

5

O STF e a garantia das competências político-normativas subnacionais

5.1

Breves notas metodológicas

Estabelecidas suas premissas teóricas e contextuais, falta apenas, antes de expor seus resultados, esclarecer a metodologia desta análise da atuação recente do Árbitro da Federação.

O Supremo Tribunal Federal foi escolhido não só pelo fato de que tem a última palavra (oficial) sobre a Constituição, mas também pela força do seu discurso, que, se é sensível ao contexto em que é proferido, por outro lado não deixa de influenciar seus receptores, numa influência recíproca (embora irregular). Estudando as relações entre Estado e Cidadania, e as possíveis formas de compreender a democracia (sob a ótica do elitismo democrático, ou do modelo não hegemônico de democracia dos públicos participativos), Shandor Torok Moreira fez observações quanto ao poder do discurso, e em especial do discurso do STF, que explicam o interesse, também aqui, pela ação discursiva da Corte:

“Discurso são atos comunicativos intencionais que manifestam atividade social e que são interpretados por outras pessoas (van Dijk, 2008b). Teun A. van Dijk demonstra (2000, 2008a e 2008b) que os indivíduos, ao executarem discursos, empreendem ações de índole política ou social quando usam textos ou falam. (...) Assim, os usuários da linguagem utilizam ativamente os textos e a fala não só como escritores ou falantes, mas, também, como membros de categorias sociais, grupos, profissões, organizações, comunidades ou culturas. Portanto, ao produzirem discurso em determinada situação social, os usuários da linguagem constroem e exibem ativamente esses papéis e identidades. Enfim, o discurso expressa e ao mesmo tempo modela as múltiplas propriedades relevantes da situação socio-cultural (van Dijk, 200, pg. 23). (...) Os discursos de determinado grupo podem ser de tal modo hegemônicos que grupos dominados reproduzem suas intenções e realizam atos segundo interesses do grupo dominante como se estes fossem consistentes com seus próprios desejos e interesses. (...) Desta maneira pode-se afirmar que interessa analisar o discurso do STF porque este tribunal detém relevante parcela do poder simbólico, ou seja, acesso preferencial ao discurso público sobre a constituição brasileira (...) Sendo a Corte detentora de parcela do poder discursivo sobre dispositivos normativos constitucionais isto significa que

ela controla o conteúdo e estilo deste discurso e, portanto, é capaz de influenciar a mente do público”.²³⁰

Quanto ao recorte temporal – optou-se pelo último biênio –, o propósito foi, à luz dos pressupostos teóricos desenvolvidos, analisar o menor período capaz de representar as atuais posições e tendências do Tribunal da Federação, a fim de que pudessem ser identificadas, analisadas e problematizadas em profundidade, mas sem o risco de que, eventualmente, uma ou poucas decisões isoladas, “fora da curva”, fossem equivocadamente tomadas como tais.

Considerando-se a acelerada dinâmica jurisprudencial de hoje – coerente com as conexões tecnológicas que permitem fácil acesso a informação, e assim apressam a política e o direito –, um recorte temporal maior poderia inclusive alcançar posições já ultrapassadas; na via inversa, o enorme volume de questões federativas competenciais submetidas ao crivo do Supremo Tribunal Federal, a cada ano, também indicam adequação do recorte aos propósitos deste trabalho.

Assim, a pesquisa foi efetuada no dia 6.7.2013, com os instrumentos de busca disponíveis no site do STF na internet.²³¹

A fim de não deixar escapar nenhum julgado interessante, e contra também qualquer recorte direcional inconsciente, imaginou-se primeiramente quais seriam as palavras, ou radicais, que mais provavelmente se encontrariam em qualquer acórdão tocante à controvérsia sobre as competências normativas dos entes federativos, estabelecidas pela Constituição.

Num acórdão dessa natureza, em que se questiona a constitucionalidade de determinada norma legal, em relação à competência legiferante do ente federativo que a houver editado, é no mínimo improvável, virtualmente impossível mesmo, que não se contenha, concomitantemente, as palavras constitucional, federação e competência. Para que também suas variantes, potencialmente interessantes, fossem encontradas, diminuindo ainda mais o risco de que alguma decisão relevante restasse ignorada, aquelas palavras foram combinadas com o operador “\$” – instrumento de pesquisa informatizada de jurisprudência do site do Tribunal, que

²³⁰ MOREIRA, 2012, p. 66 et seq.

