



**Bianca Medeiros Antonangeli**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ARTIGO 23 DA  
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

**Monografia apresentada  
à Escola de Formação da  
Sociedade Brasileira de  
Direito Público – SBDP,  
sob a orientação da  
Professora Isabela  
Parisio.**

**São Paulo**

**2020**

**DEDICATÓRIA:**

À minha mãe, Elaine Cristina de Medeiros Antonangeli, cujo apoio, afeto e incentivo foram imensamente importantes em toda a produção dessa pesquisa.

### **AGRADECIMENTOS:**

Ao professor André Lucenti Estevam pela orientação a me dedicar exclusivamente aos estudos. Ao professor Sebastião Botto de Barros Tojal, pelo incentivo a me aprofundar em matérias voltadas ao direito do Estado. Ao professor Rodrigo Pagani de Souza por ter me apresentado e introduzido à Escola de Formação.

**RESUMO:** O presente trabalho se propõe a analisar todos os acórdãos encontrados sobre conflitos de competência material comum prevista no artigo 23. O objetivo é estudar a norma sob a ótica do Supremo Tribunal Federal e descobrir como ele fundamenta suas decisões sobre a matéria, quais são as interpretações que existem sobre o respectivo artigo, quais são os doutrinadores utilizados para fundamentação, e quais são os parâmetros que o Supremo criou sobre a matéria, isto é, se foram criados conceitos, entendimentos reiterados e etc.

**PALAVRAS-CHAVES:** artigo 23; competência comum; competência material; entes federativos; Supremo Tribunal Federal

## **LISTA DE ABREVIATURAS:**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

EUA – Estados Unidos da América

MC – Medida Cautelar

NR – Nota de Rodapé

SL – Suspensão de Liminar

SS – Suspensão de Segurança

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ARTIGO 23 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	1
.....	
DEDICATÓRIA: .....	2
AGRADECIMENTOS: .....	3
RESUMO: .....	4
LISTA DE ABREVIATURAS: .....	5
INTRODUÇÃO: .....	8
a. PERGUNTA DE PESQUISA:.....	8
b. DEFINIÇÃO DOS TERMOS: .....	8
c. JUSTIFICATIVA: .....	12
d. FEDERALISMO BRASILEIRO:.....	17
e. HIPÓTESE:.....	25
METODOLOGIA: .....	26
a. SELEÇÃO DOS ACÓRDÃOS:.....	26
b. MÉTODO DE ANÁLISE E DADOS COLETADOS: .....	32
c. UNIVERSO FINAL DE ANÁLISE:.....	35
RESULTADOS DE PESQUISA: .....	36
a. QUANTITATIVOS: .....	36
b. QUALITATIVOS:.....	38
I. SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS: .....	39
i. ADI 2544:.....	39
ii. ADI 3525:.....	43
II. INTERESSE LOCAL: .....	45
i. ADI 1842:.....	47
ii. ADI 2077:.....	69
iii. ADI 3937:.....	72
iv. ADI 2095:.....	81
III. TRÂNSITO: .....	86
i. ADI 1991:.....	86
ii. ADI 3169:.....	87
iii. ADI 4573:.....	90
IV. SAÚDE: .....	91
i. ADI 2875:.....	92

ii. ADI 3937 e ADI 4066: .....	94
V. O MODO DE DECIDIR DE EDSON FACHIN: .....	101
i. ADI 3165:.....	102
ii. ADI 5873:.....	108
iii. ADI 2752:.....	111
OBSERVAÇÕES:.....	114
VI. ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DE RECEITAS: .	118
i. ADI 4606/ADI 6233: .....	118
VII. PARÁGRAFO ÚNICO E CONVÊNIOS:.....	126
i. ADI 3499:.....	127
VIII. ENCAIXE NORMATIVO: .....	133
i. ADI 4060:.....	133
IX. ADI-MC-RF 4638 – O ACÓRDÃO <i>SUI GENERIS</i> :.....	135
i. ADI-MC-RF 4638:.....	135
BREVE APRESENTAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ):	136
ANÁLISE DO ACÓRDÃO: .....	137
CONCLUSÃO: .....	148
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: .....	154

## **INTRODUÇÃO:**

### **a. PERGUNTA DE PESQUISA:**

A pergunta de pesquisa que se busca responder no presente trabalho é:  
**Como os ministros do STF resolvem, em matéria de competência do artigo 23 da Constituição Federal de 1988, os conflitos horizontais e verticais dos entes federativos?**

### **b. DEFINIÇÃO DOS TERMOS:**

É importante definir o principal termo da pergunta, que será o ponto central da presente pesquisa: **competência** em seu sentido amplo – isto é, sem adentrar no mérito de ser legislativa ou material. O conceito adotado é respaldado no jurista José Afonso da Silva, pois ele é o doutrinador mais utilizado pelos ministros do STF, conforme se verá ao longo da pesquisa, na discussão sobre repartição de competências, e nas definições de competência material e legislativa, comum e concorrente, respectivamente.

O jurista define **competência** como:

a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções<sup>1</sup>.

Na busca pela especificidade na matéria a ser estudada, também será definido: competência **material** e **legislativa**, bem como a competência **comum** e a **concorrente**, tomando por base o mesmo autor supracitado. Na perspectiva do jurista, a classificação de competências inicialmente se dá entre dois grandes grupos: **competência material**, a qual pode ser exclusiva (art. 21), ou comum, cumulativa ou paralela (art. 23); e

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019 P. 483.



**competência legislativa**, a qual pode ser exclusiva (art. 25, §1º e §2º), privativa (art. 22), concorrente (art. 24) ou suplementar (art. 24, §2º).

Ante essa apresentação, cabe, inicialmente, apresentar o que são competências materiais e legislativas. José Afonso da Silva afirma que a competência material está fundada em assuntos do *setor social*<sup>2</sup>, enquanto a competência legislativa funda-se na capacidade de um dado ente instituir normas sobre determinada matéria, de acordo com os desenhos constitucionais, sendo aquilo que fundamenta a autonomia de um ente federativo<sup>3</sup>.

A classificação de José Afonso da Silva entende que o enquadramento de uma competência como *comum* ou *concorrente* se pauta na quantidade de entes que atuam na esfera da normatividade ou da realização material. Diante disso, define-se:

a. Competência comum – a qual, segundo José Afonso da Silva, também denominada *cumulativa* ou *paralela*, prevista no artigo 23 da Constituição – como:

[a] faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Quando aborda *setor social* no capítulo de Competência material comum, dentro do Título II – Do Governo da União, Capítulo I – Da União Como Entidade Federativa, Tópico 15 – Competência Material Comum, o autor afirma que no setor social muitas das matérias que eram competências exclusivas da União, foram abertas aos demais entes federativos para *compartilharem* com a União a prestação de serviços dessas matérias, as quais estão arroladas nos incisos do artigo 23. Também, no Título III – Dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, Capítulo I – Dos Estados Federados, Tópico 13, o jurista afirma tratar-se de setor social a prestação de serviços de saúde, assistência social (esta limitada a seus servidores, art. 149, P.u.), desportos, educação, cultura, por seus sistemas de ensino (art. 212), proteção ao meio ambiente, dos bens culturais, promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e do saneamento básico, combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos. Segundo José Afonso da Silva, a maior fonte da atuação dos estados nos setores sociais é o art. 23. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019 P. P. 505, 629 e 630).

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019 P. P. 506 e 631.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019 P. P. 485.

b. Competência concorrente, prevista no artigo 24 da Constituição, como um conceito destrinchado em duas partes: é a (i) “*possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa*”<sup>5</sup>; também é a (ii) “*primazia da União no que tange a fixação de normas gerais*”<sup>6</sup>.

A importância de definir ambas as competências está relacionada tanto à temática do trabalho (cuja pergunta de pesquisa é sobre a competência comum prevista no artigo 23 da Constituição), quanto à uma das subperguntas que orientaram a pesquisa<sup>7</sup> – a qual tem por essência a tentativa de identificar qual é a diferença entre competência material comum (art. 23) e competência legislativa concorrente (art. 24) na perspectiva dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

O cerne do trabalho está na resolução pelo STF de um **conflito de competências** presente no artigo 23 e, para efeitos desse trabalho, a definição desse termo será dada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que discerne entre conflito *positivo* e *negativo*. O conflito positivo ocorre quando “*mais de um órgão se reputa competente*”<sup>8</sup> e o conflito negativo deriva quando “*nenhum deles [órgãos] se reputa competente*”<sup>9</sup>.

Também é necessário e relevante conceituar o termo **autonomia**, o qual diz respeito à temática das competências materiais e legislativas e dialoga com a hipótese desta pesquisa – relacionada com a amplitude da autonomia dos entes federativos considerados “menores” (i.e., estados e municípios), buscando verificar se tais entes ganham maior ou menor

---

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. P. P. 485.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Questão 5: Tem critério para imputar o assunto do caso como competência material ou para imputá-lo como competência legislativa?

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 151.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

autonomia por meio das decisões dos ministros e de seus respectivos fundamentos para resolução de conflitos de competência.

Para definição desse termo, também será utilizado o jurista José Afonso da Silva, para quem a autonomia consiste (i) na “existência de órgãos governamentais próprios, isto é, que não dependam dos órgãos federais quanto à forma de seleção e investidura”<sup>10</sup> e (ii) na “posse de competências exclusivas”<sup>11</sup>. Por competências exclusivas, entendem-se aquelas que não competem a nenhum outro ente.

Também cabe definir dois conceitos presentes na pergunta de pesquisa: o termo “resolve” e o termo “conflitos horizontais e verticais”.

O entendimento adotado em relação ao “resolve” é algo mais amplo e genérico, abarcando como o STF decide, interpreta e argumenta sobre aspectos do art. 23.

Em relação aos “conflitos horizontais e verticais dos entre os entes federativos”, deve-se partir da premissa que a CF/88, em seu art. 1º, caput, define quais são as pessoas jurídicas da federação: União, estados, municípios e Distrito Federal (DF). Quando se entende conflito **horizontal**, entende-se um conflito entre pessoas políticas em que inexistente grau de subordinação ou hierarquização no exercício de sua competência, no qual cada ente é dotado de plena autonomia para exercer, sem ingerência dos demais, as competências constitucionais que lhe foram atribuídas. No tocante ao conflito **vertical**, entende-se conflito entre diferentes entes federativos, aos quais foram atribuídas as competências para atuar sobre as mesmas matérias, mas sob regime subordinação entre entes<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019 P. 102.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> MEIRA, Danilo Borges. Federalismo cooperativo previsto no art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 sob o prisma da aplicabilidade das normas constitucionais. 2016. 59 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Legislativo, Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro (ilb), Brasília, 2016. P. 45.

É ideal que o termo **lacuna** seja definido pois é o principal elemento explorado no presente trabalho. O conceito abordado foi extraído do autor Norberto Bobbio<sup>13</sup>. Quando um assunto é dotado de relevância jurídica suficiente e não é regulado por qualquer norma presente no ordenamento jurídico, em outras palavras, quando há um caso concreto cuja resolução não se prevê no sistema normativo em vigor, então diz-se que há uma **lacuna**<sup>14</sup>. No presente trabalho, fala-se na presença de uma lacuna no artigo 23 no concernente aos conflitos de competência entre os entes federativos<sup>15</sup>.

Por fim, irá se adotar o conceito de **analogia** do professor Tércio Sampaio Ferraz Jr., cuja definição se funda no tratamentamento que é dado igualmente a situações que possuem um certo grau de diferença entre si:

“O uso da analogia, no direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes. Segue daí que a semelhança deve estar demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças. Demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma de outro. A analogia permite constatar e preencher a lacuna.”<sup>16</sup>

### c. **JUSTIFICATIVA:**

O presente tema foi escolhido pelo que a doença do coronavírus (COVID-19), que assolou o país desde meados de março de 2020, ocasionou: uma crise no modelo federativo brasileiro.

Inclusive, o primeiro tema cogitado para ser objeto de pesquisa foi a análise do conflito de competências sob o escopo dos serviços essenciais por causa dos vários casos que subiram ao STF, nos quais instâncias inferiores

---

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. **TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO**. 6. ed. Brasília: Unb, 1995. P. 115.

<sup>14</sup> O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de lacunas no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e afirma que o julgador competente deve suprir essa lacuna “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

<sup>15</sup> O assunto será mais bem explorado nos capítulos subsequentes.

<sup>16</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001. P. 297.

faziam prevalecer o decreto federal n. 10.282, que regulamenta a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais a nível nacional, em detrimento dos decretos estaduais, que delimitavam um rol de serviços com classificações diferentes – reverberando um clima conflitivo entre estados e União.

A ADI 6341 foi pioneira na discussão do assunto, além de ter sido o primeiro julgamento do plenário a ocorrer “on-line” no dia 15 de abril de 2020. A Ação Direta julga o:

‘caput’, dos incisos I, II e VI, bem como dos §§ 8º, 9º, 10 e 11, todos do artigo 3º da Lei Federal n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, com redação dada pelo art. 1º da Medida Provisória n. 926, de 20 de março de 2020, e, por arrastamento, do Decreto n. 10.282, de 20 de março de 2020<sup>17</sup>.

A polêmica circundou os **parágrafos 8º e 9º do artigo 3º da Lei 13.979**, os quais atribuem ao Presidente da República a capacidade de taxar quais são os serviços públicos e as atividades consideradas essenciais que poderiam funcionar em momento de pandemia:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (...)

**§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.**

**§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º.** (grifos próprios)

A decisão plenária da liminar foi no sentido de conferir interpretação do §9º conforme à Constituição, para que fosse preservada a autonomia dos

---

<sup>17</sup><http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=6341&processo=6341> Acesso em: 24/11/2020 às 20:22.

estados em definir, no âmbito de seu território, quais eram os serviços a serem considerados essenciais:

a fim de explicitar que, **preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição**, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin<sup>18</sup>. (grifos próprios)

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - **descentralização, com direção única em cada esfera de governo**. (grifos próprios)

Preliminarmente, pode-se extrair deste principal caso<sup>19</sup> que, a priori, o Presidente pode legislar sobre os serviços públicos e essenciais desde que seja respeitada a autonomia dos estados para definir isso dentro do que lhe compete. Para tanto, invoca-se o art. 23, inc. II, da CF/88:

“Art. 23. É **competência comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;” (grifos próprios)

À época da coleta de dados (entre julho e agosto de 2020), caso se optasse pelo estudo dos serviços essenciais em tempos de pandemia, os

---

<sup>18</sup><http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=6341&processo=6341> Acesso em: 24/11/2020 às 20:22.

<sup>19</sup> Os fatores que tornam esse caso principal e de uma relevância ímpar são: o fato dele ter sido o primeiro plenário feito *on-line*, acontecimento inédito na história jurídica brasileira até então, e o fato dele tratar sobre conflitos de competência no escopo da **saúde**, cuja fundamentação é reiterada em outras decisões, as quais, no momento de escolha e desenvolvimento do tema, ainda não tinham sido levadas a plenário ou o acórdão não tinha sido disponibilizado ao público (à época, só haviam as curtas, e muitas, decisões monocráticas, como: ADPF 672; MC da SS 5.383; MC da SS 5.387; SL 1.334).

materiais que comporiam o objeto da pesquisa seriam escassos, de modo que a ideia inicial de abordar as decisões no cenário de COVID-19 foi abandonada.

No intuito de manter foco o estudo em um assunto que envolvesse a crise do tradicional modelo federativo brasileiro, foi realizada uma pesquisa que chegou na Webinar proposta pela FGV no YouTube "COVID-19 E A CRISE DO FEDERALISMO BRASILEIRO"<sup>20</sup>, na qual há o debate entre os governadores do Maranhão e de Goiás, respectivamente Flávio Dino e Ronaldo Caiado, mediado pelo professor Daniel Vargas.

A proposta da discussão era interessante pois deu voz para dois protagonistas dessa crise institucional do começo do ano de 2020 trazerem à tona os motivos dessas atitudes autônomas por parte dos estados no cenário pandêmico. Os governadores convidados apontaram que a pandemia era apenas o plano de fundo, de sorte que a questão das competências, na verdade, seria maior pois abrangia aspectos variados como o sanitário, as rodovias, os bens e espaços públicos etc. Em sua fala, o governador Flávio Dino explicitou:

Este dito artigo 23 é um dos enigmas da Constituição de 88, a competência comum entre vários entes que integram a federação. É exatamente um desses enigmas que está, nesse momento, na base dos conflitos que nós estamos vendo, exatamente porque entre o rol das competências comuns da União, estados, distrito federal e municípios, está no inciso segundo, se não me falha a memória, cuidar da saúde da população<sup>21</sup>.

Ora, diz a constituição que isto é uma obrigação de todos os entes, competência comum, nós governadores, inicialmente, imaginávamos que haveria uma espécie de coordenação nacional por parte do governo federal, uma vez que ele é detentor de instrumentos jurídicos e econômicos a tanto, sobretudo, a direção do Sistema Único de Saúde, que seria a materialização da competência comum de cuidar da saúde. E isso, infelizmente, não ocorreu, de modo que nós tivemos que progressivamente avançar no suprimento de lacunas, e

---

<sup>20</sup> <https://youtu.be/jroPt3FFVeo> Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>21</sup> FGV DIREITO RIO E FGV DIREITO SP. **WEBINAR | Covid-19 e a crise do federalismo brasileiro**. 2020. (6m31s). Disponível em: < <https://youtu.be/jroPt3FFVeo> >. Acesso em: 30 jun. 2020.

exatamente daí advieram conflitos, no que diz respeito, por exemplo, a interrupção ou não de fluxo de veículos, fiscalizações, uso de bens de uso comum do povo, o trânsito de rodovias. Os governadores aguardaram durante algum tempo, mas não houve a adição de atos normativos concretizadores dessas medidas preventivas por uma razão política, externa ao direito, que deriva da atitude singular, chamemos assim, eufemisticamente, que o presidente da república sustenta, uma atitude negacionista em relação a importância do coronavírus. Os governadores passaram, por conseguinte, com ou sem essência das assembleias legislativas, ou seja, por intermédio de leis estaduais ou decretos, a exercerem essa competência comum, e isto resultou já numa série de ações no Supremo Tribunal Federal em que há esse debate, se os estados avançaram ou não no exercício dessas atribuições atinentes às chamadas competências comuns<sup>22</sup>

A partir daí, refletiu-se sobre o tema inicialmente cogitado e a conclusão do raciocínio foi delimitar a lente de análise sobre a crise do tradicional modelo federativo brasileiro ante as competências comuns prevista no artigo 23, pelo seu caráter de atuação horizontal.

Logo, questionou-se: se o cerne do conflito político está em um artigo constitucional, como os ministros do STF o interpretam? Em um caso concreto entre estados e União, autonomia *versus* o centralismo do poder, há uma escolha preferencial? Quais são as interpretações dos ministros a respeito desse artigo olhando o ordenamento jurídico como um todo?

A relevância se justifica pela possível remodelagem do federalismo brasileiro a partir do entendimento *jurisprudencial* do STF. Tradicionalmente se fala da preferência pela centralidade da União, em detrimento dos demais entes, cujas competências *residuais* lhe atribuiriam um papel secundário no ordenamento jurídico (ainda mais pela taxatividade de um rol enorme de competências privativas à União, prevista pelo artigo 22 da CF/88) em face do federalismo centrífugo brasileiro. No entanto, os eventos recentes podem

---

<sup>22</sup> FGV DIREITO RIO E FGV DIREITO SP. **WEBINAR | Covid-19 e a crise do federalismo brasileiro**. 2020. (7m25s). Disponível em: < <https://youtu.be/jroPt3FFVeo>>. Acesso em: 30 jun. 2020.



evidenciar um possível fortalecimento dos estados a partir da construção jurisprudencial mais recente, que poderá, talvez, permanecer mesmo após o fim da pandemia ocasionada pelo vírus Sars-CoV-2<sup>23</sup>.

O princípio norteador do trabalho é verificar como o Supremo Tribunal Federal resolve os conflitos de competência em matéria de artigo 23, pois o artigo trata os entes como pessoas políticas com igualdade entre si e compreender os acórdãos julgados em plenário até meados de julho/agosto de 2020 permite que se tenha uma ideia de qual a visão do STF sobre o tema e para que, futuramente, se verifique se houve uma mudança de jurisprudência ou não.

#### **d. FEDERALISMO BRASILEIRO:**

Para abordar devidamente a proposta deste trabalho, que consiste em analisar a visão dos ministros do STF a respeito da autonomia dos estados-membros em face da União (tomando por base o art. 23, CF/88), cabe fazer uma melhor elucidação sobre nosso modelo federativo. O ponto de partida é a cláusula pétrea da atual carta constitucional, prevista no art. 60, §4º, inc. I:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

---

<sup>23</sup> No capítulo de metodologia serão apresentados todos os acórdãos colhidos para posterior análise, cabe antecipar o leitor que a presente pesquisa não abordou acórdãos que tivessem vínculo com a doença em si, porque não tiveram seu acórdão publicado na fase de colhimento de dados.

O modelo federativo brasileiro consiste, em termos enxutos, na junção dos estados-membros para a composição de um país. Dessa junção nascerão pessoas jurídicas fictícias às quais serão distribuídas competências em relação a todo o território.

A repartição de competências constitucionais mostra uma grande concentração de atribuições na esfera da União, principalmente, quando se verifica (i) o rol proposto pelo art. 21; (ii) o rol taxativo de competências legislativas previstas no art. 22; (iii) a possibilidade de a União atuar nas competências materiais do art. 23; e (iv) o poder de instituir normas gerais a serem aplicadas aos demais entes federados, em conformidade com os parágrafos §1º e §2º do art. 24.

Esse desenho constitucional de concentração de competências no âmbito da União é fruto da evolução de um processo histórico-político do país. Historicamente, o Brasil possui um governo central demasiado forte em função dos diversos modelos de governo adotados. O primeiro governo centralizado que houve no País foi o próprio regime monárquico desde o período colonial até 1889, no qual o poder estava centralizado nas mãos do rei ou do imperador<sup>24</sup>.

No próprio ano de 1889, é proclamada a República enquanto forma de governo e, enquanto modelo de Estado, é instaurada a forma federativa, inspirada no federalismo norte-americano – adotado pelos EUA no pós-guerra de secessão.

