das decisões dele decorrentes para os demais recursos, já interpostos ou que vierem a sê-lo.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Reclamação (Rcl) nº 4335/AC. Inteiro teor do acórdão, pp. 160-161.

⁴⁵⁶ “[...] tem força vinculante erga omnes, além dos precedentes objeto da súmula vinculante, os que são formados em julgamento pelo regime da repercussão geral.” ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 54.

⁴⁵⁷ “Assim, considerando o atual quadro normativo, fruto de uma constante e progressiva escalada constitucional e infraconstitucional em direção à ‘dessubjetivização’ ou à ‘objetivação’ das decisões do STF, inclusive no controle incidental de constitucionalidade, é inquestionável a constatação de que, embora persista, na Constituição (art. 52, X, da CF/1988), a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional, o seu exercício foi paulatinamente perdendo a importância e o sentido que tinha originalmente, sendo, hoje, inexpressivas, ressalvado seu efeito de publicidade, as consequências práticas que dela podem decorrer.” (notas de rodapé omitidas) ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53.

gerais inclui, nessa legislação, normas de caráter não geral, que aquela que simplesmente define uma interpretação compatível com a Constituição, que passa a ser obrigatória dada a eficácia da decisão, sem levar esse a uma autorreflexão sobre sua atuação.

Em se alcançando, pela Corte, um consenso quanto ao conceito de normas gerais, pode ser interessante a adoção da técnica alemã do apelo ao legislador sempre recordada pelo Min. Gilmar Mendes, para que esse reveja disposições de legislação editada, sob a vigência da Constituição de 1988, pela União a título de normas gerais com extrapolação de tal natureza e – tanto quanto possível – revise o “o entulho centralista”, ou seja, a legislação editada *antes do advento da e incompatível com o conceito adotado pela Constituição de 1988*. Isto é, uma lei até poderia ser considerada, à época de sua edição ou da promulgação da Constituição, compatível ou recepcionada pela Constituição vigente, haja vista a ausência de um consenso em torno do conceito de normas gerais ou a prevalência de um outro conceito; porém, uma vez alcançado esse consenso, não mais se admitirá que como compatíveis com a Constituição ou recepcionadas por essa as disposições constantes de leis editadas pela União que não estejam conformes a esse conceito. Assim evita-se a declaração de inconstitucionalidade *tout court*, com os consectários da eficácia dessa decisão, de disposições constantes de leis importantes no ordenamento jurídico nacional, como a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei de Responsabilidade Fiscal, não sem antes sinalizar ao Congresso Nacional que isso pode vir a ser feito no futuro, com base nos parâmetros fixados desde logo pela Corte.

4 A “NOVA” JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE FEDERALISMO

4.1 SUPERAÇÃO DA ORIENTAÇÃO DA CORTE (“*OVERRULING*”?) EM MATÉRIA FEDERATIVA (O VOTO DO MIN. LUIZ FUX NA ADI nº 4.060/SC⁴⁵⁸)

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEM), propôs, com fundamento no inciso IX do artigo 103 da Constituição vigente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.060/SC, com vistas à declaração da inconstitucionalidade das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso VII do artigo 82 da Lei Complementar (LC) nº 170/1998 do Estado de Santa Catarina, que estabelecem o número máximo de alunos por sala de aula nos ensinos infantil, fundamental e médio, respectivamente, do sistema estadual de ensino. A autora alega que os referidos dispositivos da lei estadual violariam o disposto no artigo 25 da Lei nº 9.394/1996, mais conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), que confere “*ao respectivo sistema de ensino*” a incumbência de definir parâmetros para se “*alcançar a relação adequada entre o número de alunos e o professor*”⁴⁵⁹. Ela ressalta que, conforme disposto no artigo 17 da LDB, os sistemas estaduais de ensino compõem-se dos órgãos estaduais de ensino e de instituições de ensino – públicas e particulares. Assim, incumbiria a essas, segundo ela, à luz do disposto no inciso X do artigo 26 da lei estadual, fixar, a partir de critérios técnicos e pedagógicos, o número exato de alunos por sala de aula. Ao que parece, a autora entende que a lei cairia em contradição interna, tendo em vista que: de um lado, atribuiria à instituição de ensino a definição do número de alunos por sala de aula e, de outro, estabelece ela própria os números máximos para todo o sistema de ensino.

Em seguida, a autora alega que a lei estadual, ao estabelecer o número máximo de alunos por sala de aula, sem observar qualquer parâmetro definido pelo sistema estadual de ensino ou as condições materiais das instituições de ensino, teria descumprido o esquema previsto no artigo 25 da LDB: de que ao sistema estadual de ensino incumbiria estabelecer somente parâmetros e às instituições de ensino fixar o número exato. Assim, não tendo o legislador estadual observado o disposto em norma geral da União, não haveria que se falar em competência suplementar do Estado e sim em competência legislativa plena,

⁴⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4060/SC*. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 25 fev. 2015. DJe nº 081, divulgado em 30/04/2015 e publicado em 04/05/2015.

⁴⁵⁹ BRASIL. *Lei nº 9.394 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional)*. Brasília: Congresso Nacional, 20 dez. 1996.

sem atender ao requisito da lacuna de normas gerais, dada existência do artigo 25 da LDB, o que violaria o disposto no §3º do artigo 24 da Constituição vigente. Nesse ponto, a autora parece entrar em contradição: na tentativa de contornar o óbice à cognoscibilidade da questão pela via abstrata – a tese da inconstitucionalidade reflexa, indireta ou mediata – alega que, nesse caso, a inconstitucionalidade decorreria da inobservância ao princípio da hierarquia das leis, supostamente implícito no §3º do artigo 24, que é justamente o pressuposto da referida tese.

Convém, primeiramente, examinar os dispositivos invocados. O §3º do artigo 24 da Constituição vigente, como se sabe, dispõe que, à falta de normas gerais da União sobre uma determinada matéria de competência concorrente, os Estados ficariam habilitados para exercer “competência legislativa plena”, expressão que abarcaria tanto a competência para editar normas gerais como para suplementá-las. A autora indicou §3º como evidência da existência de uma suposta ordem hierárquica entre normas gerais e suplementares; os defensores dessa tese costumam presumi-la do disposto no §4º que estabelece que, uma vez exercida a competência legislativa plena pelo Estado na forma do §3º, caso a União venha a posteriormente editar normas gerais, suspender-se-ia a eficácia das disposições estaduais eventualmente contrárias. Já se teve oportunidade de defender aqui a impropriedade dessa interpretação: acaso houvesse uma ordem hierárquica entre normas gerais e suplementares, a consequência da edição superveniente de normas gerais, em relação às suplementares conflitantes, não seria a mera suspensão de sua eficácia e sim sua revogação. Aliás, a suspensão da eficácia é, na realidade, um indício da ausência de relação hierárquica, de que uma disposição de uma ordem jurídica não tem o condão de inquinar a validade de uma disposição de outra. O escopo do disposto no §4º é somente o de evitar que o Estado “tome o campo” (“*take the field*”) e de resguardar a competência da União na hipótese de, na omissão dessa, o Estado vir a exercer competência legislativa plena.

De todo modo, insistir na tese da hierarquia levaria ao não conhecimento da ação pelo STF, na medida em que esse, como se sabe, não admite, em sede de controle abstrato, ações que não envolvam um juízo de constitucionalidade e sim de mera legalidade, que seria justamente o caso se houvesse essa hierarquia entre normas gerais e suplementares. Como se viu anteriormente, a jurisprudência do STF com relação à aplicabilidade dessa objeção a questões de competência concorrente tem sido, no mínimo, hesitante: ora entende que os Estados, ao suplementarem as normas gerais da União, não podem contrariá-las, pelo que a ofensa à Constituição nesses casos seria meramente reflexa, indireta ou mediata; ora

entende que, se houver contrariedade entre norma geral e complementar, é porque um dos entes federativos (ou a União ou o Estado) desbordou de sua competência constitucional, pelo que a ofensa à Constituição seria, na realidade, primária, direta e imediata. Enfim, independentemente de a autora ter ou não indicado o dispositivo constitucional correto como parâmetro para resolver o caso, afinal ela própria reconhece que não há no caso lacuna de norma geral, a Corte ainda pode decidi-lo com base no princípio da causa de pedir aberta, que significa que essa, ao decidir sobre a constitucionalidade de leis em sede de controle abstrato, não está adstrita aos dispositivos constitucionais invocados como parâmetro, ou seja, tidos como violados pelo autor da ação.

Não se pode deixar de observar que a autora chegou a afirmar, na petição inicial, como se fosse um vício do ato, algo digno de censura, que os dispositivos questionados da lei estadual estariam “*inovando na [sic] ordem jurídica*”⁴⁶⁰. Note-se a que ponto levou a analogia – incentivada, em boa medida, pelo próprio STF – entre lei e regulamento, de um lado, e norma geral e complementar, de outro. A princípio, poderia até parecer que a relação entre ambos guardaria alguma similitude: afinal, ao regulamentar uma lei, não estaria o decreto a especificar o conteúdo de suas normas? Não surpreende realmente que tantos suponham, com base nos estudos sobre os atos normativos primários e secundários, a existência de uma suposta relação hierárquica entre normas gerais e suplementares. Mas, por acaso, a lei estadual que suplementa norma geral da União deixa de ser lei, ou seja, deixa de ser ato normativo primário e passa a ser ato normativo secundário? Já se teve a oportunidade de demonstrar aqui que tanto a norma geral como a complementar retiram da Constituição seu fundamento de validade, não havendo que se falar em ato normativo secundário para se referir a qualquer um dos dois. Sem falar na hipótese da existência de lacuna que, para o regulamento, seria uma limitação e, para norma complementar, seria um espaço de regulação.

Retomando a análise dos dispositivos invocados no caso, o inciso XXIV do artigo 22 e o inciso IX do artigo 24, todos da Constituição vigente, preveem como sendo da competência privativa da União legislar sobre “*diretrizes e bases da educação nacional*” e da competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre educação e ensino, respectivamente. Notando sinonímia entre as expressões “*normas gerais*” e “*diretrizes e bases*”, costuma-se criticar a alocação dessa competência legislativa fora da lista do artigo 24, atribuindo-a à má-técnica legislativa do Constituinte. O artigo 8º, *caput*, da LDB, que

⁴⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4060/SC*. Petição inicial, p. 9.

“[e]stabelece as diretrizes e bases da educação nacional”, determina que “[a] União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino”. O §2º preceitua que esses últimos terão “liberdade de organização nos termos desta Lei.” O artigo 17 da LDB, de fato, prevê que os sistemas estaduais e distrital de ensino compreendem: as instituições de ensino mantidas pelos Estados e pelo Distrito Federal, as instituições privadas de ensino fundamental e médio; as instituições de ensino superior mantidas pelos Municípios; e os órgãos estaduais e distritais de educação. Mas o que mais interessa para a análise desse caso é, de fato, o disposto no artigo 25, a norma geral tida como contrariada pela autora:

“Art. 25. Será objetivo permanente das autoridades responsáveis alcançar relação adequada entre o número de alunos e o professor, a carga horária e as condições materiais do estabelecimento.

Parágrafo único. Cabe ao respectivo sistema de ensino, à vista das condições disponíveis e das características regionais e locais, estabelecer parâmetro para atendimento do disposto neste artigo.”⁴⁶¹

O artigo 1º da lei estadual dispõe que “[o] Sistema Estadual de Educação [de Santa Catarina] é organizado nos termos desta Lei Complementar e no de leis estaduais específicas, observados os princípios e normas da Constituição Federal, da Constituição do Estado e das leis federais de diretrizes e bases da educação nacional.” Está claro, portanto, que se trata justamente da lei que organiza o sistema estadual de ensino e que visa a suplementar o disposto nas normas gerais da LDB. Como se viu, do disposto no inciso X do artigo 26, a autora extraiu a interpretação de que o número de alunos por sala de aula seria fixado pela própria instituição de ensino:

“Art. 26. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

[...]

X – o número de educandos por sala de aula, definido de acordo com critérios técnicos e pedagógicos, deve ser tal que possibilite adequada comunicação do aluno com o professor e aproveitamento eficiente e suficiente;”⁴⁶²

Como se pode ver, o dispositivo acima transcrito limita-se a dispor como (com base em que critérios) – nada diz por quem (qual dos integrantes do sistema estadual de ensino) – esse número deve ser fixado. A autora parece supor que somente a instituição de ensino, que está mais próxima da relação aluno-professor, é que teria condições de fazer essa avaliação. É preciso observar que, da maneira como foi posta a questão, analisar a quem,

⁴⁶¹ BRASIL. *Lei nº 9.394 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional)*. Brasília: Congresso Nacional, 20 dez. 1996.

⁴⁶² SANTA CATARINA. *Lei Complementar (LC) nº 170*. Florianópolis: Assembleia Legislativa, 07 ago. 1998.

dentro do sistema educativo estadual, incumbiria fixar o número exato de alunos por sala de aula não só não envolveria propriamente um juízo de constitucionalidade, mas de mera legalidade, como também não envolveria um juízo de compatibilidade da lei estadual com a nacional, mas uma análise da lei estadual em si mesma. Enfim, os dispositivos da lei estadual cuja constitucionalidade foi questionada, por contrariar norma geral da União, como se viu, foram as alíneas “a”, “b” e “c” do inciso VII do artigo 82:

“Art. 82. O Plano Estadual de Educação, articulado com os planos nacionais e municipais, será elaborado com a participação da sociedade catarinense, ouvidos os órgão [sic] colegiados de gestão democrática do ensino, incluído o Fórum Estadual de Educação, devendo, nos termos da lei que o aprovar, contemplar:

[...]

VII – número de alunos por sala de aula que possibilite adequada comunicação e aproveitamento, obedecendo a critérios pedagógicos e níveis de ensino, da seguinte forma:

a) na educação infantil, até quatro anos, máximo de 15 crianças, com atenção especial a menor número, nos dois primeiros anos de vida e, até os seis anos, máximo de 25 crianças;

b) no ensino fundamental, máximo de 30 crianças até a quarta série ou ciclos iniciais e de 35 alunos nas demais séries ou ciclos;

c) no ensino médio, 40 alunos.”⁴⁶³

Como se pode ver, a controvérsia jurídica do caso – tal como fora posta pela autora da ação – cinge-se a discutir se o Estado poderia ou não, por meio de seu Poder Legislativo, estabelecer os parâmetros para atendimento do disposto no artigo 25 da LDB. Ao que parece, a autora parte de uma interpretação literal do disposto nesse artigo (“[c]abe ao respectivo sistema de ensino [...]”) combinado com o 17 (“[o]s sistemas de ensino dos Estados [...] compreendem [...]”) da mesma lei, no qual os Estados não constam a título próprio, mas somente por meio de seus órgãos e instituições de ensino, para sustentar que esse não poderia estabelecer, por meio de lei, tais parâmetros. A seu ver, por integrarem o sistema estadual de ensino, incumbiria às próprias instituições de ensino a fixação, com base nos critérios previstos tanto na LDB como na lei estadual e nos parâmetros estabelecidos (por meio de atos regulamentares, ao que se presume da petição inicial) pelo sistema de ensino, do número exato de alunos por sala de aula. Esse argumento, no entanto, perde força ao se levar em consideração o disposto no *caput* e no §2º do artigo 8º da LDB, segundo o qual os Estados são livres para organizar, nos termos da referida lei, seus respectivos sistemas de ensino, assim como o disposto no artigo 1º da lei estadual que deixa claro que é aquela lei que organiza o sistema estadual de ensino. Isto é, a autora entende que, à luz do disposto no artigo 25 da LDB, caberia

⁴⁶³ SANTA CATARINA. *Lei Complementar (LC) nº 170*. Florianópolis: Assembleia Legislativa, 07 ago. 1998.

ao sistema estadual de ensino, mas não ao Estado por meio de lei, estabelecer o parâmetro, mas olvida-se de que, consoante dispõe o artigo 8º da mesma lei, é o Estado que organiza seu respectivo sistema de ensino, que é justamente o que faz a lei estadual parcialmente atacada.

Não se pode deixar de observar que a autora limitou-se a questionar *quem* poderia fixar esse número (se o Estado, por meio de seu Poder Legislativo, ou a própria instituição de ensino, que integra o sistema de ensino), no máximo, *como* esse número poderia ser fixado (com observância ou não dos parâmetros estabelecidos pelo sistema de ensino), mas não se esse número seria ou não adequado para todas as instituições que compõem o sistema estadual de ensino (levando em consideração as condições materiais de instituições privadas de ensino) que, ao que tudo indica, era o que ela pretendia fazer. Mas, para isso, seria necessário questionar não só a competência do órgão ou o procedimento adotado para fixar o parâmetro, mas também a proporcionalidade e a razoabilidade do parâmetro fixado em relação à iniciativa privada, invocando outras disposições constitucionais, o que demandaria uma análise muito diferente (de meios e fins) por parte do STF. Outro ponto que não foi questionado pela autora é, como os parâmetros fixados são relativamente baixos, se ainda seria possível dizer que a lei tenha fixado um parâmetro e não o próprio número de alunos por sala de aula – sequer foi explorada pela autora a elipse (que não se sabe aqui se foi intencional ou não) da expressão “*máximo de*” na alínea “c” relativamente ao ensino médio. Considerando que a iniciativa privada opera com base no lucro, é possível que esse número máximo se converta, na prática, no próprio número de alunos por sala de aula. Mas esse é outro tipo de análise que não se restringe à observância, pela lei estadual suplementar, das normas gerais da União, que é o que foi efetivamente questionado pela autora.

Em suas informações, o Governador do Estado de Santa Catarina ressaltou tratar-se de matéria de competência concorrente, em relação à qual os Estados podem legislar de modo a suplementar às normas gerais editadas pela União. Ele refutou a alegação da autora de que o Estado teria, na realidade, exercido competência legislativa plena, aduzindo que esse nada mais fez do que especificar o disposto no artigo 25 da LDB. Chama atenção que, ao prestar suas informações, a Assembleia Legislativa do referido Estado tenha, por sua vez, invocado a tese da inconstitucionalidade reflexa, indireta ou mediata, citando um precedente da Corte que trata da incompatibilidade entre uma instrução normativa e a lei que visa a regulamentar, com vistas a obstar o conhecimento da ação⁴⁶⁴. Na realidade, não há nada de surpreendente

⁴⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4060/SC*. Autos do processo, pp. 127-129.

– pelo contrário, é racional que adotem essa estratégia jurídica – no fato de os órgãos estaduais suscitarem a preliminar de incognoscibilidade da questão pela via abstrata, com vistas a evitar o conhecimento de uma ação que pode levar à declaração de inconstitucionalidade de uma lei estadual (talvez sequer estejam conscientes de que essa tese parte de uma premissa que deprecia o *status* jurídico da lei estadual, ao subordiná-la à lei federal).

O Advogado-Geral da União manifestou-se pela constitucionalidade dos dispositivos questionados da lei estadual, por entender que esses têm caráter específico, a fim de adaptar as normas gerais às peculiaridades locais, conforme precedente da Corte. O Procurador-Geral da República também opinou pela improcedência do pedido, ressaltando que o objetivo do artigo 25 da LDB pode ser alcançado pelos dispositivos questionados, não sem antes refutar a preliminar suscitada pela Assembleia Legislativa de que se trataria meramente de um juízo de legalidade. Considerando o papel que muitos atribuíram ao PGR para o processo de centralização em períodos anteriores da história brasileira, quando esse detinha o monopólio da provocação do controle abstrato de constitucionalidade, nesse caso parece ter havido uma inversão de papéis, com a Assembleia Legislativa levantando a tese, com a oposição do PGE, que se apoia na premissa de que a lei estadual suplementar é hierarquicamente inferior às normas gerais da União. Como se viu, essa inversão de papéis é só aparente, na medida em que é racional que os Estados suscitem preliminares, visando a obstar o conhecimento de ação que possa levar à declaração de inconstitucionalidade de lei estadual.

O STF, por unanimidade e nos termos do voto do relator, Min. Luiz Fux, afastando a preliminar de incognoscibilidade da questão em sede de controle abstrato de normas, que havia sido suscitada pela Assembleia Legislativa do Estado com base no argumento da inconstitucionalidade reflexa, indireta ou mediata, conheceu da ação para, no mérito, julgá-la improcedente, por não verificar, no caso, usurpação pelo Estado da competência da União para expedir normas gerais, tendo a lei estadual se limitado a especificar o disposto no preceito tido como violado pela autora. O relator principia seu voto ressaltando o perfil centralizador do Estado federal brasileiro, o que, a seu ver, teria duas causas: primeiro, a concentração de poderes na União pelas cláusulas de repartição de competências da Constituição vigente; e, segundo, a interpretação expansiva das cláusulas constitucionais que atribuem competências à União pelo Supremo Tribunal Federal. Em suas palavras:

“Embora existam diferentes modelos de federalismo, há alguns elementos mínimos sem os quais uma federação se descaracterizaria. Dentre estes elementos se destaca a efetiva autonomia política dos entes federativos, que se traduz nas prerrogativas do autogoverno, auto-organização e autoadministração. Neste aspecto, a federação

brasileira ainda se revela altamente centralizada, muitas vezes beirando o federalismo meramente nominal. Vislumbro dois fatores essenciais para esse quadro. O primeiro é de índole jurídico-positiva: a engenharia constitucional brasileira, ao promover a partilha de competências entre os entes da federação (CRFB, arts. 21 a 24), concentra grande quantidade de matérias sob a autoridade legislativa da União. O segundo fator é de natureza jurisprudencial. Não se pode ignorar a contundente atuação do Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade de lei ou ato federal e estadual, especialmente inspirado no ‘princípio da simetria’ e numa leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União.”⁴⁶⁵

Alguns pontos do trecho acima transcrito do voto do relator merecem ser ressaltados: primeiro, o reconhecimento do processo de centralização no federalismo como um problema, na medida em que tolhe a autonomia dos entes subnacionais; e o segundo é o reconhecimento do papel desempenhado pela jurisprudência do STF para o agravamento desse problema. Não deixa de ser admirável que um Ministro do STF – sobretudo levando em consideração que ele seria corroborado pelos seus pares – aponte expressamente a jurisprudência da própria Corte como uma das causas do problema. Diante desse diagnóstico, o Ministro exorta a Corte a reconsiderar seu posicionamento com relação a conflitos legislativos envolvendo entes federativos, propondo uma espécie de princípio do “*in dubio pro autonomia*” dos entes subnacionais, como forma de consagrar o valor do pluralismo. Mais uma vez, nas palavras do Ministro:

“Acredito seja momento de a Corte rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, passando a prestigiar as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição. Essa diretriz parece ser a que melhor se acomoda à noção de federalismo como sistema que visa a promover o pluralismo nas formas de organização política.”⁴⁶⁶

Ressalte-se que, na ementa do acórdão, essa sua proposição recebe o nome de “*prospective overruling*” que, na linguagem processual, significa superação de precedente com efeitos para o futuro:

“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 as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988.”⁴⁶⁷

Ressalte-se, no entanto, que essa “presunção de constitucionalidade” de leis dos entes subnacionais foi formulada em termos bastante amplos: desde que não contrariem

⁴⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4060/SC*. Inteiro teor do acórdão, pp. 7-8.

⁴⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4060/SC*. Inteiro teor do acórdão, p. 9.

⁴⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4060/SC*. Inteiro teor do acórdão, p. 2.

norma constitucional “expressa e inequívoca”. Quer isso dizer que essa presunção não poderia ser afastada caso se cogitasse de contrariedade à norma constitucional implícita? Provavelmente o que o Ministro quis dizer é que a Corte só deveria declarar inconstitucionais leis dos entes subnacionais que se mostrem manifestamente, flagrantemente, categoricamente inconstitucionais. Mas haveria nisso alguma novidade? Afinal, sempre se admitiu a presunção de constitucionalidade das leis em geral e a necessidade de deferência da Corte Constitucional ao legislador ordinário. Haveria, por acaso, algum motivo para supor que, antes, a presunção de constitucionalidade se restringia às leis federais? Como se sabe, ressalvadas as hipóteses em que se admite que ele peça a pronúncia da inconstitucionalidade, o próprio Advogado-Geral da União, ao manifestar-se no procedimento das ADIs e ADCs, deve defender a constitucionalidade tanto de leis da União, como de leis dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Ministro chega, inclusive, a sugerir que essa presunção em favor da autonomia dos entes subnacionais seja aplicada como limite à expansão do conceito de normas gerais, que só se afastaria caso se constate a necessidade inequívoca de uniformização da legislação:

“Em consonância com as premissas teóricas firmadas linhas atrás, cumpre não inflacionar a compreensão das ‘normas gerais’, o que afastaria a autoridade normativa dos entes regionais e locais para tratar do tema. Assim é que, não havendo necessidade autoevidente de uniformidade nacional na disciplina da temática, proponho prestigiar a iniciativa local em matéria de competências legislativas concorrentes. O benefício da dúvida deve ser pró-autonomia dos Estados e Municípios.”⁴⁶⁸

Se o fundamento da presunção de constitucionalidade das leis dos entes subnacionais for realmente a presunção de constitucionalidade das leis em geral, a presunção proposta não se prestaria ao propósito de restringir o conceito de normas gerais, afinal a lei nacional de normas gerais, como toda e qualquer lei, gozaria da mesma presunção de constitucionalidade. Aliás, o problema de se trabalhar com presunções para resolver conflitos envolvendo leis emanadas por distintos entes federativos é, primeiro, que essas devem encontrar respaldo na própria Constituição e, segundo, deve-se questionar se a presunção concedida a um ente federativo não poderia, com base no mesmo fundamento, ser também concedida ao outro. Poder-se-ia, assim, perguntar qual seria a norma constitucional da qual derivaria a presunção proposta pelo Ministro em seu voto? Uma resposta possível, que difere da presunção da constitucionalidade das leis em geral e que parece ser compatível com a linha de argumentação desenvolvida pelo Ministro em seu voto seria: o conceito de federalismo e a autonomia dos

⁴⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4060/SC*. Inteiro teor do acórdão, p. 15.

entes subnacionais. Ocorre que o federalismo, tal como fora adotado na Constituição vigente, também concede autonomia à União, conforme consta no *caput* do artigo 18, de modo que uma presunção do tipo “*in dubio pró-autonomia*” de somente uma parte dos entes federativos ali especificados encerraria um “fator de discrimen”. Como justificar que a União seja alijada dessa presunção de constitucionalidade? Uma outra resposta possível e compatível com a argumentação do Ministro em seu voto⁴⁶⁹ seria: o princípio do pluralismo. Tal princípio encontra-se previsto na forma “pluralismo político” no inciso V do artigo 1º da Constituição vigente, consagrado como um fundamento do Estado federal como um todo. Do princípio do pluralismo político seria preciso derivar, por processos hermenêuticos, o pluralismo territorial e, feito isso, justificar por que a presunção fundada no pluralismo territorial, que se estenderia somente aos entes subnacionais, afastaria ou se sobreporia à presunção de constitucionalidade das leis em geral, que não deixou de existir e que também se estende à União. Um trabalho e tanto de hermenêutica.

Em que pese à alegação de “*prospective overruling*”, ou seja, de que a Corte estaria modificando dali para frente seu entendimento quanto a esse tipo de caso, o Min. Luiz Fux cita dois precedentes que corroborariam os fundamentos de seu voto. O primeiro é a ADI nº 1.399/SP⁴⁷⁰, em que o Governador do Estado de São Paulo questionou a constitucionalidade da Lei nº 9.164/1995, do mesmo Estado, que instituiu a obrigatoriedade da oferta, na rede pública de ensino, por professor com formação específica, da disciplina “educação artística”, com carga horária de 2 horas-aula semanais, da primeira à oitava séries do primeiro grau e da primeira à segunda série do segundo grau⁴⁷¹. Segundo o governador, ao dispor sobre a carga horária da disciplina, a lei estadual usurparia competência do Poder Executivo, violando o princípio da separação dos poderes e, ao dispor sobre a formação do professor que irá ministrar a disciplina, invadiria a competência privativa da União sobre diretrizes e bases da educação, cujo artigo 30 não faria qualquer distinção, com base na disciplina ministrada, da formação profissional dos professores da primeira à quarta série do primeiro grau⁴⁷².