²³¹ www.stf.jus.br.

permite a substituição de qualquer parte da palavra inicialmente desejada (prefixo, radical ou sufixo). Assim, as expressões de busca escolhidas foram as seguintes: \$constitucional\$, \$federa\$ e \$competen\$.

Com isso, num primeiro corte, foram selecionados todos os acórdãos acessíveis da base de dados da Corte, prolatados entre 6.7.2011 e 6.7.2013, que continham, simultaneamente, aqueles 3 elementos: foram 666 (seiscentas e sessenta e seis) ocorrências classificadas como “acórdãos” e 21 (vinte e uma) como “repercussão geral”.

Como era de se esperar, havia naquele universo grande número de julgados sem qualquer relação com o tema deste estudo, nos quais os termos de busca referiam-se a outras questões.²³² Há também muitos acórdãos em que as questões federativas objeto deste estudo são tocadas apenas de passagem, ou, quando poderiam guardar algum interesse, deixaram de ser conhecidas por questões processuais. Todos os casos descartados estão indicados, em apêndice (n.º 1).

Assim, manteve-se o foco nas decisões de mérito, adequadas, por sua quantidade e fundamentação, aos propósitos da pesquisa. Esses 26 (vinte e seis) acórdãos também estão elencados, em apêndice (n.º 2), com breve resumo das matérias versadas, e dos respectivos resultados, caso a caso; o panorama geral, e as considerações pertinentes, são objeto do próximo tópico.

5.2

Posições e tendências atuais do Árbitro da Federação

A análise, caso a caso, dos 26 (vinte e seis) acórdãos selecionados nesta pesquisa, de acordo com os critérios de busca anteriormente explicados, revela uma contagem não necessariamente significativa, mas, de toda sorte, impressio-

²³² Na ementa “(...) HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (...)” (HC 114388 – SP), por exemplo, é fácil verificar que nenhum dos termos de busca foi empregado no sentido que interessa para esta pesquisa.

nante à primeira vista: são 23 (vinte e três) decisões que, num certo sentido, e em maior ou menor grau, poderiam ser classificadas como “centralistas”, contra só 2 (duas) que, de algum modo, poderiam ser consideradas “descentralistas”.

O único caso neutro – a já mencionada ADI 2340 / SC – é muito relevante, tanto que ganha destaque nesta pesquisa apesar da falta de interesse mais direto da União; como dito, de acordo com o site do STF, e a partir dos referidos critérios de busca (mas sem limitação temporal), é o primeiro e único acórdão em que aquela Corte expressamente invoca o princípio da subsidiariedade como parâmetro de repartição de competências dos entes federativos.

No mais, os números, aparentemente reveladores de uma forte tendência centralista, devem ser avaliados com todo cuidado, pois sozinhos não revelam quase nada. Direito não é ciência exata, nem campo fértil para estatísticas desse tipo. O próprio resultado, por si só, já é subjetivo, pois, exemplificativamente, quando determinada pretensão é parcialmente acolhida, é difícil definir quem obteve o melhor saldo; por sua vez, são ainda mais difíceis de avaliar os contextos e os fundamentos que tenham provocado, caso a caso, o resultado final.

Nada impediria, por outro lado, em tese, que, mesmo que fosse muito maior o número de acórdãos avaliados, em igual número houvesse decisões favoráveis, sempre à mesma parte, sem que ninguém sequer hesitasse em afirmar sua justeza. É que, muitas vezes, o que chega aos Tribunais – não se afirma aqui que seja, ou não, qualquer dos casos selecionados – são “cortesias” que um poder faz aos eleitores com o “chapéu” de outro; mesmo sabendo de antemão que o agrado não terá vida longa, o ganho eleitoral motiva a aventura. Suponha-se, apenas por ilustração, que a Assembleia Legislativa de determinado Município, às vésperas do período eleitoral, aprove uma lei concedendo gratuidade nos pedágios das rodovias federais que lhe atravessem o território. Quantas vezes se lhe apresentar tal absurdo (se é que tal exemplo, intersubjetivamente, soa mesmo absurdo), tantas terá o Poder Judiciário de prontamente rechaçá-lo, sem que nem por isso se possa pensar em parcialidade.

Além disso, cumpre registrar outro atenuante em relação a esse primeiro aspecto, numérico, do resultado da pesquisa. É que muitas das decisões seleciona-

das são praticamente repetições da mesma matéria: 5 (cinco), por exemplo, se referem à questão da “assinatura básica”,²³³ e outras 2 (duas) a matérias semelhantes;²³⁴ a tipificação de crimes, no âmbito legislativo estadual, também é uma controvérsia recorrente, havendo 2 (duas) ocorrências dentro do período analisado.