---

<sup>24</sup> O território brasileiro foi considerado uma mera colônia portuguesa, que respondia ao governo da metrópole, até meados de 1815, quando, através de um decreto assinado no Rio de Janeiro, o príncipe regente português Dom João VI elevou a condição do Brasil de colônia à membro do Reinado português, passando a compor o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves. (Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves. In Britannica Escola. Web, 2020. Disponível em:

<<https://escola.britannica.com.br/artigo/Reino-Unido-de-Portugal-Brasil-e-Algarves/483504>>. Acesso em: nov 2020).

Conforme Arinos, a principal característica de um Estado federal, é

A forma de descentralização colimada e representada pelo Estado federal tem, como mais importante característica, a de ser descentralização política e não somente administrativa. A descentralização política tem como consequência a *autonomia*, isto é, a capacidade de auto organização da entidade componente, dentro dos limites da competência que lhe é assegurada pela Constituição federal (...) autonomia pressupõe atividade normativa<sup>25</sup>.

A partir da promulgação da Constituição de 1891, passou-se a discutir mais a descentralização das então províncias, agora convertidas em Estados-membros. Embora o modelo teórico adotado tenha sido o federalismo, não houve uma ruptura revolucionária para aproximar o modelo brasileiro do norte-americano, isto é, com a promulgação da nova Constituição Republicana, os estados não se tornaram tão autônomos, como verificado no federalismo norte-americano. Pelo fato de a prática não condizer com a teoria, foi perceptível uma tensão entre os entes federados: a União buscando centralizar seu poder, e os estados buscando descentralizá-lo.

Após um breve período de governo republicano, adveio a conhecida Era Vargas (1937-1945), caracterizada pela promulgação da Constituição de 1937 e pela centralização do poder, decorrente de um golpe, no qual buscou neutralizar os interesses regionais (dos estados) em prol da "*unidade política e administrativa necessária para promover a chamada modernização social e econômica do país*"<sup>26</sup>. Para tanto, Getúlio Vargas fechou o Congresso

---

<sup>25</sup> FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de Direito Constitucional Brasileiro: teoria geral. São Paulo: Revista Forense, 1958. (Volume I) P. 161.

<sup>26</sup> SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, n. 24, P. 105-121, June 2005. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782005000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000100008&lng=en&nrm=iso)>. access on 23 Nov. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782005000100008>. P. 4.

Nacional, as assembleias legislativas e câmaras municipais<sup>27</sup>, e nomeou interventores estaduais diretamente subordinados a si<sup>28</sup>.

Findo o regime varguista, foi promulgada a Constituição de 1946, cujos

dispositivos e o regime democrático por ela regulado sobreviveram a várias crises políticas: suicídio de Vargas, renúncia de Jânio Quadros e posse de João Goulart. No entanto, não foi capaz de sobreviver à crise econômica e política iniciada em meados dos anos 1960<sup>29</sup>.

Pouco depois, em 1964, houve o golpe militar também caracterizado por um Poder Executivo forte e politicamente centralizador, embora, no período ditatorial, nenhum governador ou prefeito tivesse perdido poder. O regime ditatorial perdurou até 1985 e foi seguido pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

Essa suscinta linha temporal permite vislumbrar que o movimento pendular de centralização e descentralização política foi constante na história brasileira. Não obstante, a CF/88 pode ser considerada inovadora e ousada ao (i) garantir expressamente a autonomia dos estados, municípios e DF em face da União, assegurando a forma federativa como **cláusula pétrea** (através do art. 60, §4º, inc. I<sup>30</sup> da CF/88); e ao (ii) instituir bases democráticas

---

<sup>27</sup> FGV - CPDOC - **Diretrizes do Estado Novo (1937 - 1945)**: Política e Administração. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao>. Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>28</sup> FGV - CPDOC - **Diretrizes do Estado Novo (1937 - 1945)**: Novas interventorias e departamentos administrativos. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao/InterventoriasDepartamentos>. Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>29</sup> SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, n. 24, P. 105-121, June 2005. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782005000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000100008&lng=en&nrm=iso)>. access on 23 Nov. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782005000100008>. P. 4.

<sup>30</sup> Constituição Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado;

sólidas, colocando **a competência comum no rol de competências constitucionais**. Conforme coloca Raul Horta Machado:

A repartição de competências, estruturada na Constituição Federal de 1988, reflete as novas tendências do federalismo e, na concepção constitucional, é visível a influência recebida da técnica de repartição de competências da Lei Fundamental da Alemanha de 1949, que o Anteprojeto de Constituição Federal da Comissão Afonso Arinos incorporou. A Constituição de 1988, ultrapassando o dualismo dos poderes enumerados e dos poderes reservados, poderosa criação do federalismo clássico, acrescentou e desenvolveu, na repartição de competências, a competência comum, de caráter cooperativo, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, I a XII)<sup>31</sup>.

A partir dessa narrativa, também é possível explicar factualmente algumas das razões políticas pelas quais ainda há uma grande concentração de competências materiais e legislativas na órbita da União. Inclusive, foi dada a ela a possibilidade de legislar sobre normas gerais com caráter vinculante aos demais entes naquilo que couber as competências concorrentes entre todos (artigo 24, §1º a 4º da CF/88) – o que denuncia a forte presença das competências verticais, hierarquizadas e subordinantes. O mecanismo da repartição de competências é o principal meio para assegurar e atestar a autonomia dos demais entes públicos e eis que entram as competências (horizontais) comuns a todos (artigo 23 da CF/88), dos quais a União também faz parte.

A história atesta que a causa para a diferença entre os dois modelos federativos – norte-americano e brasileiro, respectivamente – foi o nascimento. No caso dos EUA, a federação se constituiu a partir da *união* de estados, enquanto o brasileiro se configurou a partir do *desmembramento* do Estado central em unidades menores. Atestando, desta maneira, a existência

---

<sup>31</sup> HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988. Revista do legislativo, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, n. 25, P. 17, jan./mar. 1999.

de uma força maior do poder central, desde a sua origem. Isso caracteriza o nosso modelo federativo como **centrífugo** em oposição a um modelo centrípeto, pois, como demonstrado, nosso modelo não é tão descentralizado quanto o norte-americano.

Voltando-se para a atualidade, o cenário pandêmico pela difusão do vírus Sars-CoV-2 (COVID-19) suscitou o debate a respeito de competências atribuídas pela CF/88, sobretudo, daquelas atribuídas pelo artigo 23, e disso originaram-se diversos conflitos entre as figuras dos governadores e do presidente da república, principalmente porque a fronteira entre competências comuns (art. 23) e competências concorrentes (art. 24) é **turva**, uma mesma matéria pode pertencer a ambos os artigos, mas a aplicabilidade de ambos é diferente.

Ao mesmo tempo, o artigo constitucional possui uma lacuna, se houver um processo no qual as partes sejam dois entes federados reivindicando a si (conflito positivo) uma matéria pertencente a um dos incisos arrolados no artigo 23, como isso será solucionado? Essa pergunta não é tão simples de ser respondida pelo mero fato de o artigo dizer que todos podem atuar por se tratar de uma competência comum, fica vago como solucionar um caso concreto, ou melhor, qual o método resolutivo do STF. Será que se usa analogia com os parágrafos do art. 24? Ou seja, na prática impondo uma hierarquia de atuação? Não obstante, se os entes quiserem atuar dentro de uma mesma matéria, em um mesmo território e atrimam entre si sobre como fazê-lo, o tribunal explica o que é essa atuação concomitante?

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I — zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II — cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III — proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV — impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V — proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; (Redação da EC 85/2015)

VI — proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII — preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII — fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX — promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X — combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI — registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII — estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único: Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação da EC 53/2006)

O cenário pandêmico vislumbrou um maior protagonismo dos governadores, que promulgaram decretos legislativos com prescrições sobre o que julgaram ser melhor para a população local – em certos casos, impondo, inclusive, medidas contrárias à posição da União<sup>32</sup>. Segundo alguns

---

<sup>32</sup> A título exemplificativo, pode-se citar a Suspensão de Segurança 5387 impetrada pelo Estado do Ceará contra o Sindicato dos Salões de Barbeiros e Similares de Fortaleza, cujo teor é “*Trata-se de pedido de suspensão de segurança, apresentado pelo estado do Ceará, em face de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça daquele estado, nos autos do Mandado de Segurança nº 0626655- 20.2020.8.06.0000, que acolheu o pedido do autor da impetração, no sentido de que seus associados não sejam obrigados a submeter-se às regras de Decreto Estadual nº 33.519/20, que desrespeita o teor do Decreto nº 10.344/20, editado pelo Presidente da República, o qual elencou a atividade por eles exercida, como serviço essencial, permitindo, assim, a abertura dos estabelecimentos do gênero.*”. Embora a ação seja contra um tribunal inferior do estado, a razão é o Decreto Estadual que tinha determinações contrárias ao Decreto da União sobre serviços essenciais (<http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15344308430&ext=.pdf>).

governadores (como Flávio Dino na Webinar da FGV já citada), a União não teve a postura coordenadora e orientadora em relação aos demais entes, suscitando brigas no Poder Judiciário, inclusive, de caráter *concentrado de constitucionalidade*. Os casos que ostentaram maior fama foram a ADI 6431<sup>33</sup> e a ADPF 672<sup>34</sup>, pois, em ambas, o STF se mostrou posicionado ao lado da autonomia dos estados, sem limitá-los pelos decretos federais em matérias de saúde.

Em suma, a proposta do presente trabalho é estudar qual é o posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal diante do artigo 23 da Constituição Federal de 1988. Afinal, com a efervescente crise em pleno estado de calamidade (instituído pelo decreto legislativo nº 6 de 2020), questiona-se como o STF enxerga essa norma *in abstracto* e se o entendimento do tribunal é consoante a um processo gradual de, através do instrumental jurídico, aumentar a autonomia dos demais entes federativos e permiti-los ter maior poder de decisão dentro de seu respectivo território, ou, se a prevalência do poder continuará pertencendo a União enquanto resquício de um poder centralizador.

Como já afirmado, reitera-se que o estudo de decisões do STF anteriores à pandemia é essencial para compreender como o tribunal vinha tratando a matéria até então, de modo a abrir portas para pesquisas futuras que venham a estudar os casos específicos do cenário da COVID-19.

---

<sup>33</sup> Trata do conflito entre o decreto federal e o estadual na delimitação do que são serviços essenciais e, *a priori*, foi determinado que os estados tinham a autonomia necessária e respaldada em texto constitucional para determinar o que consideravam serviços essenciais. Será devidamente apresentado no tópico III) Justificativa. (<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>).

<sup>34</sup> Reconhece e assegura o exercício da competência concorrente dos governos estaduais, distrital e suplementar dos municípios para, no exercício de suas atribuições e dentro de seus territórios, para adotar medidas restritivas durante a pandemia, sem que isso fira a competência geral da União (<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>).



#### e. **HIPÓTESE:**

Uma vez verificada a lacuna contida no artigo 23, a primeira hipótese levantada – considerando-se os argumentos constitucionais, o debate assistido dos governadores e em alguns artigos publicados sobre o tema “crise do federalismo”<sup>35</sup> – é que o STF possui jurisprudência consolidada quando as partes do conflito forem a União e qualquer outro ente, será concedida preferência à União em analogia aos parágrafos do artigo 24 com nos casos cuja discussão seja a competência material comum<sup>36</sup>.

Cogita-se também, derivando dessa última, que essa jurisprudência poderia apresentar-se em transição no período compreendido entre fim de 2019 e primeiro semestre de 2020, a fim de fazer valer a autonomia dos demais entes federados sobre a União.

Supõe-se que os conflitos ocorram somente entre entes federativos (União e estados, ou estados e municípios), diante do que pôde ser observado da crise dos governadores com o presidente no começo do ano de 2020, nos quais os governadores queriam restringir o máximo possível o conceito de *serviços públicos essenciais*, enquanto a União queria ampliá-lo.

Por fim, que os ministros debaterão e instituirão em seus votos uma interpretação contundente nos casos concretos, diferenciando os artigos 23 e 24 e tratando da possibilidade deles se confundirem materialmente (isto é, pelo seu conteúdo) ou formalmente. Isso pelo fato do artigo 23 ser relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro (adveio junto com a CF/88) e pela literatura sobre ele ser escassa, provavelmente os ministros atribuíram interpretações e o definiram dentro dos acórdãos.

---

<sup>35</sup> PEIXINHO, Manoel Messias; LIMA, Natalia Costa Polastri. O conflito de competência em tempos de coronavírus: entre um federalismo que está nu e um constitucionalismo pragmático. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/327096/o-conflito-de-competencia-em-tempos-de-coronavirus--entre-um-federalismo-que-esta-nu-e-um-constitucionalismo-pragmatico>. Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>36</sup> Hipótese essa tirada tanto da análise histórica feita no tópico anterior quanto do conceito de analogia retirada do texto do professor Tércio Sampaio Ferraz Jr. e de Norberto Bobbio.

## **METODOLOGIA:**

### **a. SELEÇÃO DOS ACÓRDÃOS:**

O presente trabalho se propõe a investigar como o Supremo Tribunal Federal interpreta as denominadas “competências comuns”, explicitadas no artigo 23 da Carta Constitucional quando há conflito entre os entes federativos<sup>37</sup>.

Entende-se que o artigo 23 possui uma lacuna, pois não explicita, ou oferece diretrizes sobre *como* esses conflitos podem ser resolvidos ou quais são os parâmetros que devem ser seguidos pelos entes federativos para atuar. Por exemplo, o artigo 24 da CF/88 possui 4 (quatro) parágrafos que funcionam como *parâmetros* de ação, ditando regras sobre o funcionamento daquela competência:

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

O artigo 23, por sua vez, apresenta somente incisos taxativos sobre quais matérias os entes poderão agir – sem trazer em seu corpo regras sobre o funcionamento e organização dessa competência em caso de conflito.

A razão pela qual esse artigo foi escolhido como objeto de estudo desta pesquisa foi o fato de este ser o *único* dos artigos constitucionais, em matéria

---

<sup>37</sup> Foi a própria pesquisa que levantou a questão sobre haver conflitos *entre poderes dentro de um mesmo ente federativo e dentro de um mesmo poder*, desta maneira, já se configura como achado de pesquisa descobrir que o artigo 23 também incide sobre esses tipos de conflito, não somente o que foi sugerido na hipótese (União *versus* estados, União *versus* municípios ou estados *versus* municípios).

de competência, que *nivela* os entes federativos (União, estados, municípios e DF) sem estabelecer expressa priorização entre eles. Isto é, o exercício das competências materiais previstas no artigo 23 não fomenta a hierarquização entre os entes federativos.

Uma vez que a pergunta de pesquisa está delimitada à jurisprudência do STF, todo o material colhido para a análise foi extraído da base de dados disponível no site do próprio Supremo<sup>38</sup> através de “chaves de pesquisa”, as quais serão apresentadas mais a frente. O objetivo da pesquisa é buscar compreender o entendimento do Tribunal, enquanto corte colegiada, de modo que o material extraído do site consistiu em **acórdãos**, excluindo-se, portanto, todas as decisões monocráticas.

Os critérios adotados para a seleção dos acórdãos foram: (i) a menção expressa ao artigo 23 da Constituição; e (ii) a presença, no teor do acórdão, de discussão acerca do conteúdo do referido artigo. Essa última verificação relacionada às discussões sobre o artigo 23 foi feita com base em leitura preliminar do material. Não se adotou nenhum recorte temporal específico.

A classe processual escolhida para a seleção de acórdãos foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), pois trata-se de uma ação cuja principal finalidade é:

“desfazer os efeitos normativos (...) de lei ou ato (...) aí faz coisa julgada material, que vincula as autoridades aplicadoras da lei, que não poderão mais dar-lhe execução sob pena de arrostar a eficácia da coisa julgada, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade em tese visa (...) o efeito imediato de retirar a aplicabilidade da lei”<sup>39</sup>

Ademais, é o tipo de ação em que o STF é tribunal originário, pode-se impugnar lei ou ato normativo federal ou estadual, possui efeito *erga omnes*

---

<sup>38</sup> <http://portal.stf.jus.br/> > Acesso em 10.08.2020.

<sup>39</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. P. 56 e 57.

e é vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta ou indireta nas esferas federal, estadual ou municipal<sup>40</sup>.

Essas características em específico possibilitam analisar no trabalho: (i) um caso de conflito de competência sem resquícios de outros tribunais pelo fato dele ser originário; (ii) permite que o tribunal crie conceitos ou parâmetros de aplicabilidade para o art. 23 e/ou métodos diferenciadores desse artigo em relação ao art. 24, isso possui efeito vinculante frente aos outros tribunais; (iii) e possui efeito *erga omnes*, isto é, é inquestionável e torna a norma inaplicável por qualquer outro indivíduo ou poder.

Para o presente trabalho, também deve-se estabelecer que:

a. **Inconstitucionalidade formal** é quando as normas impugnadas são feitas por autoridades incompetentes ou em desacordo com as formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Constituição<sup>41</sup>

b. **Inconstitucionalidade material** é quando as normas impugnadas tiverem seu conteúdo contrário a preceitos ou princípios constitucionais<sup>42</sup>

E a análise de um conjunto de processos dessa natureza possibilita analisar a competência comum à luz do federalismo centrífugo brasileiro.

Todos os acórdãos que fugiram destes critérios foram excluídos do universo de análise, por não envolverem o ponto central desta pesquisa.

Foi dada preferência para acórdãos que representassem o julgamento final da matéria, pois estes, em tese, constituem a última posição do STF em um determinado caso. Acórdãos que decidem a matéria de forma cautelar

---

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. P. 56 e 57.

<sup>41</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. P. 49.

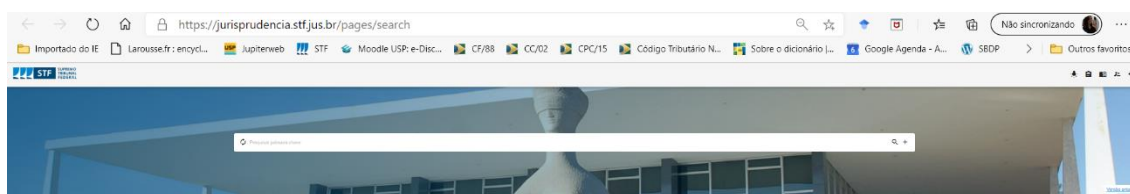
<sup>42</sup> *Ibidem*.

foram incluídos somente quando: (i) o acórdão final ainda não está disponível ao público; ou (ii) ainda não houve julgamento final do caso.

Para selecionar os acórdãos a serem analisados, clicou-se, inicialmente, no botão “jurisprudência” (disponível na parte branca superior do site) e, em seguida, no atalho “pesquisa”, conforme a imagem abaixo:



O caminho feito guiou diretamente para a seguinte barra de pesquisa<sup>43</sup>:

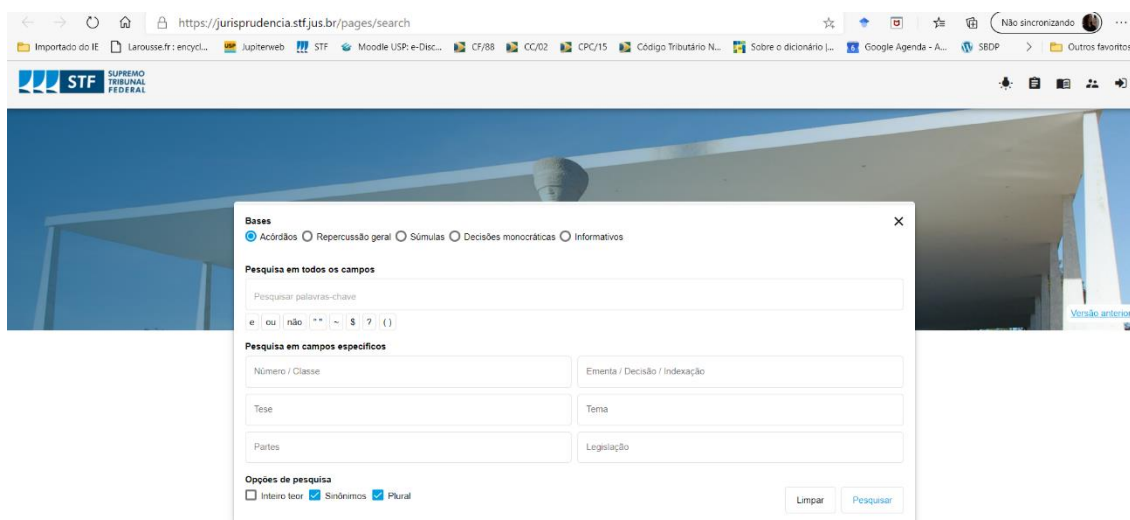


Em seguida, pressionou-se o botão “+” na lateral direita da barra, para adentrar a pesquisa avançada, a qual apresenta o *layout* abaixo:

---

<sup>43</sup> Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> > Acesso em 10.08.2020.

Os espaços correspondentes da pesquisa avançada foram preenchidos com as seguintes chaves de pesquisa:



The image shows a screenshot of the STF search interface. The browser address bar displays 'https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search'. The page header includes the STF logo and the text 'SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL'. A search form is overlaid on the page, featuring the following elements:

- Bases:** Radio buttons for 'Acórdãos' (selected), 'Repercussão geral', 'Súmulas', 'Decisões monocráticas', and 'Informativos'.
- Pesquisa em todos os campos:** A text input field for 'Pesquisar palavras-chave' containing the text 'e | ou | não | \* | ~ | \$ | ? | ()'.
- Pesquisa em campos específicos:** Six input fields for 'Número / Classe', 'Ementa / Decisão / Indexação', 'Tese', 'Tema', 'Partes', and 'Legislação'.
- Opções de pesquisa:** Checkboxes for 'Inteiro teor', 'Sinônimos', and 'Plural'.
- Buttons for 'Limpar' and 'Pesquisar'.