⁴⁶⁹ “*Não se pode perder de mira que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos o pluralismo político (CFRB, art. 1º, V). Propõe-se, assim, que a regra geral deva ser a liberdade para que cada ente federativo faça as suas escolhas institucionais e normativas, as quais já se encontram bastante limitadas por outras normas constitucionais materiais que restringem seu espaço de autonomia.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4060/SC*. Inteiro teor do acórdão, pp. 10-11.

⁴⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1399/SP*. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Intimada: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 03 mar. 2004. DJ 11/06/2004, p. 4.

⁴⁷¹ SÃO PAULO. *Lei nº 9.164*. São Paulo: Assembleia Legislativa, 17 mai. 1995.

⁴⁷² BRASIL. *Lei nº 5.692 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional)*. Brasília: Congresso Nacional, 11 ago. 1971.

Acatando o segundo vício apontado pelo governador, a ação foi julgada parcialmente procedente pela Corte, de modo a afastar a exigência da formação específica, que já havia sido suspensa quando do julgamento da liminar⁴⁷³. O trecho do voto do relator que foi citado pelo Ministro⁴⁷⁴, que se refere ao primeiro vício apontado pelo governador parece ter caráter de *obiter dictum*⁴⁷⁵, na medida em que aquele ponto da lei não havia sido atacado como uma invasão da competência da União. Sendo assim, não parece que aquele caso possa servir de precedente para esse.

Já com relação ao segundo caso, o precedente parece ser forte. Na ADI nº 682/PR⁴⁷⁶, o Governador do Estado do Paraná questionou a constitucionalidade da Lei nº 9.346/1900, do mesmo Estado, que facultou a matrícula antecipada, na primeira série do primeiro grau, de aluno que viesse a completar 6 anos de idade até o término do ano letivo, desde que observadas as exigências previstas na lei⁴⁷⁷. Segundo o governador, a lei estadual invadiria a competência privativa da União sobre diretrizes e bases da educação que, em seu artigo 19, previu a idade mínima de 7 anos para ingresso no primeiro grau⁴⁷⁸. Nas suas palavras: “[...] *quando estabelece idade mínima diversa para o ingresso no 1º grau está substituindo tarefa de emitir normas gerais, reservada à lei federal pelo Texto Constitucional.*”⁴⁷⁹ Ocorre que, de forma análoga à desse caso, o §1º do referido artigo abria uma exceção a ser disciplinada por cada sistema de ensino: “[a]s normas de cada sistema disporão sobre a possibilidade de ingresso no ensino de primeiro grau de alunos com menos de sete anos de idade.” Como ressaltou o Relator, Min. Maurício Corrêa, em seu voto: “[...] a Lei federal nº 5.692, de 1971, facultou inteiramente aos Estados o exercício de

⁴⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1399/SP*. Inteiro teor do acórdão, pp. 32-33.

⁴⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4060/SC*. Inteiro teor do acórdão, p. 18.

⁴⁷⁵ “A propósito, a doutrina do precedente distingue entre *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obiter dictum*, ou seja, todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, todavia não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão. [...] Os *obiter dicta* não têm nenhuma eficácia e não podem ser invocados como precedentes nas decisões dos casos sucessivos, já que não condicionaram a decisão do caso anterior.” TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de processo (REPRO)*, v. 199, set. 2011, pp. 145-146.

⁴⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 682/PR*. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Intimado: Governador do Estado do Paraná. Intimada: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Min. Maurício Corrêa, Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 08 mar. 2007. DJe nº 013, divulgado em 10/05/2007 e publicado em 11/05/2007.

⁴⁷⁷ PARANÁ. Lei nº 9.346. Curitiba: Assembleia Legislativa, 23 jul. 1990.

⁴⁷⁸ BRASIL. Lei nº 5.692 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Brasília: Congresso Nacional, 11 ago. 1971.

⁴⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 682/PR*. Petição inicial, p. 4.

*sua competência legislativa SUPLEMENTAR (art. 24, §2º, da CF), ao convocá-los para regulamentar a excepcionalidade por ela admitida em seu art. 19, §§1º e 2º [...]. Afastar essa prerrogativa do Estado-Membro, não vedada pela Constituição Federal e autorizada pela Lei de Diretrizes da Educação, seria mutilar ainda mais o já angusto rol das competências a ele reservadas.”*⁴⁸⁰ A Corte, por unanimidade, julgou improcedente a ação, por não entender que a lei estadual, ao simplesmente disciplinar exceção prevista na própria norma geral, tenha invadido a competência da União.

Em, pelo menos, mais um precedente, a Corte adotou entendimento semelhante: o de que não há que se cogitar de extrapolação da competência suplementar pelos Estados ou de invasão da competência da União para editar normas gerais, quando a lei estadual limita-se a regulamentar o conteúdo de uma disposição a convite expresso dessa própria. Na ADI nº 3.669/DF⁴⁸¹ (que não foi invocada como precedente no voto do Min. Luiz Fux, nem se encontra na amostra da presente pesquisa), o Governador do Distrito Federal questionou a constitucionalidade da Lei distrital nº 3.694/2005, que instituiu a obrigatoriedade de oferta, na rede distrital de ensino, da disciplina de língua espanhola, como opção de língua estrangeira, a ser implementada progressivamente: primeiro, a partir da primeira série do ensino médio e, depois, a partir da quinta série do ensino fundamental⁴⁸². Ressalte-se que a Lei nº 11.161/2005, que seria posteriormente revogada, havia tornado obrigatória a oferta da referida disciplina no ensino médio e facultativa da quinta à oitava série do ensino fundamental⁴⁸³. Segundo o governador, “[...] a existência de lei federal contendo norma geral (Lei 11.161/05) acerca da oferta do ensino de língua espanhola nos currículos do ensino fundamental e médio, impede a edição de norma que fixa diretriz diversa no âmbito normativo do Distrito Federal, sob pena de violação ao art. 24, §§1º e 2º da Magna Carta.”⁴⁸⁴ A Corte, por unanimidade, acolheu o voto da Relatora, Min^a Cármen Lúcia, e julgou improcedente a ação. Em seu voto, ela observa que: “[o] que a Lei distrital nº 3.694/2005 fez não foi mais que o traçado, no âmbito

⁴⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 682/PR*. Inteiro teor do acórdão, pp. 69-70.

⁴⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3669/DF*. Requerente: Governador do Distrito Federal. Intimada: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relatora: Min^a Cármen Lúcia. Brasília, 18 jun. 2007. DJe nº 047, divulgado em 28/06/2007 e publicado em 29/06/2007.

⁴⁸² DISTRITO FEDERAL. Lei nº 3.694. Brasília: Câmara Legislativa, 8 nov. 2005.

⁴⁸³ BRASIL. *Lei nº 11.161*. Brasília: Congresso Nacional, 05 ago. 2005.

⁴⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3669/DF*. Petição inicial, p. 4.

*do Distrito Federal, da forma de se dar cumprimento à definição do conteúdo relativo ao ensino da língua espanhola nos estabelecimentos desse ente federado.*⁴⁸⁵

Note-se quão semelhante é o entendimento adotado nesses precedentes com o que seria adotado pelo Min. Luiz Fux para julgar improcedente a ADI nº 4.060. Após lançar as premissas teóricas de seu voto, o Ministro observou que o artigo 25 “[da] *lei federal possibilita, assim, que o sistema estadual detalhe de que maneira a proporção entre alunos e professores deve se verificar no âmbito local.*”⁴⁸⁶ E conclui: “*É evidente, pois que a Lei Complementar nº 170/98 do Estado de Santa Catarina tão-somente esmiúça a lei-quadro editada pela União, não avançando sobre matéria de competência da entidade central ao disciplinar quantos alunos devem estar presentes em sala de aula.*”⁴⁸⁷

Se havia precedentes da Corte envolvendo a mesma controvérsia jurídica (relativa a se os Estados, ao simplesmente disciplinarem, a convite da norma geral, a hipótese nela prevista, estariam invadindo a competência da União para editar normas gerais), inclusive em relação à mesma área de política pública (educação e ensino) e decidindo favoravelmente aos Estados, como pode o Min. Luiz Fux sustentar que a decisão adotada na ADI nº 4.060/SC significou uma “*prospective overruling*”? Ao que tudo indica, o Ministro emprestou à expressão um significado mais amplo do que a doutrina se lhe costuma atribuir: em vez de tratar da superação de precedentes específicos⁴⁸⁸, tratou da mudança na orientação da Corte com relação a um determinado tema: federalismo. Mais concretamente: a tendência, a propensão, a predisposição da Corte a julgar favoravelmente à União em casos envolvendo conflito entre leis editadas por diferentes entes federativos. Ele pretendeu apenas sinalizar que a Corte teria revisto sua orientação com relação a questões federativas e que, a partir daquela decisão, passaria a contemplar as leis dos entes subnacionais que não se mostrassem, à toda evidência, inconstitucionais.

⁴⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3669/DF*. Inteiro teor do acórdão, p. 633.

⁴⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4060/SC*. Inteiro teor do acórdão, p. 16.

⁴⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4060/SC*. Inteiro teor do acórdão, p. 17.

⁴⁸⁸ “As decisões judiciais operam normalmente a partir de casos. [...] Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. [...] O precedente é formado a partir da decisão judicial. [...] O precedente pode ser identificado com a *ratio decidendi* de um caso ou de uma questão jurídica – também conhecido *holding* do caso. A *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz.” (notas de rodapé omitidas) E: “A superação de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste de sua dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica.” MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de processo (REPRO)*, v. 206, abr. 2012, pp. 70-71; 73.

Sendo assim, ao que tudo indica, ainda que não tenha empregado expressamente este termo, o Ministro estaria na realidade tratando genericamente de jurisprudência e não de precedentes⁴⁸⁹, tanto é que não indicou qual ou quais precedentes teriam sido efetivamente superados. O problema é que, no mais das vezes e esse caso não é exceção, a jurisprudência não é coesa⁴⁹⁰, encontrando-se decisões tanto em um sentido como em outro. De todo modo, é preciso reconhecer que o Ministro, provavelmente preocupado com a segurança jurídica, acertou⁴⁹¹ ao fazer constar na ementa do acórdão a mudança da orientação da Corte. Como observa Daniel MITIDIERO, “[p]ara a proteção da confiança depositada no precedente e da igualdade de todos perante a ordem jurídica, a superação do precedente normalmente é sinalizada (signaling) pela Corte e, em outras, a eficácia da superação do precedente só se realiza para o futuro (prospective overruling).”⁴⁹²

Mas o que realmente importa é se a Corte, de fato, passará a adotar sistematicamente esse entendimento – independentemente de ser ou não novo –, em conflitos legislativos envolvendo a União, de um lado, e os entes subnacionais, de outro, não mais preterindo as iniciativas legislativas desses em favor daquela. E a decisão da ADI nº 4.060/SC tem sido realmente invocada, como precedente, em diversos casos subsequentes⁴⁹³: pelo próprio Min.

⁴⁸⁹ “Considero, contudo, que entre precedente e jurisprudência exista uma nítida distinção, a respeito da qual procurarei esclarecer alguns aspectos. Existe, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – quantitativo. Quando se fala do precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. [...] identificar uma diferença qualitativa entre precedente e jurisprudência. O precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. [...] O emprego da jurisprudência tem características bastante diversas. Primeiramente, falta a análise comparativa dos fatos, ao menos na grandíssima maioria dos casos.” TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de processo (REPRO)*, v. 199, set. 2011, pp. 142-143.

⁴⁹⁰ “De um lado, é verdade, não se sabe quase nunca se de fato se chega a conhecer toda a jurisprudência (o que é amiúde impossível) ou ao menos toda a jurisprudência relevante sobre uma determinada questão. De outro lado, frequentemente se descobre que a jurisprudência é incoerente e contraditória: se tratará, então, de estabelecer se há ou não há jurisprudência conforme, se há uma jurisprudência prevalente, se a jurisprudência é incerta, ou se até mesmo é uma situação de caos jurisprudencial.” TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de processo (REPRO)*, v. 199, set. 2011, p. 145.

⁴⁹¹ “A confiança depositada pelo jurisdicionado no precedente não pode ser desconsiderada pelo STF. O responsável pela legítima [sic] expectativa criada em favor do jurisdicionado deve zelar para que as situações que se pautaram no precedente sejam efetivamente respeitadas, sem deixar de considerar, igualmente, os fatores que possam fazer crer que a confiança no precedente já teria esmorecido. No direito estadunidense, a prática judicial dos efeitos retroativo e prospectivo é variada. Em caso de revogação do precedente, caminha-se entre a eficácia geral simplesmente retroativa – o que comumente ocorre – e a eficácia geral plenamente prospectiva, admitindo-se, em determinados casos, a irretroatividade da decisão em relação ao próprio caso sob julgamento. Trata-se do que se chama de pure prospective overruling.” (nota de rodapé omitida) MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes. *Revista de processo (REPRO)*, v. 184, jul. 2010, pp. 30-31.

⁴⁹² MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de processo (REPRO)*, v. 206, abr. 2012, p. 73.

⁴⁹³ Nem todos os casos aqui citados encontram-se na amostragem da presente pesquisa.

Luiz Fux no RE nº 586.224/SP (no qual ele se referiu àquele como sendo o “*leading case*”), no MS 33.046/PR e nas ADIs nº 2.663/RS, 2.030/SC e 5.646/SE; pelo Min. Edson Fachin, nas ADIs nº 3.835/MS, 5.356/MS, 4.861/SC, 5.253/BA, 3.735/MS, 3.937/SP, 3.356/PE e 3.357/RS, assim como no RE nº 194.704/MG; e pela Min^a Cármen Lúcia, nas ADIs nº 1.627/UF e 5.540/MG. Ressalte-se que o fato de ter sido citado em diversos votos de decisões subsequentes não pode ser interpretado como evidência de que a Corte tenha, de fato, revisto sua orientação. Como se viu, não há como se presumir a consistência da jurisprudência da Corte: é perfeitamente possível que o precedente seja citado em um voto, mas seu entendimento não prevaleça no julgamento colegiado e mesmo que o precedente esteja sendo contrariado em outras decisões que não o citam.

O fato de o Ministro ter sido acompanhado por todos os seus pares naquele julgamento, sendo que alguns inclusive fizeram questão de registrar que estavam acolhendo o voto do relator integralmente⁴⁹⁴, de modo que o precedente ali formado tem a força da unanimidade, criou a expectativa entre os observadores de que a Corte iria, enfim, reverter sua tendência em favor da centralização. Tome-se, como exemplo, o seguinte trecho do voto concorrente do Min. Celso de Mello: “*Entendo que o voto eminente Ministro LUIZ FUX estimula reflexão necessária e essencial ao processo de reconstrução, ainda que por via jurisdicional, da ideia de Federação em nosso país, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, no exercício legítimo de sua jurisdição constitucional, protagonizar esse processo.*”⁴⁹⁵ Como se pode ver, o Min. Luiz Fux parece ter realmente convencido seus pares de que o STF tem um papel a desempenhar na reestruturação do Estado federal brasileiro.

Não se põe em dúvida que o julgamento da ADI nº 4.060/SC pode vir a representar um marco na jurisprudência do STF em matéria federativa, tudo irá depender de se a Corte irá manter-se consistente, em casos subsequentes, com o entendimento ali firmado. A decisão foi devidamente celebrada pelos defensores da descentralização e o voto contém passagens que certamente serão invocadas pelos entes subnacionais, quando chamados para se manifestar em ações de controle abstrato. Se isso de fato ocorrer, o mérito é todo do Min. Luiz Fux que viu, em um caso relativamente simples e que, a princípio, não era significativo do ponto de vista federativo (tanto que sequer houver oposição entre a União e os entes subnacionais, com a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República pronunciando-se pela

⁴⁹⁴ Vide voto dos Ministros Luís Roberto Barroso e Celso de Mello. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4060/SC*. Inteiro teor do acórdão, pp. 20; 30.

⁴⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4060/SC*. Inteiro teor do acórdão, p. 30. Voto do Min. Celso de Mello. (grifos do original omitidos)

constitucionalidade das disposições da lei estadual e, conseqüentemente, pela improcedência da ação), uma oportunidade para propor a revisão da jurisprudência da Corte. Não se pode deixar de observar, no entanto, que essa não era estritamente necessária para decidir o caso favoravelmente aos Estados, tendo em vista que havia precedentes reconhecendo a constitucionalidade da lei estadual em casos semelhantes sem recorrer a presunções de constitucionalidade ou a princípios de “*in dubio pró-autonomia*” preterindo a União. De todo modo, o voto do Ministro foi importante por ter chamado atenção para o papel desempenhado pelas decisões do STF no processo de centralização do federalismo brasileiro. Graças ao passo ousado do Ministro, descobriu-se uma Corte disposta a repensar seu entendimento com relação a federalismo e à posição dos entes subnacionais nas relações intergovernamentais.

Ressalte-se que outros Ministros já haviam ensaiado, no passado, passos nesse sentido. No período mais recente, pode-se mencionar o Min. Menezes Direito:

*“O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: [...] Tenho manifestado, sempre, com muita insistência, que temos de fazer até mesmo uma grande revisão do princípio federativo brasileiro, que ao longo do tempo esta Suprema Corte, no tocante a constituições anteriores, estreitou, a meu ver, demasiadamente. E, agora, diante da Constituição dos 80, tenho como necessário fazer uma revisão para ampliar a natureza federativa do Estado brasileiro.”*⁴⁹⁶

*“Eu tenho me preocupado bastante, incluindo a leitura de diversos precedentes da nossa Suprema Corte, com relação ao princípio da Federação brasileira, a partir da Constituição de 1988. Nós todos temos consciência de que, até a Constituição de 1988, particularmente os eminentes Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, a interpretação que o Supremo dava, no que concerne aos dispositivos constitucionais, era muito estreita no sentido de transformar a nossa Federação basicamente em um Estado unitário, a tal ponto chegou o princípio da pertinência com relação aos temas fundamentais das constituições estaduais em face da Constituição Federal. A sensação que me passa agora é que, coma Constituição de 1988, nós temos de ampliar o conceito da Federação brasileira.”*⁴⁹⁷

É preciso reconhecer ainda que esse não era exatamente o caso ideal para se formar um precedente em matéria federativa. Com efeito, a ação foi proposta por uma entidade da sociedade civil, questionando disposições de uma lei estadual com base em argumentos formais e orgânicos, não por preocupar-se com a higidez da competência legislativa da União, mas por não se conformar com o conteúdo de tais disposições. Ressalte-se que essa ação, assim como os dois precedentes, não foi proposta pelo Presidente ou pelo Procurador-Geral da República, sendo que, quando chamadas a se manifestar, a Advocacia-Geral da União e

⁴⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 2.832-4/PR*. Brasília, 7 mai. 2008, pp. 183-184. Voto Min. Menezes Direito.

⁴⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 124-8/SC*. Brasília, 1º ago. 2008, pp. 20-21. Voto Min. Menezes Direito.

a Procuradoria-Geral da República posicionaram-se pela constitucionalidade das disposições questionadas da lei estadual e, conseqüentemente, pela improcedência da ação. É verdade que esses provavelmente não contavam com a enunciação de uma presunção de constitucionalidade em favor somente dos entes subnacionais ou com o anúncio da revisão da jurisprudência da Corte sobre o tema. Não seria esse o caso, no entanto, em que o STF, em uma perspectiva da pluralidade dos intérpretes constitucionais, iria preterir a interpretação da Constituição da República, particularmente dos parágrafos do artigo 24, feita pelos representantes da União, em favor da interpretação feita pelos representantes dos entes subnacionais. O Min. Luiz Fux chegou inclusive a afirmar, em seu voto, que considerava suficiente, para refutar a alegação de inconstitucionalidade das disposições questionadas da lei estadual, o fato de que “[...] *foi a própria União que [no parecer da AGU] colocou em xeque qualquer tentativa de caracterizar as regras impugnadas como normas gerais.*”⁴⁹⁸

⁴⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4060/SC*. Inteiro teor do acórdão, p. 15.

4.2 PROPOSTA DE RECONHECIMENTO (OU INCORPORAÇÃO?) DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (O VOTO VENCIDO DO MIN. EDSON FACHIN NO RE Nº 194.704/MG⁴⁹⁹)

Segundo consta de diversos relatórios dos votos colhidos ao longo do julgamento do caso, empresas permissionárias de transporte público teriam impetrado mandado de segurança, com vistas à declaração de nulidade de multas aplicadas com fundamento na Lei nº 4.253/85 e no Decreto nº 5.893/88, ambos do Município de Belo Horizonte/MG, sob a alegação de que esses não haviam sido recepcionados pela Constituição vigente. A controvérsia do caso giraria em torno da compatibilidade com essa de legislação municipal prevendo a imposição de multa pela emissão, por veículos automotores, de poluentes acima de determinados limites dentro do perímetro urbano. A recorrente teria alegado, em síntese, que, por constarem somente no *caput* do artigo 23 e não no do artigo 24, os Municípios deteriam apenas a competência material para atuar na área, mas careceriam de competência legislativa sobre a respectiva matéria⁵⁰⁰, pelo que deveriam limitar-se a fiscalizar o cumprimento da legislação federal aplicável e que, considerando a existência de lei federal sancionando aquela conduta, a aplicação da multa prevista na legislação municipal caracterizaria *bis in idem*⁵⁰¹.

O caso chegou ao STF por meio de um recurso extraordinário que foi interposto, com fundamento no artigo 102, III, “a” e “c” e sob a alegação de contrariedade aos artigos 23, VI, 30, I, e 225, todos da Constituição vigente, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que negou provimento ao recurso de apelação que, por sua vez, havia sido interposto contra sentença que denegou o *mandamus*. O STF, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, Min. Carlos Velloso, que foi acompanhado por outros 6 Ministros da Corte, por entender que, apesar de os Municípios não constarem expressamente no *caput* do artigo 24, esses poderiam sim legislar sobre matérias de competência concorrente – no caso, a matéria prevista em seu inciso VI (“*proteção do meio ambiente e controle da poluição*”) –, seja com fundamento no inciso I

⁴⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Recorrente: São Bernardo Ônibus Ltda. Recorrido: Secretário Municipal do Meio Ambiente de Belo Horizonte. Relator: Min. Carlos Velloso. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Brasília, 29 jun. 2017. DJe nº 261/2017 divulgado em 16 nov. 2017 e publicado em 17 nov. 2017.

⁵⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, pp. 4-5.

⁵⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, pp. 20; 31.

(“*legislar sobre assuntos de interesse local*”), seja com fundamento no inciso II (“*suplementar a legislação federal e a estadual no que couber*”) do artigo 30, todos da Constituição vigente.

Como se pode ver, o caso possui algumas peculiaridades importantes em relação aos demais que foram aqui analisados: primeiro, trata-se de modalidade de controle concreto, incidental e difuso de constitucionalidade, em que o STF atua como última instância recursal; segundo, envolve o exame de compatibilidade de direito municipal diretamente com a Constituição da República; terceiro, envolve a análise da recepção de direito pré-constitucional (editado, portanto, sob a égide de outra repartição de competências) pela Constituição vigente. Além disso, como se verá adiante, cogitar-se-ia que a referida legislação municipal teria abrangido mais de uma matéria, das quais uma seria de competência privativa da União. Considerando que o julgamento somente foi concluído cerca de 13 anos depois de iniciado, quando o relator já havia se aposentado, o acórdão foi redigido por outro Ministro⁵⁰² que, como se verá adiante, embora tenha concorrido com o voto do relator quanto ao resultado do julgamento (pelo conhecimento do recurso para, no mérito, negar-lhe provimento), o fez por fundamentos bastante diversos. Aliás, esse caso é só mais um exemplo da dificuldade de extrair a *ratio decidendi* de decisões colegiadas, em que o binômio concorrência/divergência dos votos individuais é determinada com base no resultado do julgamento e não em seus fundamentos⁵⁰³.

Partindo da premissa de que a expressão “*interesse local*” da Constituição vigente seria equivalente à expressão “*peculiar interesse*” do texto constitucional anterior – pelo que não teria cabimento qualquer cogitação de retorno ao critério do “*interesse exclusivo*”, mas somente da manutenção do da “*predominância do interesse*” do ente federativo –, o relator concluiu que a Constituição vigente habilita os Municípios a também legislar sobre as matérias de competência concorrente, naquilo que for de interesse predominantemente local ou simplesmente para suplementar, naquilo que couber, a legislação federal e estadual aplicável. Mas o argumento principal de seu voto parece ter sido construído de maneira análoga à que

⁵⁰² Conforme expresso pela Min. Cármen Lúcia, que presidiu o julgamento, quando da proclamação do resultado, incumbiu ao Min. Edson Fachin a redação do acórdão, por ter sido ele, dentre os Ministros que ainda compunham a Corte, o primeiro a proferir voto concorrente com o do relator.

⁵⁰³ Nesse sentido: “[...] *na Excelsa Corte brasileira, a divergência é verificada apenas pela discordância diante do resultado concreto da decisão. Isto é, havendo dissenso quanto aos fundamentos somente, a questão será julgada por unanimidade. Tal prática, contudo torna mais tortuosa a tarefa de identificar os fundamentos determinantes da decisão. [...] Verifica-se, portanto, que o processo decisório utilizado pelo Supremo Tribunal Federal não contribui com a identificação da ratio decidendi para fins de imposição de sua vinculatividade.*” LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 170-171.

o *Chief Justice* Marshall empregou para assentar a doutrina dos poderes implícitos nos EUA (se o exercício da competência administrativa sobre uma determinada área pressupõe a edição de lei, então há de se reconhecer como também atribuída, ainda que implicitamente, a competência legislativa sobre a respectiva matéria):

*“Ora, se é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – competência material, administrativa, competência de atividades concretas – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (C.F., art. 23, VI), e se a atividade administrativa desenvolve-se sub legem – administrar é executar de ofício a lei – é forçoso concluir que ao Município cabe legislar em termos de proteção do meio ambiente e combate à poluição no que diz respeito ao interesse local ou ao seu peculiar interesse (C.F., art. 30, I e II). Quem quer os fins deve dar os meios.”*⁵⁰⁴

Após seu pedido de vista, o Min. Cezar Peluso inaugurou a divergência. Apesar de compartilhar da premissa de que os Municípios podem, com fundamento nos incisos I e II do artigo 30 da Constituição vigente, legislar sobre a matéria, ele não observou, no caso, a existência de interesse local a justificar a edição de legislação municipal com parâmetros diferenciados para proteção do meio ambiente e controle da poluição; a seu ver, preponderaria, nessa matéria, o interesse nacional⁵⁰⁵. Além disso, por envolverem a especificação técnica de modelos de veículos, motores e combustíveis, a tipificação de infração e a cominação de multas administrativas acabaria adentrando, segundo ele, no objeto próprio das normas de trânsito, matéria que é de competência privativa da União, conforme disposto no inciso XI do artigo 22 da Constituição vigente⁵⁰⁶. Em outras palavras, ao dispor sobre essas questões técnicas características da legislação de trânsito, o Município acabou por invadir competência privativa da União, pelo que votou pelo provimento do recurso e a concessão da segurança.

Posta, nesses termos distorcidos, a controvérsia jurídica do caso, o debate não poderia realmente conduzir a lugar algum. Desde há muito que a doutrina reconhece⁵⁰⁷, com fundamento nos incisos I e II do artigo 30 da Constituição vigente, a possibilidade de os Municípios também legislar sobre as matérias de competência concorrente. Aliás, a

⁵⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 34. (grifos do original omitidos).

⁵⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, pp. 21; 25.

⁵⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, pp. 21-23.