Mas, feitas todas as ressalvas devidas, o número ainda impressiona. Mesmo agrupando-se tematicamente as decisões – para evitar que meras repetições inflem enganosamente os resultados favoráveis à União –, o fato é que suas competências legislativas, quando confrontadas com as dos demais Entes federativos no âmbito judicial, vêm quase sempre prevalecendo.

Nesse sentido, a análise das teses que fundamentam essas decisões – e talvez até mais as ponderações dos julgadores vencidos –, ajuda a esclarecer o posicionamento do Tribunal diante dessas questões federativas.

Dentre os casos analisados, um dos mais intensos debates ocorreu no julgamento da ADI 3138, em 14.9.2011. Nessa ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, se questionava a validade constitucional do art. 1º da Emenda Constitucional n.º 41/2003, na parte em que incluiu o § 1º no art. 149 da Constituição, por alegada contrariedade aos seus arts. 24, § 1º, 25, § 1º, e 60, § 4º, inc. I. A referida norma fixou alíquota mínima – a mesma aplicada pela União em relação aos seus servidores – para a contribuição a ser cobrada dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para o custeio do regime previdenciário.

Rejeitou-se, ali, a tese autoral no sentido de que a norma atacada seria contrária ao pacto federativo e aos demais dispositivos constitucionais citados, no que devem assegurar a autonomia dos Estados membros para cuidar de suas questões atuariais. Prevaleceu, nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia, o entendimento de que a fixação da referida alíquota mínima poderia ser considerada uma norma geral, ao estabelecimento da qual a União estaria autorizada

²³³ A remuneração mínima – atacada, sem êxito, por muitas leis estaduais – que concessionárias de telefonia e outros prestadores de serviço cobram de seus clientes, independentemente de consumo efetivo.

²³⁴ As controvérsias sobre a constitucionalidade das leis com que se pretendia obrigar tais empresas a incluir certas informações em suas faturas, ou a aceitar a utilização, no mês subsequente, de créditos telefônicos não utilizados pelo usuário, foram decididas com praticamente os mesmos fundamentos usados na questão da “assinatura básica”.

também no campo previdenciário (CF, art. 24, inc. XII e § 1º); além disso, numa interpretação sistêmica, o art. 201, § 1º, da Carta, “ao estabelecer um sistema geral de compensação, há ser interpretado à luz dos princípios da solidariedade e da contributividade, que regem o atual sistema previdenciário brasileiro”.

Alinhando-se ao voto vencedor, e rebatendo o argumento, que ouvira “da Tribuna, que, em nome dessa independência e autonomia das unidades da Federação, há até unidades que isentam de pagamento dessa contribuição”, o Ministro Luiz Fux ponderou, invocando sua experiência pessoal, que “essa estratégia de isentar os pensionistas dessa alíquota mínima representou o que, no Rio de Janeiro, se considera um desastre eleitoreiro”.

Por sua vez, o Ministro Dias Toffoli sustentou que, “ao fixar como alíquota mínima aquela aplicada pela União, buscou o legislador, exatamente, evitar burla ao caráter contributivo e solidário do regime próprio da previdência. Isso porque, caso se exigisse tão somente a instituição de contribuição a ser cobrada dos servidores, poderiam os entes federativos fixar para tanto alíquotas irrisórias ou artificiais, não suficientes para garantir o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema”. O Ministro não veria, ademais, “como o dispositivo ora em análise possa atingir o núcleo essencial do princípio federativo”, pois, “embora a forma federativa do Estado tenha sido consagrada como cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão a respeito de ofensa à forma federativa do Estado, já prescreveu que ‘(...) as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege (...)’ (ADI 2.024/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe de 22/6/07).”

Já o Ministro Ayres Brito, vencido, ponderou que “a Constituição originária, ao cuidar do sistema próprio de previdência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios” (art. 149, § 1º), “não estabeleceu nenhum percentual mínimo”, o que lhe trouxe “dificuldade para, no espectro federativo, superar essa arguição de inconstitucionalidade”, “porque, no artigo 25, ao cuidar dos estados, a Constituição diz que eles se regerem pelas constituições e leis que adotassem”, “e o fato é que, pela Emenda nº 41, há uma imposição (...) de uma alíquota mínima a ser co-

brada dos respectivos servidores para efeito da instituição de sistema próprio de previdência social”. Concluiu o Ministro, portanto, que sob pena de contrariar “o § 4º, inciso I, do artigo 60 da Constituição, que faz do regime federativo uma cláusula pétrea”, “a autonomia dos chamados entes periféricos da Federação, para instituir o seu regime próprio de previdência, alcança a determinação do percentual contributivo de cada servidor, de cada aposentado, de cada pensionista e esse percentual não pode ser, de cima para baixo, imposto pela União”.