- Pesquisa 1 (avançada): Bases: Acórdãos | palavras-chave: FEDERALISMO COOPERATIVO E COMPETENCIA | Número/Classe: ADI| Legislação: CF 1988 artigo 23. **Foram encontrados 20 resultados.**

- Pesquisa 2 (avançada): Bases: Acórdãos | palavras-chave: FEDERALISMO E ESTADOS E UNIÃO E COMPETENCIA\$ | Número/Classe: ADI| Legislação: CF 1988 artigo 23. **Foram encontrados 46 resultados.**

- Pesquisa 3 (avançada): Bases: Acórdãos | palavras-chave:<sup>44</sup> | Ementa/ Decisão/ Indexação: "FEDERALISMO" E "COMPETÊNCIA" | Número/Classe: ADI| Legislação: CF 1988 - artigo 23. **Foram encontrados 43 resultados.**

- Pesquisa 4 (avançada): Bases: Acórdãos | palavras-chave:<sup>45</sup> | Ementa/ Decisão/ Indexação: "FEDERALISMO" E "AUTONOMIA" | Número/Classe: ADI| Legislação: CF 1988 artigo 23. **Foram encontrados 21 resultados.**

---

<sup>44</sup> Nessa pesquisa, não foi utilizada palavra-chave específica, apenas preencheu-se a indexação.

<sup>45</sup> *Ibidem.*

• Pesquisa 5 (avançada): Bases: Acórdãos | palavras-chave: "competência comum" ou "competências comuns" | Número/Classe: ADI | Legislação: CF 1988 artigo 23. **Foram encontrados 29 resultados.**

Todos os resultados foram confrontados em tabelas para que as repetições fossem eliminadas. Ao final, a quantidade total obtida foi de **64 acórdãos**<sup>46</sup>. O próximo passo foi a filtragem do espaço amostral obtido, para se chegar ao universo de análise definitivo a partir da "leitura dinâmica" do conteúdo dos acórdãos. Ou seja, foi feita uma leitura rápida de todos os acórdãos para identificar aqueles que de alguma forma abordassem, discutissem e/ou mencionassem o artigo 23, da Constituição – como já referido acima.

O método da leitura dinâmica foi escolhido a partir da leitura prévia de alguns acórdãos menores, pois nem todos os acórdãos colhidos nesse banco de dados, sob as chaves de pesquisa apontadas, citavam o artigo 23. Portanto, somente após a leitura dinâmica, foi efetivamente possível filtrar o assunto "artigo 23" (objeto da pergunta de pesquisa). Todos os acórdãos que não mencionavam o artigo foram considerados falhos e eliminados. No total, 19 acórdãos<sup>47</sup> foram eliminados por esse critério. Como já referido, repetições apresentadas nas chaves de pesquisa também foram eliminadas<sup>48</sup>, de modo que restaram **43 acórdãos** a compor o universo de análise, quais sejam:

---

<sup>46</sup> ADI - MC- REF 4638, ADI 1842, ADI 4792, ADI 5356, ADI - MS 5253, ADI - MS 3835, ADI 4861, ADI - MS 3735, ADI 750, ADI 2030, ADI 3937, ADI 3470, ADI 3356, ADI 3357, ADI 5472, ADI 4348, ADI 5646, ADI 5171, ADI 2077, ADI 5857, ADI 2996, ADI 3183, ADI 2995, ADI - MC 4167, ADI 2340, ADI 4060, ADI 2905, ADI 2663, ADI 5575, ADI 5312, ADI 5725, ADI 4633, ADI 4019, ADI 4606, ADI 5610, ADI 4338, ADI 2752, ADI 5833, ADI 5572, ADI 5873, ADI 5830, ADI 5121, ADI 3499, ADI - MC 6129, ADI 4615, ADI 5568, ADI 6233, ADI 4735, ADI 6204, ADI 4409, ADI 6094, ADI 1374, ADI - MC 1991, ADI 2381, ADI - MC 2544, ADI 1991, ADI 2544, ADI 3525, ADI 2875, ADI 3469, ADI 3165, ADI 4066, ADI 2905, ADI 4573.

<sup>47</sup> ADI 4792, ADI 750, ADI 5472, ADI 5646, ADI 5171, ADI 2996, ADI 2995, ADI - MC 4167, ADI 2663, ADI 5575, ADI 5725, ADI 4633, ADI 4019, ADI 5610, ADI 4336, ADI 5830, ADI 5121, ADI 4735, ADI 1374.

<sup>48</sup> Os seguintes julgados constavam como resultados repetidos: ADI-MC 1991, ADI-MC 2544. As ADI-MC-REF, ADI-MS e ADI-MC (não repetidas) foram mantidas pois foram percebidas como referências em outros acórdãos, também se referem ao artigo 23.

ADI-MC-REF 4638, ADI 1842, ADI 5356, ADI-MS 5253, ADI-MS 3835, ADI 4861, ADI-MS 3735, ADI 2030, ADI 3937, ADI 3470, ADI 3356, ADI 3357, ADI 4348, ADI 2077, ADI 5857, ADI 3183, ADI 2340, ADI 4060, ADI 2905, ADI 5312, ADI 4606, ADI 2752, ADI 5833, ADI 5572, ADI 5873, ADI 3499, ADI-MC 6129, ADI 4615, ADI 5568, ADI 6233, ADI 6204, ADI 4409, ADI 6094, ADI 2381, ADI 1991, ADI 2544, ADI 3525, ADI 2875, ADI 3469, ADI 3165, ADI 4066, ADI 2905, ADI 4573.

**b. MÉTODO DE ANÁLISE E DADOS COLETADOS:**

A análise dos acórdãos foi algo gradativo porque no início do trabalho as sub perguntas ainda estavam sendo produzidas e aprimoradas, então, a pesquisa foi dividida em três etapas: i) colhimento de dados resultantes da leitura dinâmica e organização da leitura; ii) leitura detalhada e fichamento dos casos; e iii) análise dos resultados.

A primeira etapa do trabalho permitiu a organização dos dados em uma tabela, com o intuito de facilitar a leitura analítica da etapa seguinte. A tabela foi preenchida da seguinte forma:

CLASSE PROCESSUAL	Nº DO ACÓRDÃO	DATA DE JULGAMENTO	QTD. DE PÁGINAS	INC. DO ART. 23	OBS	RELATOR	RELATOR DO ACÓRDÃO
-------------------	---------------	--------------------	-----------------	-----------------	-----	---------	--------------------

1. Classe processual: embora todos os processos fossem ADIs tinha o fator de algumas serem Medidas Cautelares, que o sítio do STF classifica como "ADI-MC" ou como "ADI-MC-REF"<sup>49</sup>. Portanto, houve três classificações nessa coluna: ADI, ADI-MC e ADI-MC-REF.

---

<sup>49</sup> "ADI-MC-REF" significa "Referendo de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade".



2. Nº do Acórdão: este serviu principalmente como norteador para identificar se, ao citar precedentes, eles faziam parte do grupo de acórdãos selecionados ou não. Tornava a identificação dinâmica.

3. Data do Julgamento: estipulou a ordem cronológica dos julgados

4. Quantidade de páginas: orientou a ordem da leitura dos acórdãos desde o princípio pois os menores acórdãos permitiram o contato com a matéria e isso facilitou criar as sub perguntas.

5. Incisos do art. 23: esta coluna foi criada na fase da "leitura dinâmica" e serviu para orientar os acórdãos que deveriam ser excluídos, ou não, do espaço amostral definitivo de análise.

6. OBS: este serviu para eventuais anotações sobre as ementas ou repetições de argumentos dos ministros em diferentes acórdãos

7. Relator: serviu para categorizar e anotar quem era o relator do caso.

8. Relator do Acórdão: serviu para complementar aqueles acórdãos no qual houve voto divergente e este fora o vencedor naquele caso específico.

A segunda etapa do trabalho foi essencial pois foi o momento em que as sub perguntas se desenvolveram e consolidaram o direcionamento do trabalho. As sub perguntas planejadas foram:

1. *Em qual grupo esse acórdão se encontra?*<sup>50</sup>
  - a.** *Grupo 1: Conflito de poderes dentro do mesmo ente federativo*
  - b.** *Grupo 2: Conflito de poderes entre diferentes entes federativos*
  - c.** *Grupo 3: Conflito interno a um poder*

---

<sup>50</sup> Esta pergunta foi desenvolvida em decorrência do padrão entre os tipos de atores que aparecem nos conflitos. A princípio, esperava-se que houvesse somente conflito *entre entes*, porém, foi recorrente um conflito entre *poderes dentro do mesmo ente* - informação esta que passou a ser colhida para melhor desenvolvimento do trabalho.

2. *Quais os atores envolvidos*<sup>51</sup>?
3. *Houve unanimidade*<sup>52</sup>?
  - a. *Sim*
    - i. *Houve algum voto além do voto do relator?*
      - *Sim*
      - *Não*
    - ii. *Se houve outro voto além do ministro-relator, a fundamentação era convergente, no que tange o artigo 23 da Constituição?*
      - *Sim*
      - *Não*
  - b. *Não*
    - i. *Houve maioria numérica simples*<sup>53</sup>?
      - *Os votos divergem no que tange o artigo 23?*
        - a. *Sim*
          - i. *Qual é a divergência?*
        - b. *Não*
    - ii. *Houve maioria numérica absoluta*<sup>54</sup>?
      - *Os votos divergem no que tange o artigo 23?*
        - a. *Sim*
          - i. *Qual é a divergência?*
        - b. *Não*
4. *O artigo 23 foi decisivo/importante para o julgamento de PROCEDÊNCIA ou IMPROCEDÊNCIA*<sup>55</sup>?

---

<sup>51</sup> Quando me refiro a “atores envolvidos”, busco trazer quem são os respectivos *requerente* e *requerido*. A ideia é fazer um levantamento de todos os atores e buscar algum que apareça com maior frequência.

<sup>52</sup> O universo definitivo de acórdãos apresentou vários acórdãos considerados “pequenos” (isto é, acórdãos de 10 a 40 páginas) e o principal motivo disso foi uma quantidade razoável de acórdãos com apenas o voto do relator que venceu por unanimidade de votos.

<sup>53</sup> Entende-se por *maioria numérica simples* aquela na qual há a procedência ou improcedência por 6 votos a 5.

<sup>54</sup> Entende-se por *maioria numérica absoluta* aquela na qual há procedência ou improcedência a partir de 7 votos a 4.

<sup>55</sup> Esta pergunta é considerada “chave” pois indica se o acórdão entra para o rol de análise ou não. Em alguns acórdãos houve a *citação/menção* do artigo 23 de forma completamente deslocada do caso ou como menção do ministro a determinada folha do processo, mas sem qualquer relevância para o resultado de procedência ou improcedência da ação. Considerando o artigo 23 como objeto principal de pesquisa, a ausência de qualquer discussão a respeito do artigo faz o acórdão perder a relevância para a pesquisa.

5. *Tem critério para imputar o assunto do caso como competência material<sup>56</sup> ou para imputá-lo como competência legislativa<sup>57</sup>?*
  - a. *É possível identificar se o tribunal estabelece um limite entre essas competências?<sup>58</sup>*
6. *Discute-se o "interesse local"<sup>59</sup>?*
  - a. *Em qual contexto ele aparece?*
  - b. *Eles o definem?*
    - i. *Sim*
      - *Como?*
    - ii. *Não*
  - c. *Esse conceito aparece com maior frequência em algum conflito específico? Isto é, envolvendo atores específicos?*
7. *No método de decisão houve alguma analogia com o art. 24<sup>60</sup>?*

Quanto ao fichamento dos acórdãos, consistiam em: contextualizar o tema a partir da inserção da ementa; responder às sub perguntas elaboradas; selecionar trechos dos acórdãos que justificavam essas respostas; e fazer anotações extras.

### c. UNIVERSO FINAL DE ANÁLISE:

Ao longo da releitura aprofunda dos acórdãos, na terceira etapa de fichamento, notou-se que a leitura dinâmica não foi suficiente para retirar todos os acórdãos que não discutiam o artigo 23. Ao longo da releitura, **24**

---

<sup>56</sup> Entende-se o "artigo 23 da Constituição" como sinônimo de "competência material", pois as demais competências previstas são do âmbito legislativo (art. 22, 24, 25 §1º e 30).

<sup>57</sup> O intuito da pergunta é descobrir se o STF tem um critério objetivo para diferenciar, ou não, uma competência material de uma competência legislativa.

<sup>58</sup> A ideia primordial dessa pergunta é tentar identificar se o STF tem um entendimento consolidado a respeito do que é o artigo 23, pois, em alguns acórdãos, foi identificado uma *confusão* entre os artigos 23 (competências **comuns** entre os entes) e artigo 24 (competências **concorrentes** entre os entes).

<sup>59</sup> Em acórdãos específicos surgiu a discussão a respeito do que seria interesse local para que um ente menor da federação pudesse atuar em matéria de competência material e, portanto, ele não deveria se subordinar a outro. A relevância dessa pergunta está no impacto prático que a delimitação do interesse local, e sua devida conceituação, provocará nos entes da federação.

<sup>60</sup> Como fora dito anteriormente, o artigo 23 não expressa hierarquização entre os entes da federação e sustenta uma lacuna no que tange a resolução dos conflitos de competência entre os entes, portanto, uma possibilidade de resolução deste feito é a analogia com os parágrafos do artigo 24, os quais sobrepõem a União aos demais entes mediante estipulação de normas gerais.

**acórdãos foram descartados** por responderem “**NÃO**” à 4ª pergunta do formulário (se o artigo 23 foi decisivo para a procedência ou improcedência da ação) e, quando a resposta era negativa, o acórdão era taxado com o seguinte selo no fichamento:

**“ADI DESCARTADA – NÃO ABORDA O  
23/COMPETÊNCIAS COMUNS (o art. 23 não é decisivo  
para o caso)”**

Segue a lista dos acórdãos descartados ao longo do fichamento: ADI - MC 2381; ADI - MC 6129; ADI - MS 3735; ADI - MS 3835; ADI - MS 5253; ADI 2030; ADI 2340; ADI 2905; ADI 3183; ADI 3356; ADI 3357; ADI 3470; ADI 4348; ADI 4409; ADI 4615; ADI 4861; ADI 5312; ADI 5356; ADI 5568; ADI 5572; ADI 5833; ADI 5857; ADI 6094; ADI 6204.

Os acórdãos a serem analisados na presente pesquisa são: ADI - MC - REF 4638; ADI 1842; ADI 1991; ADI 2077; ADI 2095; ADI 2544; ADI 2752; ADI 2875; ADI 3165; ADI 3169; ADI 3499; ADI 3525; ADI 3937; ADI 4060; ADI 4066; ADI 4573; ADI 4606; ADI 5873; ADI 6233.

## **RESULTADOS DE PESQUISA:**

### **a. QUANTITATIVOS:**

A pesquisa baseou-se nos **19** acórdãos restantes, que foram agrupados de acordo com a primeira questão levantada no relatório das sub perguntas:

**Questão 1:** Relativo a qual grupo de conflito este acórdão pertence?

Contrariando as expectativas, e até mesmo uma das hipóteses, predominou o **GRUPO 1: CONFLITO DE PODERES DENTRO DO MESMO ENTE FEDERATIVO**, cujo agrupamento revelou a presença de **11** acórdãos. No **GRUPO 2: CONFLITO DE PODERES ENTRE DIFERENTES ENTES FEDERATIVOS** foram agrupados **7** acórdãos e no **GRUPO 3: CONFLITO DENTRO DO MESMO PODER** foi encontrado **1**.

A resposta à questão 1 foi surpreendente pois, inicialmente, supunha-se que os conflitos a serem encontrados seriam **somente** entre entes federativos, por causa de todo o debate sobre a autonomia dos entes menores frente a União, também pelo histórico brasileiro de centralização política e – nos casos julgados em 2020 – por causa do cenário pandêmico da COVID-19 que ocasionou o conflito entre governadores e Presidente da República. Portanto, mostrar que a maior incidência de conflitos, na verdade, é **interna** a um ente federativo era algo inesperado.

Dentro do Grupo 1, todos os conflitos encontrados eram internos aos Estados-membros e o requerente sempre era o Governador do Estado e o requerido era a respectiva Assembleia Legislativa. As alegações dos conflitos que compuseram esse grupo envolviam, majoritariamente: usurpação de competências legislativas da União.

Também não é ignorável o Grupo 3, outro achado de pesquisa importante e surpreendente. O Grupo em questão abarcou um conflito interno à esfera do Poder Judiciário em si, envolvendo o Conselho Nacional de Justiça e suas competências correccionais, este acórdão será mais aprofundado no capítulo ADI-MC-RF 4638 – ACÓRDÃO SUI GENERIS.

**Questão 2:** Quais os atores envolvidos? (Relativo a qual lugar movimentou a maior quantidade de processos)

Em relação a qual a predominância de cenário dessas ADIs, os estados que mais ajuizaram ações dentro dessa temática foram **Santa Catarina**<sup>61</sup>, **São Paulo**<sup>62</sup> e **Distrito Federal (enquanto ente político autônomo)**<sup>63</sup> com 3 acórdãos cada Estado-membro; **Bahia**<sup>64</sup>, **Rio de Janeiro**<sup>65</sup>, **Rio Grande do Sul**<sup>66</sup> e **DF (esfera de incidência da União)**<sup>67</sup>, foram 2

---

<sup>61</sup> ADI 5873 ; ADI 4573 ; ADI 4060.

<sup>62</sup> ADI 3169 ; ADI 3165 ; ADI 3937.

<sup>63</sup> ADI 1991 ; ADI 2875 ; ADI 2752.

<sup>64</sup> ADI 4606 ; ADI 2077.

<sup>65</sup> ADI 6233 ; ADI 1842.

<sup>66</sup> ADI 2544 ; ADI 2095.

<sup>67</sup> ADI – MC – REF 4638 ; ADI 4066.

acórdãos cada membro; **Espírito Santo**<sup>68</sup> e **Mato Grosso**<sup>69</sup> possuem, respectivamente, 1 acórdão cada estado membro.

Essa pergunta não foi feita para tentar comprovar uma tese, ela foi feita na intenção de *investigar* em quais lugares haveria maior incidência, portanto, foi um dado colhido no intuito de compor um levantamento estatístico.

As questões 3 (se houve unanimidade na corte), 5 (se há critério para imputar a matéria como competência material ou legislativa) e 6 (se há discussão sobre interesse local) serão respondidas ao **longo** dos capítulos com a apresentação dos resultados qualitativos, pois envolvem o critério para o agrupamento de acórdãos ou se encontram difusos nos diversos capítulos de apresentação dos resultados qualitativos.

**Questão 7:** o método resolutivo fez alguma analogia com o art. 24?

Absolutamente nenhum acórdão, ao decidir em matéria de artigo 23 estabeleceu qualquer tipo de analogia com os parágrafos do artigo 24. Esperava-se o uso do método analógico entre os artigos de competência pois ambos os artigos atingem a todos os entes federativos.

## **b. QUALITATIVOS:**

A seguir, todos os acórdãos analisados serão apresentados ou por aproximação temática ou por alguma característica específica de *fundamentação*. Todos os capítulos serão dispostos da seguinte maneira:

- i. Título
- ii. Quais acórdãos foram agrupados, qual a data de julgamento e a qual grupo pertencem (relativo a sub pergunta 1)
- iii. Qual a razão que os integrou naquele capítulo
- iv. Apresentação de cada acórdão individualmente (o critério de aparecimento é cronológico crescente, isto é, se começará pelo acórdão mais antigo do respectivo grupo até o mais recente)

---

<sup>68</sup> ADI 3499.

<sup>69</sup> ADI 3525.

## I. SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS:

Este capítulo foi composto pela união temática dos acórdãos, os quais têm por discussão a proteção de sítios arqueológicos, bem como seu acervo.

Foram identificados 2 acórdãos desta temática:

(i) a **ADI 2544**, julgada em 28/06/2006, pertencente ao Grupo 1: Conflito de poderes dentro do mesmo ente federativo; e

(ii) a **ADI 3525**, julgada em 30/08/2007, pertencente ao Grupo 2: Conflito de poderes entre diferentes entes federativos.

Ambos não discutiram se haveria a possibilidade de a matéria ser competência legislativa ou material, isso já estava presente nas ementas e a leitura aprofundada de ambas apenas confirmou esse dado.

### i. **ADI 2544:**

Esta ADI discute a competência comum em face dos sítios arqueológicos. A norma impugnada consiste na tentativa de o Estado do Rio Grande do Sul *delegar somente aos municípios* (em que se encontra o respectivo sítio) a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, através da Lei 11.380/99 (a qual foi declarada inconstitucional). Há apenas dois votos escritos: do relator Sepúlveda Pertence e do ministro Marco Aurélio, sendo que o último foi voto vencido.

A questão posta em debate é se o território físico, localizado dentro do território municipal, deveria ser preservado e protegido *exclusivamente* pelo município. A discussão adentrou a temática do artigo 23 da CF/88, pois seu inciso III afirma que também é competência **comum** a todos os entes da federação a proteção de sítios arqueológicos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos

Segundo o ministro Sepúlveda Pertence, relator do presente caso, o artigo de competência comum e seu respectivo inciso taxativo "*substantivam incumbência e responsabilidade, assim, de natureza qualificadamente irrenunciável*"<sup>70</sup>. Isto é, a **competência comum** apresentada no artigo 23 da Constituição Federal é **indelegável, intransferível e irrenunciável** dentro dos conteúdos taxados em seus incisos<sup>71</sup>, de modo que todos os entes detêm responsabilidade. A terminologia utilizada pelo tribunal para expressar isso foi **condomínio de responsabilidade** entre os entes.

De todos os acórdãos lidos, esse foi o único que trouxe em palavras claras e certas a respeito do parágrafo único do artigo 23: as normas de cooperação que podem vir a serem editadas pela União entre quaisquer entes federativos **não excluem a responsabilidade de qualquer outro ente federativo em cumprir aquela competência material**.

Por exemplo, se a União instituir uma lei complementar promovendo uma cooperação entre o estado do Rio Grande do Sul e um município específico, no intuito de promover uma melhoria da preservação de um sítio arqueológico, ela própria [União] não se isenta da responsabilidade em contribuir e colaborar com esse cuidado ao promulgar a Lei complementar, isto é, ela não tem o poder de **delegar** sua competência através de uma lei complementar em matéria de competência comum, porque seria uma forma de isentar-se da responsabilidade que lhe fora atribuída pela CF/88.