⁵⁰⁷ “A leitura do caput do artigo 24 mostra que a competência legislativa concorrente foi distribuída entre a União, os Estados e o Distrito Federal, não se mencionando os Municípios entre os aquinhoados. Isso não significa que estes estejam excluídos da partilha, sendo-lhes dado suplementar a legislação federal e estadual, conforme dispõe o artigo 30, II, da Constituição. [...] O próprio artigo 30, II, esclarece que a legislação municipal suplementar ocorrerá no que couber. É preciso, pois, verificar quando cabe essa legislação. Preliminarmente, diríamos que só cabe a suplementação em relação a assuntos que digam respeito ao interesse local.” ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 138-139.

ausência de menção a esses no *caput* do artigo 24 da Constituição vigente, assim como a previsão de competência para edição de normas gerais feita fora do referido artigo, se explicaria por motivos de má-técnica legislativa adotada pelo Constituinte, facilmente sanável por uma interpretação sistemática. Quanto à hipótese de a legislação regional ou local em matéria de competência concorrente avançar sobre uma matéria de competência privativa da União, essa também já foi cogitada pela doutrina⁵⁰⁸: entende-se que, no que a referida legislação houver desbordado, deve prevalecer a competência da União, pois nesse âmbito a competência dessa seria privativa. Quanto ao restante da lei, continuariam a valer as regras previstas nos §§ 1º e 2º do artigo 24. A questão é se, nesse caso, houve de fato extrapolação da competência concorrente para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição e invasão da competência privativa para legislar sobre trânsito. Ora, a mera menção a modelos de veículos, motores e combustíveis não pode ser considerada suficiente para caracterizar a legislação como sendo relativa a trânsito; fosse assim, a legislação tributária estadual relativa a ICMS, por exemplo, não poderia sequer mencionar veículos automotores, ainda que nessa fossem tratados apenas como mercadorias, sob pena de invadir a competência privativa da União sobre trânsito.

Com o pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa que, como se sabe, seria sucedido pelo Min. Edson Fachin, o julgamento do caso somente seria retomado cerca de 9 anos depois. Em seu voto, o Min. Edson Fachin procurou, primeiramente, se alinhar com a (como se viu aqui, suposta) nova orientação da Corte, manifestada sobretudo a partir do julgamento da ADI nº 4060/SC da relatoria do Min. Luiz Fux (do qual não chegou a participar, porque ainda não integrava a Corte), no sentido da preocupação com o caráter excessivamente centralizador que o Estado federal brasileiro assumiu, a sufocar a autonomia dos entes federativos.

A partir daí, o Min. Edson Fachin parece entrar em contradição: de um lado, ele afirma que, ao lado do reconhecimento dos Municípios como entes federativos, haveria “[...] *inegáveis diferenças entre o federalismo da Constituição de 1988 e o das que a antecederam*”⁵⁰⁹, especialmente no que se refere à repartição de competências; de outro, ele aduz que, embora “[...] o Supremo Tribunal [tenha] reiteradamente aplic[ado] as regras de soluções de antinomias

⁵⁰⁸ “*Caso interessante de conflito de competência legislativa pode surgir quando matéria objeto de competência legislativa privativa de determinada esfera de poder também se possa interpretar como sendo objeto de competência legislativa concorrente. [...] Pois bem, em hipóteses do gênero parece-nos que devam prevalecer as determinações emanadas do titular da competência legislativa privativa.*” ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 141-142.

⁵⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 43.

previstas na atual Constituição”⁵¹⁰, esse viria resolvendo os conflitos de competência entre entes federativos “[...] *de modo semelhante ao que se fazia antes do advento do atual Texto Constitucional*”⁵¹¹. Ora, se há realmente diferenças importantes entre a Constituição vigente e das anteriores no aspecto da repartição de competências e se o STF tem realmente aplicado os critérios de solução de antinomias nela previstos, como pode a Corte estar decidindo de maneira análoga à que fazia antes de 1988? Como se procurou demonstrar ao longo deste trabalho, embora o Min. Edson Fachin tenha razão ao afirmar que, não obstante as diferenças importantes entre a Constituição vigente e as anteriores no quesito repartição de competências, essas não se refletiram na jurisprudência da Corte em matéria de federalismo, não parece estar correta sua premissa de que a Corte tenha efetivamente explorado os critérios de solução de antinomias adotados na Constituição vigente, especialmente aqueles previstos nos §§1º-2º do artigo 24.

Na realidade, o Min. Edson Fachin parece entender que, da leitura dos §§1º-4º do artigo 24 da Constituição vigente, decorreria necessariamente a conclusão de que “[em] *havendo lei federal sobre determinada matéria não poderiam Estados e Municípios contrariarem seus dispositivos.*”⁵¹² Isto é, que a aplicação dessas disposições sempre se dará em detrimento desses e em favor da União. Embora seja realmente assim que, na maior parte dos casos, o STF vem decidindo, tal entendimento não decorre inequivocamente do disposto nos §§1º-2º do artigo 24 da Constituição vigente. Pelo contrário: o primeiro estabelece que, em matéria de competência concorrente, a União deve se ater à edição de normas gerais; e o segundo que aquela, ao editar essas, deve se abster de despojar Estados, Distrito Federal (e Municípios) de sua competência suplementar – e não meramente supletiva – nessas matérias. Como se viu anteriormente, tais disposições são muito claras no sentido de refutar que a União seja livre para determinar até onde pode ir em matéria de competência concorrente, sendo que ambas contêm diretrizes hermenêuticas restritivas do alcance da competência da União nessas matérias, as quais não foram suficientemente exploradas pela jurisprudência do STF.

Tampouco há, em tais disposições, qualquer indicação no sentido de que, caso haja contrariedade entre o disposto na legislação federal, de um lado, e o disposto na legislação estadual, distrital ou municipal, de outro, aquela deva necessariamente prevalecer sobre essas.

⁵¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 43.

⁵¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 43.

⁵¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 43.

Isso só deve ocorrer se a União tiver, de fato, se limitado em sua legislação a enunciar normas gerais (o que o próprio STF reconhece que raramente ocorre), mas não em virtude da suposta existência de uma ordem hierárquica entre umas e outras, mas pelo simples fato de que, nessas circunstâncias, se há contrariedade é porque os Estados – e não a União – é que desbordaram de sua competência. A questão é que a Corte não tem perquirido – talvez porque seja pouco instigada a tanto – se a lei editada pela União ou a disposição nela contida tem ou não caráter de norma geral. Por isso é que é tão importante elaborar um conceito de normas gerais compatível com a ordem constitucional vigente e não simplesmente reciclar, como fez o STF, o que já era adotado sob a égide do texto constitucional anterior e esperar que o resultado seja diferente. Logo, não parece correto afirmar que a Corte tenha efetivamente explorado os critérios de solução de antinomias previstos na Constituição vigente. Aliás, é justamente pelo fato de a Corte não o ter feito que melhor se explica o resultado observado pelo Ministro: o da continuidade e não da ruptura, em relação à ordem constitucional anterior, da jurisprudência do STF em matéria federativa.

O Min. Edson Fachin sugere que, embora não haja dúvida de que os Municípios detêm competência para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição, diante da “*judiciosa ponderação aberta pela divergência*” no sentido de que a referida legislação adentra em matéria de trânsito, que é de competência privativa da União, “[a]s soluções que decorrem de uma interpretação literal do Texto [constitucional] parecem não ser suficientes para esse exame.”⁵¹³ Isso porque “[...] as competências comum, concorrente e residual devem observar a regra de prevalência do interesse [...]”⁵¹⁴ que não seria adequada para resolver casos como esse, em que há sobreposição de competências de diversos entes federativos. Na visão do Ministro, os critérios de repartição de competências expressos na Constituição vigente, por seguirem uma lógica territorial, não permitiriam “[...] explorar o alcance do federalismo cooperativo esboçado na Constituição de 1988 [...]”⁵¹⁵, que envolve relações de cooperação e de coordenação entre entes federativos segundo uma lógica funcional. Ressalte-se que, no início de seu voto, ele já havia apontado para a insuficiência do princípio da predominância do interesse que, a seu ver, embora importante, “[...] não pode[ria] ser visto

⁵¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 43.

⁵¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 47.

⁵¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 45.

*como único princípio informador, sob pena de resultar [...] [n]a excessiva centralização de poder na figura da União.*⁵¹⁶

Diante dessa conclusão, o Min. Edson Fachin indaga “[...] *se outra interpretação do Texto Constitucional [não] faria emergir princípios que possam solucionar o conflito de competências entre os entes federativos.*”⁵¹⁷ O que se vê em seguida, no entanto, não é um esforço propriamente hermenêutico e sim de Direito comparado para encontrar não no texto constitucional, mas alhures um princípio que permita solucionar esses casos em bases funcionais. O Ministro mostra-se perfeitamente consciente das cautelas devidas ao se propor a adoção, no país, de critérios de solução de conflitos concebidos *em e para* contextos de outros países⁵¹⁸, porém isso não o dissuade de prosseguir com sua empreitada comparada. Ele, enfim, encontra no princípio da subsidiariedade entendido, com base em José Alfredo de Oliveira BARACHO, como a “*primazia do interesse da localidade*”⁵¹⁹, esse critério funcional que tanto buscava. Ressalte-se que, a rigor, o conceito de subsidiariedade limita-se a indicar que a competência deve ser exercida por aquele que melhor possa desempenhá-la, o que torna o juízo nele baseado bastante subjetivo⁵²⁰, porém na prática esse tem sido adotado com um conteúdo um pouco mais preciso, no sentido de que a União só deve exercer a competência se os Estados não puderem melhor desempenhá-la, o que não elimina essa subjetividade.

Embora o Min. Edson Fachin sustente que a Constituição vigente teria acolhido o princípio da subsidiariedade, não se pode dizer que ele tenha efetivamente demonstrado como chegou a essa conclusão, o que é imprescindível considerando que tal princípio não se encontra previsto – ao menos, não explicitamente – no texto constitucional. O mais próximo que ele chega disso é com a citação de um trecho de um artigo de Raul Machado HORTA em que esse autor, partindo de uma análise puramente semântica, deriva dos termos “subsídio” e “subsidiário”, as ideias de auxílio e reforço, o que, no federalismo, se revelaria com os Estados editando legislação complementar e supletiva. Ocorre que o autor citado pelo Ministro associa

⁵¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 33.

⁵¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 47.

⁵¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, pp. 47-48.

⁵¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 18.

⁵²⁰ Afinal, a depender dos critérios utilizados para determinar o que vem a ser “melhor”, dois julgadores podem chegar a conclusões antagônicas aplicando um mesmo princípio, o que em nada contribui para solucionar os conflitos que surgem da Federação, pode inclusive agravá-la.

o atributo da subsidiariedade à atuação dos Estados⁵²¹ quando, na realidade, esse qualificativo refere-se à atuação da União: é essa que, segundo o princípio da subsidiariedade, seria ou deveria ser subsidiária à dos Estados. Assim, ao que tudo indica, o autor citado associa o princípio da subsidiariedade com a competência suplementar dos Estados e parece entender que da adoção da técnica das competências concorrentes deriva necessariamente o acolhimento do princípio da subsidiariedade⁵²². É verdade que esse autor afirma que “[é] *na repartição de competências da Constituição de 1988 que se localiza a forma mais avançada de inclusão da subsidiariedade em texto constitucional brasileiro.*”⁵²³ Mas essa afirmação é justificada pelo simples fato de, diferentemente dos textos constitucionais anteriores, os Constituintes terem dedicado um artigo específico na Constituição vigente para as competências concorrentes e a relevância das matérias que foram ali partilhadas.

Com a devida vênia, nada disso permite concluir que o princípio da subsidiariedade tenha sido acolhido pela Constituição vigente. Da mera previsão, em um artigo específico, das competências concorrentes não decorre essa conclusão. O fato de se ter compartilhado competência entre entes federativos não significa necessariamente que a União só possa exercer uma dada competência, “*se e na medida em que*” os Estados não possam melhor desempenhá-la; e que, caso haja contrariedade entre a legislação federal e a estadual sobre uma mesma matéria, deva a princípio prevalecer essa sobre aquela. Nada disso está expresso no texto constitucional e o que está parece estar em contradição com esse princípio. Afinal, a única reserva que os §§1º-2º do artigo 24 fazem é que a União se atenha a editar normas

⁵²¹ Em trecho não citado pelo Ministro, o autor afirma: “*Nesse amplo conjunto da legislação concorrente, regras especiais estabelecem o convívio no condomínio legislativo, no qual os ordenamentos parciais dos Estados e do Distrito Federal desdobram, subsidiariamente, a legislação federal de normas gerais. (Art. 24 §§1º, 2º, 3º e 4º)*” HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 495. Em voto proferido no julgamento de outra ação, o Ministro também parece entender o princípio da subsidiariedade nesses termos: “*Verifica-se, portanto, existência de possibilidade de atuação legislativa subsidiária do Estado.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 129.

⁵²² Em contraste com a leitura de Raul Machado HORTA, está a de Paulo MOHN para quem: “[o] *fato de que a Constituição de 1988 ter adotado a sistemática de legislação concorrente em seu art. 24, com inspiração na Lei Fundamental de Bonn (LF), pode levar, a [sic] primeira vista, à conclusão de que desse dispositivo também decorre uma aplicação do princípio da subsidiariedade no direito constitucional brasileiro. É preciso, contudo, verificar a pertinência dessa conclusão, especialmente diante do fato de que o princípio não é indissociável ou inerente ao federalismo, como ficou demonstrado. [...] Disso se extrai que o art. 24 da Constituição pátria não institui uma dinâmica que demande a incidência do princípio da subsidiariedade como condição de exercício da competência concorrente. [...] A sistemática de competência legislativa concorrente adotada pela Constituição de 1988 não se amolda com adequação ao princípio da subsidiariedade. Como visto, ela não pode ser equiparada com as experiências nas quais se identifica a aplicação do princípio, tais como a formatação da legislação concorrente na Lei Fundamental de Bonn e a disciplina das competências concorrentes no direito comunitário.*” MOHN, Paulo. *Competência legislativa concorrente no Brasil: uma aplicação do princípio da subsidiariedade?*, pp. 21; 23-25.

⁵²³ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 495.

gerais e que, ao fazê-lo, não exclua a competência suplementar dos Estados, Distrito Federal (e Municípios), mas não estabelece que aquela só possa legislar sobre essas matérias desde que esses não possam melhor fazê-lo. Do mero compartilhamento de competências não deflui necessariamente qualquer regra específica de atribuição de competência ou de resolução de conflitos. Essas regras devem ser buscadas, primeiro, no texto constitucional – no caso, nos §§1º-4º do artigo 24 – e, somente se esse não oferecer uma resposta – o que não é o caso –, é que se deve partir em busca de outras saídas que o próprio ordenamento jurídico ofereça.

Diferentemente do que se está propondo para o Brasil (no sentido de se tentar inferir, do mero compartilhamento de competências, sem atentar para as disposições constitucionais específicas, um princípio implícito da subsidiariedade), no âmbito da União Europeia esse se encontra previsto expressamente desde a sua fundação, em 1992, pelo Tratado de Maastricht. Após sofrer um acréscimo com o Tratado de Lisboa, assim dispõe atualmente o artigo 5.3 do Tratado da União Europeia:

“Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.”⁵²⁴

Não obstante, como observa Michael BURGESS, “[n]a UE, vale a pena acrescentar, esse também se tornou um conceito altamente contestado e contestável.”⁵²⁵ Além disso, de acordo com um estudo recente sobre federalismo comparado, o efeito dessa disposição tem sido minimizado na prática, pelo fato de os Estados-membros quase não contestarem perante a Corte de Justiça da União Europeia seu descumprimento e de essa ter adotado uma postura deferente à União⁵²⁶.

Mesmo na Alemanha onde, segundo comentaristas⁵²⁷, o Tribunal Constitucional teria reconhecido a existência de um princípio da subsidiariedade em matéria de repartição de competências, é forçoso concluir que esse encontra lastro em disposições constitucionais,

⁵²⁴ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia* (versão em português). Jornal Oficial da União Europeia, 7 jun. 2016, p. 18.

⁵²⁵ Tradução livre para: “*In the EU, it is worth adding, it has also become a highly contested and contestable concept.*” BURGESS, Michael. *Comparative federalism: theory and practice*. New York: Routledge, 2006, p. 175.

⁵²⁶ PALERMO, Francesco; KÖSSLER, Karl. *Comparative federalism: constitutional arrangements and case law*. Portland: Hart Publishing, 2017, p. 20.

⁵²⁷ SCHNEIDER, Hans-Peter. Loyalty – Solidarity – Subsidiarity – Three principles of a judge made federalism in Germany. In: SCHNEIDER, Hans-Peter; KRAMER, Jutta; TORITTO, Beniamino Caravita di (Eds.). *Judge made federalism?: The role of Courts in Federal Systems*. Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 103.

especialmente no artigo art. 72.2 da Lei Fundamental de Bonn, também conhecido como “*cláusula da necessidade*”, que estipula as condições nas quais a União pode editar legislação em determinadas matérias de competência concorrente:

*“Em matéria concernente ao artigo 74 §1, alíneas 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 e 26, a Federação tem o direito de legislação, quando e na medida em que se fizer necessário um regulamento legislativo federal, no interesse do Estado em seu todo, para o estabelecimento de condições equivalentes de vida no território federal ou a preservação da unidade jurídica ou econômica.”*⁵²⁸

A julgar pelo testemunho – é verdade, um tanto antigo, pois o artigo data de 1962, muito antes das reformas constitucionais de 1994 e 2006 – de Konrad HESSE, a cláusula da necessidade prevista no art. 72.2 da Lei Fundamental de Bonn não foi páreo para a tendência centralizadora manifestada à época pelo federalismo alemão, não tendo sido objeto de um escrutínio rigoroso por parte do Tribunal Constitucional⁵²⁹. Como se pode ver, nem nos sistemas que o adotaram, o princípio da subsidiariedade mostrou-se capaz de conter tendências centralizadoras, pelo que não há motivos para supor que aqui seria diferente.

O Min. Edson Fachin concebe o princípio da subsidiariedade nos seguintes termos: “[...] *segundo o magistério de Raul Machado Horta, que, na subsidiariedade, estão os critérios da realização suficiente e da melhor realização, termos que, em verdade, apenas explicitam a proporcionalidade, entendida como presumption against pre-emption e clear statement rule.*”⁵³⁰ Isto é, somente na hipótese de a União haver manifestado inequivocamente sua intenção de excluir a regulação dos Estados (“*clear statement rule*”), é que se afastaria a presunção de que a matéria deveria ser por esses regulada (“*presumption against pre-emption*”)⁵³¹. Ao que indicam algumas passagens de seu voto, o princípio da subsidiariedade – tal como foi proposto pelo Ministro – funcionaria da seguinte maneira: uma lei estadual que, a pretexto de regular uma matéria de competência concorrente, adentrasse em matéria de competência privativa da União só seria declarada inconstitucional se não passasse no teste da subsidiariedade⁵³². Isso só ocorreria, concretamente, em se verificando que a legislação federal foi clara no sentido de excluir a possibilidade de os Estados também legislarem sobre a matéria ou que a legislação estadual interferiu desmesuradamente na competência privativa

⁵²⁸ ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Trad. Assis Mendonça, Aachen. Rev. jur. Urbano Carvelli, Bonn. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011, p. 61.

⁵²⁹ HESSE, Konrad. El Estado Federal Unitário. *Direito Público*. Síntese, n. 50, mar./abr. 2013, p. 438.

⁵³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 66.

⁵³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 58.

⁵³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 66.

da União. Do contrário, presumir-se-ia a competência dos Estados⁵³³. Assim, considerando que, no caso analisado, não houve qualquer declaração por parte da União nesse sentido, nem se pode dizer que a invasão da competência privativa da União pelo Município tenha sido excessiva, a legislação local passaria no teste da subsidiariedade⁵³⁴, não havendo que se falar em inconstitucionalidade, pelo que ele acompanhou o voto do relator no sentido de negar provimento ao recurso.

Não é assim, porém, que o princípio da subsidiariedade funciona na União Europeia que, como se viu, consoante dispõe no artigo 5.3 do TUE, não se aplica às competências exclusivas da União⁵³⁵. Nesse ponto, pairam dúvidas se esse princípio, tal como foi proposto pelo Ministro, seria realmente compatível com a ordem constitucional vigente, tendo em vista que a única exceção prevista na Constituição, em que os Estados podem legislar sobre matérias de competência privativa da União – e, mesmo assim, somente sobre questões específicas e nos termos da lei complementar autorizadora – é a delegação prevista no parágrafo único do artigo 22. Como observa Cármen Lúcia Antunes ROCHA, em ensaio doutrinário, por constituírem exceção ao princípio da indelegabilidade de competências⁵³⁶, a referida hipótese de delegação de competências deve ser interpretada restritivamente. Além disso, não se pode admitir na ordem constitucional vigente que, mesmo fazendo uso de sua competência privativa e manifestando-se claramente no sentido de afastar a regulação pelos Estados, possa a União despojá-los de sua competência suplementar nas matérias previstas no artigo 24. Ressalte-se que a *preemption*, nos EUA, está fundada na *Supremacy Clause* que não encontra paralelo na Constituição brasileira e que alguns comentaristas têm observado

⁵³³ O Min. Edson Fachin utiliza a expressão os “*entes menores*”, portanto o que foi dito nesse parágrafo em relação aos Estados, aplica-se também ao Distrito Federal e aos Municípios. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 58.

⁵³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 68.

⁵³⁵ Ponto esse que é devidamente observado pelo autor citado pelo Ministro às pp. 23-24 de seu voto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, pp. 53-54.

⁵³⁶ “[...] *tanto a repartição orgânica de competências, corolário identificador da adoção do princípio da separação de poderes, quanto esse que se põe relativamente às pessoas políticas nos Estados que acolhem a forma federativa, têm como elemento de identificação a indelegabilidade das funções atribuídas a cada qual dos poderes ou a cada uma das entidades federadas. É a exclusividade da titularidade de competências acometidas a uns e outros que fundamenta a autonomia tanto daqueles órgãos quanto dessas pessoas. [...] O mesmo princípio da indelegabilidade de competências prevalece no plano das entidades federadas, não tendo ele natureza diversa daquele que concerne à impossibilidade de transferência de seu exercício de um a outros dos poderes do Estado. Não sendo, como não é, absoluta a indelegabilidade, cuida o próprio poder constituinte de estabelecer os casos e forma pelos quais ela pode ocorrer. [...] No sistema positivo brasileiro, o objeto da delegação legislativa conferida pela União aos Estados-membros da Federação – e somente a estes, vez que a delegação, exceção como é, depende necessariamente de outorga constitucional expressa – é fixado pelo próprio dispositivo referido [...].*” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pp. 240-242.

que a Suprema Corte não tem manifestado recentemente, nessa matéria, uma preocupação em resguardar os Estados da União⁵³⁷. Por fim, considerando que a Constituição vigente habilita os Estados a suplementarem as normas gerais da União e os Municípios a suplementarem a legislação federal e a estadual “*no que couber*”, conclui-se que pela disciplina constitucional são esses e não aquela que legislam subsidiariamente em matéria de competência concorrente.

Considerando que, como se viu, o artigo 24 da Constituição vigente já prevê, em seus §§ 1º-4º, critérios para dirimir eventuais conflitos entre leis federais, de um lado, e estaduais, distritais ou municipais, de outro, em matéria de competência concorrente, o que o Min. Edson Fachin está propondo em seu voto vencido, ao defender a aplicação de um princípio de subsidiariedade (que, como se viu, não corresponde fielmente ao princípio da subsidiariedade europeu), é na realidade **mutação constitucional**. Isto é, uma modificação (nesse caso, seria uma inovação, na medida em que tal princípio não se encontra previsto, ao menos não expressamente, na Constituição) no significado de uma disposição constitucional que não decorre da alteração de seu texto. Hsü DAU-LIN define mutação constitucional como sendo “[...] *a incongruência que existe entre as normas constitucionais, de um lado, e a realidade constitucional, de outro.*”⁵³⁸ Tal conceito encerra um gênero que compreende algumas espécies, dentre as quais: a mutação pela prática anticonstitucional e a mutação pela interpretação das normas constitucionais. Essa última modalidade ocorreria:

“[...] *sobretudo quando os preceitos constitucionais somente são interpretados segundo considerações e necessidades que mudam com o tempo sem atender particularmente ao texto fixo da Constituição ou sem que se considere o sentido originário que o Constituinte deu às normas constitucionais em questão. [...] O que se infere da Constituição como um direito um dia já não o é posteriormente. A Constituição passa por uma mutação à medida que suas normas recebem*

⁵³⁷ “A *preempção* é geralmente encarada como uma consequência da *clausula da supremacia do Artigo IV.*” Tradução livre para: “*Preemption is generally viewed as the consequence of the Supremacy Clause of Article VI.*” Comentando que os *Justices* da Suprema Corte mais preocupados com a posição dos Estados não têm adotado uma concepção mais restritiva de *preemption*: “*Assim, é muito simplista encarar a Corte das últimas décadas como consistentemente comprometida com o ‘federalismo’ no sentido de proteger o poder dos governos estaduais e o domínio da lei estadual. Diferentemente do movimento em diversas outras áreas de interpretação constitucional, houve pouco movimento na área da preempção no sentido de uma abordagem consistentemente sensível aos Estados.*” Tradução livre para: “*Thus, it is too simplistic to see the Court in recent decades as consistently committed to ‘federalism’ in the sense of protecting the power of state governments and the domain of state law. Unlike the movement in several areas of constitutional interpretation, there has been little movement in preemption towards a consistently state-sensitive approach.*” (notas de rodapé omitidas) BLOCH, Susan Low; JACKSON, Vicki C. *Federalism: a reference guide to the United States Constitution*. Santa Barbara: Praeger, 2013, pp. 211; 213, respectivamente.

⁵³⁸ Tradução livre para: “*Para dar un concepto que corresponda, del mismo modo a diferentes casos generalmente designados como «mutación constitucional» quizás podría hacerse diciendo que se trata de la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro.*” DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP), 1998, p. 29.

outro conteúdo, que seus preceitos regulam outras circunstâncias, distintas das antes imaginadas.”⁵³⁹

Por tratar-se de um método informal de mudança constitucional – que, portanto, não obedece aos rigores a que está sujeito o Poder Constituinte derivado –, a doutrina logo tratou de identificar alguns limites, por mais amplos que fossem⁵⁴⁰, à mutação constitucional. Nesse sentido, Luís Roberto BARROSO⁵⁴¹ ressalta que a mutação constitucional deve respeitar as possibilidades semânticas do texto e os princípios fundamentais da Constituição; do contrário, ter-se-ia simplesmente uma mutação inconstitucional⁵⁴². Essa distinção é tão relevante que, no Brasil, está incorporada ao próprio conceito de mutação constitucional. Na definição de Anna Candida da Cunha FERRAZ, “[...] *a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. [...] Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior.*”⁵⁴³ Logo, a mudança que contraria a Constituição, que não lhe respeita não só a letra como o espírito, seria na realidade uma

⁵³⁹ Tradução livre para: “[...] *particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo sin atender particularmente al texto fijo de la Constitución, o sin que se considere el sentido originario que dio el constituyente a las normas constitucionales en cuestión. [...] Lo que se infiere de la Constitución como derecho ya no lo es posteriormente. La Constitución experimenta una mutación en tanto que sus normas reciben otro contenido, en la medida que sus preceptos regulan otras circunstancias distintas de las antes imaginadas.*” DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP), 1998, p. 45.

⁵⁴⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 2. ed. Osasco: EdIFIEO, 2015, p. 11.