Rebatendo aquele argumento, mas sem deixar de reconhecer a possibilidade de abuso da União na fixação do patamar contributivo mínimo, o Ministro Gilmar Mendes, ao seu turno, minimizou o risco, pois “não será um abuso insuscetível de controle”, e, “em princípio, é de presumir que a alíquota aqui estará fixada dentro de padrões, de patamares razoáveis”. Para o Ministro, de toda forma, deveriam ser valorizados os propósitos do poder reformador de assegurar “finanças hígdas para todos”, até porque “quem acompanha neste momento o que se passa, por exemplo, em alguns países europeus, a situação da Grécia especificamente, em que está havendo redução de salários, demissão de servidores públicos, criação de banco de reserva, sabe que o limite do financeiramente possível existe, e ele se faz presente”; citando Hesse, advertiu ainda que “necessidade não conhece princípio”.

Também vencido, o Ministro Marco Aurélio acrescenta importante aspecto ao debate. Prosseguindo na linha do Ministro Ayres Britto, ressalta que “é cláusula pétrea a relativa à preservação da Federação”, que implica na “autonomia governamental do Estado federado”, motivo pelo qual não consegue “conceber que a União tenha atuado em harmonia com a Carta da República, com o sistema próprio à Federação, presente a competência concorrente, que diz respeito não à alíquota de tributo, mas a princípios gerais, prevista no artigo 24 da Constituição Federal”. Nesse ponto, o Ministro alerta que o Tribunal estaria “contrariando toda a sistemática pátria sobre tributos” ao “dizer que fixação de alíquota quanto a tributo está no âmbito dos princípios gerais”. Assustado pela “centralização do poder”, conclui que, “se começamos a admitir que o Estado, que a União, por meio de emenda constitucional – não se trata de poder constituinte originário –, pode balizar tributos de competências diversas da competência dos estados-membros e

da competência dos municípios, talvez seja melhor não termos tantas casas legislativas: as assembleias legislativas e as câmaras de vereadores”.

Por fim, seguindo a Relatora, e reforçando a ideia desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes – na qual, indiretamente, descentralização e caos financeiro parecem associados –, o Ministro Ricardo Lewandowski também adverte que “a crise financeira hoje que abala o mundo todo exige um equilíbrio fiscal, e o equilíbrio fiscal, nos Estados federados, só pode ser feito a partir de uma ação do governo central”. O Ministro lembrou, ainda, que “nós não vivemos mais (...) o federalismo dual de 1891”, chegando a sustentar, em relação ao federalismo por desagregação que naquele ano batizou a República, que “há, na raiz do nosso federalismo, este pecado original que é insuperável”.

O debate ocorrido naquela sessão de julgamento, transcendendo a importância do seu tema específico, revela uma série de argumentos, favoráveis e desfavoráveis ao fenômeno da centralização política, que ilustram de forma bastante completa a posição do Supremo Tribunal Federal em relação a essas questões federativas.²³⁵

Uma das primeiras constatações é a de que o Árbitro da Federação, na definição das competências constitucionais da União e dos demais entes federativos, sobretudo quando confrontadas em zonas limítrofes cinzentas, leva em conta considerações subjetivas, compartilhadas por alguns de seus integrantes, quanto a certa irresponsabilidade dos Entes subnacionais, contraposta a uma imagem de maior seriedade e confiabilidade atribuída à União.

Nesse sentido, o Ministro Dias Toffoli exalta a argúcia do poder reformador de “evitar burla ao caráter contributivo e solidário do regime próprio da previdência”, que poderia ser perpetrada por aqueles entes subnacionais, por meio da fixação de “alíquotas irrisórias ou artificiais”; o Ministro Luiz Fux, a partir de sua experiência pessoal, teme o “desastre eleitoreiro” que eles possam causar; já a União desfruta de fama melhor, pois, defendendo a competência dela para impor àqueloutros seus parâmetros tributários e atuariais, o Ministro Gilmar Mendes

²³⁵ Como é possível verificar, caso a caso, pelo exame dos acórdãos resumidos no apêndice n.º 2.

afirma que, “em princípio, é de presumir que a alíquota aqui estará fixada dentro de padrões, de patamares razoáveis”.