---

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2544, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Rio Grande do Sul, RS, 26 jun. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391370>. Acesso em: 19 nov. 2020. P. 9.

<sup>71</sup> "de qualquer modo, regular a cooperação não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os municípios" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2544, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Rio Grande do Sul, RS, 26 jun. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391370>. Acesso em: 19 nov. 2020. P. 9).



A respeito do lado *prático* do artigo 23, o ministro-relator fixa uma ressalva sobre como a ação *comum* – concomitante, simultânea – dos entes:

a inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum **não** impõe que *cada* tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações **simultâneas** das três entidades federativas (grifos próprios)<sup>72</sup>

Significa que o artigo 23 permite que a atuação de todos os entes pode ser simultânea, porém, não precisa ser dentro da mesma esfera prática de atuação. Os entes não precisam exercer exatamente as mesmas atividades no exercício da competência comum.

Além disso, o ministro Carlos Britto pontua que essa tentativa de transferência de competência por parte do Estado do Rio Grande do Sul “*usurpou a função legislativa do próprio município, se entendermos que o artigo 29<sup>73</sup>, I e II<sup>74</sup>, também confere ao município competência legislativa para cuidar, exatamente, de assuntos de interesse local*”<sup>75</sup> (somado ao inc. IX do mesmo artigo<sup>76</sup>) por ato próprio, não por imposição.

O voto divergente do ministro Marco Aurélio apresentou um entendimento semelhante ao do tribunal ao adotar a interpretação do **condomínio de responsabilidade**, porém, entendeu que não seria ideal simplesmente *revogar* a norma e declara-la inconstitucional. A divergência compreendeu que a manutenção da norma impugnada no ordenamento

---

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2544, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Rio Grande do Sul, RS, 26 jun. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391370>. Acesso em: 19 nov. 2020. P. 9.

<sup>73</sup> Houve um erro de menção ao artigo constitucional, ele se referia ao art. 30, que discute as competências legislativas exclusivas dos municípios.

<sup>74</sup> Constituição Federal, art. 10: “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (...)”.

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2544, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Rio Grande do Sul, RS, 26 jun. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391370>. Acesso em: 19 nov. 2020. P. 16.

<sup>76</sup> IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

jurídico mediante interpretação conforme a Constituição, dentro da ideia de **condomínio de responsabilidade** seria “*um verdadeiro condomínio na proteção desses sítios. Daí propor ao colegiado a interpretação conforme, não para fulminar-se.*”<sup>77</sup>. O tribunal entendeu como redundante a manutenção da norma impugnada.

Ao afirmarem que a proteção dos sítios arqueológicos<sup>78</sup> configura *condomínio de responsabilidade* de todos os entes federativos, entende-se que há *interesse* de todos na manutenção e proteção daquele território. Fica evidenciado no presente acórdão que *interesse local* não está restrito à uma delimitação física de lugar, mas na verdade ao valor abstrato que um determinado lugar ou que um determinado conjunto de objetos de um lugar têm para o País, e quando o assunto é de teor *cultural e social*, o interesse recai em **todos** os entes. Afirma o ministro:

Ora, conjugando esses artigos, só posso partir diante da norma para a interpretação que afaste a concepção de que haveria exclusividade, na proteção por parte dos municípios. No dispositivo atacado, não há menção ao vocábulo ‘exclusividade’, mas, de qualquer forma, peço vênias para divergir do colegiado (...) para acolher e dar interpretação conforme ao texto, ou seja, para assentar que a Constituição Federal encerra a responsabilidade dos municípios quanto aos sítios arqueológicos situados na respectiva área geográfica, sem excluir, no entanto, a proteção – repito: também atribuída aos municípios – da União, dos estados e do Distrito Federal (...)<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2544, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Rio Grande do Sul, RS, 26 jun. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391370>. Acesso em: 19 nov. 2020. P. 17.

<sup>78</sup> Segundo o IPHAN, sítios arqueológicos “é recorrentemente aferido como local em que se podem fazer pesquisas, recolhas ou observações de dados que se referem às relações entre a cultura material e as sociedades estabelecidas na longa duração.” CAMPOS, Luana Cristina da Silva Campos. Sítio Arqueológico. In: GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2018. (verbete). ISBN 978-85-7334-299-4.

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2544, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Rio Grande do Sul, RS, 26 jun. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391370>. Acesso em: 19 nov. 2020. P. 21.

A divergência do ministro Marco Aurélio consistiu em votar para que a norma fosse interpretada conforme a constituição, como uma maneira de encerrar a responsabilidade dos municípios dentro do território ou como se tentasse reiterar sua responsabilidade sobre o sítio arqueológico no respectivo terreno.

No que tange o artigo 23, o acórdão, em certa medida, explica melhor o que a competência comum significa no escopo prático de atuação dos entes federados, que todos podem atuar concomitantemente sobre determinada matéria sem necessariamente atuarem igualmente. Ademais, reiterou-se que o conflito aqui presente não é aquele sobre reivindicação da ação, mas sim sobre a *delegação* de uma competência constitucional, a qual não pode ocorrer por lei ordinária, conforme anseio demonstrado pelo estado.

O acórdão em si não preenche a lacuna contida no artigo 23 da Constituição sobre como um conflito entre entes federativos deve ser mediado, mais aparenta esclarece-lo quando traz que a competência comum trata de um condomínio de responsabilidades, a qual não exclui sequer a União. Aborda como os entes podem atuar em conjunto em prol de um interesse comum a todos.

## ii. **ADI 3525:**

O contexto da ADI 3525 envolve os arts. 2º, 5º, 9º, 11 e 12 da Lei Estadual n. 7.782/2002 [alguns dos artigos impugnados<sup>80</sup>] que

condicionam ao controle exercido por instituto estadual a coleta de fósseis e materiais arqueológicos, bem como sua

---

<sup>80</sup> Os demais artigos impugnados nesta ADI, que são o art. 251 da Constituição Estadual do Mato Grosso e os demais artigos previstos na Lei Estadual nº 7.782/2002, discutem o pertencimento do patrimônio científico-cultural (os sítios paleontológicos e arqueológicos localizados em Municípios do Estado de Mato Grosso) que o Estado-membro tentou trazer como pertencentes a si em detrimento dos artigos constitucionais 20, IX e X; 22, I, os quais tratam de direito de propriedade da União e competência legislativa exclusiva da União para legislar sobre patrimônio, respectivamente. Pelo fato desse assunto não integrar o âmago da presente pesquisa, ignorou-se o debate sobre patrimônio estabelecido pelo ministro-relator de modo a apenas considerar os artigos e trechos que relevassem as competências comuns, aí sim, auxiliando a apresentação dos resultados de pesquisa.

exploração socioeconômica e transporte nas áreas tratadas pela referida lei, excluindo, assim responsabilidade própria da União (CF, art. 23, III), a quem compete conceder permissão, por meio da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, para a realização de tais atividades em terra de domínio público ou privado<sup>81</sup>.

O único ministro que proferiu voto escrito na ADI 3525 foi o ministro-relator Gilmar Mendes, o qual aborda o conceito de competência comum à luz do jurista José Afonso da Silva:

(...) trata-se de competência material relativa à prestação de serviços da mesma natureza da competência prevista no art. 21, com a diferença de que esta é exclusiva da União enquanto aquela é comum dela, dos Estados, Distrito Federal e Municípios. 'Competência comum' significa que a prestação do serviço por uma entidade não exclui igual competência-dever, porque se trata de cumprir a função pública de prestação de serviços à população<sup>82</sup>.

É possível depreender do presente trecho citado pelo ministro-relator que o fato de um elemento presente em algum dos incisos do art. 23 estar também presente em outro artigo relativo a competências (no presente caso seria competência exclusiva da União), não é algo que exclui o encargo constitucional do respectivo ente federativo de atuar em determinada matéria, porque as competências não aparecem, segundo o trecho destacado do acórdão, **excludentes** entre si. Ou seja, a competência material do art. 23 convive com as demais repartições de competências da Constituição, sem que a eventual sobreposição de competência material e competência legislativa implique em exclusão de qualquer uma das competências.

---

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3525, Tribunal Pleno. Relator: Min Gilmar Mendes. Mato Grosso, MT, 26 jun. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491810>. Acesso em: nov. 2020. P. 7.

<sup>82</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição à Constituição*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 273/274 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3525, Tribunal Pleno. Relator: Min Gilmar Mendes. Mato Grosso, MT, 26 jun. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491810>. Acesso em: nov. 2020. P. 13.

Em relação à forma de interpretar o art. 23 (em face do contexto de proteção de bens de valor histórico, artístico e cultural, assim como as paisagens e sítios arqueológicos), o ministro Gilmar Mendes ampara-se na jurisprudência firmada pela ADI 2544, a qual vedou qualquer possibilidade de exclusão de entes em matéria de competência material à luz do art. 23, mesmo se fixadas normas de cooperação, por meio de leis complementares promulgadas pela União. Portanto, a lógica na presente ADI seguiu a mesma da ADI 2544 em **vedar** a exclusão da União em proteger e atuar em sítios arqueológicos sob lei ordinária.

## II. INTERESSE LOCAL:

O princípio norteador da repartição de competências constitucionais no Brasil é o da **predominância de interesse**, segundo a doutrina<sup>83</sup> e o próprio Supremo<sup>84</sup>, a qual é definida da seguinte maneira: à União é incumbida as matérias que sejam de interesse predominantemente geral, de âmbito nacional; aos estados recaem as matérias de interesse regional; e aos municípios, as matérias de interesse local. Isso norteou o constituinte originário ao redigir os artigos sobre competência e a aplicação prática dessa ideia é demasiada difícil, pois as categorizações acadêmicas nem sempre encontram um espaço de perfeita aplicação no caso concreto.

Em seu manual, José Afonso da Silva abordou o dificultoso discernimento sobre o que pode ser considerado interesse geral, regional ou local, ao afirmar:

muitas vezes, certos problemas não são de interesse rigorosamente nacional, por não afetarem a Nação como um

---

<sup>83</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. P. 482.

<sup>84</sup> Identifica-se explicitamente essa categorização em um trecho do voto do ministro Maurício Corrêa na ADI 1842. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 32.

todo, mas não são simplesmente particulares de um Estado, por abrangerem dois ou mais deles<sup>85</sup>.

Pelo fato de o artigo 23 da Constituição tratar de competência comum, surge o indagamento: em um conflito concreto sobre a atuação de um ente, como o Supremo Tribunal Federal decide os interesses que incidem sobre esse artigo? Dá-se preferência a algum tipo de interesse? Inclusive, na Nota de Rodapé 57, justifico minha sub pergunta sobre interesse local, tendo em vista os acórdãos que discutiam esse assunto.

Foram identificados 5 acórdãos que abordaram o **interesse** de forma aprofundada, que destrincharam seu conceito em face dos entes federativos e discutiram a respeito de sua **predominância**. Fora esses 4 acórdãos, os demais ou não abordam o assunto ou apenas o mencionam superficialmente<sup>86</sup>. Os acórdãos agrupados nesse capítulo são:

- (i) a **ADI 1842**, julgada em 06/03/2013, pertencente ao Grupo 2: Conflito de poderes entre diferentes entes federativos<sup>87</sup>;
- (ii) a **ADI 3937**, julgada em 24/08/2017, pertencente ao Grupo 2: Conflito de poderes entre diferentes entes federativos;
- (iii) a **ADI 2077**, julgada em 30/08/2019, pertencente ao Grupo 2: Conflito de poderes entre diferentes entes federativos<sup>88</sup>; e

---

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. P. 482.

<sup>86</sup> Nos demais acórdãos, ou não apareceu menção nenhuma ao *interesse local*, ou ele aparecia de forma genérica em orações do tipo "O princípio norteador da repartição de competências constitucionais é a predominância de interesses" (frase meramente ilustrativa, criada pela pesquisadora como forma de exemplificar as construções feitas pelos ministros sobre o tema do interesse local, na maioria dos acórdãos analisados).

<sup>87</sup> O requerente da ação é o PDT (partido democrático trabalhista) e os requeridos são, respectivamente, Governador e Assembleia do Estado do Rio de Janeiro. Pelo fato de os interesses vincularem o Estado e os municípios (pela criação da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e da Microrregião dos Lagos), foi considerado um conflito entre entes, então, está no grupo 2.

<sup>88</sup> O critério escolhido para alocá-lo na categoria 2 foi o fato de o caso tratar a respeito de conflito de competência entre estados e municípios, não necessariamente o requerente e o requerido.

(iv) a **ADI 2095**, julgada em 11/10/2019, pertencente ao Grupo 1: Conflito de poderes dentro do mesmo ente federativo.

Observa-se que, todos os acórdãos sobre a temática de saneamento básico encontram-se nesta seção. São eles: a ADI 1842, a ADI 2077 e a ADI 2095.

#### i. **ADI 1842:**

Esta ADI discute a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro.

Nota-se que, ambas as ações 1842 e 2544 se aproximam no aspecto em que discutem *usurpação de competências municipais pelo Estado-membro*. A diferença, no presente caso, é que ao invés de *transferir* uma competência estadual para o município, o estado (do Rio de Janeiro) quer tomá-la para si, gerando um conflito *positivo*.

Não se discutiu se a norma impugnada era competência material ou legislativa, a premissa estabelecida sobre a matéria é que era competência material<sup>89</sup>.

À luz do assunto de *saneamento básico*, aos ministros foi incumbida a tarefa de diferenciar o *interesse local* de cada município em sua individualidade, levando-se em consideração a autonomia de cada um, e do interesse de natureza comum (*“no caso de instituição das regiões*

---

<sup>89</sup> Afirmar que se considerou como “premissa que a matéria era competência material”, significa que a norma foi entendida como competência material comum sem uma análise prévia dos ministros, ponderando a hipótese de não ser. Não se discutiu se era competência material ou não – assumiu-se a competência material simplesmente.

*metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, §3º, da Constituição Federal*<sup>90</sup>), pois é de competência comum aos entes, segundo o art. 23, IX, da CF/88 promover a melhoria nas condições de saneamento básico:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; (...)

Houve divergência entre os ministros a respeito da interpretação da autonomia municipal no caso de o município integrar um desses aglomerados.

#### **Maurício Corrêa:**

Para o primeiro ministro-relator do caso, em 2004, Maurício Corrêa, os aglomerados originados a partir de lei complementar estadual, têm por finalidade delimitar uma área de serviços sociais unificados. Os municípios não são detentores de recursos suficientes para agirem de forma isolada, por exemplo, na melhora do serviço do saneamento básico, pois o custo é muito alto. Diante disso, a administração unificada desses serviços é interessante, pois se estende ao interesse tanto dos municípios aglomerados, quanto do Estado-membro em si. Em outros termos, segundo Maurício Corrêa, é um assunto de **interesse comum e regional**:

Como o interesse da sociedade, aliás direito público oponível contra o Estado, é de âmbito regional e não apenas local, a Constituição autorizou a instituição desses

---

<sup>90</sup> Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.



aglomerados, sempre por lei complementar pela relevância de que se revestem<sup>91</sup>.

Porém, o ministro afirma que, indubitavelmente, este mecanismo de centralização administrativa “*torna relativa a autonomia municipal nas matérias que a lei complementar julgou por bem transpor para o Estado*”<sup>92</sup>. Também pontua, com base no professor Geraldo Brindeiro<sup>93</sup>, que a Constituição não restringe uma autonomia originária dos municípios, mas sim, restringe uma autonomia já *condicionada* desde sua origem. Em outros termos, os municípios não seriam plenamente autônomos à luz dos próprios dispositivos constitucionais, pois, por vontade dos Estados-membros, mediante condições objetivas que justifiquem essa medida, eles podem ser agrupados por uma lei complementar estadual<sup>94</sup>.

O ministro Maurício Corrêa depreende que essa autonomia condicionada já indicaria a submissão às diretrizes metropolitanas que visem o bem comum para além das linhas territoriais municipais limítrofes, as quais deveriam ser fixadas pelos estados mediante participação ativa e conjunta com os próprios municípios<sup>95</sup>. Portanto, o interesse de cada município membro da aglomeração seria considerado como parte de um interesse superior, que se soma ao interesse regional Estado.

No entanto, afirma o ministro que é irrazoável pretender que, uma vez instituído esse agrupamento municipal, os municípios pudessem continuar exercendo isoladamente as competências que lhe foram atribuídas *a priori*. A autonomia seria restringida aos conglomerados em que pertencem,

---

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 25.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> Era o Procurador-Geral da República quando o ministro Maurício Corrêa era relator do presente caso.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 32.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

significando que qualquer ação tomada por um município deva ser analisada em âmbito *conjunto* e não *individual*, pois deve-se considerar o impacto que determinadas ações têm para além do limite físico de seu território<sup>96</sup>. Por este motivo, enfatiza a importância da participação dos municípios nas discussões sobre a matéria de saneamento básico (ou essas matérias que envolvam os interesses supracitados em momento de aglomeração de municípios), pois seria a atuação do espírito norteador da democracia.

A interpretação do ministro Maurício Corrêa a respeito da ação de controle sobre a política pública em contexto de competência comum consolida-se no viés do **compartilhamento** das ações entre os entes federativos. Entenda-se **compartilhamento**, nesse caso, como as ações que os municípios podem ter, estando *condicionados* à organização do Estado-membro. Também, pelo fato de estarem aglomerados, entende o ministro que o interesse próprio de um único município não se sustenta, deve-se sujeitá-lo ao entendimento comum dos municípios aglomerados. Nesse sentido, o ministro respalda-se em José Afonso da Silva<sup>97</sup> para ressaltar o compartilhamento das ações e, posteriormente, descaracterizá-lo factualmente, porque os municípios não poderiam se reger por conta própria, em cenário de aglomeração municipal:

As circunstâncias territoriais, típicas de municípios limítrofes, **transmudam** sua natureza, evidenciando-se a prevalência regional, em que o **interesse comum** de uma coletividade ou mais torna-se presente. Tais circunstâncias patenteiam-se quando os municípios (...) se estendem ao longo de todo o seu território, unindo-se à área urbana do município vizinho, fato típico das grandes cidades do Brasil, como Rio de Janeiro e Nova Iguaçu, Belo Horizonte e Contagem, São Paulo e Osasco, entre outras. Nessas situações, o interesse público muitas vezes prepondera,

---

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 26.

<sup>97</sup> "a titularidade dos serviços comuns não pode ser imputada a nenhuma das entidades em si, mas ao Estado e aos Municípios envolvidos" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 25 e 26).

***exigindo uma atuação conjunta, organizada, dirigida e planejada por terceira entidade***, no caso o estado, ao qual estão vinculados os municípios. Com relação, por exemplo, à política de uso do solo, é evidente que a forma como um dos municípios o utiliza afeta necessariamente o outro, não só no que se refere a aspectos geológicos e ecológicos, mas também na qualidade do ar e da água, entre outros<sup>98</sup>. (grifos próprios)

Esse trecho evidencia o motivo geográfico do impacto que a ação em um município pode ter sobre o outro e a importância, na perspectiva do ministro, de haver uma organização planejada por um terceiro que, no caso, seria o Estado-membro em que os municípios se localizam. Afirma que o artigo 25, §3º da Constituição Federal, nos assuntos concernentes a uma *função social*, isto é, que se relacione à organização, ao planejamento e à execução de políticas públicas de interesse comum, permite aos estados a criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, mediante lei complementar estadual. Prevê que *“os temas de interesses locais que tenham reflexos regionais são de competência compartilhada entre o estado e os municípios, exatamente pelas Regiões Metropolitanas ou Microrregiões.”*<sup>99</sup>

Por fim, o ministro entende que os municípios não podem exercer isoladamente competências que compõem uma comunidade superior de interesses. Por isso, o estado institui o agrupamento desses municípios mediante lei complementar e estabelece diretrizes metropolitanas a serem seguidas, as quais são elaboradas conjuntamente aos municípios. Uma vez fixadas essas diretrizes:

o estado assume a responsabilidade pela adequada prestação dos serviços metropolitanos, com a participação

---

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 30/31.

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 32.

ativa dos municípios enquanto membros dos Conselhos Deliberativos e co-autores do plano diretor<sup>100</sup>.

No intuito de sintetizar sua fundamentação, o ministro transcreve um excerto da doutrina de Caio Tácito:

A Lei complementar estadual, instituidora da região metropolitana, afirma a íntima correlação de interesses que, em benefício do princípio da continuidade, da produtividade e da eficiência, torna unitária e coordenada, em entidade própria, segundo a lei complementar, a gestão de serviços e atividades originariamente adstritos à administração local. A avocação estadual da matéria ordinariamente municipal não viola a autonomia do Município na medida em que se fundamenta em norma constitucional, ou seja, em norma de igual hierarquia. É a própria Constituição que, ao mesmo tempo, afirma e limita a autonomia municipal<sup>101</sup>.

As principais conclusões do ministro Maurício Corrêa abarcam: (i) o compartilhamento de ações entre os entes federativos (no presente caso, o estado e os municípios); (ii) a convicção de que as autonomias municipais são, de fato, **condicionadas** desde sua raiz constitucional (sendo a comprovação disso o art. 25, §3º, ao permitir a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões por lei complementar estadual); e (iii) embora seja uma ação conjunta dos entes, os municípios estão sujeitos às diretrizes coordenadas pelo estado.

---

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 26/27.

<sup>101</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 27.

### **Joaquim Barbosa:**

O voto-vista de Joaquim Barbosa reitera a visão sobre autonomia do ministro-relator Maurício Corrêa, aparando-se em Alaôr Caffé Alves<sup>102</sup>, e afirma que, em relação aos municípios, não se pode falar em autonomia originária que fora restringida, mas, sim, em uma autonomia condicionada desde sua origem. Apesar de reiterar a visão de Maurício Corrêa quanto à autonomia condicionada dos municípios, o ministro Barbosa **não** concorda que a instituição de uma região metropolitana restrinja a competência municipal. Para este ministro, em verdade, essa competência já estaria restrita pela própria CF/88. Afirma que a transferência "*direta ou oblíqua de competências tipicamente locais para o estado, em consequência da criação de uma região metropolitana, não é compatível com a ordem constitucional vigente*" – aliás, essa premissa é retirada de Alaôr Caffé Alves<sup>103</sup>.