⁵⁴¹ Ressalte-se que Luís Roberto BARROSO, tanto como doutrina, quanto como Ministro do STF, propõe que se distinga mutação constitucional pela via interpretativa da *interpretação construtiva* e da *interpretação evolutiva*, com a primeira correspondendo à mudança no sentido atribuído a uma determinada disposição constitucional para desdobrar uma norma nova ou no seu alcance para abarcar situações originalmente não previstas e a segunda à aplicação de tal disposição a situações novas, originalmente não cogitadas. A mutação constitucional, por sua vez, consistiria estritamente na superação de uma interpretação anterior, ou seja, na mudança do sentido que até então se atribuía a uma dada disposição. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 129-130; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4764/AC. Relator: Min. Celso de Mello. Relator para o acórdão: Min. Roberto Barroso. Brasília, 04 mai. 2017. DJe nº 178, divulgado em 14/08/2017 e publicado em 15/08/2017. Inteiro teor do acórdão, pp. 52-53. Entende-se aqui, diferentemente, que as figuras da interpretação construtiva e evolutiva podem envolver sim processos de mutação constitucional. Nesse sentido: referindo-se à interpretação evolutiva ou adaptadora, à construção jurisprudencial e à interpretação criativa e analógica, Anna Candida da Cunha FERRAZ afirma que “[e]m todos esses casos, *exsurge, nítido, o papel de mutação constitucional da interpretação judicial que, sem alterar a letra ou o espírito da norma constitucional, lhe dá novo significado ou alcance para, aplicando-a, torná-la o que se pretende que ela seja: um documento vivo e efetivamente cumprido.*” FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 2. ed. Osasco: EdIFIEO, 2015, p. 130.

⁵⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 127-128.

⁵⁴³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 2. ed. Osasco: EdIFIEO, 2015, p. 10.

mutação inconstitucional. Carlos Blanco de Moraes, por sua vez, observa que a mudança de significado operada pela mutação constitucional pode ter um caráter inovador⁵⁴⁴.

Não se está aqui a sugerir que a mutação constitucional seja necessariamente uma anomalia ou um processo patológico de mudança constitucional, só o será se, ao modificar o sentido da disposição, acabe na realidade por violar a Constituição – no que se converteria em uma mutação inconstitucional. Sendo assim, o fato de se tratar de mutação constitucional não significa necessariamente que se esteja propondo algo pernicioso ou censurável, afinal um sistema constitucional marcado por uma grande rigidez pode comprometer a própria longevidade da Constituição. Entende-se aqui que uma mutação constitucional reforça o ônus argumentativo do intérprete que a propõe, a fim de justificar não só sua *origem na* como sua *compatibilidade com* a ordem constitucional vigente, ônus esse redobrado em se propondo a incorporação de princípios originários de outros sistemas jurídicos pelo método do Direito Comparado. Aqui é possível antever dois cenários: os que se opuserem à mutação proposta pelo Min. Edson Fachin enfatizarão os aspectos em que essa parece não se conformar a algumas disposições constitucionais e tentarão imputar-lhe a pecha de inconstitucional; os que, pelo contrário, a defenderem procurarão demonstrar que, apesar das mudanças propostas, a mutação está em harmonia com a descentralização tão ansiada pelos Constituintes, ainda que não siga fielmente o modelo por eles previsto.

Em outra passagem, o Ministro chega inclusive a afirmar que “[a] aplicação desse entendimento às competências concorrentes pode mostrar-se extremamente vantajosa para melhor delimitar qual deve ser o sentido dos termos geral, residual, local, complementar e suplementar”⁵⁴⁵. Dever-se-ia talvez acrescentar “exclusivo, privativo, comum e concorrente.” Isto é, o que o Min. Edson Fachin está, na realidade, propondo é que a Constituição seja lida à luz do princípio da subsidiariedade e não o contrário, que disposições constitucionais expressas se ajustem a um princípio não-expresso. Assim, não seria somente uma, mas múltiplas mutações constitucionais que decorreriam do acolhimento ou da

⁵⁴⁴ Na definição de Carlos Blanco de MORAIS: “Podemos, numa definição provisória, caracterizar as mutações constitucionais, em sentido amplo, como *a modificação inovadora e informal do sentido das normas da Constituição registada à margem de um processo de revisão constitucional.*” MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Orgs.) *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49.

⁵⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 58.

incorporação do princípio da subsidiariedade tal como proposto pelo Ministro à Constituição vigente.

Claro que os Ministros estavam conscientes do real problema posto pelo caso, que é o do custo da diversidade da regulação⁵⁴⁶: em se admitindo que Municípios estabeleçam limites diferenciados de controle da poluição em vista do interesse local, um veículo que esteja em conformidade com o padrão de um Município pode vir a ser multado em outro onde o padrão seja mais rigoroso. Assim, no limite, poder-se-ia ter no país 5.570 padrões diferentes de tolerância à emissão de poluentes por veículos automotores, o que – é claro – gera risco de multa para os cidadãos e as empresas dos diversos Municípios e (por que não?) eleva os custos da indústria (caso essa, pensando no mercado nacional, atenda a cada um desses padrões). O Min. Edson Fachin responde a essa preocupação, ao final de seu voto, afirmando que a insegurança jurídica ocasionada pela diversidade de regulações deve ser tolerada em nome do pluralismo inerente ao princípio federativo⁵⁴⁷.

Embora o voto do Min. Edson Fachin tenha sido elogiado por seus pares, não se pode dizer que esses tenham corroborado sua fundamentação. Na realidade, como se viu, tanto ele como a maioria do Ministros da Corte concorreram, no resultado do julgamento, com o voto do Relator, Min. Carlos Velloso, pelo conhecimento do recurso para, no mérito, negar-lhe provimento. Nos debates que se seguiram à leitura do voto, o Min. Gilmar Mendes, distinguindo esse caso da situação em que a lei editada pela União se tornou obsoleta e que, portanto, descumpriria um dever estatal de proteção (no que parece ser uma referência implícita ao caso do amianto crisotila, que será visto adiante) assim se pronunciou sobre os fundamentos do voto do Min. Edson Fachin:

“O que não me escapa, claramente, é a não aplicação, ou a obsolescência de uma legislação mais abrangente. Isso pode ocorrer. Pode ser que se verifique, até por elementos científicos, que a legislação nacional, ou a norma nacional se tornou obsoleta. Portanto, aí teria que haver meios e modos de judicializar essa temática. O estado não está cumprindo um dever de proteção. Deixou com que a legislação antiga subsistisse. Isso me parece que seria suscetível de discussão no âmbito das premissas do voto que Vossa Excelência, com muito cuidado, houve por bem lançar.

⁵⁴⁶ Conforme consta da ata do debate do dia 14/06/2006: “O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – *Esse é um daqueles casos delicados que preocupam em termos de distribuição de competência federativa, porque acabamos [sic] gerando um tipo de incongruência; na medida em que o carro, ao sair de um município para outro, será submetido a leis diversas, isso já sugere a necessidade de uma regulação homogênea.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 28. Em 11/11/2015: “*Na medida em que nós nos pronunciarmos de forma clara que o município terá competência para legislar sobre esse tema, é possível que, em termos efetivos, reais, a viagem ao município vizinho já faça com que o condutor incida em algum tipo de ilicitude.*” Inteiro teor do acórdão, p. 79. Nessa ocasião, a Min. Cármen Lúcia pareceu compartilhar a preocupação expressa pelo Min. Gilmar Mendes.

⁵⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 68.

Então, claro que o município teria legitimidade, talvez o próprio estado-membro, dizendo que, neste campo em que temos competência comum, a União está omissa, editou uma legislação que está totalmente ultrapassada, está descumprindo, inclusive, dever de proteção, que é elementar. Mas simplesmente dizer que, pelo princípio da subsidiariedade, ele pode atuar, havendo norma sobre o tema, pode ser que realmente multipliquemos os conflitos.”⁵⁴⁸

O único Ministro que se manifestou expressamente em favor da fundamentação do Min. Edson Fachin, pela aplicação do princípio da subsidiariedade a esses casos, foi o Min. Ricardo Lewandowski⁵⁴⁹ que, porém, não votou nesse caso, pois sucedera o relator, que já havia proferido voto:

“Então, na medida em que nós, em atenção ao princípio da subsidiariedade, e também com os cuidados que o eminente Relator levantou, ou seja, em havendo uma legislação, de um ente superior, claramente impeditiva ou restritiva de uma atuação de um ente menor, nós devemos, sim, em matéria de meio ambiente, consumidor, proteção da saúde, prestigiar os entes menores, que estão presentes e têm um interesse muito claro na definição dessa questão. [...] Portanto, eu tenho um certo receio de ficarmos petrificados numa interpretação ortodoxa das competências federativas, como sempre se fez, mas nós temos que, pouco a pouco, evoluir, como temos evoluído, data venia.”⁵⁵⁰

Ressalte-se que, nas ADIs nº 3835/MS; 5356/MS, 4861/SC e 5253/BA, em que se discutiu a constitucionalidade de leis estaduais que obrigavam as empresas concessionárias de telefonia móvel a instalarem, nas áreas de unidades prisionais dos respectivos Estados, equipamentos de interrupção do sinal de celular, bem como na ADI nº 3735/MS na qual se discutiu a constitucionalidade de lei estadual que passou a exigir de empresas, certidão de violação aos direitos do consumidor (CVDC), para que possam se habilitar em licitações no Estado, o Min. Edson Fachin repetiu sua proposição de aplicação do referido princípio, porém restou novamente voto vencido, exceção feita ao último caso em que, de sua aplicação, resultou a inconstitucionalidade da lei estadual, pelo que esse acompanhou o voto do relator. Ressalte-se ainda que, em uma série de casos como as ADIs nº 750/RJ, 5312/TO, 5486/SE e 4606/BA, o STF vem aplicando o princípio da predominância do interesse, cuja insuficiência havia sido naquele mencionada para justificar a aplicação do princípio da subsidiariedade, restando portanto a dúvida de se a Corte não vem, na realidade, aplicando o princípio “adversário”. É verdade que, nesses casos, a lei estadual foi julgada inconstitucional, o que parece confirmar a previsão do Min. Edson Fachin.

⁵⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 79.

⁵⁴⁹ Ao se realizar uma busca pelo termo “subsidiariedade” no acórdão, a fim de confirmar essa conclusão, foram encontradas ocorrências somente no voto do Min. Edson Fachin e nas manifestações do Min. Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski no debate.

⁵⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Inteiro teor do acórdão, p. 81.

Apesar de tudo quanto foi aqui dito, nada retira do voto do Min. Edson Fachin no RE nº 194.704/MG o mérito de ter sido a primeira tentativa concreta de estabelecer critérios para entregar a promessa feita, em uníssono, pelo Plenário do STF no julgamento da ADI nº 4.060/SC. Isto é, a de revisar a orientação da Corte em matéria de federalismo e passar a prestigiar as iniciativas regionais, distritais e locais, sempre que não colidam frontalmente com a Constituição. Se está ou não correto o diagnóstico feito pelo Ministro de que os critérios de solução de antinomias previstos expressamente na Constituição não oferecem uma solução que prestigie a descentralização em casos envolvendo conflito entre leis editadas pela União, de um lado, e leis editadas por entes subnacionais, de outro, parece que só o tempo dirá. A dúvida do Ministro é mais do que legítima: como se viu, ao que indicam casos recentes, o Ministro parece ter acertado que, quando a Corte aplica o princípio da predominância do interesse, essa tende a declarar inconstitucional a lei estadual, distrital ou local. Mas não é possível concluir pela necessidade de se explorar novas interpretações do texto constitucional, tal como defenderam ele e, em certa medida, também o Min. Ricardo Lewandowski, enquanto o modelo previsto pelos Constituintes não houver sequer sido rigorosa e sistematicamente testado. A Corte precisa adotar uma definição mais precisa e aplicar um teste mais rigoroso do que vêm a ser normas gerais, sinalizando claramente ao Congresso Nacional que não irá mais admitir a prática das “normas gerais exaurientes”.

4.3 A PROIBIÇÃO DO AMIANTO CRISOTILA POR ENTES SUBNACIONAIS: UM CASO DE “UNCOOPERATIVE FEDERALISM”? (AS ADIs nº 4.066/DF, 3.937/SP, 3.406/RJ, 3.470/RJ, 3.357/RS, 3.356/PE E DA ADPF nº 109/SP)

Como se pôde ver ao longo desse capítulo, o STF vinha, pelo menos desde 2015, sinalizando uma mudança de orientação com relação a questões federativas, sobretudo no que se refere a casos envolvendo um conflito entre o disposto na legislação editada a título de normas gerais pela União, de um lado, e a legislação editada a título de suplementação pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, de outro. No julgamento da ADI nº 4060/SC, a Corte, acolhendo por unanimidade a proposta do Relator, Min. Luiz Fux, anunciou que estava revendo sua posição quanto a essas questões, o que chamou de “*prospective overruling*”, de modo a contemplar as iniciativas dos entes subnacionais, que se presumiriam constitucionais desde que não contrariassem disposição constitucional “*expressa e inequívoca*”. No julgamento do RE nº 194.704/MG, o Min. Edson Fachin, em voto vencido, defendeu a aplicação conjunta dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, que se expressaria na presunção da competência dos entes subnacionais (“*presumption against pre-emption*”), presunção essa que só seria afastada por indicação inequívoca do legislador federal (“*clear statement rule*”). Não se pode deixar de observar, no entanto, que ambos os casos, além de pouco significativos do ponto de vista federativo, na medida em que não envolveram oposição entre a União e os entes subnacionais, eram relativamente simples porquanto poderiam perfeitamente ter sido solucionados com base nos critérios tradicionais previstos na Constituição, sem se socorrer de construções hermenêuticas de disposições constitucionais ou a mudanças radicais na orientação da Corte.

O STF estava, portanto, à espera de um caso que fosse, ao mesmo tempo, complexo e verdadeiramente significativo do ponto de vista federativo, em que esse pudesse confirmar sua nova orientação em prol da autonomia dos entes subnacionais. Aguardava-se a ocasião em que, entre a interpretação dos parágrafos do artigo 24 da Constituição da República feita pelos representantes da União e a feita pelos representantes dos entes subnacionais, a Corte optaria por essa em detrimento daquela. Essa oportunidade chegaria poucos anos depois, mas de uma forma totalmente inusitada, envolvendo a contestação por entes subnacionais

da legislação “federal”⁵⁵¹ que, segundo esses, promoveria uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Como se verá adiante, mesmo após a Corte ter firmado precedentes desfavoráveis aos Estados, alguns desses assumiram o risco da divergência e continuaram a editar legislação contrária à federal, estabelecendo padrões mais rigorosos de proteção desses bens constitucionais. Essa contestação reascendeu um debate sobre a possibilidade ou não de os entes subnacionais preverem, relativamente a seu território, um nível de proteção maior do que aquele que haja sido previsto pela União, em regra uniforme, para todo o território nacional⁵⁵².

Ainda que o debate tenha sido, em boa medida, dominado por questões substantivas (relativas à proteção dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado) e não propriamente federativas (relativas à proteção da autonomia dos entes subnacionais e da diversidade territorial), tanto que a lei federal menos protetiva seria declarada inconstitucional por vício material e não orgânico, o raciocínio empregado para preservar as leis estaduais e a municipal divergentes teria claras implicações para as competências concorrentes. Isso se explica pelo fato de entes subnacionais terem adotado uma estratégia diferente: em vez de acionarem o STF com vistas à declaração de inconstitucionalidade do critério previsto na lei federal, simplesmente editaram suas próprias leis adotando critérios contrários ao que havia sido definido pela União. Como se verá adiante, a contestação judicial tanto das leis estaduais e da municipal, de um lado, como da lei federal, de outro, não seria feita por agentes ou órgãos ligados diretamente aos entes federativos e sim por entidades da sociedade civil. Assim, embora o STF não seja propriamente um órgão de *policymaking*; como, nesse caso, a Corte acabaria ao final “ficando do lado” desses entes subnacionais, não se pode deixar de reconhecer que essa teve um papel decisivo para “federalizar” o critério que havia sido por esses adotado.

Esse caso (que envolveu, na realidade, diversas ações no STF) será aqui analisado sob a perspectiva da teoria do “*uncooperative federalism*”, concebida nos EUA por Jessica

⁵⁵¹ Em se entendendo que a União, ao editar a Lei nº 9.055/1995, se ateu a dispor sobre as matérias de Direito do Trabalho, comércio interestadual e jazidas, minas e recursos minerais, essa seria somente “federal”; em se considerando, porém, que essa abarcou as matérias de produção e consumo, proteção do meio ambiente e controle da poluição, bem como proteção e defesa da saúde, essa também seria “nacional”. Todavia, será a mantida aqui a referência a essa lei como federal, simplesmente para facilitar o contraste com as leis estaduais e municipal.

⁵⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, pp. 126-127.

BULMAN-POZEN e Heather K. GERKEN⁵⁵³, de acordo com a qual o poder que os Estados exercem em arranjos cooperativos, apesar de diferente dos conceitos de soberania e de autonomia a que estão habituados os juristas, seria ainda assim uma expressão real e não menosprezável de poder. Assim, em vez de se oporem à lei federal, questionando sua constitucionalidade com base nas cláusulas de repartição de competências, os Estados podem simplesmente divergir “por dentro do sistema”, como elementos integrantes do aparato estatal que executa a política pública. Tem-se, assim, uma forma de contestação pela decisão (“*dissenting by deciding*”)⁵⁵⁴ e não pela oposição, na qual os Estados, experimentando, podem mostrar à União que outro modelo é não só possível como, às vezes, preferível. Considerando que a União depende, em boa medida, dos Estados para implementar suas políticas públicas, aquela não conseguiria manter-se, por muito tempo, indiferente à contestação desses, o que muitas vezes pode levar à mudança na política pública da União. No caso em questão, como o STF já havia definido que leis estaduais que proibiam o que era permitido, em determinadas hipóteses, pela lei federal eram inconstitucionais, a recalcitrância⁵⁵⁵ de entes subnacionais em editar leis proibitivas beirou a hipótese da desobediência descrita pelas autoras.

⁵⁵³ “*Os estudos sobre federalismo oferecem duas visões distintas sobre as relações entre Estados e União. A visão dominante descreve os Estados como rivais e desafiadores do governo federal – um papel que eles desempenham pelo fato de serem legisladores autônomos fora do governo federal. Uma segunda visão é oferecida pelos estudiosos do federalismo cooperativo, que argumentam [...] que os Estados não deveriam funcionar como forasteiros autônomos, mas como apoiadores internos – servos e aliados do governo federal. O que é curioso é que nós raramente tentamos conectar essas duas visões concorrentes e imaginar como o status do Estado como servo, interno e aliado pode permitir que esse seja às vezes um dissidente, rival e desafiante. [...] Em suma, nós não exploramos as possibilidades associadas ao que chamamos de federalismo não-cooperativo.*” Tradução livre para: “*Federalism scholarship offers two distinct visions of federal-state relations. The dominant vision depicts states as rivals and challengers to the federal government – a role they play by virtue of being autonomous policymakers outside the federal government. A second vision is offered by scholars of cooperative federalism, who argue [...] that states should serve not as autonomous outsiders, but supportive insiders – servants and allies to the federal government. What is puzzling is that we rarely try to connect these competing visions and imagine how the state’s status as servant, insider, and ally might enable it to be a sometime dissenter, rival and challenger. [...] We have not, in short, fully explored the possibilities associated with what we call uncooperative federalism.*” BULMAN-POZEN, Jessica; GERKEN, Heather K. Uncooperative federalism. *The Yale Law Journal*, v. 188, 2009, p. 1258. (notas de rodapé omitidas)

⁵⁵⁴ BULMAN-POZEN, Jessica; GERKEN, Heather K. Uncooperative federalism. *The Yale Law Journal*, v. 188, 2009, pp. 1293-1924.

⁵⁵⁵ Toma-se aqui de empréstimo o significado em que o termo foi empregado por Roger Stiefelmann LEAL, em estudo dedicado a analisar o conteúdo do efeito vinculante e seu descumprimento por órgãos legiferantes: “*No desempenho da função legislativa, os demais poderes e órgãos estatais afetados buscam superar as decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional e manter o regime jurídico julgado inconstitucional mediante a edição de outros atos normativos de mesmo nível hierárquico. A prática mais óbvia, nesse sentido, consiste na reprodução material do conteúdo de lei declarada inconstitucional por outra lei. Assim, deixa-se de aplicar o primeiro diploma legal, em face da declaração de inconstitucionalidade proclamada, porém conserva-se o estado normativo inconstitucional mediante a edição de novo instrumento legislativo. Por sua vez, a invalidade desse novo diploma ficaria, segundo esse expediente, a depender de nova arguição de inconstitucionalidade e, por conseguinte, de novo julgamento.*” (nota de rodapé omitida) LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 103-104.

Em meados da década de 1990, a União editou a Lei nº 9.055/1995, que disciplina as atividades de “[...] *extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim* [...]”⁵⁵⁶. Embora o artigo 1º da referida lei proíba as atividades de “*extração, produção, industrialização, utilização e comercialização*” de variedades minerais do grupo dos anfíbolios (inciso I), com relação à variedade crisotila do grupo das serpentinas proíbe apenas a pulverização de todos os tipos de fibras (inciso II) e a venda a granel de fibras em pó (inciso III). Quanto a essa última variedade, dispõe ainda o artigo 2º: “*O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.*”⁵⁵⁷ O simples emprego do termo “disciplinar” em vez de “proibir” na ementa da lei já sinalizava que, em algumas hipóteses, o uso do produto seria permitido, embora a interpretação do disposto em seu artigo 2º – como disposição autorizativa ou como disposição restritiva das atividades envolvendo amianto crisotila – tenha sido objeto de debate em ações perante o STF⁵⁵⁸.

Em 2003, o STF – por unanimidade – julgou parcialmente procedentes duas ADIs propostas, com fundamento no artigo 103, V, da Constituição vigente, pelo Governador do Estado de Goiás, que questionavam a constitucionalidade de leis estaduais que haviam sido editadas por outros Estados proibindo, em seus respectivos territórios, diferentes atividades envolvendo amianto: a **ADI nº 2396/MS**⁵⁵⁹ teve por objeto a Lei estadual nº 2.210/2001 do Mato Grosso do Sul, que proibia “[...] *a fabricação, o ingresso, a comercialização e a estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil* [...]”⁵⁶⁰; e a **ADI nº 2656/SP**⁵⁶¹ teve por objeto a Lei estadual nº 10.813/2001 de São Paulo, que proibia “[...] *a importação, a extração, o beneficiamento, a comercialização, a fabricação e a instalação [...] de produtos ou matérias contendo qualquer tipo de amianto, sob qualquer forma.*”⁵⁶² Para justificar o cumprimento do requisito da pertinência temática, o governador

⁵⁵⁶ BRASIL. *Lei nº 9.055*. Brasília: Congresso Nacional, 1º jun. 1995.

⁵⁵⁷ BRASIL. *Lei nº 9.055*. Brasília: Congresso Nacional, 1º jun. 1995.

⁵⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4066/DF*. Inteiro teor da decisão, pp. 33-34; 40; 49.

⁵⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2396/MS*. Relatora: Min^a Ellen Gracie. Brasília, 08 mai. 2003. DJ 01/08/2003, p. 107.

⁵⁶⁰ MATO GROSSO DO SUL. *Lei nº 2.210*. Campo Grande: Assembleia Legislativa, 5 jan. 2001.

⁵⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2656/SP*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 08 mai. 2003. DJ 01-08-2003, p. 107.

⁵⁶² SÃO PAULO. *Lei nº 10.813*. São Paulo: Assembleia Legislativa, 24 mai. 2001.

alegou que aquele Estado seria o principal produtor nacional do produto e que estaria sendo prejudicado pela proibição feita por esses Estados. Em uma das ações, ele argumentou que “[...] *as competências [...] do artigo 24 não podem servir de pretexto para que um Estado-membro institua normativa de conteúdo diametralmente oposto àquele editado no âmbito da União*”⁵⁶³, na outra questionou se “[...] *considerar-se-ia válida a pretensão do Estado-membro em revogar Lei federal.*”⁵⁶⁴ É importante observar que outros entes federativos, como o Município de São Paulo e os Estados do Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, também haviam editado leis com proibições semelhantes, mas que naquele momento ainda não haviam sido questionadas.

Ao julgar a primeira ADI, a relatora, Min. Ellen Gracie, refutando as alegações de inconstitucionalidade do autor e acatando as do parecer da Procuradoria-Geral da República, entendeu que a lei estadual havia disposto sobre matérias de competência concorrente: produção e consumo; proteção do meio ambiente e controle da poluição; e proteção e defesa da saúde (art. 24, V, VI e XII, CR, respectivamente). Todavia, ao contrariar frontalmente à União, o Estado teria, no entanto, extrapolado de sua competência suplementar e invadido a competência para editar normas gerais (art. 24, §§1º-3º, CR). Quanto à segunda ADI, chama atenção o fato de que, conforme relatório, o Governador de São Paulo, ao se manifestar sobre a lei de seu próprio Estado, teria concluído que essa seria mesmo inconstitucional⁵⁶⁵. Em seu voto, o relator, Min. Maurício Corrêa, entendeu que: quanto à proibição das atividades de importação e extração do produto, a lei estadual teria invadido a competência privativa da União para legislar sobre minas e recursos minerais (art. 22, XII, CR), tal como havia sido suscitado pelo autor, além de comércio exterior (art. 22, XX, CR); quanto à proibição das demais atividades, a lei estadual teria extrapolado da competência suplementar do Estado e invadido a competência da União para editar normas gerais (art. 24, §§1º-2º, CR); por fim, ao dispor sobre rotulagem dos produtos, a lei estadual teria invadido a competência privativa da União para legislar sobre comércio interestadual (art. 22, VIII). Segundo ele, “[...] *em tema de proteção e defesa da saúde pública e meio ambiente, a questão do uso do amianto não revela qualquer particularidade que justifique a exceção pretendida pelo Estado de*

⁵⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2656/SP*. Petição inicial, p. 15.

⁵⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2396/MS*. Petição inicial, p. 14. (grifos deste autor)

⁵⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2656/SP*. Inteiro teor do acórdão, p. 7.

São Paulo. Como se evidencia, trata-se de questão de interesse nacional, sendo legítima e cogente a regulamentação geral ditada pela União Federal.”⁵⁶⁶

Na sequência, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) propôs, com fundamento no artigo 103, IX, da Constituição vigente, diversas ADIs e uma ADPF, questionando a constitucionalidade de leis estaduais e de uma lei municipal, respectivamente, com proibições semelhantes: a **ADI nº 3356/PE**⁵⁶⁷ teve por objeto a Lei estadual nº 12.589/2004 – editada após as referidas decisões do STF – que proíbe “[...] *a fabricação, o comércio e o uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos por amianto ou asbesto em qualquer atividade, especialmente na construção civil, pública e privada.*”⁵⁶⁸; a **ADI nº 3357/RS**⁵⁶⁹ teve por objeto a Lei estadual nº 11.643/2001 que proíbe, nos termos da lei, “[a] *produção e a comercialização de produtos à base de amianto [...]*”⁵⁷⁰; a **ADI nº 3406/RJ**, à qual foi apensada a **ADI nº 3470/RJ**⁵⁷¹, ambas tiveram por objeto a Lei estadual nº 3.579/2001, que “[d]ispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto [...]”⁵⁷²; alguns anos mais tarde, a **ADPF nº 109/SP**⁵⁷³ teve por objeto a Lei municipal nº 13.113/2001 que proíbe “[...] *na construção civil a utilização de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos por amianto.*”⁵⁷⁴; e a **ADI nº 3937/SP**⁵⁷⁵ teve por objeto a Lei estadual nº 12.684/2007 – também aprovada após essas

⁵⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2656/SP*. Inteiro teor do acórdão, p. 12.

⁵⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3356/PE*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI). Intimado: Governador do Estado do Pernambuco. Intimada: Assembleia Legislativa do Estado do Pernambuco. Relator: Min. Eros Grau. Relator para o acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, 30 nov. 2017. DJe nº 019, divulgado em 31/01/2019 e publicado em 01/02/2019.

⁵⁶⁸ PERNAMBUCO. *Lei nº 12.589*. Recife: Assembleia Legislativa, 26 mai. 2004.