É comum, também se pôde notar, o apelo a ameaças de caos econômico e financeiro – indiretamente associadas à descentralização – para justificar a centralização política. Nesse particular, o Ministro Gilmar Mendes suscita o pesadelo grego, e valoriza os meios pelos quais o poder político central poderia obter “finanças hígdas para todos”, lembrando que “necessidade não conhece princípio”.

Ao mesmo tempo, há no Tribunal corrente – minoritária – mais preocupada em assegurar efetiva autonomia política aos entes descentrais, e, com isso, a defesa do próprio princípio federativo. Nesse ponto, o Ministro Marco Aurélio ressalta que “é cláusula pétrea a relativa à preservação da Federação”, e o Ministro Ayres Britto rejeita qualquer imposição, “de cima para baixo”, que possa ameaçar o regime federativo.

Por outro lado, tocando no problema do decisionismo, há, dentro do próprio Tribunal, a percepção de que a maleabilidade dos conceitos utilizados na repartição constitucional de competências federativas pode levar a um elástico dos poderes da União. É o que se reconhece, implicitamente, quando se afirma que o entendimento de que a fixação de alíquota estaria abrangida no conceito de norma geral, embora majoritário naquele caso concreto, estaria, entretanto, “contrariando toda a sistemática pátria sobre tributos”.

Cumprido observar que essa maleabilidade pode contribuir tanto para a centralização quanto para a descentralização política. Veja-se, nesse sentido, que, noutro dos casos selecionados nesta pesquisa, o recurso extraordinário n.º 423560 / MG, julgado em 29.5.2012, entendeu-se, por unanimidade, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que a Lei Orgânica do Município de Brumadinho – MG, que vedava a contratação, por aquele Ente federativo, de familiares do seu prefeito, vice-prefeito, vereadores e ocupantes de cargos em comissão, seria constitucional, por tratar de tema de interesse local, e, portanto, de competência daquele Município (CF, art. 30, inc. II). Rejeitou-se, com isso, a tese levantada pelo PMDB, e acolhida, em parecer, pelo Procurador-Geral da República, de que ali haveria afronta à competência da União para editar normas gerais sobre licitações

públicas (CF, art. 22, inc. XXVII). Nesse caso, *smj*, é possível sustentar que o que foi elastecido – e muito – foi o conceito de interesse local, na medida em que é difícil compreender em que sentido seria maior em Brumadinho, do que em qualquer outro lugar do País, o interesse por licitações competitivas e isonômicas.

Outro exemplo de como diferentes interpretações podem ser erigidas, com a mesma razoabilidade, a partir de um só arcabouço normativo, encontra-se na ADI 4478 / AP, julgada em 1.9.2011. Naquela oportunidade, julgou-se inconstitucional, por maioria, a Lei n.º 1.336/09 do Estado do Amapá, que vedava a cobrança de assinatura básica pelas concessionárias prestadoras de serviços de telefonia naquele Estado. A tese vencedora foi no sentido de que teria sido invadida a competência privativa da União para legislar sobre serviços públicos de telecomunicações (CF, arts. 21, inc. XI, 22, inc. IV, e 175, § único), tendo sido rejeitado o argumento no sentido de que a matéria estaria abrangida pela competência concorrente para legislar sobre direito do consumidor (CF, art. 24, inc. V e VII).

Mais uma vez vencido nessas questões federativas – em cujas ponderações de interesses costuma dar peso especial à questão da autonomia –, o Ministro Ayres Britto oferece alternativa à interpretação consolidada no Tribunal quanto à amplitude da competência privativa da União para regular os referidos serviços:

“Superadas as duas preliminares de mérito, esclareço, como fiz no voto-vista por mim proferido no julgamento da ADI 2615, de Relatoria do Ministro Eros Grau, que não consigo enxergar a alegada usurpação da competência legislativa da União em tema de telecomunicações. Para demonstrá-lo, entretanto, não tenho como fugir do exame da questão de fundo. Questão que consiste na natureza jurídica do instituto de “assinatura básica (tarifa ou consumação mínima)”. Isso porque as duas coisas se encontram tematicamente enlaçadas. Com efeito, a Lei Amapaense, ao vedar a “a cobrança no Estado do Amapá, pelas concessionárias prestadoras de serviço de telefonia fixa e móvel, das tarifas de assinatura básica, cobradas de seus consumidores e usuários” não legislou sobre serviço de telecomunicações. Noutras palavras, não dispôs o ato impugnado sobre “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”; ou, ainda, sobre a “transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meio óticos ou qualquer outro processo eletromagnético” (art. 4º da Lei 4.117/1962). Assim como não legislou o ato impugnado sobre tudo o mais que signifique infraestrutura, instalações operacionais e condições de titularidade e investidura em prestação de serviços de telecomunicação, pois nesse preciso núcleo temático é que reside o objeto de atividade em si de legiferação sobre telecomunicações. (...) Em palavras

diferentes mas com o mesmo sentido, legislar sobre telecomunicação nada tem a ver com relações jurídicas entre o efetivo prestador de serviço público e os respectivos usuários-consumidores. Basta ler o que dispõem os arts. 60 e 61, mais os arts. 145 a 172, todos da Lei Federal 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), assim como os arts. 4º a 9º e 30 da Lei 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações). E assim dispõem as Leis Federais em comento porque legislar privativamente sobre telecomunicações é isso mesmo e não mais: conformar legislativamente os meios e modos significativos da comunicação vocal-auditivo-visual à distância, a implicar emissão, transmissão ou recepção de sinais, sons, imagens ou mensagens, por via elétrica ou eletrônica (telefonía, rádio, televisão, radiotelegrafia, radar e coisas do gênero). Não sobre os temas da produção e do consumo, nem da defesa do consumidor e da responsabilidade por danos a ele cometidos, pois, em tais matérias, a competência legislativa faz parte do que se poderia chamar de condomínio ou repartição de competências legislativas, a teor dos seguintes dispositivos da Constituição Federal: (...) Percebe-se, pois, que a lei estadual adversada não implica senão legítima atuação normativa de prevenção de danos aos consumidores usuários do Estado do Amapá, tal como expressamente admitido nos incisos V e VIII do art. 24 da Constituição. (...) Por outro ângulo de cognição do tema, não se alegue que esse tipo de proteção ao consumidor importa imiscuir-se no equilíbrio econômico-financeiro de um contrato firmado entre o poder concedente federal e as empresas concessionárias. E assim não se alegue porque à União não é dado firmar contratos que terminem por subtrair dos Estados e do Distrito Federal a competência para normar sobre relações de consumo e prevenção de danos ao consumidor. Se, no caso, a União fez “cortesia com chapéu alheio”, favorecendo empresas concessionárias com cláusula contratual de indevida sobre remuneração, então que ela, União, trate de sair por conta própria da armadilha em que se meteu.”

É importante deixar claro que o destaque dado às razões do Ministro Relator, em seu voto vencido, não tem o propósito senão de reforçar a ideia de ambiguidade normativa, a demandar parâmetros interpretativos mais sólidos, sem que se assuma qualquer posição contra ou a favor em relação ao tema ali discutido especificamente.²³⁶ Só o que se pretende, aqui, é questionar até que o ponto o princípio da subsidiariedade poderia contribuir para uma definição mais segura das competências constitucionais de cada ente federado, não apenas em abstrato, mas diante de cada caso concreto.

²³⁶ Até porque a leitura da íntegra do acórdão em questão demonstra a excelência também dos argumentos levantados no sentido contrário. Nesse particular, o Ministro Marco Aurélio, dentre outros, tem ressaltado que “o bom-senso recomenda que as questões relacionadas ao interesse geral – isto é, nacional – sejam tratadas de maneira uniforme em todo o país. Os serviços públicos que, igualmente, funcionam em todo o território devem ficar a cargo da União. É com fundamento nessa ideia geral que a doutrina propõe a denominada prevalência do interesse como critério para a solução de conflitos, sugerindo seja reconhecida a competência da União quando a matéria transcender os interesses locais e regionais. A regulação do comércio interestadual é inequivocamente de alcance amplo e geral. Se cada Estado impuser restrições ao comércio, ora vedando o acesso aos próprios mercados, ora impedindo a exportação por meio das regiões de fronteiras internacionais, será o fim da Federação. Daí o constituinte ter atribuído à União tais temas.”

Nesse ponto, aliás, é de se reparar a subutilização do referido princípio, ao menos como parâmetro de divisão competencial dos entes federados, já que em outros de seus sentidos, curiosamente, o Árbitro da Federação já o vinha empregando há muito mais tempo.