Também apresenta outra divergência em relação a Maurício Corrêa: o ministro Joaquim Barbosa não compactua com a ideia de que a autonomia dos municípios deva ser restringida pelo fato de pertencer a um aglomerado. Para Barbosa, o condicionamento da autonomia municipal – o fato de ela não ser plena – já está previsto na Carta Constitucional:

Assim como não há um número fixo de competências municipais encoberto pelo princípio da autonomia - dadas as condições fáticas que podem transformar os interesses locais em interesses comuns -, não se pode afirmar que municípios metropolitanos possuem uma autonomia menos expressiva

---

<sup>102</sup> ALVES, Alaôr Caffé. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, ano 6, n. 21, p. 73, 2001.

<sup>103</sup> "A autonomia dos municípios metropolitanos, ao ser modificada quanto ao conteúdo ou matérias sobre as quais é exercida, não corresponde à idéia de que antes existia uma autonomia ampla e que, depois, com a criação da região metropolitana, da aglomeração urbana ou da microrregião, viesse a ser restringida, diminuindo-lhe o campo de atuação. Não é o que juridicamente ocorre, visto que se os municípios metropolitanos deixam de ter plena e exclusiva atuação sobre determinadas matérias, porque estas passam, pela exigência e natureza das coisas, a ser tratadas a nível regional, ganham, contudo, nova responsabilidade de caráter regional, pois terão que participar e decidir, em conjunto com outros entes político-administrativos, sobre a mesma matéria, agora em nível regional." (ALVES, Alaôr Caffé. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, ano 6, n. 21, p. 72, 2001).

que a daqueles não componentes de regiões metropolitanas<sup>104</sup>.

Entende que a instituição de uma região metropolitana não significa o atrofiamiento da autonomia **política** dos municípios integrantes em face do estado. Na verdade, entende que a *“titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa para a nova entidade público-territorial-administrativa [conselho diretor da região metropolitana e sua governança] (...) que nasce em consciência da criação da região metropolitana”*<sup>105</sup>.

Por outro lado, as funções normativas, diretivas e administrativas do novo ente **devem** ser compartilhados **com paridade entre os estados e os municípios envolvidos**<sup>106</sup>. Isto é, diferente do que compreendeu o ministro Maurício Corrêa, o estado não assume um papel de administrador geral por si, ele compõe, junto com os municípios, o Conselho deliberativo que, enquanto órgão terceiro, incidirá sobre a região metropolitana. Isso é expressivo na afirmação do ministro Joaquim Barbosa:

não é o estado o titular das competências referentes aos interesses locais, nem a criação de região metropolitana pode significar acréscimo de competências, a princípio atribuídas aos municípios. O estabelecimento de um Conselho Deliberativo indica que estados e municípios, em conjunto, devem dispor sobre a exploração dos serviços públicos<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 44.

<sup>105</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 46.

<sup>106</sup> Note-se que o ato de não restringir a atuação dos municípios e visar uma atuação conjunta e parceira com os estados é uma maneira de alocar a matéria de saneamento na esfera da competência material *comum*, não restrita a um único ente per si sob alocação da matéria em competência legislativa privativa – sem restrição de autonomia.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 48.

A diferença entre os votos está na forma de organização entre os municípios participantes desse aglomerado e o estado. Na perspectiva do ministro Corrêa, pelo fato de a autonomia dos municípios ser *condicionada*, ela está, de certo modo, **subordinada** ao estado – o qual sujeitará os municípios à uma coordenação. O ministro não vetou a participação dos municípios da formulação dessas diretrizes, mas entendeu que o órgão coordenador seria o estado.

O ministro Barbosa, por outro lado, compreendeu esta forma organizacional de forma diversa, pois compreendeu que um **órgão terceiro** – o qual nasce junto com os aglomerados de municípios – deverá exercer o papel de coordenador das diretrizes deliberativas, e não o estado. Dessa maneira, haveria a participação de todos os entes nesse órgão atuando de forma igualitária.

Talvez seja possível entender que o ministro Maurício Corrêa, através desse voto - como uma metonímia - compreendesse um federalismo norteado pelo ente maior, isto é, com a competência de gerenciar o ente menor. Enquanto o ministro Joaquim Barbosa vislumbraria uma função colaborativa entre os entes, alocando-os horizontalmente, no qual deve haver esse comitê **superior** composto por todos os entes.

### **Nelson Jobim:**

O voto do ministro Nelson Jobim afirma que a região metropolitana se restringe a um agrupamento relevante de municípios, que visa a execução de funções públicas, as quais, pela sua natureza, exigem a cooperação entre *municípios*<sup>108</sup>, pois o interesse inerente à uma região metropolitana é o **interesse metropolitano**. Entende que o papel do estado se restringe à criação das aglomerações urbanas – qualquer outra função lhe é vedada:

---

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&doCID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 76.

em outras palavras, a criação da região metropolitana, das aglomerações urbanas ou das microrregiões somente ocorrerá para 'integrar' a organização, o planejamento e a execução de funções de interesse comum. Fora desse limite, a legislação estadual seria inconstitucional<sup>109</sup>.

Na perspectiva do ministro, a autonomia dos municípios não é restringida pela instituição de Regiões Metropolitanas, convergindo pontualmente com o ministro Joaquim Barbosa. Contudo, nota-se que, logo no início do voto, o ministro Nelson Jobim apresenta uma **terceira** perspectiva, diferente dos colegas anteriores, caracterizada por não compreender uma cooperação entre **estado e municípios**, mas somente, entre municípios. Ilustra-se essa ideia no desenho de Conselho Deliberativo concebido pelo ministro Jobim, o qual entende que deve ser composto *somente* pelos municípios integrantes desse agrupamento municipal.

O ministro Nelson Jobim divide seu voto em vários capítulos, e aquele que tem relevância para o tema de interesse local, assunto este que integra a discussão de competências materiais previstas pelo artigo 23 da Constituição Federal, é o capítulo localizado na página 81 do acórdão, intitulado: "2.4. *Integração. A Autonomia municipal e o interesse metropolitano*".

*A priori*, o ministro define interesse local da seguinte maneira:

O INTERESSE LOCAL é aquele que se relaciona, primária e diretamente, às necessidades da população local na dimensão do serviço público ou na dimensão da organização política do MUNICÍPIO<sup>110</sup>.

Afirma que, em matéria de agrupamento municipal, em quaisquer situações previstas pelo art. 25, §3º, o interesse local cede lugar para o interesse

---

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 78.

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 81.



regional, que, por sua vez, é sinônimo de interesse metropolitano. Diferente dos outros ministros, não considerou a autonomia municipal condicionada pela Carta Constitucional, afirmou que é um princípio estrutural do pacto federativo e que está expressamente prevista nos artigos 30 e 18, *caput*, da CF/88<sup>111</sup>. O fato de não considerar uma **autonomia condicionada** faz reafirmar a expressão das autonomias municipais enquanto agrupamento municipal, o que leva o ministro a entender que o ato de criação de uma região metropolitana não faz nascer um ente terceiro e abstrato como compreendia o ministro Joaquim Barbosa, eis outro ponto divergente.

Além disso, outra divergência presente entre o ministro Nelson Jobim e seus demais colegas e, inclusive, em relação à própria doutrina<sup>112</sup>, é compreender que o **interesse regional** não faz parte da esfera de competência dos estados e tampouco está localizado entre o interesse estadual e o interesse municipal. Tal interesse seria, na verdade, “*a soma integrada de interesses dos municípios*”<sup>113</sup> e se concretiza mediante negociação e acordos consensuais estabelecidos entre os municípios que comporiam esse agrupamento.

O fato de o interesse predominante nos agrupamentos municipais ser o regional, no sentido de somente pertencer aos municípios componentes da região metropolitana, faz com que a competência dos Estados-membros seja reduzida ao aspecto **procedimental**, e não **material**, segundo o ministro Jobim. E acrescenta que a criação das Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e/ou Microrregiões pelo estado não deriva de uma “*possibilidade legislativa, mas por um poder-dever do ESTADO*”<sup>114</sup> de criar condições

---

<sup>111</sup> Constituição Federal, art. 18: “*Art. 18. 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*”.

<sup>112</sup> Mesmo aquela trazida no começo deste capítulo como orientação para explicar a importância de se analisar o *interesse local*.

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 84.

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 83.

adequadas para a prestação de serviços públicos que sejam de interesse comum desses lugares.

Ou seja, o agrupamento de municípios teria por finalidade facilitar e possibilitar um melhor planejamento para prestação de um serviço público que atenda às demandas daquela população local. A impressão passada pelo voto do ministro Nelson Jobim é a de que se trata de uma questão menos formal, que faça necessária a participação ativa dos estados ou a criação de um novo órgão. Pelo contrário, o ministro defende que ao estado é incumbida a tarefa não de agrupar municípios indistintamente, mas que o agrupamento atinja a finalidade de *viabilizar* a prestação do serviço público a **todos**.

Aparentemente, o ministro Nelson Jobim tem uma visão desburocratizante e voltada à promoção de uma eficiência na máquina pública. A origem dessa ideia está na autonomia reservada aos municípios para dialogarem entre si e estabelecerem um planejamento viável a todos sem que haja mais um instrumento burocrático para interferir na decisão dos municípios. Porém, em nenhum momento de seu voto o ministro cogitou um órgão fiscalizador que conferisse se a finalidade daquela região metropolitana estaria sendo cumprida ou não. O entendimento de Joaquim Barbosa aparentemente trazia uma hipótese de controle e fiscalização, pois ao tratar-se de um órgão terceiro realizador da fiscalização, haveria trabalho mútuo entre funcionários estaduais e municipais. Se a visão do ministro Nelson Jobim não compreender um órgão fiscalizador, seja interno ou externo, então, a reunião do aglomerado metropolitano, organizado pelos próprios municípios, pode recair em eventuais fraudes, por exemplo.

Porém, não se deve ignorar que o ministro Nelson Jobim trouxe uma visão radical pendendo ao lado diametralmente oposto da jurisprudência tradicional da corte, apontando para uma descentralização extrema em face do ente maior – este último teria o papel único e exclusivo formal de criar a região metropolitana, vislumbrando os interesses maiores, que são aqueles voltados para a população.

Se formos compreender esse voto à luz da metonímia outrora falada, talvez, fosse possível compreender o entendimento do ministro como um

federalismo efetivamente *centrífugo*, cujo poder aponte com força para as extremidades, e o órgão central de ligação entre essas extremidades não seja tão rígido ou forte. Em outros termos, essa interpretação desloca a matéria do escopo das competências comuns de cunho cooperativo entre os entes para concentrá-las no extremo da ideia federativa consistente na autonomia exacerbada dos entes menores enquanto aquele maior cumpre uma função meramente organizacional e unificadora dos territórios menores.

### **Gilmar Mendes:**

O voto-vista do ministro Gilmar Mendes foi proferido quatro anos depois de iniciada a sessão de julgamento, em 2008. O ministro extraiu, a partir de um trecho de Otto Gönnerwein<sup>115</sup> e de José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>116</sup>, dois requisitos para instituição e preservação da autonomia dos municípios:

(...) (i) **auto-administração**, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) **autogoverno**, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Poder Legislativo<sup>117</sup>. (grifos próprios)

No concernente à autoadministração, demanda-se ao município: (i) um mínimo de competências materiais – incluindo, a gestão de seus servidores, patrimônios e tributos<sup>118</sup>; (ii) a obrigatoriedade de as competências serem

---

<sup>115</sup> GÖNNENWEIN, Otto. Derecho Municipal Alemán. Trad. Miguel Saenz-Sagaseta. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1967. pp. 46/50 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013, p. 162. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020.

<sup>116</sup> cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 93 *apud* Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013, p. 162. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020.

<sup>117</sup> Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 162.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

exercidas/executadas por autoridade, isto é, sem delegação, e com responsabilidades próprias<sup>119</sup>; e (iii) autonomia financeira.

E em relação ao autogoverno, ele incide sobre: (i) a independência da administração municipal em face de quaisquer outras estruturas organizacionais; e da (ii) autonomia política e normativa através do papel dos administradores no papel decisório nos assuntos de interesse local.

De modo a equacionar o conceito de autonomia municipal anteriormente apresentado e a integração metropolitana, o ministro converge sua interpretação ao *quantum* elaborado pelo jurista Hely Lopes Meirelles<sup>120</sup>. O jurista defende que a lei de implementação estadual da região metropolitana torna **obrigatória** tanto a participação do estado, quanto dos municípios interessados, na finalidade a ser conferida ao recurso financeiro que será direcionado à região metropolitana. Isso no intuito de permitir o planejamento e a execução das obras de prestação de serviços públicos, de tal modo que a autonomia municipal não fosse absorvida pelo interesse comum daquele agrupamento<sup>121</sup>.

Ademais, a própria Constituição Federal institui como requisitos para criar um aglomerado de municípios: (i) a edição de uma lei complementar estadual; (ii) o agrupamento de municípios limítrofes; (iii) o objetivo de integrar a organização, o planejamento e a execução; (iv) a atuação no âmbito de funções públicas; e (v) a presença do interesse comum.

Eis que diverge conceitualmente do ministro Nelson Jobim ao compreender que a constituição da integração metropolitana é de interesse comum, a qual "**não se confunde com o simples somatório de interesses**

---

<sup>119</sup> Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 162.

<sup>120</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 83 citado na página 166 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020.).

<sup>121</sup> *Ibidem*.

**locais**<sup>122</sup> (grifos próprios). Tanto não simboliza a mera soma dos interesses individuais dos municípios, que o ministro Gilmar Mendes cita José Afonso da Silva<sup>123</sup> para corroborar a ideia de que o interesse em instituir os aglomerados é interesse comum, significando, então, que ele atinge *“tanto aos municípios envolvidos, quanto ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano”*<sup>124</sup>.

O ministro Gilmar Mendes também não compactua com a visão do ministro Maurício Corrêa – lembrando que este último admite a possibilidade de o Estado-membro *“regular e executar funções e serviços públicos de interesse comum”*<sup>125</sup>, cometendo-lhe *“responsabilidade pela implantação de políticas unificadas de prestação de serviços públicos”*<sup>126</sup> – sob a justificativa de entender que a transferência integral do poder concernente, seja ao Estado-membro seja ao município polo, eliminaria a *“capacidade de auto-administração dos municípios envolvidos e, conseqüentemente, o núcleo essencial da autonomia municipal”*<sup>127</sup> – sendo, portanto, inconstitucional.

Ainda, critica a hipótese de o interesse comum ser tratado como a soma de cada interesse municipal, que compõe o agrupamento metropolitano, pelo risco de *“má condução da função de saneamento básico por apenas um Município poder colocar em risco todo o esforço do conjunto, (...) [com]*

---

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 167.

<sup>123</sup> cf. SILVA, José Afonso da, Direito Urbanístico Brasileiro. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 164.

<sup>124</sup> Citação feita pelo ministro na página 168 através de: SILVA, José Afonso da, Direito Urbanístico Brasileiro. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 164.

<sup>125</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 178.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 179.

*conseqüências para a saúde pública de toda a região*"<sup>128</sup>. Nesse aspecto, sua fundamentação baseia-se em Alaôr Caffé<sup>129</sup>, o qual afirma:

os municípios não poderão exercê-las [as funções públicas de interesse comum] de modo isolado, senão conjuntamente, numa espécie de co-gestão entre eles e o Estado que tem a responsabilidade de organizá-las originariamente, mediante lei complementar. (...) Aqui, o poder originário concedente de serviços ou funções comuns são municípios e o Estado, vez que somente estes entes possuem corpos legislativos para reger sobre os serviços públicos de interesse regional. Entretanto, mediante um condomínio legislativo (obtido mediante o exercício de competências comuns e concorrentes complementares e supletivas), aqueles entes políticos poderão e deverão, por exigência constitucional, criar as condições para a organização intergovernamental administrativa pública (uma espécie de autarquia territorial plurifuncional) para ser titular (derivado) do exercício de competências relativas às funções públicas de interesse comum<sup>130</sup>.

Para o ministro Gilmar Mendes, o mais importante dentro do interesse comum é a possibilidade de a estrutura<sup>131</sup> permitir de alguma maneira a participação de todos os entes ativos e passivos<sup>132</sup>, sendo capaz de concentrar órgão uniformizador e técnico, responsável pela regulação e controle do serviço de saneamento básico. Este órgão, segundo o ministro, deve ser um **órgão colegiado regular**<sup>133</sup>, capaz de fiscalizar a execução das decisões

---

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 180 e 181.

<sup>129</sup> ALVES, Alaôr Caffé. "Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro" in Revista de Direito Ambiental Vol. 21. Ano 6. jan-mar 2001. p. 57.

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 182.

<sup>131</sup> Convênio, agência reguladora, conselho deliberativo etc.

<sup>132</sup> Entende-se aqui por "entes passivos" aqueles que não compõe o agrupamento municipal, mas que sofrem algum tipo de impacto da mesma maneira.

<sup>133</sup> O ministro faz a ressalva que a participação dos entes na decisão colegiada não necessita ser paritária, desde que seja capaz de prevenir a concentração do poder decisório na esfera sola de um único ente, isto é, de modo que não se permita abuso ou sobreposição de entes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 184).

tomadas, “definindo inclusive as formas de concessão do serviço de saneamento básico, política tarifária, instalação de subsídios cruzados etc.”<sup>134</sup>.

Em suma, entende o ministro Gilmar Mendes que, em situação de integração metropolitana, o poder decisório e o eventual poder concedente (i) **NÃO** devem ser transferidos integralmente ao estado (divergindo de seu colega Maurício Corrêa) e (ii) também não devem ser concentrados em cada município individualmente integrado (divergindo de seu colega Nelson Jobim). A conclusão do ministro é que a região metropolitana deve “planejar, executar e funcionar como poder concedente dos serviços de saneamento básico”<sup>135</sup> como **ente colegiado, o qual deve ser instituído pela lei complementar estadual originária que funda os agrupamentos de municípios.**

Por fim, consta-se que o ministro Gilmar Mendes acompanhou a divergência inaugurada pelos ministros que o antecederam, aproximando-se, no mérito do ministro Joaquim Barbosa, pelo não assentamento de que o estado ou os municípios são os detentores exclusivos das funções públicas de interesse comum, devendo ser tal competência compartilhada entre os membros dos dois níveis federativos.

Nesse sentido, declara que a coordenação das atividades deve partir da criação<sup>136</sup> de uma organização intergovernamental administrativa pública – a qual deverá ser composta pelos membros ativos daquele aglomerado metropolitano (pelos municípios que efetivamente compõem aquele aglomerado e pelo estado, ambos os entes no exercício de suas competências comuns instituídas em lei) e pelos membros passivos (isto é, pelos municípios que

---

<sup>134</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 184.

<sup>135</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 185.

<sup>136</sup> Ela deverá ser criada junto com o aglomerado urbano na lei complementar estadual, ela não nasce espontaneamente tal como vislumbra do ministro Joaquim Barbosa.

não compõe aquele aglomerado urbano, porém, que podem sofrer algum tipo de impacto com as decisões tomadas por este aglomerado).

O ministro Gilmar Mendes aparenta ter estudado a forma mais equilibrada para a atuação concomitante de todos os entes, tanto que, diferente de todos os outros ministros, ele é o único a considerar os impactos nos municípios **não** presentes nos aglomerados. Vislumbra ações conjuntas de um Estado cooperativo, capaz de atender as demandas da população e maximizar seus direitos através de estruturas burocráticas relativamente organizadas.

Nota-se que os posicionamentos dos ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes visam a colaboração entre todos os atores envolvidos no agrupamento de municípios. Ambos compreenderam, respeitada a diferença de solução adotada, uma atuação conjunta e mediaram a *forma* como ela pode ser realizada, ou seja, atribuíram uma especificidade ao inciso IX do artigo 23. Pode-se considerar que foram meios adotados para enfim evitar conflitos entre os entes a respeito da matéria, sem reivindicações que poderiam ser consideradas indevidas, uma vez fixada que tal matéria tratada nesse caso é competência material.

### **Ricardo Lewandowski:**

O voto vista do ministro Ricardo Lewandowski foi proferido no ano de 2013. Ele extrai o conceito de função pública de interesse comum também do texto de Alaôr Caffé Alves<sup>137</sup>, e conclui pelo seguinte conceito de interesse comum:

As funções públicas de interesse comum, inconfundíveis com aquelas de interesse exclusivamente local,

---

<sup>137</sup> *“implica o vínculo simultâneo ou sucessivo, efetivo e material de ações ou atividades estáveis de uma multiplicidade determinada de pessoas político-administrativas, agrupadas mediante lei complementar, dentro de certo espaço territorial definido, para o exercício de funções públicas integradas de interesse de todos os envolvidos. Esse vínculo gera a exigência de uma interdependência operacional, conforme certos objetivos comuns, cujos critérios poderão variar em termos de disposições geográficas dos fatores naturais”* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://repositorio.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 236).



correspondem, pois, a um conjunto de atividades estatais, de caráter interdependente, levadas a efeito no espaço físico de um ente territorial, criado por lei complementar estadual, que une Municípios limítrofes relacionados por vínculos de comunhão recíproca<sup>138</sup>.

Diferente dos demais votantes, o ministro Ricardo Lewandowski não trouxe uma discussão sobre o que considerava ser interesse local ou regional ou sobre o que entendia por autonomia, o máximo que foi dito sobre autonomia é que está assegurada pela CF/88 e não pode ser esvaziada pela transferência de competência ao estado, por meio da instituição das regiões metropolitanas:

[após citar um trecho do texto de Alaôr Caffé<sup>139</sup>] Assim, embora se reconheça que a autonomia municipal assegurada pela Lei Maior não pode ser esvaziada mediante a transferência integral da titularidade das funções públicas de interesse comum ao Estado instituidor da entidade territorial, tal garantia que o texto magno assegura às comunas também não deve, de outra parte, atuar como um bloqueio à efetiva concretização de outros valores constitucionais, em especial os atinentes ao federalismo cooperativo<sup>140</sup>.