⁵⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3357/RS*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI). Intimado: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Intimada: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ayres Britto. Relator para o acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, 30 nov. 2017. DJe nº 019, divulgado em 31/01/2019 e publicado em 01/02/2019.

⁵⁷⁰ RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 11.643*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 21 jun. 2001.

⁵⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3470/RJ*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI). Intimado: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimada: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min^a Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. DJe nº 019, divulgado em 31/01/2019 e publicado em 01/02/2019.

⁵⁷² RIO DE JANEIRO. *Lei nº 3.579*. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa, 07 jun. 2001.

⁵⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 109/SP*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI). Intimado: Prefeito do Município de São Paulo. Intimada: Câmara Municipal de São Paulo. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 30 nov. 2017. DJe nº 019, divulgado em 31/01/2019 e publicado em 01/02/2019.

⁵⁷⁴ SÃO PAULO. *Lei nº 13.113*. São Paulo: Câmara Municipal, 16 mar. 2001.

⁵⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI). Intimado: Governador do Estado de São Paulo. Intimada: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, 24 ago. 2017. DJe nº 019, divulgado em 31/01/2019 e publicado em 01/02/2019.

decisões do STF – que “[p]roíbe o uso [...] de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros tipos de minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição.”⁵⁷⁶

Em seguida, a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) propuseram, também com fundamento no artigo 103, IX, da Constituição vigente, a **ADI nº 4066/DF**⁵⁷⁷ questionando a constitucionalidade agora do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995, por ofensa à dignidade humana e ao valor social do trabalho e violação dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 1º, III e IV, 196 e 225 c/c 170, *caput* e VI, CR), “[...] na medida em que permite a exploração comercial e industrial do amianto crisotila, cuja lesividade à saúde humana, mesmo em parâmetros controlados, é notoriamente constatada por estudos científicos”⁵⁷⁸. As autoras ressaltam que as evidências científicas apontariam que “[...] não há nível seguro de exposição ao amianto, assim como que todas as fibras de amianto são cancerígenas, qualquer que seja seu tipo ou origem geológica.”⁵⁷⁹ Não estivesse isso claro, ao Estado se imporia, no mínimo, o princípio da precaução, a exigir controle de substâncias cuja nocividade não seja completamente conhecida, o qual “[...] desaconselha[ria] uma mera regulamentação, por parte do Poder Público, mas sim uma atitude muito mais incisiva e efetiva do que aquela levada a cabo pela Lei nº 9.055/95 [...]”⁵⁸⁰. Além disso, dada a existência de fibras alternativas ao amianto, recomendadas inclusive pela Organização Mundial da Saúde (OMS), nada justificaria a manutenção da sua exploração com base em considerações meramente mercadológicas⁵⁸¹. Ao contrário da Advocacia-Geral da União que defendeu a constitucionalidade da lei, a Procuradoria-Geral da República, corroborando a argumentação das autoras, no sentido da inconstitucionalidade da disposição da lei federal que, segundo essa, também incorreria em violação ao princípio da vedação à proteção deficiente, pugnou pela procedência da ação⁵⁸².

⁵⁷⁶ SÃO PAULO. *Lei nº 12.684*. São Paulo: Assembleia Legislativa, 26 jul. 2007.

⁵⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4066/DF*. Relatora: Min^a Rosa Weber. Brasília, 24 ago. 2017. DJe nº 043, divulgado em 06/03/2018 e publicado em 07/03/2018.

⁵⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4066/DF*. Petição inicial, p. 10.

⁵⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4066/DF*. Petição inicial, p. 10. (grifos do original omitidos)

⁵⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4066/DF*. Petição inicial, pp. 31-32.

⁵⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4066/DF*. Petição inicial, pp. 15-16.

⁵⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4066/DF*. Autos do processo, pp. 1090; 1093.

Tomando a **ADI nº 3937/SP** como parâmetro das ações propostas pela CNTI questionando a constitucionalidade das leis dos entes subnacionais, verifica-se que a autora sustentou que os Estados, ao legislarem sobre matéria de competência concorrente, não poderiam dispor em sentido contrário ao que havia sido estabelecido pela União. Ao fazê-lo, porém, teriam na realidade disposto sobre normas gerais, extrapolando de sua competência meramente complementar. A autora descreve assim a ação dos referidos entes subnacionais: *“O gravame, sob a ótica da Federação, é que, além da invasão da competência perpetrada, a norma do Estado desafia a legislação federal de caráter geral.”*⁵⁸³ Uma vez que, na ADI nº 2656/SP, o STF já havia declarado inconstitucional uma lei do mesmo Estado nesse mesmo sentido, a autora qualifica a recalcitrância do referido ente federativo como uma *“gravíssima afronta à autoridade do Supremo Tribunal Federal”*⁵⁸⁴. Ao prestar informações, a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo refutou tal alegação, observando que, para se conformar à decisão da Corte, o alcance da proibição teria sido restringido: enquanto a primeira abrangia as atividades de importação, beneficiamento, comercialização e fabricação, a segunda limitou-se ao uso da substância. Mas o que mais chama atenção nas informações prestadas pela Assembleia Legislativa é a parte em que essa sustenta a inconstitucionalidade do artigo 2º da lei federal⁵⁸⁵ e a equipara à hipótese de inexistência de normas gerais, prevista no §3º do artigo 24 da Constituição vigente, na qual o Estado pode exercer competência legislativa plena:

*“A decorrência necessária da inconstitucionalidade da Lei Federal editada em competência legislativa concorrente é que não tem o condão de inibir o Estado-membro de exercer a competência legislativa plena, nos termos do disposto no parágrafo 3º do artigo 24 da Constituição. Assim é porque a lei que, por sua desconformidade com o sistema constitucional, não recebe seu amparo – inobstante a presunção de constitucionalidade de que gozam as leis – e não pode restringir a atividade legislativa válida do Estado-membro.”*⁵⁸⁶

⁵⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Petição inicial, p. 21. (grifos deste autor)

⁵⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Petição inicial, p. 24.

⁵⁸⁵ Ressalte-se somente que, anos antes, a Governadora do Rio de Janeiro já havia sustentado, nas informações que prestou na ADI nº 3.406/RJ, a inconstitucionalidade da lei federal: *“De aplicarem-se os princípios da prudência ou da cautela e da dignidade da pessoa humana, de molde a ter como inválido o texto da Lei federal nº 9.055/95 e como constitucional a Lei estadual nº 3.579/01, que consagra aqueles princípios constitucionais. [...] Daí concluir-se, dessarte, que a Lei federal ou não esgotou a matéria e permitiu aos Estados produzirem normas complementares ou não atuou com o rigor esperado pela Constituição da República, o que, nesta última hipótese, estaria a impedir a plena aplicação de seu texto para afastar a incidência da norma estadual impugnada, esta sim em plena conformidade com os princípios de nossa Lei Maior.”* BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3406/RJ*. Autos do processo, pp. 82-84.

⁵⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Autos do processo, pp. 686; 703. (grifos deste autor)

O Governador do Estado de São Paulo, por sua vez, defendeu a constitucionalidade da lei estadual com base em fundamentos distintos: primeiro, observou que, na Convenção nº 162 da OIT, que foi ratificada pelo Decreto nº 126/1991, o Brasil havia se comprometido, perante a comunidade internacional, a substituir o amianto tão logo estivessem disponíveis substâncias alternativas menos tóxicas; segundo, que a lei federal havia sido editada em um momento em que essas substâncias alternativas ainda não estavam disponíveis, por isso “[...] *agiu o legislador paulista de forma legítima, suprimindo a omissão da legislação federal no tocante à atualização normativa acordada, cingindo sua atuação nas esferas da proteção à saúde e proteção ao meio ambiente.*”⁵⁸⁷ Ao que parece, o Governador também argumentou com base no §3º do artigo 24 da Constituição vigente, associando a hipótese de inexistência de norma geral à omissão do legislador federal em submeter a legislação a revisões periódicas, tal como o país havia se comprometido internacionalmente. Como se pode observar, a complexidade das teses levantadas pelos agentes e órgãos estaduais discrepam e muito com as dos casos anteriores.

Ressalte-se que, entre a propositura da ação e a apresentação das informações, iniciou-se o julgamento do pedido cautelar, com o objetivo de suspender a lei estadual. Nessa oportunidade, por entender que, nesse caso, a lei federal é que seria inconstitucional, por violar o disposto no artigo 196 da Constituição vigente, o Min. Eros Grau defendeu que “[...] *a esta Corte incumbe apreciar toda e qualquer inconstitucionalidade que lhe chegue ao conhecimento direta ou indiretamente.*”⁵⁸⁸ Isto é, embora o objeto dessa ação se cingisse ao exame da constitucionalidade da lei estadual, ele defendeu que a Corte não deixasse de examinar a constitucionalidade da lei federal, proposição que não passaria despercebida por seus pares. O Min. Gilmar Mendes observou que tal proposição levaria a Corte a fazer um juízo incidental, em sede de controle abstrato, sobre a constitucionalidade de uma norma que não havia sido questionada pelo autor da ação (o que, como se verá adiante, acabaria gerando alguns mal-entendidos quando do julgamento definitivo da ação pois, ao que parece, esse juízo incidental em sede de controle abstrato seria confundido, por alguns Ministros, com o exame incidental próprio do controle concreto de constitucionalidade):

“[...] *o Ministro Eros traz uma observação curiosa que talvez nos levasse a uma posição singular, no processo de controle abstrato. Eu nunca imaginara isso, a não ser no plano estadual, quando, eventualmente, pudéssemos ter um juízo de*

⁵⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Autos do processo, p. 761.

⁵⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 74.

*inconstitucionalidade incidental em relação à norma estadual. Mas aqui se coloca essa possibilidade. Como estamos trabalhando com esse índice, esse paradigma da legislação federal, o Ministro Eros suscita a sua inconstitucionalidade por falta de proteção ou por falta de disposição protetiva. Teríamos que incidentalmente proferir ou aferir a legitimidade ou ilegitimidade dessa matéria.”*⁵⁸⁹

Meses mais tarde, já prestadas as informações pela Assembleia Legislativa do Estado, o Min. Eros Grau proferiu uma confirmação de voto, na qual reafirmou que o STF deveria conhecer da inconstitucionalidade da lei federal, ainda que essa questão não fosse o objeto da ação. Ele menciona o princípio da causa de pedir aberta⁵⁹⁰, segundo o qual a Corte não está adstrita às razões invocadas pelo autor da ADI e questiona “[...] *se, em hipóteses como essas, de confronto necessário entre lei estadual e lei federal, a Corte estaria presa ao pedido contido na petição que deflagra a análise de constitucionalidade de um determinado tema. [...] Desejo, pelo menos do meu ponto de vista, afirmar essa inconstitucionalidade, que não posso, em hipótese alguma, fazer de conta que não vejo.*”⁵⁹¹ E conclui: “*Diante da inconstitucionalidade flagrante da Lei Federal, que autoriza o uso do amianto, não tenho dúvida nenhuma de que sua inexistência – porque o que é afrontoso à Constituição não existe – torna perfeitamente compatível com a Constituição a competência dos Estados-membros para legislar.*”⁵⁹² Ao final, ele propõe que ou se declare a inconstitucionalidade da lei federal nessa ação ou que se essa fosse suspensa até que se julgasse a ADI nº 4066/DF na qual, como se viu, se discutia a constitucionalidade da lei federal.

Ressalte-se somente, a título de curiosidade, o fato de que a Min^a Ellen Gracie além de adotar, em seu voto, o entendimento de que a competência suplementar dos Estados, nas matérias de competência concorrente, se restringiria a suprir eventuais lacunas deixadas pela União, ao editar as normas gerais (o que confirma a hipótese de que um conceito amplo de normas gerais tem como consequência insofismável um conceito restrito de suplementação); defendeu uma tese semelhante à do *Political Safeguards of Federalism*, no sentido de que os Estados deveriam se defender por meio de seus representantes no Congresso Nacional e não apelando à Corte (o que confirma a suspeita de que essa tese pode ser manejada não só por defensores da descentralização): “*O Estado de São Paulo tem uma aguerrida bancada*

⁵⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI- MC) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 78.

⁵⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI- MC) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 118.

⁵⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI- MC) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 119.

⁵⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI- MC) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 120.

parlamentar que poderia bem tentar fazer valer a sua oposição à legislação federal anterior.”⁵⁹³

É preciso chamar atenção para uma questão que o Min. Eros Grau levantou: a da existência de uma relação de prejudicialidade⁵⁹⁴, em matéria de competências concorrentes, entre o juízo de constitucionalidade da lei estadual e o juízo da constitucionalidade da lei nacional. Isso porque, quando uma disposição constante de lei estadual supostamente editada no exercício da competência suplementar diverge de disposição constante de lei editada pela União no exercício da competência para estabelecer normas gerais, a constitucionalidade – ao menos, do ponto de vista orgânico – daquela depende da inconstitucionalidade dessa. Ainda que o Ministro não tenha indicado expressamente o fundamento constitucional dessa relação de prejudicialidade, embora a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo o tenha feito, essa decorre do disposto no §3º do artigo 24 da Constituição vigente. Por força desse dispositivo constitucional, a inexistência de normas gerais da União habilita os Estados a exercerem competência legislativa plena, a qual abrange tanto a competência para editar normas gerais como para suplementá-las. Assim, o que foi cogitado nessa ação é que a inconstitucionalidade das normas gerais existentes equivaleria à hipótese de inexistência de normas gerais. Embora, no Brasil, tenha-se que a lei inconstitucional seja considerada, via de regra, nula de pleno direito e não propriamente inexistente – ou seja, que a sanção opera no plano da validade e não no da existência –, não se pode supor que tenha sido isso que os Constituintes tinham em mente quando o empregaram a palavra “*inexistindo*” no §3º do artigo 24. Para os efeitos do disposto no referido dispositivo constitucional, a hipótese de inexistência de normas gerais compreende o caso de inexistência de normas gerais válidas, sendo que, em havendo declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato, a norma é retirada do ordenamento jurídico.

Ainda que, ao que parece, o referido Ministro tenha suscitado o princípio da causa de pedir aberta somente para ilustrar que o STF, ao apreciar ações de controle abstrato de normas, não se vincula aos termos estritos em que a ação foi proposta, entende-se aqui que

⁵⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI- MC) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 136.

⁵⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, pp. 46; 164-165; 191.

esse princípio, que se relaciona aos fundamentos jurídicos do pedido⁵⁹⁵ e não ao pedido em si, não comporta esse entendimento no sentido de ampliar o objeto da ação, a fim de que a Corte declare “*toda e qualquer inconstitucionalidade que lhe chegue ao conhecimento*”. Na realidade, o princípio com base no qual o Ministro deveria ter argumentado é o da congruência ou da correlação entre pedido e decisão que, conforme reconhece a própria jurisprudência do STF, admite exceções: é o caso da chamada “*inconstitucionalidade por arrastamento ou atração*”⁵⁹⁶. Carlos Blanco de MORAIS define a inconstitucionalidade consequente como aquela que “[...] *opera em cascata, através da propagação da relação de desvalor de uma norma principal, para as normas dela dependentes.*”⁵⁹⁷ A questão que se coloca aqui é se, dada essa relação entre normas em que o vício de uma pode contaminar a outra, pode ou não a Corte, diante do princípio da congruência, declarar inconstitucional um norma que não tenha sido questionada pelo autor, mas cuja inconstitucionalidade decorra da inconstitucionalidade da norma que foi por ele questionada.

Desse modo, seria possível sustentar que a relação de prejudicialidade apontada acima justificaria a mitigação do princípio da congruência, de modo a se admitir que, nos casos em que a constitucionalidade de uma norma suplementar estadual é questionada do ponto de vista orgânico, a Corte estaria autorizar a analisar também a constitucionalidade da norma geral nacional, ainda que essa não tenha sido questionada? Embora, como se viu, não se cogite da existência de ordem hierárquica entre a norma suplementar estadual e a norma geral nacional, é inegável que existe uma relação de prejudicialidade entre ambas, em virtude do disposto no §3º do artigo 24. Em se admitindo tal possibilidade, isso certamente ensejaria maior cautela por parte dos agentes e órgãos ligados diretamente à União que são legitimados para propor as ações do controle abstrato, na medida em que o questionamento

⁵⁹⁵ “Segundo o princípio da causa de pedir aberta, o Tribunal tem ampla liberdade na escolha do parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade, podendo valer-se, para tanto, de todo o espectro constitucional, não ficando adstrito ao dispositivo ou dispositivos-parâmetro indicados pelo requerente na petição inicial.” DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154.

⁵⁹⁶ Após analisar, com base em Carlos Blanco de MORAIS, a admissibilidade da declaração de inconstitucionalidade consequente de normas não impugnadas no sistema português, o Min. Carlos Velloso observa que: “*Também o Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado, fica condicionado ao ‘princípio do pedido’.* Todavia, quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma afeta um sistema normativo dela dependente, ou, em virtude da declaração de inconstitucionalidade, normas subsequentes são afetadas pela declaração, a declaração de inconstitucionalidade pode ser estendida a estas, porque ocorrente o fenômeno da inconstitucionalidade por ‘arrastamento’ ou ‘atração’.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2895/AL*. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, 02 fev. 2005. DJ 20-05-2005, p. 5. Inteiro teor do acórdão, p. 146.

⁵⁹⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo I: Garantia da Constituição e controle da constitucionalidade. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 182.

da constitucionalidade da norma suplementar estadual poderia levar à declaração de inconstitucionalidade da norma geral nacional com a consequente declaração de constitucionalidade da norma estadual, pois passou a entender-se que essa foi editada no exercício da competência legislativa plena e não mais meramente suplementar. Tratar-se-ia, na realidade, de uma hipótese de “constitucionalidade consequente” da norma estadual.

De todo modo, por entender que a lei estadual era a que melhor se coadunava com a ordem constitucional, em um julgamento que a Min^a Rosa Weber qualificaria de *overruling* na matéria⁵⁹⁸, a Corte, embora não tenha efetivamente se pronunciado quanto à constitucionalidade da lei federal, acabaria negando referendo à liminar que havia sido concedida nessa ação pelo relator, Min. Marco Aurélio. Na sequência, a Procuradoria-Geral da República opinou pela improcedência da ação, com base nesse entendimento de que “[a] lei paulista, ao ter um olhar mais cuidadoso com a saúde, especialmente do trabalhador, proibindo incondicionalmente o uso do amianto, está na linha dessa jurisprudência mais recente do STF, e, por isso, não tem o vício que lhe é lançado.”⁵⁹⁹ Dois pontos chamam atenção no parecer da PGR: primeiro, que essa invoca entendimento manifestado em precedente da Corte, no sentido de que o nível de proteção estabelecido em normas gerais pela União constituiria somente o piso e não o teto a ser obedecido indistintamente por todos os Estados⁶⁰⁰; segundo, faz uma defesa do papel dos Estados no federalismo, sustentando que esses não podem ser vistos como meros coadjuvantes no processo democrático, devendo se lhes conferir espaço para experimentação⁶⁰¹. Segundo relatório, a Advocacia-Geral da União, por sua vez, invocando precedente da Corte, teria sustentado a inconstitucionalidade da lei estadual, por extrapolar da competência suplementar⁶⁰². Ressalte-se ainda que, segundo o relator, a Ordem dos Advogados do Brasil teria defendido que o artigo 2º da Lei nº 9.055/1995 seria inconstitucional por desbordar do campo das normas gerais⁶⁰³.

⁵⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4066/DF*. Inteiro teor da decisão, p. 40.

⁵⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Autos do processo, p. 1208.

⁶⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Autos do processo, p. 1207.

⁶⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Autos do processo, pp. 1210; 1212.

⁶⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 44.

⁶⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 49.

Ressalte-se ainda que, atendendo a pedido de *amicus curiae*, o relator determinou a realização de audiência pública, que parece ter oferecido suporte para ambas as teses. O relator, em seu voto, ressaltou que os riscos do amianto já seriam conhecidos, ao passo que os das substâncias alternativas, por outro lado, não⁶⁰⁴, bem como que, nessas questões relativas a política pública, a Corte deveria adotar uma postura de deferência ao legislador. Observou ainda que:

*“A questão é tão complexa que nem mesmo os órgãos da União, como constatado na audiência pública, conseguiram consenso quanto à continuidade da exploração de amianto no Brasil. De um lado, na defesa no uso controlado no asbesto, apresentaram-se o Ministério de Minas e Energia e o do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. De outro, a favor do banimento do produto, perfilaram-se o Ministério do Trabalho e do Emprego, do Meio Ambiente, o da Previdência Social e o da Saúde. Enfim, tudo recomenda postura de contenção no caso em apreço.”*⁶⁰⁵

Na sequência ao voto do relator, pela procedência da ação, votou o Min. Ayres Britto pela improcedência. O Min. Gilmar Mendes faz uma intervenção importante:

*“[...] o que temos que aferir é se essa autorização dada pela Lei Federal, de fato, não permite a proteção devida nesses casos. Isso que me parece fundamental, e não a afirmação de que devemos sempre ficar com a chamada maior proteção, porque aí estamos fazendo uma leitura invertida do texto constitucional. [...] nesse caso, estamos subvertendo, inclusive, as regras do artigo 24, com as vênias de estilo, porque o Estado passa, ele próprio, a revogar as decisões tomadas, e que têm esse princípio de homogeneidade, com consequências graves para a própria integração federativa [...]”*⁶⁰⁶

Na sequência, o Min. Edson Fachin defendendo, novamente, a aplicação do princípio da subsidiariedade, votou pela improcedência da ação. Seguiu-se o voto do Min. Dias Toffoli, que tampouco corroborou a tese da prevalência da lei mais protetiva:

*“[...] peço vênias aos eminentes Ministros que assim entendem, mas não vejo espaço constitucional para a tese de que, em matéria de competência legislativa concorrente – inclusive em relação à proteção do consumidor, da saúde e do meio ambiente –, as normas estaduais e municipais devam prevalecer sobre a norma geral federal caso elas sejam mais protetivas e estejam em oposição à disciplina federal. [...] Caso a Constituição desejasse permitir aos entes federados editar legislação mais protetiva em detrimento da competência da União, teria feito expressamente a ressalva, o que, a toda evidência, não ocorreu. [...] Não se trata de analisar qual legislação é mais protetiva, mas quem tem competência legislativa para tanto.”*⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 67.

⁶⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 76. (grifos deste autor)

⁶⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 80.

⁶⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, pp. 161-162.

Apesar disso, o Ministro defendeu que o disposto na lei federal teria passado por um processo de inconstitucionalização, ou seja, que a norma seria constitucional à época de sua edição, mas que, diante do consenso formado na comunidade científica no sentido de que não haveria forma segura de utilização do amianto, em quaisquer de suas variedades, essa teria se tornado inconstitucional, pelo que aplicou o disposto no §3º do artigo 24 da Constituição vigente, para reconhecer que, naquele momento, os Estados desfrutavam de competência legislativa plena. Isto é, em virtude da mudança nas relações fáticas subjacentes à norma, teria se dado a inconstitucionalidade superveniente, por vício material, do disposto na lei federal, com a conseqüente constitucionalidade da lei estadual que dispunha em sentido contrário, consentânea com os direitos fundamentais invocados. Por esses fundamentos, votou no sentido da improcedência da ação, com a declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995, com efeitos *erga omnes* e vinculantes. Ressalte-se que o Min. Edson Fachin reajustaria seu voto, para acolher integralmente os fundamentos do voto do Min. Dias Toffoli⁶⁰⁸, como também acolheriam os Min. Ricardo Lewandowski e Celso de Mello⁶⁰⁹.

Iniciou-se o julgamento ADI nº 4066/DF em que se discutia a constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995. Em seu voto, a relatora, Min^a Rosa Weber, ressaltou, na linha de precedentes da Corte, que não caberia a essa definir se aquela substância seria ou não nociva, mas tão somente analisar, à luz do estágio atual do conhecimento científico, se a norma questionada é compatível ou não com os direitos fundamentais invocados. Assim, observa que “[o]s dados e subsídios técnicos apresentados na audiência pública [e] pelos amici curiae, referendam, no seu conjunto, a conclusão de que no estágio atual, o conhecimento científico acumulado permite afirmar, para além da dúvida razoável, a nocividade do amianto crisotila à saúde humana e ao meio ambiente.”⁶¹⁰ Partindo da premissa da inconstitucionalidade da proteção insuficiente dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado, a Ministra conclui que a lei federal poderia até ser considerada, à época de sua edição, como “ainda constitucional”, porém, diante das evidências científicas de sua nocividade, restaria clara sua incompatibilidade com a ordem constitucional. Quanto à questão relativa a se a

⁶⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 184.

⁶⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 252-254.

⁶¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4066/DF*. Inteiro teor da decisão, p. 58.

referida disposição teria natureza autorizativa ou restritiva das atividades envolvendo a substância, posicionou-se, também com base em precedentes da Corte, pela primeira opção.

O Min. Alexandre de Moraes, que votou na sequência, inaugurou a divergência, considerando que o legislador federal reconheceu a nocividade da substância e, por isso, editou uma norma restritiva. Embora houvesse desde logo a possibilidade de proibição total da substância, entendeu que os critérios que foram adotados pelo legislador, para balizar os direitos envolvidos, seriam razoáveis, além de estarem sujeitos a atualização. Em suma: “*Nós podemos ser a favor da regulamentação ou contra a regulamentação adotada pelo legislador [...]. Entretanto, não se pode dizer que o legislador ignorou a ideia de proteção à saúde e ao meio ambiente.*”⁶¹¹ Por entender que a norma teria, na realidade, natureza restritiva, simplesmente extirpá-la do ordenamento jurídico significaria retroceder ao estado da regulação anterior a sua edição, o que ocasionaria uma proteção ainda mais insuficiente.

Embora, na ADI nº 4066/DF, a maioria (de 5 a 4 votos) tenha votado no sentido da procedência da ação, diante do impedimento dos Min. Roberto Barroso e Dias Toffoli, não se alcançou o quórum de maioria absoluta (6 votos) previsto no artigo 97 da Constituição vigente, para se poder declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995, pelo que a decisão carece de efeitos vinculantes. No mesmo dia, porém, foi concluído o julgamento da ADI nº 3937/SP, na qual se alcançou o quórum não só para declarar a constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007 de São Paulo como para a proposta do voto do Min. Dias Toffoli de declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995, porém nada consta, na parte dispositiva da decisão, sobre a atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes⁶¹². Considerando que não é usual uma declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato de normas, não tardou muito para que surgisse dúvida quanto aos efeitos dessa declaração incidental de inconstitucionalidade feita na ADI nº 3937/SP.

Essa dúvida foi suscitada pelo Min. Alexandre de Moraes quando do julgamento conjunto das ADIs nº 3406 e 3470/RJ, que questionou se o artigo 2º da Lei nº 9.055/1995 havia sido, por força da decisão proferida na ADI nº 3937/SP, realmente retirado do

⁶¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4066/DF*. Inteiro teor da decisão, p. 101.