Como antes mencionado, de acordo com o banco de dados informatizado disponível no site do Supremo Tribunal Federal, e a partir da metodologia de busca aqui utilizada, o Tribunal só teria, até hoje, 1 (um) acórdão, prolatado no âmbito da ADI 2340 / SC, e publicado em 10.5.2013, no qual o sobredito princípio é invocado no sentido de que se trata neste estudo.

Apesar disso, a Corte há muito já vinha dando concretude, em outros campos que não o da divisão de competências dos entes federados, ao referido princípio, no mesmo sentido pro basis aqui desenvolvido.²³⁷ De fato, enfrentando, e. g., a sobrecarga de processos disciplinares no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Supremo Tribunal Federal soube empregar a ideia de subsidiariedade em favor das instâncias correccionais inferiores, e, naquele contexto, exibiu fluência na gramática da capacidade e necessidade de preservação das autonomias de base:

“Não obstante a dimensão nacional em que se projeta o modelo judiciário vigente em nosso País, não se pode deixar de reconhecer que os corpos judiciários locais, por se qualificarem como coletividades autônomas institucionalizadas, possuem um núcleo de autogoverno que lhes é próprio e que, por isso mesmo, constitui expressão de legítima autonomia que deve ser ordinariamente preservada, porque, ainda que admissível, é sempre extraordinária a possibilidade de interferência, neles, de organismos posicionados na estrutura central do Poder Judiciário nacional. É por tal motivo que se pode afirmar que o postulado da subsidiariedade representa, nesse contexto, um fator de harmonização e de equilíbrio entre situações que, por exprimirem estados de polaridade conflitante (pretensão de autonomia em contraste com tendência centralizadora), poderão dar causa a grave tensão dialética, tão desgastante quão igualmente lesiva para os sujeitos e órgãos em relação de frontal antagonismo. Em uma palavra: a subsidiariedade, enquanto síntese de um processo dialético representado por diferenças e tensões existentes entre elementos contrastantes, constituiria, sob tal perspectiva, cláusula imane ao próprio modelo constitucional positivado em nosso sistema normativo, apta a propiciar solução de harmonioso convívio entre o autogoverno da

²³⁷ Pode-se citar, ainda, dentre outros, o acórdão proferido no âmbito do recurso extraordinário n.º 225.011-0, prolatado em 16.11.2000, no qual já se afirmava que, “(...) os princípios gerais que informam a distribuição de atividades entre o Estado e a iniciativa privada resultam dos princípios da participação estatal na economia e da subsidiariedade, em seus aspectos suplementar e complementar à iniciativa privada” (STF – Pleno – RE 225.011-0 / MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ ac. Min. Maurício Corrêa, j. 16.11.2000, DJ 19.12.2002).

Magistratura e o poder de controle e fiscalização outorgado ao Conselho Nacional de Justiça.” (MS 28.891 MC-AGR / DF)

Enquanto este trabalho se desenvolvia, o Árbitro da Federação veio então a empregar o princípio da subsidiariedade em seu campo talvez mais fértil – a demarcação das competências constitucionais dos entes federativos.

É o que ocorreu, como dito, na sessão de julgamento da ADI 2340 / SC, no âmbito da qual se julgou inconstitucional, por maioria, a Lei n.º 11.560/00 do Estado de Santa Catarina, que obrigava a Cia. Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN, sociedade de economia mista da qual o referido Estado é acionista majoritário, e concessionária do serviço de esgoto e distribuição de água potável prestado à maioria dos seus Municípios, a, “sempre que ocorrer a interrupção no fornecimento de água potável a seus clientes”, “fazer imediatamente a distribuição do líquido com caminhões-pipa”, implicando seu descumprimento “no cancelamento automático da cobrança da conta de água e saneamento do mês que ocorreu a interrupção no fornecimento, ainda que eventual, dos clientes atingidos”.