Especula-se que o ministro reduziu o debate de interesses à mera menção a excertos doutrinários, como, por exemplo, vários do professor Alaôr Caffé, sem sequer retomá-los, posteriormente, de modo a propor uma

---

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 237.

<sup>139</sup> "(...) a titularidade desses serviços comuns é compartilhada entre municípios e Estado. (...) os municípios metropolitanos, isoladamente considerados, não são titulares desses serviços comuns. O Estado não é, igualmente, titular isolado dos mesmos. As decisões sobre sua organização, planejamento, prestação, concessão e controle devem ser conjuntas, nos termos de um controle deliberativo metropolitano, de caráter público e autárquico, intergovernamental, no qual tenham assento representações dos municípios metropolitanos e do Estado" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 247).

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 247.

releitura ou aprofundar o trecho trazido pelo autor citado e estabelecer uma conexão entre o próprio entendimento e aquilo que fora transcrito.

Ademais, ele segue a divergência no sentido dos votos dos ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, em não delegar integralmente a titularidade daquelas funções ao estado ou aos municípios, que deverão agir em gestão **compartilhada**<sup>141</sup>. Para justificar a atuação dos municípios de forma vinculante, isto é, com capacidade de decisão, o ministro aponta que eles têm "*na qualidade de titulares originários de parcela das funções públicas de interesse comum, o inafastável direito de participar do processo decisório no plano intergovernamental.*"<sup>142</sup>.

Eis que, novamente, fundamenta essa visão a partir de Alaôr Caffé:

(...) se os municípios não podem sair, também não podem renunciar à governabilidade metropolitana, donde a necessidade de uma garantia básica: a de que eles devem e podem participar das decisões regionais. Vale dizer, eles participarão do processo decisório, não mais como consultores, mas contribuindo para a tomada de decisões, em conjunto, em um conselho intergovernamental, a fim de decidirem a respeito das chamadas funções públicas de interesse comum. (...) Se ele [o município] não pode se excluir da região metropolitana, em contrapartida tem o direito de exigir sua participação decisória no plano intergovernamental, em conjunto com o próprio Estado (...). No entanto, estão obrigados a aceitar as decisões implementadas pelo conselho metropolitano, mesmo que haja inflexões e atuações em seu próprio território<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 247.

<sup>142</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 245 e 246.

<sup>143</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 246.

### **Teori Zavascki, Luiz Fux e Rosa Weber:**

Os votos dos ministros Teori Zavascki, Luiz Fux e Rosa Weber seguiram o posicionamento do ministro Gilmar Mendes. Nesse sentido, destaca-se que a ministra Rosa Weber exalta ser a autonomia do município, condicionada pela Carta Constitucional, afirmando que “*a Constituição dá ao município liberdade de autodeterminação dos seus interesses, dentro (...) dos limites preestabelecidos pelo sistema federativo por ela determinado*”<sup>144</sup>. A ministra coloca que essa autonomia se confunde com a de outros municípios por tratar-se de um *interesse concorrente*, e que é papel do Estado tentar gerir o funcionamento sem, contudo, fazer os municípios sucumbirem ou desconsiderar a vontade deles.

### **Conclusão das teses:**

Diante das 4 teses apresentadas no tribunal (do ministro Maurício Corrêa; do ministro Joaquim Barbosa; do ministro Nelson Jobim e do ministro Gilmar Mendes), a tese vencedora sobre a interpretação nesse tipo de matéria enquanto interesse local, autonomia dos municípios e modelo de gestão de um agrupamento urbano, foi a do ministro Gilmar Mendes. A tese compreendeu, acima de tudo, a paridade entre os entes federativos em uma atuação conjunta para fazer cumprir um serviço público, de modo a não usurpar as competências de nenhum ente federativo, nem mesmo do menor: o município.

O conceito de competência material comum, especificamente, não foi o ponto central do acórdão. Porém, pelo fato de o saneamento básico ser uma questão de competência material (prevista no artigo 23, inc. IX), e, portanto, ser possível criar políticas públicas em cima dessa matéria, então foi adotado como *premissa* para o debate sobre como seria regida a organização dessas

---

<sup>144</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 287.

políticas e a quem era incumbida essa tarefa<sup>145</sup>. Cita-se, a título exemplificativo, os seguintes trechos:

Por outro lado, a inadequação na prestação da função pública de saneamento básico enseja problemas ambientais e de saúde pública que afetam comunidades próximas, principalmente nos casos em que se verifica o fenômeno da conurbação. O vínculo entre saneamento básico e saúde pública é tão estreito que a própria Constituição Federal atribuiu competência ao SUS para participar na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (art. 200, IV, CF/1988)<sup>146</sup>.

(...) a função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum, apta a ensejar a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal<sup>147</sup>.

O debate foi importante para poder **equilibrar** essa aplicabilidade em um caso extremo, mediante criação de um agrupamento municipal sobre o qual o estado poderia tentar tomar controle para si e submeter os municípios, ferindo suas respectivas autonomias.

Além disso, a análise desse acórdão específico mostrou a relevância de se observar o tema da predominância de interesses, pois expôs quão turvas e difusas são as linhas divisórias que repartem os interesses aos seus entes, também quais os interesses envolvidos nos casos.

O posicionamento dos ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa demonstraram maior respeito ao que representa a imagem do federalismo *cooperativo*, ao encabeçarem os projetos de saneamento básico aos devidos

---

<sup>145</sup> Significa que o fato dessa matéria ser competência comum e, portanto, vincular os entes federativos, então nem se discutiu se a matéria poderia ser outro tipo de competência e, ao mesmo tempo, o caso compreendeu que afetaria todos os entes que comporiam o aglomerado urbano ou não, ou seja, o Estado e o município. A questão a ser debatida é quem coordenaria essa política pública e de que modo.

<sup>146</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 171.

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: nov. 2020. P. 172.

envolvidos no caso: municípios e Estado-membro. Esse é o cerne da competência comum abordada pelo ministro Sepúlveda Pertence no capítulo anterior, deve prevalecer o **condomínio de responsabilidade** entre os entes federativos de tal modo que a organização para atuar na matéria não impeça a participação dos demais entes autorizados por lei.

O entendimento prevalente foi do ministro Gilmar Mendes, pode-se considerar uma resolução reaplicável aos outros casos semelhantes de aglomerações de municípios e a incidência possível do Estado-membro, respeitando o artigo 23 da CF/88.

ii. **ADI 2077:**

Trata-se de um acórdão cujo tema central é o saneamento básico. O único ministro que proferiu voto escrito foi o relator, Alexandre de Moraes, e o caso foi julgado unanimemente.

Em relação ao contexto do acórdão, discute-se a impugnação de alguns artigos da Constituição do Estado da Bahia – o único artigo impugnado relevante para essa pesquisa foi o art. 59, V – os quais, segundo o requerente (Partido dos Trabalhadores), delimitariam:

o alcance e a definição dos serviços públicos de interesse local, teria violado a autonomia dos Municípios para definir suas competências e esferas de atuação (art. 18 da CF) e a competência concorrente dos entes federativos para atuar em saneamento básico (art. 21, inciso XX, e art. 23, inciso IX, da CF). Também feriria o art. 25, § 3º, da CF, ao estabelecer regiões metropolitanas como áreas de domínio do Estado, em vez de áreas de desenvolvimento integrado dos municípios, como previsto na Constituição; violaria os arts. 30 e 175 da CF, ao afastar o caráter público dos serviços de água e saneamento e a competência delegatória e exploratória dos Municípios sobre esses serviços; e violaria o princípio da proporcionalidade, ao destoar dos objetivos perquiridos pelo Estado Social<sup>148</sup>.

---

<sup>148</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2077, Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341118474&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 5.

Em um pequeno trecho do acórdão, o ministro-relator traz que a melhor forma de julgar quando houverem dúvidas quanto às opções realizadas pelo legislador constituinte originário em relação à repartição de competências<sup>149</sup> é **priorizar**<sup>150</sup> o enviesamento da norma às autonomias locais, respeitando suas respectivas diversidades como pontos caracterizadores e asseguradores do convívio no Estado Federal, que consigam manter um equilíbrio no pacto federativo. É quase uma orientação a ser dada ao tribunal sobre como julgar uma matéria que conjugue mais de um tipo de competências.

O saneamento básico é um tema que está previsto em três esferas de competências, segundo o ministro-relator: União (competente para instituir diretrizes – art. 21, XX CF/88); todos os entes (competência comum – art. 23, IX CF/88); municípios (competente para legislar sobre assuntos de interesse local – art. 30, I e V CF/88). Posteriormente, o ministro conceitua interesse local como “*àquelas matérias que mais diretamente afetarem as necessidades do Município, ainda quando possam gerar reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União)*”<sup>151</sup>. Em aspecto doutrinário, de modo a

---

<sup>149</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2077, Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341118474&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P.12.

<sup>150</sup> O ministro-relator extraiu essa ideia de: JUAN FERRANDO BADÍA. El estado unitário: El federal y El estado regional, Madri: Tecnos, 1978, p. 77; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. O Estado federal brasileiro na Constituição de 1988. Revista de Direito Administrativo, n. 179, p. 1; RAUL MACHADO HORTA. Tendências atuais da federação brasileira. Cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 16, p. 17; e, do mesmo autor: Estruturação da federação. Revista de Direito Público, n. 81, p. 53 e ss.; CARLOS MÁRIO VELLOSO. Estado federal e estados federados na Constituição brasileira de 1988: do equilíbrio federativo. Revista de Direito Administrativo, n. 187, p. 1 e ss.; JOSAPHAT MARINHO. Rui Barbosa e a federação. Revista de Informação Legislativa, n. 130, p. 40 e ss.; SEABRA FAGUNDES. Novas perspectivas do federalismo brasileiro. Revista de Direito Administrativo, n. 99, p. 1 e ss. *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2077, Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341118474&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P.12 e 13.

<sup>151</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2077, Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341118474&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 13 e 14.

reafirmar sua conceituação, ampara-se no doutrinador Fernando Dias Menezes De Almeida<sup>152</sup>.

Ademais, invoca como precedente a ADI 1842<sup>153</sup>, cujo consenso majoritário recaiu sobre a tese do ministro Gilmar Mendes, para afirmar que essas respectivas matérias<sup>154</sup> são de competência de uma organização intergovernamental administrativa pública, a qual deverá ser composta pelos membros ativos daquele aglomerado metropolitano e pelos membros passivos.

Essas ações são de cunho social e revelam natureza de política pública, configurando interesse típico e local, de tal sorte que, conforme consolidado na ADI 1842. Incentiva-se o uso de mecanismos de gestão associada de serviços públicos e integração metropolitana, sem que haja ameaça à autonomia municipal.

Este dispositivo impugnado – art. 59, V – **limita** o conceito de interesse local, restringindo-o aos serviços de execução que tenham início e conclusão no seu limite territorial<sup>155</sup>. Contudo, serviços de execução de políticas públicas podem ter impacto em municípios que **não** compõem aquele aglomerado urbano, ou seja, esses municípios também possuem um interesse sobre o

---

<sup>152</sup> "(...) é inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional". (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Competências na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991, p. 124 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2077, Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341118474&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 13 e 14).

<sup>153</sup> ADI 1.842, Rel. Min. LUIZ FUX, redator p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 6/3/2013, DJe de 13/9/2013

<sup>154</sup> "como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e drenagem de águas pluviais, entre outras atividades" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2077, Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341118474&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 14).

<sup>155</sup> Note-se que a limitação de interesse está ligado ao aspecto limítrofe do território, isto é, o interesse local começa e termina no que fora considerado territorialmente seu, o que venha acontecer em municípios vizinhos já não seriam considerados interesses.

disposto na política pública (ainda que seja indireto), e a tese vencedora do ministro Gilmar Mendes na ADI 1842 trouxe essa possibilidade de proteção de interesses.

Ademais, conforme o relator, o fato de a Constituição Estadual baiana utilizar-se de uma norma ordinária, para **restringir** o que é interesse local, interfere diretamente “no eixo da autonomia dos entes municipais, restringindo-lhes a capacidade de autoadministração e de autogoverno”<sup>156</sup>.

Por fim, o ministro reitera a tese de **não** transferência de competências dos municípios ao Estado-membro em função do agrupamento de região metropolitana, também consolidada na ADI 1842.

### iii. **ADI 3937:**

O tema do acórdão é relativo à comercialização do amianto e será aprofundado no capítulo de saúde mais a frente. Embora o acórdão não proponha uma discussão sobre interesses (predominância de interesses ou interesse local) vinculado ao amianto, foi identificado um trecho interessante e importante no voto do ministro Edson Fachin, que será o único trecho analisado para efeitos deste capítulo.

O ministro Edson Fachin parte da constatação que os estados, municípios e o Distrito Federal são entes autônomos integrantes da república brasileira, conforme o art. 1º da CF/88. Porém, têm “suas respectivas competências sufragadas, à luz de um papel secundário na federação brasileira, diversamente ao determinado pelo Texto Constitucional”<sup>157</sup>, principalmente, em decorrência do inflacionamento das competências

---

<sup>156</sup> *Ibidem*. O ministro Alexandre de Moraes adota os requisitos propostos pelo ministro Gilmar Mendes na ADI 1842 para definir se o ente possui autonomia ou não, em ambos os casos, referem-se aos municípios.

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 103.



normativas voltarem-se à União, em detrimento do interesse que pudesse envolver os entes menores.

A partir disso, levanta a dificuldade de resolver um conflito de competências somente pela predominância de interesses, por entendê-lo como um método estanque e limitador – pertencendo a jurisprudência consolidada no STF – quando a CF/88 permitiu flexibilizar esse entendimento por causa da *cooperação* proposta entre os entes:

Assim, além da distribuição expressa de competências e da competência concorrente, técnicas previstas tanto pela Constituição de 1946, quanto pela Constituição de 1967, o atual Texto previu competências residuais (para os Estados) e locais (para os municípios), competências comuns e competências complementares extensíveis aos municípios (art. 30, II, da Constituição Federal). **O conjunto de novos entes e de novas formas de repartição dos poderes tem promovido relações de cooperação e coordenação entre os entes federativos, processo que a doutrina chamou de federalismo cooperativo.** Se, de um lado, a Corte manteve a jurisprudência que aplicava sobre a extensão do federalismo brasileiro, de outro, não pôde ainda explorar todas as inovações previstas pela Constituição de 1988. Seguindo ainda a introdução feita pelo e. Ministro Luiz Fux na ADI 4.060, **é possível afirmar que o compartimento estanque de competências, técnica que, por excelência, era empregada pelas constituições anteriores, não é capaz de arrostar as dificuldades apresentadas por uma sociedade plural**, adjetivo que, no limite, impossibilita que se sustente haver unidade no sistema jurídico<sup>158</sup>. (grifos próprios)

Por esse motivo, Fachin propõe outras medidas para solucionar eventuais conflitos de competência e indicar qual circunscrição prevalecerá. A princípio, o ministro sugere guiar-se pelo *princípio da subsidiariedade*<sup>159</sup>, o qual, segundo seu próprio voto, é mais conhecido no direito europeu desde o

---

<sup>158</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 105.

<sup>159</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 108.

Ato Único, de 14 de fevereiro de 1986, no Tratado de Lisboa. No intuito de tentar sustentar que esse princípio está presente nas entrelinhas da CF/88<sup>160</sup>, traz a visão do professor José Alfredo de Oliveira Baracho, que sustenta a existência desse princípio no ordenamento nacional de forma pioneira – como indica o ministro<sup>161</sup>.

Através do professor Baracho, o ministro defende que o princípio da subsidiariedade não possui limitações meramente geográficas, ele é mais abrangente e possui implicações de cunho filosófico, político, jurídico e econômico, tanto na ordem jurídica interna, como na comunitária internacional.

Trata-se da possibilidade de o governo local ganhar papel amplo de destaque, viabilizando a promoção de ações administrativas e econômicas capazes de atingir a maior parcela populacional possível, de modo a “*mitigar a desigualdade social, criar condições de desenvolvimento e de qualidade de vida*”<sup>162</sup>. Esta é uma maneira de ampliar a efetividade dos direitos humanos, a partir da descentralização, a qual, ainda segundo o professor Baracho, estimularia “*às liberdades, à criatividade, às iniciativas e à vitalidade das diversas legalidades, impulsionando novo tipo de crescimento e melhorias sociais*”<sup>163</sup>.

O ministro Fachin também se fundamenta em Raul Machado Horta<sup>164</sup>, outro doutrinador que afirma ser possível sustentar a existência do princípio

---

<sup>160</sup> “Poder-se-ia, então, investigar se outra interpretação do Texto Constitucional faria emergir princípios que possam solucionar o conflito de competências entre os entes federativos. Seria possível, por exemplo, identificar uma linha de primazia entre os interesses envolvidos, ou, para utilizar uma linguagem mais próxima a do Direito Constitucional Comparado, seria possível sustentar haver uma subsidiariedade no direito brasileiro” (*Ibidem*).

<sup>161</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 35, 1995. p. 28-29 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 109 e 110.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> *Ibidem*.

<sup>164</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 110 e 111.

da subsidiariedade no ordenamento jurídico nacional. O autor parte da substância da palavra **subsidiariedade**, a qual carrega a ideia de auxílio, de reforço, de subsidiário, de subsídio, de complementação, de supletividade, isto é, a cooperação dos entes menores, através de mecanismos legislativos complementares e/ou supletivos, para atuar e maximizar a efetivação dos direitos:

A legislação complementar e supletiva adquiriu novas dimensões, formais e materiais, no plano da competência concorrente, abrigando a União, os Estado e o Distrito Federal (...) No federalismo contemporâneo, a legislação concorrente tornou-se o domínio predileto para o desenvolvimento e ampliação dos poderes legislativos do Estado-membro e do Município, em território comum ao da União, desfazendo a tendência centralizadora do federalismo centrípeto, para explorar, em profundidade, as perspectivas do federalismo cooperativo e de equilíbrio<sup>165</sup>.

Embora o ministro Edson Fachin afirme que há o acolhimento do princípio da subsidiariedade na Constituição, ressalva que esta "*não indica qual deve ser o conteúdo a ele atribuído, nem qual a extensão de sua aplicação*"<sup>166</sup>. Também destaca que, ao transpor um princípio oriundo de outro ordenamento (União Europeia), deve-se ter o cuidado em fazê-lo sem as mediações necessárias. A partir disso, explica em seu voto qual é a

---

<sup>165</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 111.

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 112.

interepretação dada pela União Europeia sobre o princípios e discorre a partir de trechos de Mark Tushnet<sup>167</sup>, George Bermann<sup>168</sup> e Robert Schütze<sup>169</sup>.

A partir da leitura desses autores, concluiu o ministro Edson Fachin que a distribuição de competências no sistema europeu não decorre da interpretação do conteúdo do tema, mas, sim, *“da forma de se exercer a competência sobre ele, pois, a depender do bem protegido, é possível excluir a competência normativa dos demais entes”*<sup>170</sup>.

Incrementa, ainda, que o sistema europeu, ao adotar a subsidiariedade, complementa-se pelo princípio da proporcionalidade, o qual, segundo a citação doutrinária de Ricardo Lewandowski:

Consoante o primeiro [princípio da subsidiariedade], o ente político maior deve deixar para o menor tudo aquilo que este puder fazer com maior economia e eficácia. De acordo com o segundo [princípio da proporcionalidade], é preciso,

---

<sup>167</sup> Tradução livre de: TUSHNET, Mark. Federalism and Liberalism. 4 Cardozo Journal of International and Comparative Law, n. 329, Nova York, 1996 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 112.

<sup>168</sup> Segundo George Bermann, a subsidiariedade funciona de quatro formas diferentes: *“A primeira é legislativa: cada ente integrante da unidade política pode determinar se a lei ou ato elaborado adequa-se ao princípio. Em segundo lugar, caso haja dúvida acerca do alcance da aplicação do princípio, deve-se adotar uma interpretação que seja mais favorável a ele. Em terceiro, o princípio é cláusula de controle de legalidade das normas editadas pela União. Finalmente, a subsidiariedade serve também de garantia para que os entes integrantes da unidade política tenham segurança de que sua autonomia será respeitada”* (BERMANN, George. Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States, Columbia Law Review, n. 332, Nova York, 1994 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 113).

<sup>169</sup> Conclui o ministro que *“o aspecto formal do princípio é destinado sobretudo aos poderes legislativos, pois exige que se deem razões, se possíveis quantitativas, para demonstrar que a legislação deve ser editada de modo uniforme pelo ente maior. Essa procedimentalização, por sua vez, transmuda o enfoque a ser dado pelo Poder Judiciário: ao invés de se investigar qual competência o ente detém, perquire-se como deve exercê-la”* (SCHÜTZE, Robert, Subsidiarity after Lisbon: Reinforcing the Safeguards of Federalism?, Cambridge Law Journal, v. 68, n. 3, Cambridge, Novembro 2009. p. 525-536 *apud* *Ibidem*).

<sup>170</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 115.

sempre, respeitar uma rigorosa adequação entre meios e fins<sup>171</sup>.

Também traz a definição dos princípios através de Robert Schütze:

o princípio da subsidiariedade examina se a lei comunitária desproporcionalmente restringe a autonomia nacional e se a proporcionalidade indica que a lei comunitária desnecessariamente interferiu em valores liberais<sup>172</sup>.

No que tange a proporcionalidade, o ministro propõe uma revisão da jurisprudência da corte, pois o entendimento majoritário do princípio é que ele serve para elaborar uma **ponderação entre os valores constitucionais**, segundo o teste da razoabilidade, o qual exige do intérprete da lei que sejam analisadas as razões pelas quais o legislador adotou determinado regulamento, isto é, o que compõe as conclusões, à luz da teoria de Robert Alexy.

Ademais, sugere ao tribunal que interprete esses dois princípios perante o ordenamento brasileiro para que se estabeleça uma presunção de autonomia a favor dos entes menores (*presumption against pre-emption*<sup>173</sup>), a partir da superação da formalidade do princípio, de forma a se valorar o seu conteúdo material, que abrangeria o interesse desses entes menores para além da perspectiva geográfica.

O ministro Edson Fachin defende que a descentralização, isto é, o aumento da autonomia dos entes menores, permite uma maior efetivação dos direitos da população. Essa interpretação afastaria a perspectiva

---

<sup>171</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 115.