⁶¹² “*O Tribunal julgou improcedente a ação direta, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, vencidos os Ministros [...]*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Inteiro teor da decisão, p. 284.

ordenamento jurídico⁶¹³. Mais do que isso: por entender que a referida disposição seria, na realidade, de natureza restritiva e não autorizativa das atividades envolvendo amianto⁶¹⁴ e que o entendimento da Corte foi no sentido da proscrição de qualquer atividade com a substância, o efeito da exclusão da disposição restritiva seria paradoxal e incompatível com os fundamentos da decisão. Acaso poderia a União, agora, editar nova lei permitindo o amianto no território nacional ou poderiam os Estados, no exercício de sua competência suplementar, editar leis permissivas para seus respectivos territórios?⁶¹⁵ O Min. Gilmar Mendes ressaltou a necessidade de a Corte, dado o efeito vinculante da *ratio decidendi* e a força dos precedentes no sistema instituído pelo novo CPC, superar a dicotomia entre o controle abstrato e concreto, de modo a “equalizar” o efeito dessas decisões⁶¹⁶. Com isso, a

⁶¹³ “O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Porque hoje, Estados que não têm lei, nenhuma lei, eles vão poder continuar aplicando o artigo 2º da Lei Federal, porque não houve declaração concentrada.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3470/RJ*. Inteiro teor do acórdão, p. 71. “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De qualquer forma, o artigo 2º, porque não houve a suspensão da execução prevista na Carta da República pela Casa Legislativa, continua com eficácia no território nacional, presente a declaração incidental. O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Eu penso diferente. O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Eu entendo que não, com a devida vênia. Não é o entendimento que sufraguei. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Acho que não, foi declarado por maioria.” *Ibidem*, p. 73. “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, até agora, não foi retirada do ordenamento jurídico, em termos de execução. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Sim, o que nós estamos dizendo é apenas em relação à declaração de inconstitucionalidade, que foi pela maioria qualificada.” *Ibidem*, p. 79.

⁶¹⁴ “O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Sim, mas não significa que, pela redação da lei, a crisotila está proibida no Brasil todo. Na verdade, ao se declarar inconstitucional o artigo 2º, você tira as exceções.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3470/RJ*. Inteiro teor do acórdão, p. 77 “O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – [...] No momento em que tiramos o artigo 2º, continua vedada a pulverização e a venda a granel, só que cada Estado, adquirindo competência suplementar, pode regulamentar como quiser. Esse é o grande problema que precisa, ao meu ver, ficar claro. Nós estamos dizendo que o amianto é proibido em território nacional, mesmo a crisotila. [...] Porque uma coisa é a fundamentação que foi dada – não foi dada uma interpretação conforme, no sentido concentrado, de que não se pode comercializar –, nós estamos só retirando o artigo 2º. Esse é o perigo e esta é a pergunta que se fez desde o julgamento passado: afinal, pode ou não pode o amianto, a crisotila?” *Ibidem*, pp. 79-80. “O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – [...] Ao retirarmos o artigo 2º, a questão da extração, produção, industrialização, utilização e comercialização da crisotila, salvo pulverização e venda a granel, ficou numa anomia, não há norma.” *Ibidem*, pp. 79-80.

⁶¹⁵ Afinal, conforme observa a doutrina, “[s]endo o decisum constante da parte dispositiva voltado especificamente ao ato ou preceito normativo declarado inconstitucional, não há impedimento à sua reiteração material por meio de novo instrumento da mesma estatura. O julgamento é dedicado exclusivamente ao conjunto normativo questionado, não contemplando atos diversos de mesmo conteúdo, vigentes ou futuros.” (nota de rodapé omitida) E: “Diferentemente da prática adotada em outros países, o Poder Legislativo não está obrigado, segundo o ordenamento brasileiro, a observar a *ratio decidendi* que fundamenta as decisões proferidas em sede de controle principal de constitucionalidade. O efeito vinculante constante do §2º do art. 102 da Constituição não se aplica ao Poder Legislativo pela singela razão de não estar contemplado entre seus destinatários.” (nota de rodapé omitida) LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 147-148; 159-160, respectivamente.

⁶¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3470/RJ*. Inteiro teor do acórdão, pp. 66-68.

resposta à indagação do Min. Alexandre de Moraes seria negativa⁶¹⁷. A Min^a Cármen Lúcia observou como a jurisprudência da Corte estaria evoluindo no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade não mais de disposições específicas e sim da própria matéria⁶¹⁸.

O problema é que esse debate acabou desembocando naquela antiga discussão sobre a ocorrência ou não de mutação constitucional do inciso X do artigo 52 da Constituição, que dispõe que ao Senado Federal compete suspender a execução, total ou parcialmente, de lei que haja sido declarada inconstitucional em decisão definitiva pelo STF. Sempre se entendeu que a aplicação dessa disposição constitucional restringia-se ao controle concreto de constitucionalidade, haja vista que os efeitos específicos das decisões definitivas de mérito nas ADI e ADC encontra-se previsto no próprio §2º do artigo 102 da Constituição. O Min. Gilmar Mendes, como se sabe, faz parte de uma corrente dentro do STF segundo a qual o inciso X do artigo 52 da Constituição teria sofrido uma mutação constitucional⁶¹⁹, de modo que a resolução do Senado Federal ali prevista teria somente a função de conferir maior publicidade à decisão proferida pelo STF. De todo modo, ao que tudo indica, alguns Ministros da Corte não se recordavam que, nesse caso, a declaração incidental havia sido feita no bojo de uma ADI e não em sede de recurso extraordinário e que, para essa declaração, havia concorrido naquele julgamento a maioria absoluta da Corte⁶²⁰. Tampouco está claro se todos

⁶¹⁷ “O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – [...] Agora, as leis estaduais que também permitem, ainda que condicional, o uso da crisotila, ipso jure, seriam também inconstitucionais. O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Foi o problema inicial que eu coloquei. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Portanto, parece-me – e acho que o Ministro Fachin já colocou essa questão –, pela ratio decidendi do primeiro caso, não há espaço para o Estado.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3470/RJ*. Inteiro teor do acórdão, p. 82.

⁶¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3470/RJ*. Inteiro teor do acórdão, pp. 68; 84.

⁶¹⁹ “Todas essas razões fizeram surgir, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a teoria sobre a formação de um novo significado do instituto de suspensão de execução pelo Senado no contexto normativo da Constituição de 1988. A menção à teoria da mutação constitucional foi defendida no voto do Ministro relator da reclamação, acompanhado pelo Ministro Eros Grau. [...] Aqui se tem um caso em que a mudança ampla do contexto normativo afetou institutos específicos, ainda que eles próprios não tenham sofrido alteração direta.” MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Orgs.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 205-206.

⁶²⁰ “O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – [...] Agora me parece que o CPC vem em reforço quando não distingue mais a declaração de inconstitucionalidade em uma ou outra situação. Na prática, já fazemos isso um pouco. Não esperamos que o Senado suspenda. [...] Então, parece-me que vamos ter que enfrentar essa questão, ou agora, ou em outro momento; porque, de fato, a meu ver, não faz muito sentido fazer-se essa distinção. Um caso que passou por todas as instâncias, desde o primeiro grau vem sendo discutido, portanto, bastante moroso. Certamente todos esses REs têm lá mais de dez anos. O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – É que aqui é ação direta. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas digo porque já temos o controle incidental em que o Ministro Toffoli votou.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3470/RJ*. Inteiro teor do acórdão, pp. 66-67. “O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – [...] não há dúvida alguma que, por maioria qualificada, este Supremo Tribunal Federal, incidentalmente, [...] nesta ADI 3.937, declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055. Este é

os Ministros estavam cientes de que, diferentemente do que sucede no controle concreto⁶²¹, a declaração incidental constou expressamente da parte dispositiva da decisão⁶²², embora não haja menção quanto aos efeitos dessa declaração. Daí a importância das manifestações da Min^a Cármen Lúcia, à época na Presidência da Corte, no sentido de recordar a seus pares o que exatamente havia sido decidido na ADI nº 3937/SP⁶²³.

Ao que sugerem as manifestações de alguns Ministros feitas ao longo desse debate, o termo incidental foi tomado como sinônimo de difuso, como se na realidade se tivesse produzido uma espécie de “controle difuso dentro do controle concentrado”. Entendeu-se que, não sendo a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995 a questão principal da ação e tendo essa sido declarada apenas incidentalmente, não se trataria verdadeiramente de controle abstrato – ao menos, não no que se refere a essa parte da decisão. Ocorre que as características da prejudicialidade e da incidentalidade, embora sejam próprias do controle concreto, não são exclusivas desse⁶²⁴ – ou seja, embora a questão constitucional, no controle concreto, seja sempre prejudicial e julgada incidentalmente, também pode haver, no controle abstrato, uma questão constitucional prejudicial à questão constitucional principal a ser resolvida também incidentalmente. Isso não modifica a natureza do controle que continua

um fato jurídico normativo inequívoco. E por um quórum qualificado, apto a declarar a inconstitucionalidade. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quórum de funcionamento ou deliberação? A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Alcançamos seis votos. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Alcançados os seis votos, a maioria absoluta. O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Alcançamos os seis votos. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas na declaração incidental? O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Na declaração incidental. [...]” Ibidem, pp. 72-73.

⁶²¹ “Tem-se, portanto, no Brasil, que as decisões judiciais, tomadas em casos concretos, sobre questões constitucionais, inclusive as que dizem respeito à legitimidade, dos preceitos normativos, sempre foram consideradas como vinculativas apenas em relação às partes envolvidas no litígio. A rigor, não fazem sequer coisa julgada entre os litigantes, pois a apreciação da questão constitucional serve apenas como fundamento para o juízo de procedência ou improcedência do pedido deduzido na demanda. E a coisa julgada, sabe-se, não se estende aos fundamentos da decisão (Art. 504 do CPC).” ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 35.

⁶²² Ao sustentar a necessidade de se publicar o inteiro teor dos acórdãos, a fim de assegurar a publicidade necessária ao efeito vinculante da *ratio decidendi*, Roger Stiefelmann LEAL aduz: “A publicação da parte dispositiva das decisões tem relação direta, de causa e efeito, com a eficácia erga omnes que produz. A observância do decisum por todos está obviamente condicionada à sua publicidade, informação oficial de sua existência e conteúdo.” (nota de rodapé omitida) LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 171-172.

⁶²³ “A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Ministro, apenas para dar clareza, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.937, obteve-se a maioria de seis votos para declarar, julgou improcedente a ação direta com a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 2º... O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Incidental? A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Sim, na ação direta, mas houve a declaração.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3470/RJ*. Inteiro teor do acórdão, pp. 77-78.

⁶²⁴ Em sentido contrário, registre-se: “Por tudo o que até aqui se expôs, não é difícil perceber que o controle incidental, em maior ou menos escala, sempre será de natureza concreta, em qualquer de suas modalidades.” RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

a ser abstrato, uma vez que o juízo de constitucionalidade continua sendo objetivo, com a análise da lei em tese, e tendo sido suscitada no bojo de uma ação direta. Não se deve confundir as classificações⁶²⁵. Daí ser preferível empregar os termos concreto e abstrato para designar os dois tipos de controle de constitucionalidade existentes no Brasil, em vez de difuso e concentrado ou, mesmo, incidental e principal que, no fundo, só realçam algumas características nem sempre exclusivas de um ou de outro. Não se pode dizer que alguns Ministros não tenham advertido para esse equívoco ainda quando do julgamento da ação⁶²⁶.

Ressalte-se que a controvérsia real desse caso consiste em saber se os efeitos previstos no §2º do artigo 102 da Constituição decorrem da própria decisão definitiva proferida nas ADIs e ADCs, abarcando eventuais declarações incidentais de inconstitucionalidade, ou se pressupõem o cumprimento ao princípio da congruência ou da correlação entre pedido e decisão, limitando-se ao objeto principal dessas ações. Enfim, todo esse imbróglio jurídico foi resolvido, no julgamento conjunto das ADIs nº 3406 e 3470/RJ, fazendo constar expressamente, no dispositivo da decisão, o efeito *erga omnes* e vinculante da declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995⁶²⁷. Na sequência, concluiu-se o julgamento das ADIs nº 3356/PE e 3357/RS, bem como da ADPF nº 109/SP, pela improcedência dessas ações, com a declaração incidental de inconstitucional do dispositivo da lei federal, novamente sem constar expressamente, na parte dispositiva da decisão, com quais efeitos.

⁶²⁵ Após comentar a descrição do sistema difuso por Mauro Cappelletti, em que esse menciona a característica da incidentalidade, Elival da Silva RAMOS observa: “*Mas o que importa destacar, por ora, é que, embora na concreta experiência dos sistemas de controle a difusão e a incidentalidade caminhem juntas, sendo de difícil viabilização a criação de um sistema de controle difuso, porém em via principal, dado o impacto institucional do controle por meio de ação direta, cuida-se de duas classificações inconfundíveis, que, portanto, não devem ter os seus elementos entrelaçados.*” RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

⁶²⁶ “A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – [...] E quanto à proposta apresentada, neste caso, pelo Ministro Gilmar Mendes, que foi objeto de considerações finais agora, em que pese não ser o objeto específico das ações diretas, diria que talvez, Ministro Celso, nós estejamos encaminhando, como disse, para um reconhecimento de que as matérias, sendo idênticas, sejam declaradas inconstitucionais, até porque nós falamos muito – doutrina e jurisprudência – em controle concentrado e controle difuso e em controle concreto e controle abstrato como se fossem sinônimos. Na verdade, o que é concentrada e [sic] a competência para o julgamento, e então se tem o controle abstrato, a lei em tese, no dizer que tivemos aqui. [...] O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: É que aqui, a rigor, nós estamos no controle abstrato – em um caso concreto em controle abstrato, não no controle difuso –. Para analisar, em meu voto, a lei estadual, eu precisei declarar inconstitucional a lei federal.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3470/RJ*. Inteiro teor do acórdão, pp. 163-164.

⁶²⁷ “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação, e, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, com efeito vinculante e *erga omnes*.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3470/RJ*. Inteiro teor do acórdão, p. 200.

Em suma: como se viu, alguns entes subnacionais divergiram da União não só com relação à interpretação do disposto nos parágrafos do artigo 24 da Constituição vigente, como também a respeito da definição do nível de proteção suficiente de direitos fundamentais. Se essa contestação acabou sendo judicializada, não o foi porque entes federativos tenham proposto ações perante o STF, o máximo que fizeram foi defender a constitucionalidade de suas respectivas leis, e sim porque diferentes entidades da sociedade civil questionaram, na defesa do interesse de seus representados, os critérios fixados tanto pela União quanto pelos Estados, no primeiro caso com alegação de vícios materiais e nos últimos casos de vícios orgânicos. Em todos esses casos, acabaria prevalecendo na Corte a posição defendida pelos entes subnacionais, o que não deixa de ser importante sob o ponto de vista da teoria da pluralidade dos intérpretes constitucionais, e de uma forma que, a princípio, não foi antecipada por alguns órgãos ligados a União que apoiaram o pleito dos Estados. Está claro agora que, quando a constitucionalidade de uma norma de um ente subnacional for questionada por desbordar dos limites de sua competência suplementar, a norma geral nacional pode ser declarada inconstitucional com a declaração da “constitucionalidade consequente” da norma do ente subnacional que lhe era contrária, que passa a ser entendida como editada no exercício da competência legislativa plena, com fundamento no §3º do artigo 24 da Constituição vigente. Embora, nesses casos, a lei federal tenha sido declarada inconstitucional por vício material (a constitucionalidade orgânica da norma estadual foi “salva” pela inconstitucionalidade material da norma federal), a alegação feita pela OAB na ADI nº 3937/SP abre espaço para que esse exame de prejudicialidade se estenda ao juízo de inconstitucionalidade orgânica da lei federal, por extrapolação da competência para editar normas gerais. A “federalização” do critério que havia sido adotado por entes subnacionais (a proscrição de todas as variedades de amianto, por vulnerarem os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado) parece oferecer suporte à hipótese das defensoras da teoria do *uncooperative federalism* nos EUA de que a estratégia da contestação pela via da participação e não pela mera oposição pode ser mais eficiente.

CONCLUSÕES

Procurou-se demonstrar no presente trabalho que, embora muitos autores estejam corretos ao apontar que a Constituição brasileira vigente é, de modo geral, centralizadora, parte significativa da centralização observada após a sua promulgação deve-se, na realidade, a uma atuação expansiva do Congresso Nacional combinada com a adoção de uma postura de autocontenção por parte do STF. A rigor, dada a característica da sua inércia, a Corte não promove ela própria centralização ou descentralização; porém, ao possuir a última palavra em matéria constitucional, o que inclui as cláusulas de repartição de competências, possui a capacidade de conter ou de cancelar esses processos, o que a torna, sem dúvida alguma, um ator relevante. Pois bem, como se viu, o sistema de repartição de competências adotado na Constituição é bastante complexo: combina técnicas de inspiração diversa e contém múltiplas listas que apontam em diferentes direções, sem mencionar as competências que se encontram dispersas ao longo do texto constitucional. Assim, ao mesmo tempo em que essa prevê, nos arts. 21 e 22, dois extensos e detalhados catálogos de competências exclusivas e privativas da União, contém nos arts. 23 e 24 dois outros importantes catálogos de competências comuns e concorrentes com os entes subnacionais. Ao que se depreende dos relatórios da ANC, os Constituintes supunham que, ainda que os dois primeiros ensejassem centralização, os dois últimos propiciariam um processo de “descentralização federativa gradual”, ao menos quanto às matérias neles relacionadas, o que, como se sabe, acabou não se confirmando. Mas, afinal, com quem está a razão na controvérsia a respeito de a quem deve ser atribuída a centralização do federalismo brasileiro: com os que a atribuem a escolhas dos Constituintes ou com aqueles que a associam a outros atores? Além disso, o que explica a frustração das expectativas dos Constituintes, supondo que essas fossem mesmo genuínas, em relação à trajetória do federalismo brasileiro?

Entende-se aqui que, no que se refere à definição do modelo de Estado federal e ao sistema de repartição de competências entre os entes federativos, os Constituintes tomaram, na realidade, tanto decisões centralizadoras como descentralizadoras, porém essas últimas costumam ser completamente negligenciadas nos estudos dedicados ao tema. Assim, se é certo que a centralização decorrente da extensão e do detalhamento dos catálogos de competências exclusivas e privativas da União deve-se a escolhas dos Constituintes, não é tão certo que a (somente) esses deva ser atribuída a centralização observada nas matérias de competência concorrente, em relação às quais outro resultado era não só possível, como até mais coerente com o disposto na Constituição. Afinal, como se viu, ao inserirem o comando

“*limitar-se-á*” e ao substituírem o termo “*supletivamente*” por “*suplementar*” nos §§1º-2º do art. 24, respectivamente, esses introduziram modificações importantes à sistemática das competências concorrentes prevista no texto constitucional anterior. Todavia, ao contrastar as limitações impostas pelos Constituintes ao exercício da competência da União nessas matérias com a edição de chamadas “normas gerais exaurientes” pelo Congresso Nacional e a deferência que o STF por muito tempo adotou em relação a essa prática, fica difícil escapar à conclusão de que, ao menos em relação a essas matérias, as regras constitucionais não explicam o resultado. Mas, se não a Constituição, então o que explica a centralização observada nas matérias de competência concorrente?

Os achados da presente pesquisa demonstram que, ao interpretar a Constituição, o STF não só deixou de explorar o potencial descentralizador das diretrizes restritivas ao exercício da competência da União que foram insculpidas pelos Constituintes nos §§1º-2º do art. 24, como na realidade parece ter “represtinado” o conceito de normas gerais que havia sido formulado à luz do texto constitucional anterior, que é de todo incompatível com a ordem constitucional vigente, aplicando um teste pouco rigoroso para controlar a atividade legislativa da União nessas matérias. Mais do que isso: além de relaxar as restrições que os Constituintes haviam imposto ao exercício da competência da União nas matérias de competências concorrentes, a Corte chegou inclusive a desdobrar a partir do trecho “*para atender a suas peculiaridades*” previsto no §3º do mesmo artigo restrições que, a princípio, não haviam sido por aqueles impostas ao exercício da competência dos Estados nessas matérias. Não se pretende com isso eximir os Constituintes de qualquer participação no processo de centralização do federalismo brasileiro observado após a promulgação da Constituição, porém não se pode deixar de registrar que importantes decisões descentralizadoras que foram por esses tomadas, em pontos em que pretendiam romper com o passado, foram posteriormente revertidas pela Corte pela via hermenêutica. Por outro lado, hoje se sabe, com o benefício da perspectiva, que os Constituintes falharam ao terem deixado de estabelecer, no próprio texto constitucional, parâmetros mais claros daquilo que a União poderia ou não fazer a título de editar normas gerais. Sendo assim, pode-se dizer que os Constituintes, tanto quanto o Congresso Nacional e o STF, são cada qual em certa medida corresponsáveis pelo processo de centralização observado nas matérias de competência concorrente no período pós-1988.

Não se está aqui evidentemente a defender a prevalência do elemento histórico de interpretação constitucional sobre os demais. O objetivo de se examinar (Ante)projetos de Constituição, emendas, destaques e relatórios apresentados, bem como discursos proferidos

no decorrer dos trabalhos da ANC não era propriamente o de identificar qual era a intenção dos Constituintes, ainda que se considere isso sim relevante. Como se explicou na introdução desse trabalho, pretendeu-se com isso distinguir as escolhas que foram feitas pelos Constituintes das escolhas que foram feitas posteriormente pelo STF – algo bastante difícil de se realizar na prática considerando que Constituições se consubstanciam em textos que demandam interpretação, mas indispensável se o que se pretende é isolar as decisões da Corte das decisões da ANC, a fim de se poder avaliar qual foi o seu efeito. De todo modo, entende-se aqui que a conclusão a que se chegou, no sentido de que os §§1º-2º do art. 24 encerram diretrizes restritivas do exercício da competência da União nessas matérias, é compatível não só com o elemento histórico como com os elementos sistemático e teleológico de interpretação constitucional. Afinal, as modificações que foram ali introduzidas pelos Constituintes são coerentes com modificações que esses fizeram em outras disposições constitucionais, como a previsão contida no *caput* do art. 18 de que União seria somente mais um ente federativo dotado de autonomia. Além disso, a inserção do comando “*limitar-se-á*” no §1º e a substituição do termo “*supletivamente*” por “*suplementar*” no §2º do art. 24 não parecem deixar margem para dúvidas de que seu propósito era o de conter o alcance da competência da União nessas matérias.

Outro aspecto que parece explicar a frustração das expectativas dos Constituintes com relação ao processo de descentralização gradual do federalismo brasileiro é o efeito esperado da adoção da técnica do compartilhamento de competências. Viu-se que esses teriam considerado que, naquele momento, o país ainda não estaria preparado para uma descentralização abrupta, obtida por meio da transferência pura e simples de competências exclusivas e privativas da União para os entes subnacionais. Por essa razão, teriam optado por um processo de descentralização a ser alcançado mediante a ampliação das áreas e matérias de competência compartilhadas com os entes subnacionais. Ocorre que o mero compartilhamento de competências entre os entes federativos não produz necessariamente descentralização – isso, na realidade, depende das disposições que definem o papel que cada qual deve desempenhar em relação às áreas e matérias por esses compartilhadas. Afinal, como se viu, é possível combinar descentralização executória com centralização decisória. Assim, ao deixarem de definir parâmetros mais claros sobre aquilo que a União poderia ou não fazer a título de editar normas gerais, os Constituintes acabaram abrindo caminho para que essa pudesse avançar sobre o campo destinado à suplementação por parte dos entes subnacionais. Como consequência, a diversificação cedeu espaço à uniformização.

Como se viu, a Corte por muito tempo trabalhou com um conceito de normas gerais que havia sido desenvolvido à luz do texto constitucional anterior, segundo o qual bastava que essa, ao editá-las, deixasse lacunas a serem supridas (as chamadas “*lacunas preencheíveis*”) pelos entes subnacionais, o que permitia, na prática, que a União definisse ela própria até onde poderia ir ao regular as matérias de competência concorrente. É preciso reconhecer, no entanto, que esse conceito não cria verdadeiramente limites ao exercício da competência legislativa da União nessas matérias, ou melhor, faz com que essa limitação, no fundo, dependa da adoção de uma postura de autocontenção por parte do Congresso Nacional, o que não se deve esperar que ocorra. Embora Madison estivesse de fato mais preocupado com o descumprimento dos limites impostos pela Constituição aos Estados, o que é perfeitamente compreensível dado o desenho dos artigos da Confederação e o contexto do pós-guerra de independência, ele partia do pressuposto de que, ao se desenhar instituições, seria preciso atentar para que essas não criassem incentivos para desvios. Surpreende que a Corte pareça não ter percebido que, na realidade, tal conceito não estabelece qualquer parâmetro para controle da atividade da União nas matérias de competência concorrente, haja vista que é praticamente impossível que o legislador ordinário esgote toda a regulação de uma matéria, afinal ele não consegue antecipar todas as suas possíveis aplicações. Portanto, dificilmente uma lei editada pela União seria, com base nesse conceito, declarada inconstitucional por extrapolar do âmbito das normas gerais, o que foi confirmado pelos achados desse trabalho. Assim, não surpreende que os raríssimos casos identificados nessa pesquisa de leis editadas pela União que foram declaradas inconstitucionais pelo STF ou que foram por esse preservadas somente por meio da adoção da técnica da interpretação conforme à Constituição refiram-se, na realidade, a leis que interferem diretamente na Administração dos Estados, ou seja, o foram mais por interferir na autonomia dos entes federativos (art. 18, *caput*, CR) do que por extrapolar do conteúdo de normas gerais (art. 24, §1º, CR).

Embora o art. 24 da Constituição vigente, a princípio, não contenha restrições ao exercício da competência suplementar dos entes subnacionais, viu-se que a prática parece ter originado, por meio de uma interpretação *a contrario sensu* do disposto em seu §3º, uma espécie de restrição ao exercício da competência dos Estados nessas matérias. Parte-se do seguinte raciocínio: se os Estados só podem legislar sobre normas gerais em caso de omissão da União em editá-las, então, em havendo essas, aqueles estariam obrigados a observá-las. Defendeu-se aqui que essa interpretação é compatível com a Constituição, na medida em que, embora não haja hierarquia entre a lei editada pela União e a lei editada

pelos entes subnacionais, cada ente deve observar seu campo próprio (a União com as suas normas gerais e os Estados com a sua suplementação), sob pena de inconstitucionalidade por usurpação de competência. Até porque, ainda que se ressalte aqui a intenção dos Constituintes em restringir o exercício da competência da União nessas matérias, isso não significa que os entes subnacionais estariam livres para desrespeitá-las, simplesmente porque esses não o disseram expressamente. Afinal, todo ente ou Poder do Estado deve agir dentro do campo que lhe foi designado, do contrário não se teria uma Constituição limitada, como defendeu Hamilton.

Mas, se não as disposições constitucionais, então o que explica o comportamento da Corte e sua variação ao longo do tempo? Não se observou, nos achados dessa pesquisa, maiores divergências entre os Ministros do STF no que se refere ao conceito de federalismo, seu significado histórico, suas implicações para as relações intergovernamentais ou, mesmo, do papel a ser desempenhado pela Corte ao arbitrar disputas entre os entes federativos. Com relação a esse aspecto, o “debate” entre eles foi até bastante monótono. Assim como os Constituintes, os Ministros da Corte parecem, de modo geral, associar federalismo com democracia e entender que o Estado federal significa descentralização. Claro que o fato de, aparentemente, não haver divergência entre eles não significa necessariamente que essa de fato não exista, é possível que os Ministros estejam de acordo em termos conceituais, porém diverjam profundamente quanto à importância relativa de seus elementos. Supõe-se aqui que um fator relevante para explicar algumas decisões da Corte seja a diferença no peso que os diferentes Ministros atribuem aos imperativos da uniformidade e da diversidade, o que, no fundo, não deixa de ser uma divergência sobre federalismo. Pode-se citar, por exemplo, o julgamento da ADI nº 2.905/MG, em que a existência, no território nacional, de diferentes regimes de direito do consumidor (o que configura “venda casada” em um Estado pode ser diferente em outro?), foi encarada como um inconveniente por parte de alguns Ministros, ainda que essa matéria seja de competência concorrente. Juridicamente isso se traduziu na controvérsia sobre se a existência de peculiaridade regionais/locais seria um requisito apenas para o exercício da competência supletiva ou também para a suplementar dos Estados.