A maioria dos Ministros entendeu que aquela Lei estadual seria invasiva da competência municipal para tratar de saneamento e distribuição de água (CF, art. 30, inc. I, e 175), já que “os Estados-membros não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente local e a empresa concessionária, ainda que esta esteja sob o controle acionário daquele”. Eis o elucidativo voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski:

“Duas são, pois, a meu ver, as questões básicas a serem enfrentadas nesta ação. A primeira consiste em saber se a distribuição de água potável constitui, ou não, serviço de natureza local, de competência dos municípios. A segunda questão é perquirir se, no regime de concessão, o estabelecimento de normas atinentes ao serviço concedido constitui atribuição privativa do poder concedente ou, como afirma a Assembleia Legislativa de Santa Catarina, é matéria que pode ser disciplinada por lei estadual, sendo lícito, pois, ao Estado impor regras à CASAN, na qualidade de acionista majoritário. Respondendo à primeira questão, entendo não há dúvida de que a competência para legislar sobre assuntos locais que a Carta-Magna atribui aos municípios, no art. 30, I, da CF, inclui a distribuição de água potável. Nesse sentido, trago à colação a lição de Hely Lopes Meirelles, conforme o qual, ‘(...) as obras e serviços para fornecimento de água potável e eliminação de detritos sanitários domiciliares, incluindo a captação, condução, tratamento e despejo adequado, são atribuições precípuas do Município, como medidas de interesse da saúde pública em geral e dos usuários em particular’. (...) De fato,

tendo em conta a ideia da preponderância do interesse, a realização de determinada tarefa há de ser atribuída ao ente federativo capaz de atender, de modo mais efetivo; ao interesse comum. Essa prática, aliás, mostra-se consentânea com o princípio da subsidiariedade, que rege as relações entre os entes de uma Federação, de acordo com o qual, ‘(...) a comunidade maior só pode executar as tarefas próprias das comunidades menores em caso de necessidade, e desde que estas não possam desempenhá-las de forma mais eficaz’. Ora, o Município é, dentre todos os entes federativos, aquele que está mais próximo da população, cujas necessidades básicas conhece de perto, incumbindo-lhe, por essa precisa razão, prestar, em primeira mão, os serviços públicos essenciais, com destaque para a distribuição de água potável, sem prejuízo da eventual colaboração do Estado e da União.”

Como se vê, a ideia de subsidiariedade foi assim incorporada, oficialmente, ao repertório do Árbitro da Federação também para a interpretação constitucional dos espaços federativos.

Embora seja cedo para dimensionar o acontecimento, que tanto pode representar uma virada interpretativa quanto apenas uma decisão episódica, e independentemente da sua questão de mérito,²³⁸ trata-se de inovação por si só relevante.

Com efeito, uma vez expressamente afirmada pelo STF a aplicabilidade do princípio da subsidiariedade como vetor interpretativo e definidor de competências dos entes federativos, tende aquela Corte Suprema, por questão de coerência, a tornar a fazê-lo sempre que julgar novas disputas dessa natureza.

Afinal, como visto, a fundamentação racional limita a jurisdição constitucional, deixando-a sob a crítica de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Se, no referido julgamento, o STF houve por bem lançar mão do princípio

²³⁸ Cabe lembrar, nesse ponto, que o princípio da subsidiariedade, em seu aspecto positivo, não apenas tolera, antes exige, a participação do ente superior na vida e nos assuntos do ente inferior, sempre que, dada a incapacidade desse último de satisfazer sozinho certas necessidades suas, tal providência se revele um imperativo da solidariedade. Feliz, portanto, o sentido da observação do Ministro Marco Aurélio, em seu voto vencido: “Qual é a situação? Lei Estadual implementou, quanto a uma empresa estadual, certa regra. No caso de interrupção do fornecimento normal de água, teria a empresa que socorrer a população, mediante caminhões-pipa, sob pena de cancelar-se automaticamente a cobrança da cota da água, alusiva ao mês do acontecimento. Além de seguir a ordem natural das coisas, não havendo disciplina de matérias específicas do município, já que a empresa fornecedora é estadual, normatizou-se o episódio sem adoção de entendimento contrário a Carta da República, evitando-se, até mesmo, o enriquecimento sem causa por parte da concessionária. (...) Não vejo como pinçar da Carta da República dispositivo que estaria a ser contrariado pela lei estadual, no que, repito, alcança não só aqueles que se utilizam do serviço concedido, como também a empresa, que é estadual e não municipal. Fornece água a residências de municípios diversos”.

da subsidiariedade, poderá ter a legitimidade de seu discurso questionada, caso deixe de fazê-lo novamente em suas próximas decisões nessa matéria.

Portanto, embora, como se viu, a trajetória mais recente do Árbitro da Federação ainda sugira certo viés centralista, é de se esperar mudança nesse quadro, pela reverberação daquele princípio agora expressamente adotado em nosso ordenamento jurídico. Assim, caberá à nossa Corte Suprema ponderar e harmonizar, em cada caso concreto, os interesses relacionados à autonomia dos entes federativos e à unidade da Federação.