<sup>172</sup> SCHÜTZE, Robert, *Subsidiarity after Lisbon: Reiforcing the Safeguards of Federalism?*, Cambridge Law Journal, v. 68, n. 3, Cambridge, 2009. p. 533 *apud Ibidem*

<sup>173</sup> Termo importado do direito estado-unidense (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 116.).

estranque do tribunal, sobre a qual, em matéria de âmbito regional, o tema deve ser disciplinado pelo ente maior:

Assim, apenas quando a lei federal claramente indicar que os **efeitos** de sua aplicação devem ser suportados pelos entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior<sup>174</sup>.

É possível identificar que a discussão sobre interesse local nesse acórdão aparece mais como uma reflexão digressiva do ministro a respeito do modelo de federalismo à luz da Constituição de 1988. Discute-se não o conceito em si, como na ADI 1842, mas outra perspectiva sobre o assunto: a forma de sua aplicabilidade. O ministro aparenta tentar introduzir no tribunal uma reflexão a respeito da jurisprudência consolidada, a qual arremata as competências aos entes maiores, pois estes seriam coordenadores das ações dos entes menores.

Apresenta uma interpretação mais ampla e flexível sobre a razão pela qual se deve favorecer os entes menores, justificando-se por meio da finalidade constitucional em promover uma maior efetividade na tutela dos direitos da população, levando-se em conta as diferenças sociais, econômicas e culturais de cada lugar.

Ele não define o que é interesse comum, regional ou local nesse acórdão. Nenhum ministro o faz. Eles apenas citam que o princípio norteador da repartição de competências é a predominância de interesse. O acórdão em si não é rico na discussão **pura** do artigo 23, como se verá no capítulo de Saúde mais a frente. Porém, como a ministra Carmen Lúcia propõe uma interpretação acerca do artigo 23, e como o ministro Fachin propõe uma reflexão integrada às competências comuns, em relação a sua aplicabilidade, não deveria ser descartado do tópico de interesse local, pois a pergunta

---

<sup>174</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 116 e 117.

norteadora do trabalho é **como se resolve conflitos em matéria do art. 23** e, embora ele não aborde o caso concreto *per si*, seu entendimento poderia firmar-se facilmente em jurisprudência como **método** resolutivo.

O método resolutivo adotado pelo ministro Edson Fachin é demasiado interessante por importar elementos resolutivos de outros países (Estados- Unidos e Alemanha, por exemplo), os quais aparentam ser extremamente funcionais nestes respectivos lugares. Porém, há de se apreciar o método resolutivo como perigoso pela falta de estudos brasileiros sobre os assuntos.

Conforme fora dito, é perigoso importar um método resolutivo de outro país pelo fato dos respectivos contextos serem diferentes: por exemplo, o sistema jurídico dos Estados- Unidos é de Common Law, fundado em histórico de precedentes para se desenvolver os julgados e métodos resolutivos dos tribunais que existem hoje. Além disso, a presunção de autonomia a favor dos entes menores tem uma razão histórica para ser, pois os estados desse país possuem uma autonomia extrema, a ponto, por exemplo, de cada estado poder decidir adotar a pena de morte ou não.

Por outro lado, o sistema jurídico brasileiro é fundado no Civil Law, possuindo premissas distintas pelas bases romano-germânicas, de modo que seu basilar legislativo é fundado na codificação. Ainda, levando-se em consideração o processo de formação do federalismo brasileiro<sup>175</sup>, entende-se a tradição cultural em centrar competências na União. É interessante a proposta do ministro Fachin introduzir essa discussão no tribunal, porém, não se pode ignorar que seria necessário haver um esforço conjunto dos ministros para aprofundar a literatura sobre descentralização e, talvez, realizar o esforço de criar uma literatura brasileira que justifique esses atos descentralizadores, com o intuito dos atos dos entes menores deterem *legitimidade* de agir. Se o intuito do ministro Edson Fachin era promover uma reflexão aos seus colegas para se começar a repensar a jurisprudência e os

---

<sup>175</sup> A breve remontagem histórica do modelo federativo brasileiro está na introdução, no tópico FEDERALISMO BRASILEIRO.

basilares jurídicos brasileiros para promover a descentralização, então, seu voto torna-se coerente com a proposta.

Como na prática não há uma diferenciação clara a respeito das diferenças entre as competências legislativas e materiais, esse ponto ganha suma relevância. Uma vez que um assunto pertença ao rol de competências materiais comuns e, ao mesmo tempo, a outro artigo de uma competência legislativa exclusiva – e que seja um conflito entre a União e qualquer outro ente – a interpretação do ministro em ressaltar a autonomia dos entes menores poderia forçar o juiz a entender a matéria como pertencente ao artigo 23, e colocaria ambos em pé de igualdade, ao menos, ante a interpretação dada pelo ministro Fachin. Esse ente menor ganha maior autonomia na medida em que ganha o direito/poder de interferir em um assunto que seja de seu interesse<sup>176</sup>.

No intuito de tentar estabelecer a diferenciação entre os tipos de competência – material ou legislativa – o ministro afirma que dentro das ações materiais previstas na esfera da competência comum (tanto na atuação comum, quanto na exclusiva) inclui-se a ação de “legislar sobre”, a qual possibilita diversos conflitos no âmbito das competências<sup>177</sup>. Também estabelece que a diferença entre as competências **comum e concorrente**:

**reside no grau de autonomia atribuído ao ente. Daí falar-se em relações de cooperação, nos casos em que eles agem em igualdade de atribuições e tem autonomia uns em relação aos outros, e coordenação, quando a**

---

<sup>176</sup> O artifício de utilizar o artigo 23 para começar a propor uma reavaliação da repartição de competências, e conseqüentemente, do modelo federativo é interessante pois, por se tratar de um artigo caracterizado (i) por equalizar os entes no mesmo grau de igualdade política de acordo com a Carta Constitucional; e (ii) por ser um artigo relativamente novo no ordenamento jurídico nacional (advindo com a Constituição de 1988), é possível que o tribunal preencha sua lacuna interpretativa em matéria de resolução de conflitos entre os entes federativos de tal modo a favorecer um modelo descentralizado.

<sup>177</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 108.



**autonomia é mitigada por uma cadeia de responsabilidades**<sup>178</sup> (grifos próprios)

**Este foi o único acórdão e o único ministro que trouxe algum grau de diferenciação a respeito da competência comum e da concorrente:**

na perspectiva do ministro Edson Fachin, a diferença entre ambos reside no grau de descentralização frente ao pacto federativo brasileiro.

Essa diferenciação pode ser interpretada como o prenúncio de um possível desenvolvimento da autonomia do ente federado menor. A impressão que o ministro passa com essa afirmação é que caso os entes menores realmente sejam dotados de notável autonomia, então, sua relação com os demais entes será *colaborativa*, momento em que se denominará competência comum. A competência concorrente, por outro lado, seria o entendimento da autonomia como *condicionada*, o que torna o ente passível de ser submetido a outro “*por uma cadeia de responsabilidades*”<sup>179</sup>.

iv. **ADI 2095:**

A temática trazida pelo acórdão, que tem relevância para a presente pesquisa, é a delegação do cuidado com o saneamento básico estadual à Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Rio Grande Do Sul (AGERGS). A finalidade de criação desta agência reguladora, segundo o requerido, é:

garantir a qualidade dos serviços públicos oferecidos aos usuários pelos concessionários do setor privado e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos entre o poder concedente (Governo) e as empresas concessionárias<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 108.

<sup>179</sup> O ministro não explicitou quais responsabilidades seriam essas.

<sup>180</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Rio Grande do Sul, RS, 11 out. 2019. Disponível em:

A norma impugnada que tratava deste assunto é o art. 3º da respectiva lei:

Art. 3º. Compete à AGERGS, a regulação dos serviços públicos delegados prestados no Estado do Rio Grande do Sul e de sua competência ou a ele delegados por outros entes federados, em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convenial ou contratual.

Parágrafo único - A atividade reguladora da AGERGS será exercida, em especial nas seguintes áreas: saneamento; (...)

O conflito nasceu da interpretação do requerente em compreender que a delegação desse serviço à uma Agência estadual regulatória estaria usurpando as competências dos municípios, previstas no art. 30, inc. V<sup>181</sup> e no art. 35, *caput*<sup>182</sup>, da CF/88, configurando, desta maneira, uma “*intervenção disfarçada na autonomia do Município*”<sup>183</sup>.

Há apenas dois votos escritos no acórdão: (i) da ministra-relatora Cármen Lúcia e (ii) do ministro Gilmar Mendes. No concernente ao assunto tratado para a temática desta pesquisa, vinculada ao art. 23 da Constituição, o entendimento da relatora é seguido em unanimidade por todo o tribunal.

A ministra afirma que a temática do saneamento básico constitui a elaboração de políticas públicas por dois fatos:

(i) Por ser uma atividade que compreende serviços como abastecimento de água e esgoto<sup>184</sup>. É primordialmente

---

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341804934&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 9.

<sup>181</sup> Constituição Federal, art. 30: “*Art. 30. Compete aos Municípios: (...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; (...)*”.

<sup>182</sup> Constituição Federal, art. 35: “*Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal*”.

<sup>183</sup> Interpretação do requerente na fl. 10 do processo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Rio Grande do Sul, RS, 11 out. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341804934&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 4).

<sup>184</sup> A ministra constata que saneamento básico compreende serviços de abastecimento de água e tratamento de esgoto, por este motivo seria considerado política pública, além do fato de estar previsto como competência material expressamente no art. 23, inc. IX.

prestado pelos municípios e por prestadores de serviços regionais, estaduais, criados na década de 1960 pela Lei nacional n. 5.318, de 26.9.1967, pela qual foi instituída a Política Nacional de Saneamento, que criou o Conselho Nacional de Saneamento<sup>185</sup>, através do art. 11 (*"A execução do Plano Nacional de Saneamento far-se-á de preferência por intermédio de convênios que promovam a vinculação de recursos dos órgãos interessados de âmbito federal, estadual e municipal"*<sup>186</sup>);

(ii) E porque essas atividades são responsáveis por *"garantir condições mínimas de saúde, em respeito à dignidade da pessoa humana, serviço a ser desempenhado pelo estado nas esferas federal, estadual e municipal"*<sup>187</sup>. Indubitavelmente, é um tema que adentra as questões dos direitos sociais fundamentais e influencia diretamente o desenvolvimento e o planejamento das cidades, que se alia a melhora da saúde pública<sup>188</sup>.

A ministra entende que, embora as diretrizes de saneamento básico sejam desenhadas pela União, com fulcro no art. 21, inc. XX, da CF/88, isso **não afasta** a competência *legislativa* dos municípios para legislar sobre interesse local (que abrange saneamento básico); e também **não afasta** a competência *material* dos estados, DF e municípios sobre a matéria. Inclusive, esse modelo de atuação conjunta está presente, segundo o voto da ministra-relatora, no Plano Nacional de Saneamento – PLANASA, adotado

---

<sup>185</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Rio Grande do Sul, RS, 11 out. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341804934&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 13 e 14.

<sup>186</sup> Teor do artigo 11 da norma impugnada.

<sup>187</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Rio Grande do Sul, RS, 11 out. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341804934&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 14.

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Rio Grande do Sul, RS, 11 out. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341804934&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 16.

na década de 1970, que abordou essa interpretação sistêmica e conjunta dos entes federativos.

A edição dessas leis assume suma relevância ao garantir a eficiência da prestação desse serviço público, e a importância para que ele não se finde e nem se atenha exclusivamente aos limites geográficos de cada município. Aqui entraria o conceito de competência *multidisciplinar* do ministro Edson Fachin, isto é, uma mesma matéria compõe concomitantemente mais de um artigo constitucional de competência (conceito presente na ADI 2752<sup>189</sup>). Segundo a própria ministra:

a) no inc. XX do art. 21 se atribui à União a competência para 'instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano', inclusive saneamento básico;

b) **no inc. IX do art. 23 se dispõe como 'competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios' promover programas de saneamento básico;**

c) no inc. IV do art. 200 se atribui competência ao sistema único de saúde para 'participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico';

d) pelo § 3º do art. 25 se confere aos estados competência para instituírem 'regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum'<sup>190</sup>. (grifos próprios)

Portanto, por tratar-se de política pública essencial, que abrange outros entes federativos que não exclusivamente a União, não é possível *afastar* ou *ignorar* as competências previstas aos demais entes (estados, municípios e DF), mediante a alegação de inconstitucionalidade formal. Nesse sentido, afirma a ministra Cármen Lúcia:

***As questões atinentes às necessidades sociais*** dos cidadãos e que requerem políticas públicas não podem ser

---

<sup>189</sup> Essa ADI será aprofundada no capítulo O MODO DE DECIDIR DE EDSON FACHIN.

<sup>190</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Rio Grande do Sul, RS, 11 out. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341804934&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 17.

interpretadas isoladamente, o que não se refere exclusivamente ao saneamento básico, que se relaciona com a saúde pública, de competência comum da União, dos Estados e do Distrito Federal<sup>191</sup>.

Ainda, a ministra invoca como precedente a ADI 2544, acórdão este que trouxe a visão do ministro Sepúlveda Pertence sobre o art. 23, inc. III. Extrai-se daquele contexto de sítios arqueológicos a ideia que essa competência compartilhada de modo igual por todos os entes é notoriamente **irrenunciável**<sup>192</sup>. A ministra também extraiu do voto do ministro Sepúlveda Pertence os seguintes entendimentos a serem reaplicados nesse caso:

1. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas;

2. Em matéria de art. 23, que se trata de competência comum e abrange todos os entes, não é permitido a nenhum ente que se demita de seu encargo constitucional ou o delegue. Por outro lado, é possível a edição de normas de cooperação entre os entes mediante lei complementar, cuja edição é competência exclusiva da União.

O voto do ministro Gilmar Mendes não é dotado de relevância, pois ele reafirma todas as teses apontadas pela ministra Cármen Lúcia.

---

<sup>191</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Rio Grande do Sul, RS, 11 out. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341804934&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 15.

<sup>192</sup> Note-se que o acórdão 2544, ao elucidar o artigo 23, reaplicou o conceito dentro de uma competência multidisciplinar, logo, o peso desse artigo impede a restrição da atuação dos entes menores na questão do saneamento básico, apesar dessa matéria também se enquadrar no rol de competências privativas da União. Nas entrelinhas, não se ignora um engargo atribuído pela Lei maior.

### III. TRÂNSITO:

Este capítulo foi composto pela união temática dos acórdãos, os quais têm por discussão a educação no trânsito. Foram identificados 3 acórdãos desta temática:

- (i) a **ADI 1991**<sup>193</sup>, julgada em 03/11/2004, pertencente ao Grupo 1: Conflito de poderes dentro do mesmo ente federativo;
- (ii) a **ADI 3169**, julgada em 11/12/2004, pertencente ao Grupo 1: Conflito de poderes dentro do mesmo ente federativo; e
- (iii) a **ADI 4573**, julgada em 21/02/2020, pertencente ao Grupo 1: Conflito de poderes dentro do mesmo ente federativo.

Os três acórdãos não discutiram se haveria a possibilidade de a matéria ser competência legislativa ou material, isso já estava presente nas ementas e a leitura aprofundada de ambas apenas confirmou esse dado.

#### i. **ADI 1991:**

O contexto do caso é a promulgação da lei distrital nº 1.516 de 1997. Discute-se a respeito de uma política pública educacional impondo que *“aos currículos dos cursos de primeiro e segundo graus de ensino de toda a rede pública do DF será acrescentada disciplina cujo conteúdo versa sobre informações para o trânsito”* (art. 1º da lei distrital impugnada).

De acordo com o ministro-relator Eros Grau, a matéria da norma impugnada é entendida como competência comum, pelo fato de versar sobre

---

<sup>193</sup> É o acórdão mais antigo de todos analisados nesse trabalho.

a educação no trânsito na rede escolar, ela é apenas encaixada no art. 23, XII<sup>194</sup> pelo ministro sem maiores fundamentações ou explicações:

No caso específico desta ação, os textos normativos impugnados versam sobre ensinamentos quanto à segurança sobre o trânsito, que deverão ser ministradas nos cursos de primeiro e segundo grau, pela rede oficial de ensino do Distrito Federal, determinando, o seu artigo 2º, que a regulamentação do conteúdo programático da disciplina dar-se-ia em 120 dias. A iniciativa se encaixa, pois, na competência comum do Distrito Federal, da União Federal, dos Estados e dos Municípios, afirmada no artigo 23 inciso XII, da Constituição do Brasil<sup>195</sup>.

Cita-se como precedente a ADI-MC 1399, porém, mesmo esse documento não expõe nenhuma fundamentação ou interpretação a respeito do artigo 23, somente outro encaixe nos mesmos moldes desta ADI – i.e., indicando que dada matéria recai sobre o art. 23, da CF/88, sem explicitar as razões para tanto. O ministro-relator é o único que redige um voto escrito e a ação é julgada em unanimidade e não há discussão sobre repartição de interesses.

## ii. **ADI 3169:**

O contexto da presente ação é a impugnação à Lei n. 10. 877, de 10 de setembro de 2001, do Estado de São Paulo, a qual instituía a obrigatoriedade à Secretaria de Segurança Pública para comunicar aos cidadãos portadores de carteira nacional de habilitação (CNH), em um prazo de 30 dias de antecedência, o aviso de vencimento da validade da CNH.

---

<sup>194</sup> Constituição Federal, art. 23, XII: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. (...)”.

<sup>195</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1991, Tribunal Pleno. Relator: Min Eros Grau. Distrito Federal, DF, 03 nov. 2004. Disponível em: <http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266820>. Acesso em: nov. 2020. P. 8.

O ministro-relator foi Marco Aurélio, que foi voto vencido no presente caso, acompanhado somente pelo ministro Luiz Fux.

O ministro Marco Aurélio entende que (i) pelo fato de o término da validade das carteiras de habilitação serem automáticas, por estarem condicionadas ao prazo de vigência do exame de aptidão física e mental, de acordo com o art. 159, §10 do Código Brasileiro de Trânsito<sup>196</sup>, e (ii) pelo fato do Departamento de Trânsito estadual possuir o cadastro de todos os condutores habilitados e seus respectivos prazos de término da validade, através de um sistema informatizado, essa lei não seria inviável, pois o Estado teria os recursos informáticos necessários para expedir essa notificação aos condutores.

de todos os condutores habilitados bem como os prazos do término da validade do respectivos documentos de habilitação, o que direciona à possibilidade de expedir notificação de modo automático, por meio do uso de sistemas informatizados<sup>197</sup>.

A partir desses elementos factuais e concretos, o ministro-relator apresenta uma tese a respeito do comportamento estatal, tendo como base o artigo 23 da Constituição. Afirma que estabelecer e executar políticas de educação para a segurança no trânsito é competência comum de todos os entes (União, estados, DF e municípios), segundo o artigo 23, XII da CF/88:

XII - o estabelecimento e a implantação de políticas de educação para a segurança do trânsito.

O ministro-relator não visa impeditivos em suspender as cartas, se a proposta de aviso vier a ser aprovada. Essa visão corrobora a possibilidade de o Estado atuar de modo ativo e educador, para além de um agente passivo fiscalizador. O fundamento do ministro está na identificação da finalidade do

---

<sup>196</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3169, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. São Paulo, SP, 11 dez. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=301797624&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 7.

<sup>197</sup> *Ibidem*.



papel estatal, o qual deveria agir como contribuidor, no caso em questão, com a propagação de um aviso no intuito de colaborar com os condutores para que estes façam a renovação. É o que se afirma no trecho:

se extrai a obrigação de a entidade autárquica estadual atuar não apenas como agente fiscalizador e punitivo, mas também como agente educador e colaborador. O Estado, antes de tudo, está a serviço da comunidade e, por isso, deve contribuir com esta no cumprimento do ordenamento jurídico<sup>198</sup>.

Dessa maneira, o ministro sustenta a tese de que essa atuação administrativa provocada pelo legislador estadual, nesse caso, não é inconstitucional, pois a lei estadual impugnada “*busca dar relevo à tomada de decisões administrativas marcadas pela prudência política e jurídica*”<sup>199</sup>.

Em suma, a decisão do ministro-relator, acompanhada pelo ministro Luiz Fux, não se baseou na **repartição de competências** ou pelo fato de o artigo 23 ser classificado como rol de competências comuns. No voto do ministro-relator, a esfera de discussão **competência** (*lato sensu*) foi ignorada. O ministro Marco Aurélio pareceu basear-se em elementos da Teoria Geral do Estado, pelo qual se discute **finalidade do Estado** no simples escopo colaborador. Não explora nada para além disso.

Se explorasse, talvez, os objetivos fundamentais do Estado brasileiro – que, segundo José Afonso da Silva<sup>200</sup>, visam construir uma sociedade solidária e com o intuito de promover o bem de todos – tivessem levado a uma construção do papel colaborador do Estado em que haveria mais espaço para aprofundar o art. 23. No sentido de que cumprir com esse compromisso constitucional, de promover uma sociedade solidária, perpassaria pelas

---

<sup>198</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3169, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. São Paulo, SP, 11 dez. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=301797624&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 7.

<sup>199</sup> *Ibidem*.

<sup>200</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

competências materiais do art. 23, por se enquadrar como uma política pública passível de ser instituída pelo poderio estatal. Porém, o ministro-relator não estabeleceu nenhuma linha de raciocínio a não ser a constatação do papel estatal colaborador. Também não foram trazidos elementos sobre predominância de interesses ou sobre o porquê o caso não se trata de uma competência legislativa.

O voto vencedor foi o voto inaugurado pelo ministro Luís Roberto Barroso, o qual menciona o ônus financeiro de se mobilizar “*pessoal, equipamentos, tempo e energia para advertir o cidadão*”<sup>201</sup>, entendendo ser esse ato condizente com a atuação de um Estado paternalista. Nem o ministro Luís Roberto Barroso, ou qualquer outro que votou de forma contrária ao relator, abordou o assunto das competências de modo a conceituá-las, trazer a referência, ou discutir suas normas dentro do escopo de competências. Apesar do voto ter sido contrário ao do relator, ele recaiu na mesma característica de vagueza e falta de fundamentação.