Ademais, como demonstra a análise das ADIs nº 3.367/DF e 4.638/DF, relativas à criação do CNJ pela EC nº 45/2004 e às competências que se lhe foram cometidas, a maioria dos Ministros da Corte espousa o entendimento de que o Poder Judiciário teria caráter nacional, ainda que estruturado nos âmbitos federal e estaduais. Por isso, os atos do CNJ, órgão que compõe a estrutura do Poder Judiciário, mas que não exerce competência jurisdicional e sim

meramente administrativo-fiscalizatória, poderiam interferir nos TJs estaduais. Sendo assim, o STF, que é o órgão de cúpula de um Poder nacional e não meramente federal, não só não estaria vinculado aos Estados, DF e Municípios, como tampouco à União, o que lhe permitiria desenvolver seu papel arbitral, no que diz respeito a questões federativas, com maior independência.

Os Ministros também parecem ter sido cautelosos ao controlar a constitucionalidade de algumas leis editadas pela União que contêm disposições que aparentemente desbordam do conteúdo de normas gerais, mas que representaram, à época de sua edição, avanços em matéria de gestão pública. Afinal, o reconhecimento da extrapolação da competência da União nessas matérias e, portanto, da inconstitucionalidade da lei, com seus consectários como a sanção da nulidade, poderia significar, nesses casos, um retrocesso. A exemplo do que sucedeu no julgamento da ADI nº 927/RS, em que se questionou a constitucionalidade de disposições da Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos), a solução encontrada para a preservação das disposições da lei foi a adoção da técnica da interpretação conforme à Constituição ou da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, de modo a restringir a aplicação de tais disposições à União ou vedá-la em relação aos entes subnacionais, respectivamente. Defendeu-se aqui ser preferível, nesses casos, a adoção da segunda técnica pelo efeito pedagógico que a pronúncia da inconstitucionalidade de uma lei editada pela União que extrapola o conteúdo de normas gerais pode exercer sobre as relações federativas.

Aliás, se o que levou a Corte a “repristinar”, em um primeiro momento, o conceito de normas gerais formulado à luz da EC nº 01/1969 – que, como se disse, é de todo incompatível com o da Constituição de 1988 – foi a antecipação das consequências que o reconhecimento da não-recepção da legislação que havia sido editada pela União nessas matérias antes do advento da nova ordem constitucional poderia ocasionar, o “apelo ao legislador” pode ser um meio de exortar o Congresso Nacional a revisar o “entulho centralizador” herdado do regime anterior. Do mesmo modo, se o STF de fato pretende rever a tendência centralizadora de sua jurisprudência sobre federalismo e adotar uma interpretação dos §§1º-2º do art. 24 mais consentânea com os anseios dos Constituintes, mas ao mesmo tempo receia as consequências que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei editada pela União nessas matérias pode ter, uma solução é lançar mão de outras técnicas de decisão, como a do processo de inconstitucionalização (ou da lei ainda constitucional), sinalizando claramente

ao Congresso Nacional que passou a adotar um conceito mais restritivo de normas gerais e que, a partir de então, aplicará um teste mais rigoroso a respeito do que essas vêm a ser.

Supondo-se que o *overruling* anunciado, à unanimidade, pela Corte em 2015 tenha de fato ocorrido (algo que não pode ser tomado como um dado, é preciso ser confirmado) e considerando que não houve reforma dos parágrafos do art. 24 da Constituição, o que explicaria esse movimento? Em um artigo publicado em 2013, o Min. Ricardo Lewandowski observou que: “*No Supremo Tribunal Federal, considerada a sua atual composição, já há uma visível tendência no sentido do fortalecimento do federalismo, prestigiando-se a autonomia dos estados e municípios, a partir de inúmeras decisões, especialmente nas áreas da saúde, meio ambiente e do consumidor.*”⁶²⁸ Esse argumento parece partir de uma premissa bastante difundida na literatura no sentido de que, sendo a Corte um órgão colegiado, suas decisões podem ser explicadas pela preferência da maioria dos membros que participam do julgamento e a variação de seu entendimento pelas maiorias que foram se formando ao longo do tempo. Duas hipóteses que já foram cogitadas na literatura e que podem ser aqui testadas são as de que as preferências dos Ministros refletiriam as suas origens territoriais ou, ainda, a orientação do partido político a que está afiliado o Presidente que os indicou. Nenhuma dessas variáveis, no entanto, parece explicar que a suposta mudança de orientação da Corte tenha ocorrido em 2015: juntas as regiões Sudeste e Sul nunca tiveram menos de 6 Ministros (1989), ou seja, sempre foram maioria no Pleno da Corte desde a promulgação da Constituição vigente. O sudeste sozinho nunca teve menos de 5 (1989) e já chegou a ter 9 (1995 e 2011) nesse período. Curiosamente, o período em que a Corte teve o maior número de Ministros de outras regiões (4 Ministros do Nordeste) foi logo no início da vigência da atual Constituição (1988-1989), ou seja, a composição da Corte herdada do regime anterior. Apenas a título de curiosidade, os Estados que mais tiveram Ministros, em um dado momento, na Corte foram: Rio de Janeiro (4 em 2011; 2014-2018); Minas Gerais (4 em 1997 e 2004) e São Paulo (3 de 1990-2003; 2011-2012 e 2018). Outro dado curioso é que, supondo-se que o Sudeste e o Sul, por serem as regiões mais ricas e desenvolvidas do país, teriam maior interesse pela descentralização, o domínio dessas regiões ao longo de todo o período pós-1988 não explica a tendência centralizadora da Corte. Assim, ao que tudo indica, os Ministros do STF não se comportam como se fossem representantes de suas respectivas regiões.

⁶²⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Considerações sobre o federalismo brasileiro. *Justiça & Cidadania*, n. 157, set. 2013, p. 17.

Tampouco a variável partido político do Presidente que os indicou parece explicar a mudança na orientação da Corte: afinal, os Ministros que foram indicados por Presidentes afiliados ao PT são maioria (pelo menos 6) no Pleno da Corte desde 2007, tendo chegado ao número de 8 em 2012, 2014 e 2016-2017. Considerando que o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, embora tenha sido reeleito e governado o país por 8 anos, indicou somente 3 Ministros ao STF (menos que o ex-Presidente Fernando Collor de Mello, que em menos de um mandato, indicou 4), os Ministros que foram por esse indicados nunca chegaram a formar maioria no Pleno da Corte. Assim, como se vê, dos dois partidos que, por mais tempo, elegeram Presidentes da República desde 1988, somente os Ministros indicados por Presidente afiliados ao PT formaram maioria no Pleno da Corte. Considerando que, pelo critério temporal, essa variável pode ser descartada para explicar a mudança da orientação na Corte com relação ao tema, não há aqui necessidade de testar a coesão desse conjunto de Ministros (para determinar se esses funcionam como um bloco). Ademais, diferentemente dos EUA, onde diversos Presidentes afiliados ao Partido Republicano se posicionaram pela reversão do processo de centralização e se comprometeram a indicar para a Suprema Corte somente *Justices* com essa mesma posição, no Brasil dificilmente a questão federativa ganha contornos ideológicos, a ponto de se poder distinguir os partidos com base em critérios relacionados a federalismo. Ao que tudo indica, aquelas decisões tomadas por maiorias apertadas (de 5x4) em matéria federativa, refletindo as divisões partidárias dentro da composição da Corte, é realmente algo característico dos EUA. Assim, essas teorias que parecem, em alguma medida, explicar o comportamento dos *Justices* da Suprema Corte dos EUA parecem não ser muito explicativas do caso brasileiro.

Procurou-se demonstrar aqui ainda que, a despeito da sinalização expressa de um *prospective overruling* quando do julgamento da ADI nº 4.060/SC em 2015, não houve de fato, até o presente momento, uma mudança radical na jurisprudência do STF concernente ao federalismo. O que se vê claramente é que os Ministros têm se mostrado, cada vez mais, conscientes da necessidade de rever a orientação centralizadora que a Corte vinha mantendo em relação ao tema e dispostos a desenvolver novas abordagens para enfrentar essa questão. Com efeito, três abordagens puderam ser identificadas nesse movimento recente da Corte: a primeira foi defendida pela Min^a Cármen Lúcia, na linha do Min. Ayres Britto, em seu voto proferido na ADI nº 2.905/MG, no sentido de extrair, das cláusulas constitucionais de repartição de competências, uma interpretação mais consentânea com a descentralização com a qual os Constituintes tanto ansiavam; a segunda e provavelmente a mais conhecida

seja aquela que foi capitaneada pelo Min. Luiz Fux, com o apoio de seus pares na Corte, no julgamento da referida ADI nº 4.060/SC, propondo o reconhecimento de uma presunção de constitucionalidade em favor das leis editadas pelos entes subnacionais (“*in dubio pro autonomia*” dos entes subnacionais); e a última foi aquela proposta pelo Min. Edson Fachin, em seu voto proferido no RE nº 194.704/MG, que também propõe a adoção de uma presunção em favor dos entes subnacionais (a chamada “*presumption against pre-emption*”), mas desloca a esfera de decisão do STF para o Congresso Nacional, na medida em que admite que essa presunção possa ser afastada por indicação expressa na lei (a chamada “*clear statement rule*”, ambas do Direito estadunidense). É preciso reconhecer que todas essas abordagens possuem virtudes inegáveis: a primeira por trabalhar o próprio parâmetro de controle, ou seja, a própria Constituição, com vistas a desdobrar, interpretativamente, parâmetros mais claros e consentâneos com os anseios dos Constituintes para aferir a constitucionalidade das leis; a segunda por identificar a própria jurisprudência da Corte como uma das causas da centralização do federalismo brasileiro, conclamando-a a rever sua orientação e passar a contemplar, em nome do pluralismo, as iniciativas dos entes subnacionais; e a terceira por questionar se os critérios previstos na Constituição não acabam fazendo prevalecer sempre, em caso de conflito, a lei editada pela União e procurar identificar, na experiência comparada, princípios para reinterpretá-la de modo a extrair outros critérios que permitam chegar a um resultado diferente.

Examinando a questão da perspectiva dos entes subnacionais, a Min^a Cármen Lúcia, em sua abordagem hermenêutica, levantou alguns pontos importantes: primeiro, o conceito de normas gerais visa a restringir somente o exercício da competência da União, não a dos entes subnacionais, nessas matérias; segundo, a existência de peculiaridades regionais/locais não pode ser considerada requisito para o exercício da competência suplementar, mas somente a supletiva, pelos entes subnacionais, sob pena de esvaziamento de sua participação nas competências concorrentes. Embora a Ministra tenha razão ao sustentar que o conceito de normas gerais está voltado a limitar a competência da União e não a dos entes subnacionais, não se pode perder de vista que, na prática, as noções de normas gerais e de suplementação são vaso comunicantes: a expansão de um leva necessariamente à contração do outro. Quanto ao segundo ponto, defendeu-se aqui que a existência de peculiaridades regionais/locais não é requisito para o exercício nem da competência suplementar, nem da supletiva. Afinal, não se pode admitir que, à falta de normas gerais sobre uma determinada matéria, os entes subnacionais, para que possam supri-las, estejam condicionados à existência de

peculiaridades regionais/locais. Tal visão parece já partir do pressuposto de que a União não respeita os limites de sua competência para editar apenas normas gerais; do contrário, caso a União seja omissa ao editar normas gerais e não haja, naquele caso, peculiaridades regionais/locais, ter-se-ia simplesmente uma situação de anomia, ou seja, de ausência total de normas, tanto gerais como específicas, sobre uma determinada matéria. Defendeu-se aqui que a interpretação mais adequada desse dispositivo é que a ausência de normas gerais não pode obstar os entes subnacionais de regularem a matéria, estando ou não presentes peculiaridades locais.

Assim, como se pode ver, nas matérias de competência concorrente, dois fatores relacionados à interpretação das cláusulas constitucionais de repartição de competências parecem explicar a centralização legislativa que foi observada pelos Ministros: de um lado, a adoção de um conceito de normas gerais tão amplo que praticamente não oferece qualquer teste para o controle das leis que são editadas pela União nessas matérias; e, de outro, a exigência da existência de peculiaridades regionais/locais que justifiquem o exercício pelos entes subnacionais de sua competência tanto suplementar como supletiva nas matérias de competência concorrente. Com isso, tem-se a reversão das diretrizes fixadas pelo próprio Constituinte, que restringiu (“*limitar-se-á*” e “*não exclui*”) o exercício da competência da União nas matérias de competência concorrente, mas não o fez em relação aos Estados. Assim, a interpretação feita pela Min^a Cármen Lúcia parece ser mais consentânea com a intenção dos Constituintes que, se acertaram ao limitar o exercício da competência da União nas matérias de competência concorrente, falharam ao deixar de definir parâmetros mais claros sobre o que esse pode ou não fazer a título de editar normas gerais.

Já a saída encontrada pelo Min. Luiz Fux, no sentido de se reconhecer, em nome do pluralismo, uma presunção de constitucionalidade das leis editadas pelos entes subnacionais (“*in dubio pro autonomia*” dos entes subnacionais), que só se afastaria em caso de ofensa a norma constitucional “expressa e inequívoca”, parece oferecer mais dificuldades do que soluções. Afinal, todas as leis, inclusive as que foram editadas pela União, presumem-se constitucionais, até que se constate a ocorrência de ofensa clara a uma norma constitucional, tanto expressa como implícita (não por outra razão que se exige maioria qualificada para que se possa pronunciar a inconstitucionalidade de uma norma). Se as leis editadas pela União, inclusive as normas gerais, também gozam de presunção de constitucionalidade, como se pode esperar que o reconhecimento de uma presunção de constitucionalidade em favor das leis dos entes subnacionais possa resolver o problema da contrariedade da lei estadual suplementar

com a norma geral da União? A solução proposta pelo Min. Edson Fachin, com base no princípio da subsidiariedade, também envolve uma presunção em favor dos entes subnacionais (a “*presumption against pre-emption*”), que só se afastaria na hipótese de a União manifestar essa intenção expressamente na lei (a “*clear statement rule*”). Nos EUA, isso é possível porque a Constituição contém uma *Supremacy Clause* que faz com que a legislação federal goze de supremacia em relação à legislação estadual, o que – como se viu – não é o caso brasileiro. No Brasil, diferentemente, não só não consta uma cláusula de supremacia, como qualquer suposição de hierarquia entre a legislação federal e estadual parece ter sido rechaçada pelos Constituintes. Assim, essa solução que coloca a decisão, em última análise, nas mãos do Congresso Nacional tampouco parece compatível com as escolhas dos Constituintes.

De todo modo, não se deve carregar nas críticas dirigidas à jurisprudência da Corte em matéria federativa⁶²⁹, afinal os Ministros se veem constantemente na contingência de resolver questões que foram deixadas em aberto pelos Constituintes. Até porque, como se viu, o sistema de repartição de competências previsto na Constituição vigente, ou seja, o próprio parâmetro do controle de constitucionalidade, é complexo, às vezes assistemático e contém falhas. Mas, se o STF não pode ser responsabilizado pelas escolhas centralizadoras que foram feitas pelos Constituintes, nem pelos erros que foram por esses cometidos ao tomarem decisões descentralizadoras, aquele pode ser sim responsabilizado por ter revertido decisões descentralizadoras que haviam sido por esses tomadas. De todo modo, a Corte parece estar, de fato, cada vez mais consciente dos erros cometidos no passado e procurando corrigir essa tendência centralizadora na sua jurisprudência. É preciso observar, no entanto, que um passo importante foi dado nos últimos anos: passou-se da mera constatação de que a orientação da Corte é centralizadora para a busca de critérios para revertê-la. Com efeito, são os próprios Ministros que estão reconhecendo sua parcela de culpa pela centralização do federalismo brasileiro e são eles próprios que estão propondo rever sua orientação. Os Ministros estão fazendo as perguntas certas: é possível extrair da Constituição uma interpretação mais consentânea com a intenção dos Constituintes? É possível se chegar a um resultado diferente nos casos envolvendo conflito entre leis de diferentes entes federativos? É possível reverter a tendência manifestada pela Corte no passado em relação a questões federativas?

⁶²⁹ Ressalte-se que, mesmo a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA em matéria de federalismo, que é estudada no mundo todo é, às vezes, duramente criticada pela Academia.

Poder-se-ia questionar onde fica o papel do Senado nisso tudo? Não caberia a esse, como Câmara de representação territorial, resguardar o interesse dos Estados? Ou caberia ao STF, na qualidade de guardião da Constituição, zelar para que a esfera de competências dos Estados fosse preservada? Aliás, o debate estadunidense é bastante rico a esse respeito: as chamadas “salvaguardas do federalismo” devem ser de tipo político ou jurisdicional? Isto é: a quem cabe proteger os Estados? De todo modo, é preciso observar que, nos EUA, o Senado possui uma larga tradição como Casa da Federação, sendo que, até o advento da Décima Sétima Emenda em 1913, os senadores eram indicados pelas suas respectivas Assembleias Legislativas. No Brasil, por outro lado, onde esses sempre foram escolhidos pelos eleitores de seus respectivos Estados (à exceção dos senadores biônicos durante o regime militar), essa discussão perde um tanto sentido. É que, como se viu, pesquisas empíricas recentes mostram que o padrão de comportamento dos senadores brasileiros não é explicado pela sua origem territorial, mas sim por sua filiação partidária. Sendo assim, como se espera que esses venham a proteger os Estados de eventuais intrusões da União em sua esfera de competências? Pode ser que, na prática, a única salvaguarda de que os Estados efetivamente dispõem no Brasil seja de tipo jurisdicional, o que ressalta a importância do STF.

Da amostra de 140 casos analisados na presente pesquisa, somente 19⁶³⁰ (20, em se computando o RE nº 128272/DF) tiveram por objeto a constitucionalidade de leis ou atos normativos editados pela União, dos quais: 7 foram propostos por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, IX, CR), 3 por partidos políticos com representação no Congresso Nacional (art. 103, VIII, CR), mesmo número dos propostos por Governadores de Estado ou do DF (art. 103, V, CR), 2 pelo PGR (art. 103, VI, CR) e 1 pela Mesa Diretora da Câmara Legislativa do DF (art. 103, IV, CR), sendo que os demais envolveram controle concreto de constitucionalidade. Como se vê, mesmo com o recorte dos §§1º e 2º do artigo 24 da Constituição vigente, poucos foram os casos da amostra em que se questionou a constitucionalidade de lei ou ato normativo editado pela União, pouquíssimos foram os que foram propostos por legitimados ligados aos Estados ou ao DF (por Governador e por Mesa Diretora do Poder Legislativo regional). Esse achado não deixa de ser surpreendente, considerando que se procurou selecionar os casos com base justamente nos

⁶³⁰ São essas: ADI-MC nº 1127/DF; ADI-QO nº 1885/DF; ADI-MC nº 2024/DF; ADI nº 1600/UF; ADI-MC nº 1931/DF; ADI nº 2591/DF; RE-QO nº 430105/RJ; ADI nº 3756/DF; ADI-MC nº 2238/DF; ADI nº 2999/RJ; ADI nº 2649/DF; ADI-MC-Ref nº 4638/DF; ADI nº 2937/DF; ADI nº 2198/PB; ADI-AgR nº 3074/DF; ADI nº 5081/DF; RE nº 587970/SP; RE nº 597854/GO; ADI nº 4066/DF.

dispositivos constitucionais que limitam a competência legislativa da União para editar normas gerais.

Desses 19 casos que têm por objeto leis ou atos normativos editados pela União, somente 2 foram julgados totalmente procedentes (a título definitivo ou precário), dos quais um foi proposto pelo PGR e o outro por uma entidade de classe, e 5 parcialmente procedentes (a título definitivo ou precário), sendo 3 propostos por confederações sindicais ou entidades de classe, 1 pelo PGR e 1 por partido político. Chama de fato atenção o número baixo de casos propostos por autoridades ligadas aos Estados ou ao DF e o fato de que nenhum desses tenha sido julgado procedente ou parcialmente procedente. De todo modo, se desprezados os 3 casos (4, se incluído o RE nº 128272/DF) de controle concreto de constitucionalidade, que parecem não envolver os §§1º e 2º do artigo 24 da Constituição vigente, verifica-se que o índice de sucesso das ADIs que têm por objeto leis e atos normativos editados pela União nessa amostra não foi tão baixo assim, aproximando-se da metade (43,75%). A análise do conteúdo das decisões, porém, leva a uma conclusão muito diferente. Nenhuma das ADIs julgadas procedentes ou parcialmente procedentes o foi por vício de inconstitucionalidade orgânica (de que se cogita com base no art. 24, §§1º e 2º, CR): a que foi proposta pelo PGR foi julgada procedente por não se considerar extensível a hipótese de perda de cargo por infidelidade partidária prevista em Resolução do TSE aos cargos eletivos pelo sistema majoritário; já a que foi proposta pela entidade de classe de âmbito nacional foi julgada procedente por entender que a lei editada pela União que disciplina as atividades envolvendo amianto prevê uma proteção insuficiente aos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado.

Além disso, foi possível observar: em alguns casos, não só a AGU, a quem a Constituição confiou a missão de defender a lei ou ato normativo cuja constitucionalidade fora questionada (art. 103, §3º, CR), mas a própria PGR corroborando a constitucionalidade da lei estadual; em outros, o próprio Governador do Estado de onde proveio lei concluindo pela sua inconstitucionalidade. Em outros, ainda, foi possível, inclusive, observar órgãos ligados à União divergindo sobre a constitucionalidade de leis editadas pela própria União, com alguns desses corroborando a tese de agentes e órgãos estaduais. Uma hipótese interessante que o caso da ADI nº 4.066/DF (em que se discutiu a constitucionalidade de disposição de lei editada pela União que autorizava, em determinadas hipóteses, atividades envolvendo amianto crisotila) sugere é a de que a probabilidade de o STF julgar procedente uma ADI que questiona a constitucionalidade de uma lei federal ou nacional aumenta

quando não há coesão no posicionamento dos agentes e órgãos ligados à União que sobre aquela são chamados a se manifestar. Também foi possível observar, em alguns casos, a receptividade da Corte à interpretação constitucional feita por outros intérpretes da Constituição que não ela própria: os demais Tribunais, a AGU, a PGR, os chefes do Poder Executivo e o Poder Legislativo dos entes federativos, a OAB, entre outros. Todos esses elementos permitem colocar em perspectiva o resultado do julgamento, no sentido da procedência ou improcedência da ação no controle abstrato ou, de modo geral, do provimento ou desprovimento do recurso extraordinário no controle concreto de constitucionalidade. Esses dados, geralmente classificados com base em dois binômios – o da (im)procedência da ação e o da origem (sub)nacional da lei –, ainda que relevantes, revelam muito pouco sobre o entendimento da Corte ou sobre como essa julga esses casos.

Para encerrar, cumpre analisar um último e importante aspecto: muitos observadores, incluindo Ministros do STF, têm apontado para o caráter excessivamente centralizado do Estado federal brasileiro, com alguns chegando inclusive a questionar se já não se teria ultrapassado a linha que o separa de um Estado unitário descentralizado. Viu-se aqui que a centralização do federalismo brasileiro pode ser, em boa medida, explicada por escolhas centralizadoras feitas pelos Constituintes (a extensão e o detalhamento dos catálogos de competências exclusivas e privativas da União são evidência disso), porém o STF pode ter intensificado ainda mais esse processo ao reverter escolhas dos Constituintes justo onde esses haviam tomado decisões descentralizadoras (relaxando as restrições impostas ao exercício da competência da União nas matérias de competência concorrente). Será que o passo derradeiro no sentido da centralização, aquele que teria o condão de transformar, na prática, a forma de Estado adotada na Constituição vigente – que, aliás, encontra-se protegida por cláusula pétrea, não podendo ser modificada nem pelo STF –, já não poderia ter sido dado justamente pelo órgão a quem essa confia a sua guarda? Embora instigante, essa questão é de difícil enfrentamento. Se é certo que o processo de centralização pode chegar, como de fato já chegou em outros períodos da história brasileira, a tal ponto de converter o Estado federal em um Estado unitário descentralizado, a literatura não parece ter chegado a um consenso acerca de onde fixar esse limite.

Os autores que recorrem a escalas contínuas de (des)centralização para descrever as diferenças entre as formas de Estados costumam limitar-se a dizer que o Estado federal situa-se entre o Estado unitário descentralizado, de um lado, e a Confederação de Estados, de outro, sem indicar exatamente onde esse intervalo se inicia e onde termina. Defendeu-

se aqui que o grau (des)centralização não é um bom critério para distinguir Estados federais de Estados unitários. Afinal, como se sabe, há Estados federais mais centralizados do que muitos Estados unitários e Estados unitários mais descentralizados do que muitos Estados federais. Já os autores que procuraram identificar a essência do Estado federal para, assim, definir o critério distintivo entre as formas de Estado, costumam associá-lo ao princípio da não-subordinação entre os entes federativos. Isso que significa que aquele passo derradeiro seria dado no momento em que a União passa a ter o poder de sujeitar os Estados. Assim, considerando que, dentre o catálogo de competências concorrentes, encontram-se matérias importantes como Direito Tributário, Financeiro, Econômico, que certamente afetam a autonomia dos entes subnacionais, será que quando o STF, preocupado com as possíveis consequências da declaração de inconstitucionalidade de uma lei editada pela União a título de normas gerais, deixa de atentar aos limites impostos pelos Constituintes, não estaria dando justamente esse passo? Acredita-se que é precisamente essa questão com que se defrontam atualmente os Ministros do STF: até quando será possível manter essa postura de autocontenção, sem correr o risco de solapar as bases do Estado federal brasileiro?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of the presidential democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

AJA, Eliseo. *Estado autonómico y reforma federal*. Madrid: Alianza Editorial, 2014.

ALBERTI ROVIRA, Enoch. *Federalismo y cooperación en la República Federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

ALBERTI ROVIRA, Enoch. La representación territorial. *Fundamentos: cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n. 3, pp. 1-48, 2004.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Conflitos entre entes federativos: atuação do Supremo Tribunal Federal no regime da Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

ALMEIDA, Maria H. T. de. Federalismo, democracia e governo no Brasil: ideias, hipóteses e evidências. *BIB*, São Paulo, n. 51, pp. 13-34, 1. sem. 2001.

ALMEIDA, Maria H. T. de. Recentralizando a Federação? *Revista de Sociologia e Política*, 24, pp. 29-40, jun. 2005.

ANDERSON, George. *Federalismo: uma introdução*. Trad. Ewandro Magalhães Jr. e Fátima Guerreiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

ARAGÓN REYES, Manuel. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las autonomías territoriales. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 10 (II), pp. 35-52, set./dez. 1984.

ARAGÓN REYES, Manuel. ¿Estado jurisdiccional autonómico? *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 16, pp. 7-12, set./dez., 1986.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ARONEY, Nicholas; KINCAID, John (Eds.). *Courts in Federal Countries: federalists or unitarists?* Toronto: University of Toronto Press, 2017.

ARRETCHE, Marta T. S. *Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ARRETCHE, Marta T. S. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012.

ARRETCHE, Marta T. S. Quando instituições federativas fortalecem o governo central? In: HOCHMAN, Gilberto & FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). *Federalismo e políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, pp. 65-90.

ARRETCHE, Marta; SCHLEGEL, Rogerio. *Os estados nas federações: tendências gerais e o caso brasileiro*. Documento para discussão. BID, fev. 2014. Disponível em: <https://www.resbr.net.br/wp-content/uploads/historico/Os_estados_nas_federacoes_Tendencias_gerais_e_o_caso_brasileiro.pdf> Data do acesso: 22/10/2018.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

ATALIBA, Geraldo. *Regime constitucional e leis nacionais e federais*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Direito Constitucional*. Coleção “doutrinas essenciais”. Vol. III: Organização do Estado. 2. tir. São Paulo: Editora RT, 2011, pp. 285-314.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BANKS, Christopher P.; BLAKEMAN, John C. *The U.S. Supreme Court and new federalism: from the Rehnquist to the Roberts court*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Novos Rumos do Federalismo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 56, pp. 97-134, 1983.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. XVI e XVII. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946.

BARBOSA, Rui. Anistia Inversa. In: BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. XXIV (1897), t. III: Trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1955, pp. 1-196.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. XXXVII (1910), t. V: O direito do Amazonas ao Acre Setentrional. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1983.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. XLI (1914), t. III: Discursos parlamentares. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1974.

BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. In: BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. XLI (1914), t. IV: Trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1989, pp. 223-255.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. Vol. I: Das disposições preliminares. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Campinas: Russel editores, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da Federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDNAR, Jenna; ESKRIDGE JR., William N.; FERREJOHN, John. A Political Theory of Federalism. In: FERREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan (Eds.). *Constitutional Culture and Democratic Rule*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 223-67.

BEDNAR, Jenna. *The robust federation: principles of design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Los rostros del federalismo*. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *La construcción de la libertad: apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*. Madrid: Alianza editorial, 2010.

BLOCH, Susan Low; JACKSON, Vicki C. *Federalism: a reference guide to the United States Constitution*. Santa Barbara: Praeger, 2013.

BLUME, Lorenz; VOIGT, Stefan. Federalism and decentralization: a critical survey of frequently used indicators. *Constitutional Political Economy*, n. 22, pp. 238-264, 22 jan. 2011.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília, 5 out. 1988, ano II, n. 308.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Suplemento “c”. Ata da Comissão de Sistematização – 32ª reunião extraordinária, 24 set. 1987. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, set. 1987.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Projeto de Constituição (A). Emendas oferecidas em Plenário, vol. II (Emendas nº 2P00949-2 a 2P02045-8). Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, jan. 1988, vol. 255.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo*. 6. ed. atual. Brasília: STF, 2018.

BULMAN-POZEN, Jessica & GERKEN, Heather K. Uncooperative federalism. *The Yale Law Journal*, v. 188, pp. 1256-1310, 2009.

BURGESS, Michael. *Comparative federalism: theory and practice*. New York: Routledge, 2006.

BURGESS, Michael. *In search of the federal spirit: new theoretical and empirical perspectives in comparative federalism*. New York: Oxford University Press, 2012.

BURGESS, Michael; TARR, G. Alan. (Eds.). *Constitutional dynamics in federal systems: sub-national perspectives*. [s.l.]: McGill-Queen's University Press; Forum of Federations, 2012.

CALHOUN, John C. *Selected writings and speeches*. Ed. H. Lee Cheek Jr. Washington: Regnery Publishing Inc., 2003.

CALHOUN, John C. *Libertad y Unión: La teoría de la Confederación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed., reimpr. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CHOPER, Jesse H. The scope of national power vis-à-vis the States: the dispensability of judicial review. In: CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. New Orleans: Qui Pro Books, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., rev., atual. e ampl. 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; PEIXOTO, Marcela Moraes. O Estado brasileiro: algumas linhas sobre a divisão de poderes na federação brasileira à luz da Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 104, pp. 21-42, 1989.

CORWIN, Edward. S. The passing of Dual Federalism. *Virginia Law Review*, vol. 36, n. 1, pp. 1-24, fev. 1950.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986.

DARNSTÄDT, Thomas. *La trampa del consenso*. Trad. Juan Martínez de Luco Zelmer e Francisco Sosa Wagner. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP), 1998.

DAVIS, S. Rufus. *The federal principle: a journey through time in quest of meaning*. Berkeley & Los Angeles: University of California Press, 1978.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *A exigência constitucional de qualidade formal da lei e seus reflexos no processo legislativo e no controle de constitucionalidade*. 277 p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito (FDUSP), Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014.

ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2006.

ENCINAR, José Juan González. Vocábulo “federalismo”. In: ENCINAR, José Juan González; NOHLEN, Dieter (Dir.): *Diccionario del Sistema Político español*. Madrid: Akal, 1984.

ENCINAR, José Juan González. *El Estado unitario-federal: La autonomía como principio estructural del Estado*. Madrid: Tecnos, 1985.

ESKRIDGE JR., William N.; BEDNAR, Jenna. Steadying the Court’s “Unsteady Path”: A Theory of Judicial Enforcement of Federalism. *Southern California Law Review*, vol. 68, pp. 1447-1491, 1994-1995.

ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P. Quasi-Constitutional Law: clear statement rules as constitutional lawmaking. *Vanderbilt Law Review*, vol. 45, pp. 593-646, 1992.

ESKRIDGE JR., William N.; FERREJOHN, John. The elastic commerce clause: a political theory of American federalism. *Vanderbilt Law Review*, vol. 47, n. 5, pp. 1355-1400, 1994.

FALCÃO, Joaquim *et al.* *II Relatório Supremo em Números: o Supremo e a Federação*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2013.

FALCÃO, Joaquim *et al.* *II Relatório Supremo em Números: o Supremo e a Federação entre 2010 e 2012*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FERRARI, Diogo Augusto. *Descentralização fiscal e repartição da receita pública: o FPE na Constituinte de 1988*. 133 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH), Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 2. ed. Osasco: EdiFIEO, 2015.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La construcción jurisprudencial del Estado autonómico. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 27, pp. 47-112, mai./ago. 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2013.

FRANCESE, Cibele; ABRUCIO, Fernando Luiz. Efeitos recíprocos entre federalismo e políticas públicas no Brasil: os casos dos sistemas de saúde, de assistência social e de educação. In: HOCHMAN, Gilberto & FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). *Federalismo e políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, pp. 361-386.

FRIEDRICH, Carl J. Federal Constitutional Theory and Emergent Proposals. In: MACMAHON, Arthur W (Coord.). *Federalism: mature and emergent*. New York: Doubleday & Company, INC, 1955.

FRIEDRICH, Carl J. *Trends of federalism in theory and practice*. New York: Praeger Publishers, 1968.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

GERKEN, Heather K. Our Federalism(s). *William and Mary Law Review*, v. 53, n. 5, pp. 1549-1573, 2012.

GERKEN, Heather K. Federalism as the new nationalism: an overview. *The Yale Law Journal*, v. 123, n. 6, pp. 1889-1918, abr. 2014.

GERKEN, Heather K. Slipping the *Bonds* of federalism. *Harvard Law Review*, v. 128, n. 1, pp. 85-123, nov. 2014.

GERKEN, Heather K. Federalism 3.0. *California Law Review*, v. 105, n. 6, pp. 1695-1723, dez. 2017.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *La Cour Suprême dans le système politique brésilien*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.

GOMES, Sandra. O impacto das regras de organização do processo legislativo no comportamento dos parlamentares: um estudo de caso da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 49, n. 1, pp. 193-224, 2006.

GREVE, Michael S. Against cooperative federalism. *Mississippi Law Journal*, v. 70, pp. 557-623, 2000.

GRODZINS, Morton. *The American system*. New Brunswick: Transaction Books, 1984.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classic; Penguin Group, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Heitor de Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

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

HESSE, Konrad. El Estado Federal Unitário. *Direito Público*. Síntese, n. 50, pp. 9-36, mar./abr. 2013.

HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary; SCHAKEL, Arjan H. *The Rise of Regional Authority: A Comparative Study of 42 Democracies (1950-2006)*. London: Routledge, 2010.

HORTA, Raul Machado. *A autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional brasileiro*. Tese (cátedra de Direito Constitucional). Faculdade de Direito, Universidade de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 1964.

HORTA, Raul Machado. Estrutura da Federação. *Revista de Direito Público*, ano. XX, n. 81, pp. 52-56, jan.-mar. 1987.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HUBER, Evelyne; RAGIN, Charles; STEPHENS, John D. Social democracy, Christian democracy, Constitutional structure, and the Welfare State. *American Journal of Sociology*, v. 99, n. 3, pp. 711-749, nov. 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

KATZ, Ellis. Perspectivas contemporaneas del federalismo americano. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 1, pp. 13-31, set./dez. 1988.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KETCHAM, Ralph (Ed.). *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*. New York: Signet Classic; Penguin Group, 2003.

KING, Gary; KEOHANE, Robert O.; VERBA, Sidney. *Designing Social Inquiry: scientific inference in qualitative research*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

KING, Preston. *Federalism and Federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982.

KLARMAN, Michael J. *The Framers' Coup: the making of the United States Constitution*. New York: Oxford University Press, 2016.

KRAMER, Larry D. Putting the politics back into the Political Safeguards of Federalism. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 1, pp. 215-293, jan. 2000.

LaCROIX, Alison L. *The ideological origins of American federalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

LaCROIX, Alison L. The shadow powers of Article I. *The Yale Law Journal*, v. 123, n. 6, pp. 2044-2093, abr. 2014.

LaCROIX, Alison L. What if Madison had won? Imagining a Constitutional World of legislative supremacy. *Indiana Law Review*, v. 45, n. 1, pp. 41-59, 2011.

LE FUR, Louis. *État Fédéral et Confédération d'États*. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence, 1896.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEONCY, Léo Ferreira. Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEONCY, Léo Ferreira. "Princípio da simetria" e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. 189 p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito (FDUSP), Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011.

LEONCY, Léo Ferreira. Uma proposta de releitura do "princípio da simetria". *Revista Consultor Jurídico (CONJUR)*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria> > Acessado em: 21/01/2017.

LEVINSON, Sanford V. Why I do not teach *Marbury* (except to Eastern Europeans) and why you shouldn't either. *Wake Forest Law Review*, v. 38, pp. 553-578, 2003.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Considerações sobre o federalismo brasileiro. *Justiça & Cidadania*, n. 157, pp. 14-17, set. 2013.

LIVINGSTON, William S. A note on the nature of federalism. *Political Science Quarterly*, v. 67, n. 1, pp. 81-95, mar. 1952.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1983.

LUTZ, Donald S. Toward a theory of constitutional amendment. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, pp. 355-370, jun. 1994.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Togados da breca. *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, ano XV, n. 59, pp. 25-40, out./dez. 2012.

MADISON, James. *The writings of James Madison*. Vols. II (1783-1787) e V (1787-1790). Ed. Gaillard Hunt. New York: G. P. Putnam's Sons, 1901.

MADISON, James. *The debates in the Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States of America*. Eds. Gaillard Hunt & James Brown Scott. New York: Oxford University Press, 1920.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. *Revista de processo (REPRO)*, v. 184, pp. 9-41, jul. 2010.

MARRAFON, Marco Aurélio. Julgamento de ADIs pelo Supremo promove centralização federativa. *Revista Consultor Jurídico (CONJUR)*. Data da publicação: 27/01/2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jan-27/constituicao-poder-julgamento-adis-supremo-promovem-centralizacao-federativa> >. Acessado em: 29/01/2015.

MARRAFON, Marco Aurélio; LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. *Competências da União e Supremo Tribunal Federal: fiadores da centralização no federalismo brasileiro*. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.); SANTOS, Scheila Barbosa dos (Org.). *Federalismo Fiscal e Democracia*. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2014, pp. 26-37.

McCLOSKEY, Robert. G. *The American Supreme Court*. 6. ed. Rev. Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Orgs.) *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza Jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. II. Constituição. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. III. Estrutura Constitucional do Estado. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. VI. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, v. I. 3. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de processo (REPRO)*, v. 206, pp. 61-78, abr. 2012.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOHN, Paulo. Competência legislativa concorrente no Brasil: uma aplicação do princípio da subsidiariedade? In: *CONSTITUIÇÃO de 1988: O Brasil 20 anos depois – o exercício da política*, v. II. Brasília, Senado Federal, [s.d.].

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo I: Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II: O Direito do Contencioso Constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os 29 anos da Constituição que não é a de 1988. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 10 out. 2017. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/os-29-anos-da-constituicao-que-nao-e-a-de-1988-dg3pxpk2482z6dferlmluhlrt> > Data do acesso: 14/10/2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, pp. 127-162, out./dez. 1988.

MOUSKHELI, Michel. *Teoría jurídica del Estado Federal*. Trad. Armando Lázaro y Ros. 1. ed. México D. F.: Ediciones Coyoacán, 2011.

ORBINGER, Herbert; LEIBFRIED, Stephan; CASTLES, Francis G. *Federalism and the Welfare State: New World and European Experiences*. New York: Cambridge University Press, 2005.

PALERMO, Francesco; KÖSSLER, Karl. *Comparative federalism: constitutional arrangements and case law*. Portland: Hart Publishing, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*, com a emenda n. 1 de 1969. Tomos I e II. 2. ed., rev. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PRADO, Sergio. A “federação inconclusa”: o papel dos governos estaduais na federação brasileira. In: REZENDE, Fernando. *O federalismo brasileiro em seu labirinto: crise e necessidade de reformas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, pp. 120-197.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção dos direitos adquiridos no Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 10, v. 1, pp. 115-139, jan./jun. 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Auto-organização dos Estados federados. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Direito Constitucional*. Coleção “doutrinas essenciais”. Vol. III: Organização do Estado. 2. tir. São Paulo: Editora RT, 2011, pp. 447-459.

RESNIK, Judith. What’s federalism for? In: BALKIN, Jack M. & SIEGEL, Reva B. (Eds.). *The Constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 269-284.

REZENDE, Fernando. A crise do federalismo brasileiro: evidências, causas e consequências. In: REZENDE, Fernando. *O federalismo brasileiro em seu labirinto: crise e necessidade de reformas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, pp. 13-65.

RIKER. William H. *Federalism: origin, operation, significance*. Boston: Little, Brown and company, 1964.

RIKER. William H. Six books in search of a subject or does federalism exist and does it matter? *Comparative Politics*, v. 2, n. 1, pp. 135-146, out. 1969.

RIKER. William H. Federalism. In: GREENSTEIN, Fred I.; POLSBY, Nelson W. (Ed.) *Handbook of Political Science*. Vol. 5: governmental institutions and processes. Reading: Addison-Wesley Publishing Company, pp. 93-172.

RIKER. William H. *The development of American Federalism*. Norwell: Kluwer Academic Publishers, 1987.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RODDEN, Jonathan A. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, pp. 9-27, jun. 2005.

RODDEN, Jonathan A. *Hamilton's Paradox: the promise and peril of fiscal federalism*. New York: Cambridge University Press, 2006.

ROSSUM, Ralph A. *Federalism, the Supreme Court and Seventh Amendment: the irony of constitutional democracy*. Lanham: Lexington Books, 2001.

RUBIO LLORENTE, Francisco. La jurisdicción constitucional en los conflictos entre el poder central y los poderes territoriales. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 10 (II), pp. 11-23, set./dez. 1984.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza editorial, 2003.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHNEIDER, Hans-Peter; KRAMER, Jutta; TORITTO, Beniamino Caravita di (Eds.). *Judge made federalism?: The role of Courts in Federal Systems*. Baden-Baden: Nomos, 2009.

SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual: uma visão contemporânea*. Trad. Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVEIRA, Alessandra. *Cooperação e compromisso constitucional nos Estados compostos: estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2007.

SOUZA, Celina. Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 44, n. 3, pp. 513-560, 2001.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia e Política*, 24, pp. 105-121, jun. 2005.

SOUZA, Celina. Federalismo: teorias e conceitos revisitados. *BIB*, São Paulo, n. 65, pp. 27-48, 1. sem. 2008.

SOUZA, Celina. Instituições e mudanças: reformas da Constituição de 1988, federalismo e políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto & FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). *Federalismo e políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, pp. 91-118.

SOUZA, Celina. Para entender a nossa barafunda federativa. *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, ano XVI, n. 61, pp. 61-70, abr./jun. 2013.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova visão dos Poderes políticos*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STEPAN, Alfred. Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: Federações que restringem ou ampliam o poder do *Demos*. *Dados*, vol. 42, n. 2, 1999.

STEPAN, Alfred. Federalism and democracy: beyond the U.S. model. *Journal of democracy*, vol. 10, n. 4, pp. 19-32, out. 1999.

STEPAN, Alfred. Brazil's decentralized federalism: bringing government closer to the citizens? *Daedalus*, vol. 129, n. 2, pp. 145-170, primavera, 2000.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de processo (REPRO)*, v. 199, pp. 139-155, set. 2011.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 24. ed. 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Empirical Legal Research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade no STF*. In: VESTENA, Carolina Alves; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Direito e experiências jurídicas*. Vol. II: debates práticos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, pp. 96-117.

TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luis. Constitucionalismo estadual e controle abstrato e concentrado de constitucionalidade nos Tribunais de Justiça: efeitos das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) estaduais na Federação brasileira. *Revista de Direito brasileira*, ano 5, v. 12, pp. 87-110, 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TSEBELLIS, George. Veto players and institutional analysis. *Governance: an International Journal of Policy and Administration*, v. 13, n. 4, pp. 441-474, out. 2000.

WATTS, Ronald L. *Comparing federal systems*. 3. ed. Kingston: McGill-Queen's University Press, 2008.

WECHSLER, Herbert. The Political Safeguards of Federalism: the role of the States in the composition and selection of the National government. *Columbia Law Review*, v. 54, n. 4, pp. 530-560, abr. 1954.

WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. London: Oxford University Press, 1963.

YOUNG, Ernest. Two cheers for Process Federalism. *Villanova Law Review*, v. 46, n. 5, pp. 1349-1396, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LEGISLAÇÃO NACIONAL

BRASIL. Decreto nº 1. Rio de Janeiro: Governo Provisório, 16 nov. 1889.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte, 24 fev. 1891.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 667*. Brasília: Presidência da República, 2 jul. 1969.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1. Brasília: Congresso Nacional, 17 out. 1969.

BRASIL. Lei nº 5.692 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Brasília: Congresso Nacional, 11 ago. 1971.

BRASIL. *Lei nº 6.880*. Brasília: Congresso Nacional, 9 dez. 1980.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 5 out. 1988.

BRASIL. *Lei nº 8.078*. Brasília: Congresso Nacional, 11 set. 1990.

BRASIL. *Lei nº 8.666* (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos). Brasília: Congresso Nacional, 21 jun. 1993.

BRASIL. *Lei nº 8.883*. Brasília: Congresso Nacional, 8 jun. 1994.

BRASIL. *Lei nº 9.055*. Brasília: Congresso Nacional, 1º jun. 1995.

BRASIL. *Lei nº 9.394* (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Brasília: Congresso Nacional, 20 dez. 1996.

BRASIL. *Lei nº 9.424*. Brasília: Congresso Nacional, 24 dez. 1996.

BRASIL. *Lei nº 9.717*. Brasília: Congresso Nacional, 27 nov. 1998.

BRASIL. *Lei nº 9.868* (Lei da ADI e da ADC). Brasília: Congresso Nacional, 10 nov. 1999.

BRASIL. *Lei complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal)*. Brasília: Congresso Nacional, 4 mai. 2000.

BRASIL. *Lei nº 10.029*. Brasília: Congresso Nacional, 20 out. 2000.

BRASIL. *Decreto nº 3.788*. Brasília: Presidência da República, 11 abr. 2001.

BRASIL. *Decreto nº 4.680*. Brasília: Presidência da República, 24 abr. 2003.

BRASIL. *Lei nº 11.161*. Brasília: Congresso Nacional, 05 ago. 2005.

- DISTRITO FEDERAL. *Lei nº 9.262*. Brasília: Câmara Legislativa, 12 jan. 1996.
- DISTRITO FEDERAL. *Lei nº 2.921*. Brasília: Câmara Legislativa, 22 fev. 2002.
- DISTRITO FEDERAL. *Lei nº 3.694*. Brasília: Câmara Legislativa, 8 nov. 2005.
- DISTRITO FEDERAL. *Lei nº 5.345*. Brasília: Câmara Legislativa, 20 mai. 2014.
- MATO GROSSO. *Lei nº 7.478*. Cuiabá: Assembleia Legislativa, 20 jul. 2001.
- MATO GROSSO DO SUL. *Lei Complementar (LC) nº 68*. Campo Grande: Assembleia Legislativa, 8 jul. 1993.
- MATO GROSSO DO SUL. *Lei nº 2.210*. Campo Grande: Assembleia Legislativa, 5 jan. 2001.
- MINAS GERAIS. *Lei nº 14.507*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa, 20 dez. 2002.
- PARANÁ. *Lei nº 9.056*. Curitiba: Assembleia Legislativa, 2 ago. 1989.
- PARANÁ. *Lei nº 9.346*. Curitiba: Assembleia Legislativa, 23 jul. 1990.
- PARANÁ. *Lei nº 14.861*. Curitiba: Assembleia Legislativa, 27 out. 2005.
- PERNAMBUCO. *Lei nº 12.589*. Recife: Assembleia Legislativa, 26 mai. 2004.
- RIO DE JANEIRO. *Lei nº 3.579*. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa, 07 jun. 2001.
- RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 7.747*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 22 dez. 1982.
- RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 11.643*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 21 jun. 2001.
- RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 11.871*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 19 dez. 2002.
- RORAIMA. *Lei nº 430*. Boa Vista: Assembleia Legislativa, 16 abr. 2004.
- SANTA CATARINA. *Lei nº 1.179*. Florianópolis: Assembleia Legislativa, 21 dez. 1994.
- SANTA CATARINA. *Lei Complementar (LC) nº 170*. Florianópolis: Assembleia Legislativa, 7 ago. 1998.
- SÃO PAULO. *Lei nº 9.164*. São Paulo: Assembleia Legislativa, 17 mai. 1995.
- SÃO PAULO. *Lei nº 10.813*. São Paulo: Assembleia Legislativa, 24 mai. 2001.
- SÃO PAULO. *Lei nº 12.684*. São Paulo: Assembleia Legislativa, 26 jul. 2007.
- SÃO PAULO. *Lei nº 13.113*. São Paulo: Câmara Municipal, 16 mar. 2001.

BELO HORIZONTE. Lei nº 4.253/1985. Belo Horizonte: Câmara Municipal, 6 dez. 1985.

BELO HORIZONTE. Decreto nº 5.893/1988. Belo Horizonte: Prefeitura Municipal, 18 mar. 1988.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Trad. Assis Mendonça, Aachen. Rev. jur. Urbano Carvelli, Bonn. Berlim: Deutscher Bundestag, 2011.

ETIÓPIA. *Constituição da Etiópia de 1994*.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos da América*. Bedford: The National Archives, [s.d.]

FRANÇA. *Constituição de 1958*. Paris: L'Assamblée nationale, 1958.

SUÍÇA. *Constituição federal da Confederação suíça*.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia (versão em português). Jornal Oficial da União Europeia, 7 jun. 2016.

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Representação de Inconstitucionalidade (Rp) nº 1153/RS*. Relator: Min. Aldir Passarinho. Brasília, 16 mai. 1985. DJ 25-10-1985, p. 19145.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 1278/SC*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 18 mai. 1995. DJ 14-06-2002, p. 126.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 1/DF*. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 01 dez. 1993. DJ 16-06-1995, p. 18213.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 927/RS*. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 03 nov. 1993. DJ 11-11-1994, p. 30635.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 933/GO*. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 04 nov. 1993. DJ 25-02-1994, p. 02591.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1540/MS*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 25 jun. 1997. DJ 16/11/2001, p. 7.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 1627/DF*. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, 30 jun. 1997. DJ 24/10/1997, p. 54156.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 2667/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 jun. 2002. DJ 12/03/2004, p. 38.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 252/PR*. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 20 nov. 1997. DJ 21-02-2003, p. 29.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 384/PR*. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 20 nov. 1997. DJ 21-02-2003, p. 29.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 2535/MT*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 19 dez. 2001. DJ 21/11/2003, p. 8.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2396/MS*. Relatora: Min^a Ellen Gracie. Brasília, 08 mai. 2003. DJ 01/08/2003, p. 107.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2656/SP*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 08 mai.2003. DJ 01-08-2003, p. 107.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 3059/RS*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 15 abr. 2004. DJ 20-08-2004, p. 37.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1399/SP*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 03 mar. 2004. DJ 11/06/2004, p. 4.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2895/AL*. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, 02 fev. 2005. DJ 20-05-2005, p. 5.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 286789/RS*. Relatora: Min^a Ellen Gracie. Brasília, 08 mar. 2005. DJ 08/04/2005, p. 00038.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº ADI 3322/DF*. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 02 ago. 2006. DJ 19-12-2006, p. 35.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3645/PR*. Relatora: Min^a Ellen Gracie. Brasília, 31 mai. 2006. DJ 01/09/2006, p. 16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 3774/RR*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 25 out. 2006. DJe nº 013, divulgado em 10/05/2007 e publicado em 11/05/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2990/DF*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Relator para o acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 18 abr. 2007. DJe nº 087, divulgado em 23/08/2007 e publicado em 24/08/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 682/PR*. Relator: Min. Maurício Corrêa, Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 08 mar. 2007. DJe nº 013, divulgado em 10/05/2007 e publicado em 11/05/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3669/DF*. Relatora: Min^a Cármen Lúcia. Brasília, 18 jun. 2007. DJe nº 047, divulgado em 28/06/2007 e publicado em 29/06/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2999*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 13 mar. 2008. DJe nº 089, divulgado em 14/05/2009 e publicado em 15/05/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 2238/DF*. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 09 ago. 2007. DJe nº 172, divulgado em 11/09/2008 e publicado em 12/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Tutela Antecipada - Referendo Ação Cível Originária (ACO- TAR) nº 830/PR*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 out. 2007. DJe nº 065, divulgado em 10/04/2008 e publicado em 11/04/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 3937/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 04 jun. 2008. DJe nº 192, divulgado em 09/10/2008 e publicado em 10/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 377457/PR*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 set. 2008. DJe nº 241, divulgado em 18/12/2008 e publicado em 19/12/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 4638/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, julgado 08 fev. 2012. DJe nº 213, divulgado em 29/10/2014 e publicado 30/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Reclamação (Rcl) nº 4335/AC*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 20 mar. 2014. DJe nº 208, divulgado em 21/10/2014 e publicado em 22/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4060/SC*. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 25 fev. 2015. DJe nº 081, divulgado em 30/04/2015 e publicado em 04/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1627/DF*. Relatora: Min^a Cármen Lúcia. Brasília, 18 ago. 2016. DJe nº 241, divulgado em 11/11/2016 e publicado em 14/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2905/MG*. Relator: Min. Eros Grau. Relator para o acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 16 nov. 2016. DJe nº 019, divulgado em 01/02/2018 e publicado em 02/02/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4764/AC*. Relator para o acórdão: Min. Roberto Barroso. Brasília, 04 mai. 2017. DJe nº 178, divulgado em 14 ago. 2017 e publicado em 15 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RE-RG) nº 1007271/PE*. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 12 out. 2017. DJe nº 257, divulgado em 10/11/2017 e publicado em 13/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) nº 194.704/MG*. Relator: Min. Carlos Velloso. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Brasília, 29 jun. 2017. DJe nº 261/2017, divulgado em 16 nov. 2017 e publicado em 17 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4066/DF*. Relatora: Min^a Rosa Weber. Brasília, 24 ago. 2017. DJe nº 043, divulgado em 06/03/2018 e publicado em 07/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3937/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, 24 ago. 2017. DJe nº 019, divulgado em 31/01/2019 e publicado em 01/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3406/RJ*. Relatora: Min^a Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. DJe nº 019, divulgado em 31/01/2019 e publicado em 01/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3470/RJ*. Relatora: Min^a Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. DJe nº 019, divulgado em 31/01/2019 e publicado em 01/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 109/SP*. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 30 nov. 2017. DJe nº 019, divulgado em 31/01/2019 e publicado em 01/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3357/RS*. Relator: Min. Ayres Britto. Relator para o acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, 30 nov. 2017. DJe nº 019, divulgado em 31/01/2019 e publicado em 01/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3356/PE*. Relator: Min. Eros Grau. Relator para o acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, 30 nov. 2017. DJe nº 019, divulgado em 31/01/2019 e publicado em 01/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RE-RG) nº 1188352/DF*. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 14 mar. 2019. DJe nº 056, divulgado em 21/03/2019 e publicado em 22/03/2019.

JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *National League of Cities v. Usery*, 426 U. S. 833 (1976)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U. S. 528 (1985).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *New York v. United States*, 505 U. S. 144 (1992).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *United States v. Lopez*, 514 U. S. 549 (1995).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *United States v. Morrison*, 529 U. S. 598 (2000).