### iii. **ADI 4573:**

É a ADI menos completa do presente capítulo, pois embora o artigo 23 tenha sido necessário para o relator julgar o caso, houve um mero encaixe normativo dos arts. 12, 13, 14 e 16 da norma impugnada no artigo 23, conforme afirmam os trechos do voto do ministro-relator:

O artigo 16 da Lei 15.168/2010 do Estado de Santa Catarina disciplina os programas de capacitação, habilitação e educação para o trânsito, matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *ex vi* do artigo 23, XII, da CRFB<sup>202</sup>Por fim, não há

---

<sup>201</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3169, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. São Paulo, SP, 11 dez. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=301797624&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 9.

<sup>202</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4573, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Santa Catarina, SC, 21 fev. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342609236&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 24. Refere-se ao texto: “*Art. 16. Os programas de educação para o trânsito, capacitação de docentes e de habilitação de condutores de veículos incorporarão conteúdos*”

inconstitucionalidade nos artigos 12 a 14 da Lei em apreço, que têm o claro objetivo de tutelar os direitos das pessoas com deficiência, em cumprimento ao que impõem os artigos 23, II e 24, I e XIV da CRFB<sup>203</sup>.

Em suma, o ministro toma por óbvio o objetivo da norma por causa do arcabouço gramatical de cada artigo impugnado. Desta maneira, não se abordou as razões pelas quais a matéria da norma impugnada caberia no escopo do art. 23. Pela redação do voto, a própria norma já se intitularia uma competência material com viés de política pública.

#### **IV. SAÚDE:**

Este capítulo foi composto pela união temática dos acórdãos sobre o direito à saúde e as políticas públicas que lhe são inerentes. Foram identificados 3 acórdãos desta temática:

(i) a **ADI 2875**, julgada em 04/06/2008, pertencente ao Grupo 1: Conflito de poderes dentro do mesmo ente federativo;

(ii) a **ADI 3937**, julgada em 24/08/2017, pertencente ao Grupo 1: Conflito de poderes dentro do mesmo ente federativo; e

(iii) a **ADI 4066**, julgada em 24/08/2017, pertencente ao Grupo 2: Conflito entre entes federativos.

---

*pedagógicos visando à conscientização sobre a igualdade de direitos de todas as formas de mobilidade e o conhecimento da legislação sobre o tema."*

<sup>203</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4573, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Santa Catarina, SC, 21 fev. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342609236&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 26. Refere-se ao texto: "Art. 12. As passarelas, transposições de nível e passeios serão dotadas de rampas para o uso de cadeiras de rodas. Art. 13. Deverão ser instaladas rampas de acesso em quantidade, largura e declividade adequadas em: I - prédios públicos estaduais; e II - terminais de transporte de passageiros sob a jurisdição estadual ou que operam sob sua concessão. Art. 14. Os prédios públicos estaduais com mais de um pavimento em fase de projeto deverão ser dotados de elevadores para acesso de portadores de deficiência. Parágrafo único. Nos prédios já construídos, os seus funcionários deverão prestar atendimento especial aos portadores de deficiência".

i. **ADI 2875:**

O contexto do acórdão está na promulgação da lei distrital 3. 139, de 14 de março de 2003, que "*dispõe sobre a obrigatoriedade de notificação dos casos de câncer de pele [dos hospitais e clínicas públicos e privados e médicos que trabalham como profissionais liberais e atuam apenas em consultório particular, para a Secretaria de Saúde do Distrito Federal]*"<sup>204</sup>.

O ministro-relator, único que elaborou voto escrito na ADI, Ricardo Lewandowski entende que:

o referido dispositivo apenas obriga os médicos, públicos e particulares, que atuam no Distrito Federal, a adotarem medida de interesse epidemiológico, cujo escopo é o de contribuir para a elaboração de estatísticas sobre a incidência do câncer de pele que permitem o estabelecimento de políticas de combate à doença, constituindo matéria que não refoge ao âmbito de competência da Câmara Distrital, qual seja, a de legislar sobre saúde pública<sup>205</sup>.

Na perspectiva do ministro-relator, normatizar exigências que podem vir a compor uma política pública voltada para a saúde (no caso concreto, em questão sintetizada no envio numérico de casos para compor uma estatística passível de contribuir com um estudo de política pública no quesito saúde para o Distrito Federal<sup>206</sup>) não é inconstitucional e não foge das competências atribuídas aos entes federativos.

A resolução do presente caso se restringiu ao caso concreto, pelo fato do ato configurar um zelo à saúde pública, foi entendido como competência material inerente a todos os entes:

---

<sup>204</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2875, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Distrito Federal, DF, 04 jun. 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342609236&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 3.

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2875, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Distrito Federal, DF, 04 jun. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534977>. Acesso em: nov. 2020. P. 6.

<sup>206</sup> *Ibidem*.

não há, de fato, qualquer inconstitucionalidade a ser sanada nesse aspecto, visto que o art. 23, I<sup>207</sup>, da Constituição Federal, dispõe ser da competência comum da União, Estados e Distrito Federal a proteção a saúde e a assistência pública. Ademais, o artigo 24, XII<sup>208</sup>, da Carta Magna, atribui competência concorrente aos referidos entes federativos para legislar sobre a defesa da saúde<sup>209</sup>.

O ministro acentua a importância dos dados para que o Distrito Federal possa elaborar um estudo técnico sobre a matéria para posteriormente promover uma política pública baseada nesses dados. Nota-se que o ministro-relator não preencheu em seu voto uma “lacuna”<sup>210</sup> interpretativa que liga o dispositivo impugnado à norma que considera correspondente (artigo 23), faltando-lhe explorar a sua argumentação – que poderia seguir diversos caminhos (um deles, apontado abaixo). Ocorre que, por ser o único a elaborar o voto escrito, todo o tribunal reiterou essa mesma “lacuna”.

Nota-se, ainda, que o voto não apresenta definições sobre competências material ou legislativa, e tampouco faz sua diferenciação.

Elaborou-se uma análise autônoma do presente acórdão a partir da doutrina do professor Celso Antônio Bandeira de Mello. De acordo com o professor, uma política pública é o conjunto de atos administrativos unificados que tem por finalidade prosseguir um projeto governamental.

Ainda, o mesmo autor traz os requisitos dos atos administrativos e os define da seguinte maneira:

(...) **sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade.** (...) *Sujeito* é o autor do ato; quem detém os poderes jurídico-

---

<sup>207</sup> Constituição Federal, art. 23, I: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; (...)”.

<sup>208</sup> Constituição Federal, art. 24, XII: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde (...)”.

<sup>209</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2875, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Distrito Federal, DF, 04 jun. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534977>. Acesso em: nov. 2020. P. 7.

<sup>210</sup> Palavra adotada com um sentido diferente do que fora definido no capítulo “Definição de termos”.

administrativos necessários para produzi-lo; *forma* é o revestimento externo do ato: sua exteriorização; *objeto* é a disposição jurídica expressada pelo ato: o que ele estabelece. (...) *Motivo* é a situação objetiva que autoriza ou exige a prática do ato; *finalidade* é o bem jurídico a que o ato deve atender<sup>211</sup>. (grifos próprios)

Analisando o voto do ministro, e refletindo sobre sua fundamentação, percebe-se que a norma impugnada comporta um dos componentes do ato administrativo: o motivo – caracterizado pela necessidade de valorar a situação do mundo empírico, para que o ato venha a ser praticado.

Ao transpor a conceituação de Bandeira de Mello ao caso concreto, torna-se possível interpretar que a afirmação do ministro Ricardo Lewandowski que o referido dispositivo tem por finalidade colher estatísticas sobre câncer de pele no DF para que sejam estabelecidas *a posteriori* políticas públicas, coloca como parte da competência material a elaboração dos motivos de um ato administrativo (elemento este considerado **externo** ao ato<sup>212</sup>).

Reforça-se a ideia de que a construção de uma política pública deve ser baseada em evidência, sendo a elaboração de estudos para adoção dessa política um elemento da competência material comum, pois é de suma relevância à população ao racionalizar a atuação do estado na tutela do direito a saúde – tal qual o motivo de um ato administrativo.

## ii. **ADI 3937 e ADI 4066:**

Neste tópico, serão abordados concomitantemente duas ADIs, respectivamente, 3937 (julgada sob relatoria do ministro Marco Aurélio e cujo redator do acórdão foi o ministro Dias Toffoli) e 4066 (julgada sob relatoria da ministra Rosa Weber). Ambas foram julgadas em 24 de agosto de 2017 e

---

<sup>211</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. P. 399.

<sup>212</sup> Segundo o doutrinador escolhido para compor esse raciocínio hipotético, Celso Antônio Bandeira de Mello.

compõem aqui um tópico próprio por possuírem contextos semelhantes. Em ambos os casos, importa apenas o voto da ministra Cármen Lúcia, os quais são *literalmente* iguais nos dois os acórdãos (salvo algumas palavras conectivas<sup>213</sup> e as normas impugnadas).

Os dois acórdãos integram um grupo conjunto (totalizando 6, todos julgados no mesmo dia) de julgamentos sobre a comercialização de tipos de *amianto ou asbesto*. Ambos tratam sobre a proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto, em decorrência de sua natureza cancerígena e poluidora, notoriamente danosa à saúde dos trabalhadores e ao meio ambiente<sup>214</sup>.

A ministra afirma que na ADI-MC 3937<sup>215</sup> (a qual fora julgada em 04/06/2008), ela reajustara uma interpretação que a fez indeferir uma medida cautelar, no sentido de atribuir competência comum a todos os entes federados, no escopo do cuidado à saúde (sob a égide do art, 23, inc. II).

Ao longo de seu voto em ambas as ADIs, a ministra traz o posicionamento de dois ministros em outros processos sobre a *ideia* de

---

<sup>213</sup> Por exemplo, o trecho “*De se realçar, naquele julgamento, o voto do Ministro Eros Grau, que, tendo inicialmente decidido, em 2005, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.356, pela competência privativa da União para tratar da matéria, evoluiu em seu entendimento para assentar a competência concorrente das pessoas federadas para legislar ‘sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor’ e, em razão de elementos obtidos com novos estudos científicos, pela prejudicialidade do uso do amianto àqueles que manipulassem o material*”, presente nas páginas 258 da ADI 3937 e 262 da ADI 4066. Ou, também, como mostra o trecho “**Ressaltei, ainda**, os fundamentos expendidos pelo Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto-vista, que, resumindo o objeto das ações de objeto análogo em tramitação, igualmente concluiu pela constitucionalidade de leis locais proibitivas do uso do amianto, dada a preponderância da defesa da saúde pública.” Localizado na página 260 da ADI 3937 e comparado ao trecho “**Anotei, ainda**, os fundamentos expendidos pelo Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto vista, que, resumindo o objeto das ações de objeto análogo em tramitação, igualmente concluiu pela constitucionalidade de leis locais proibitivas do uso do amianto, dada a preponderância da defesa da saúde pública.” Localizado na página 265 da ADI 4066.

<sup>214</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339396406&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 1 e 2; e Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4066, Tribunal Pleno. Relator: Min. Rosa Weber. Distrito Federal, DF, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 2 e 3.

<sup>215</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.937 - MC, Relator o Ministro Marco Aurélio, Pleno, DJe 10.10.2008.

descentralização **legislativa** da competência, no que tange a matéria da comercialização do amianto e de suas variedades. Por meio dos votos de Joaquim Barbosa<sup>216</sup> e Ayres Britto<sup>217</sup>, discorre-se sobre uma transição de entendimento no STF, sobre o qual não seria mais competência legislativa exclusiva da União a comercialização do amianto e de suas derivações pois, diante de todos os problemas que estas substâncias causam aos indivíduos<sup>218</sup>, isto não deveria mais ser lido à luz da literalidade dos **parágrafos do artigo 24**. Inclusive, o voto citado de Joaquim Barbosa traz o seguinte trecho questionador, que abre a discussão sobre o enquadramento legislativo:

Em 2004, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), reconheceu que, de acordo com os critérios adotados pela Organização Mundial de Saúde, não há limites seguros para a exposição humana. Naquele ato, também reconheceu que telhas e caixas d'água feitos de crisotila são resíduos perigosos. Diante dos riscos à saúde humana, a questão a ser decidida é a seguinte: os estados estão autorizados a legislar sobre amianto?<sup>219</sup>

---

<sup>216</sup> *Ibidem*.

<sup>217</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.357, Relator Ministro Ayres Britto, Pleno, Dje 20/04/2020.

<sup>218</sup> "O crisotila é utilizado principalmente para a fabricação de cimento-amianto ou fibrocimento (85% do consumo desta fibra de acordo com Mendes, p. 9). Usos do fibrocimento incluem a manufatura de caixas d'água, telhas, placas de revestimento e tubos. O amianto crisotila ainda pode ser usado para a fabricação de: produtos de fricção (lonas de freio, pastilhas, discos de embreagem), produtos têxteis (mantas para isolamento térmico, roupas especiais), filtros, diafragmas, papéis e papelões especiais (utilizados para isolamento térmico), produtos de vedação (juntas de revestimento), isolantes térmicos para aviões, pisos vinílicos (ver sítio do Instituto Brasileiro do Crisotila - IBC, amicus admitido em 14.12.2007: [www.crisotilabrasil.org.br](http://www.crisotilabrasil.org.br)). Há três doenças relacionadas ao uso do amianto: asbestose (causada pela reação do tecido à deposição de poeira no interior do pulmão), câncer de pulmão, e mesotelioma (tumores formados do tecido seroso que reveste órgãos como pulmão, coração e abdômen). Outras também têm sido associadas à exposição ao amianto (câncer de laringe, câncer de orofaringe, câncer de estômago, câncer colo-retal, e câncer de rim) (Mendes, p. 9-10). A relação entre essas doenças e o amianto já foi detectada pela literatura médica brasileira. No caso da asbestose, esses efeitos teriam sido registrados há pelo menos 50 anos. No caso do mesotelioma, é possível notar um crescimento dos casos. Sobre câncer do pulmão, há evidência de que o risco de desenvolvimento do câncer seria baixo nos primeiros 10 anos a partir da exposição ao amianto e alcançaria o seu nível máximo a partir de 30 anos após o contato com o material (Mendes, p. 10-13)." Trecho citado por Joaquim Barbosa na ADI 3937 – MC o qual ilustra o risco à saúde da população.

<sup>219</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15339396406&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 263.



A conclusão do ministro Joaquim Barbosa é que os Estados-membros podem legislar a respeito da matéria da comercialização do amianto e de suas variedades, pois não se trata de uma questão formal a respeito de quem pode legislar sobre o comércio. Na verdade, trata-se de uma normatização a respeito da Saúde Pública. A lógica utilizada pelo ministro é descaracterizar a competência legislativa como concorrente<sup>220</sup>, no sentido de a União estar incumbida de instituir “normas gerais” e aos estados e municípios sobrar uma *suplementariedade* legislativa. Embora ele não fale em nenhum momento no enquadramento desse tipo de matéria como competência administrativa, a qual entende-se *comum e igual* a todos os entes, ele tenta descaracterizar o tema do amianto como norma geral (conceito localizado no art. 24, §1º<sup>221</sup>) por tratar-se de *direito à saúde* e afirma que também é competência dos estados. Não é explicitado pelo ministro qual artigo constitucional afirma isso, apenas trata de competência legislativa também incumbida aos estados.

Entende-se que o fato de o Brasil ser signatário da Convenção nº 162, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em especial nesse caso concreto, o qual está relacionado à proteção à saúde, vincula todos os entes:

Não faria sentido que a União assumisse compromissos internacionais que não tivessem eficácia para os estados e municípios. Ao atuar no plano internacional como ‘República Federativa do Brasil’, estaria comprometida com os tratados de direitos humanos. No plano interno, face aos estados e municípios, estaria livre desses compromissos. Não é possível admitir essa conclusão<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> “Penso que é inadequado concluir que a lei federal exclui a aplicação de qualquer outra norma ao caso. A pré-existência da Convenção impede que se tente elevar a lei ordinária federal ao status de norma geral. Em verdade, é a Convenção que possui tintas de generalidade. A distinção entre lei geral e lei específica é inaplicável ao caso das leis sobre amianto. E isto por uma razão simples: em matéria de defesa da saúde, matéria em que os estados têm competência, não é razoável que a União exerça uma opção permissiva no lugar do estado, retirando-lhe a liberdade de atender, dentro de limites razoáveis, os interesses da comunidade. O exercício desta opção esvaziaria o compromisso assumido pelo Brasil na Convenção” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.937 - MC, Relator o Ministro Marco Aurélio, Pleno, DJe 10.10.2008P. 270 – voto do Joaquim Barbosa).

<sup>221</sup> Constituição Federal, art. 24, §1º: “(...) §1º No âmbito da legislação concorrente, a **competência da União** limitar-se-á a **estabelecer normas gerais** (...)”.

<sup>222</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago.

É de se perguntar se o entendimento do ministro se enquadra como competência comum. Não é possível afirmar isso com convicção, pois o ministro trata gramaticalmente como questão *legislativa* e não aborda o âmbito *administrativo*. Nota-se uma diferença do voto de Joaquim Barbosa neste caso para o voto escrito de Edson Fachin na ADI 3937 (acima referenciada), em que o ministro explicita que a competência material abrange a competência legislativa, de acordo com o grau de autonomia de cada ente. O ministro Joaquim Barbosa não deixa isso claro, e questão interpretativa sobre a competência material/comum resta em aberto.

Talvez isso tenha dado margem para a interpretação da ministra, a qual descaracteriza o caso como norma geral de competência legislativa exclusiva da União, porém, não conecta as ideias elencando o voto citado à conclusão. A ministra apenas cita o voto e depois afirma convictamente que, em decorrência disso, interpretava o tema do amianto à luz da proteção à saúde em sentido **material**.

Posteriormente, a ministra Cármen Lúcia trouxe o voto do ministro Ayres Britto na ADI 3357, o qual corroborou com o entendimento do Joaquim Barbosa na ADI 3937, no sentido de entender que a legislação estadual seria ideal (e até mais próxima à população), para cumprir com a proteção à saúde. Afirma o ministro Ayres Britto:

Lei estadual que, ao proibir a comercialização de produtos à base de amianto, cumpre muito mais a Constituição da República no plano da proteção da saúde (evitar riscos à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular e do meio ambiente). Quero dizer: a legislação estadual é que está muito mais próxima do sumo princípio da eficácia máxima da Constituição em tema de direitos fundamentais. Tão mais próxima da Convenção da OIT, acresça-se, quanto o diploma federal dela se distancia (...) Sendo que, em se tratando de saúde, o Poder Público deve prevenir as doenças, em seus cidadãos, e não arriscar um serviço de forma curativa, muitas vezes tardio, pois na

situação financeira em que se encontra o País, existem muitas dificuldades para a alocação de recursos públicos para o custeio de tratamentos cancerígenos, provocados pela exposição ao amianto<sup>223</sup>.

É importante reiterar que **nenhum** dos dois ministros invocados por Cármen Lúcia tratam do tema alocando-o no art. 23 enquanto competência material, porém, é possível supor que a interpretação da ministra tenha se originado na fundamentação proferida por ambos os ministros – Joaquim Barbosa e Ayres Britto – ao descaracterizarem a Saúde Pública como algo de primazia legislativa da União, isto é, o encarregamento das normas gerais orientativas pertenceria à União. A frase do ministro Ayres Britto que fortalece essa suposição está a seguir, quando ele se refere a prevenção à saúde como uma política pública, passível de ser feito pelo Poder Executivo<sup>224</sup>:

o Poder Público deve prevenir as doenças, em seus cidadãos, e não arriscar um serviço de forma curativa, muitas vezes tardio, pois na situação financeira em que se encontra o País, existem muitas dificuldades para a alocação de recursos públicos para o custeio de tratamentos cancerígenos, provocados pela exposição ao amianto<sup>225</sup>.

No entanto, essa ideia poderia recair em erro pelo fato de o ministro Ayres Britto não afirmar **expressamente** que se trata de competência material. Pelo contrário, ele adota a mesma terminologia do ministro Joaquim Barbosa: *legislativa*.

O voto da ministra Cármen Lúcia, o qual realmente liga-se à presente pesquisa, resume-se em citar a fundamentação desses dois ministros e

---

<sup>223</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15339396406&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 276 e 277.

<sup>224</sup> Em fato, o ministro discute a **obrigação** do Poder Público em prevenir doenças a seus cidadãos, e não investir em medidas curativas a serem feitas depois do dano já ter atingido aos indivíduos.

<sup>225</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15339396406&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 277.

afirmar sucintamente que, apartir dos votos citados (do ministro Joaquim Barbosa e ministro Ayres Britto, respectivamente, nas ADIs 3937 e 3357, ela entendia a matéria como competência comum:

Todavia, na esteira do que manifestei no julgamento da medida cautelar nesta ação direta, **concluo constitucionais as legislações locais que vedam a utilização do amianto, na forma do inc. II do art. 23 da Constituição da República** e da Convenção n. 162 da Organização Internacional do Trabalho, internalizada pelo direito nacional no Decreto n. 126/1991, dada a preponderância na proteção à saúde<sup>226</sup>. (grifos originais)

A ministra não estabelece uma conexão entre os fundamentos dos ministros que citou e o enquadramento desse tema como **competência material**, quer dizer que a ministra não respondeu a seguinte pergunta: qual a relação, ao seu ver, entre os votos dos ministros citados e a competência material do artigo 23?. A conclusão do voto da ministra é desconexa.

Dessa forma, somente podem ser feitas especulações conectivas para que o voto tenha sentido, como o fato de que ambos os ministros citados apresentam uma notória ideia de *descentralidade na atuação da Saúde Pública*, relativamente inovadora em relação ao que era compreendido anteriormente, pois, como explicitam os trechos citados, entendia-se por inconstitucionalidade formal os estados legislarem sobre a matéria de comercialização do amianto e seus derivados, ante a competência legislativa privativa da União em legislar sobre Direito comercial. A inovação dos ministros Joaquim Barbosa e Ayres Britto consiste em interpretar o caso como uma questão de saúde pública vinculante a todos os entes.

Os ministros citados, ao menos nos trechos apresentados no voto da ministra, não fazem o esforço argumentativo para distinguir as razões pelas quais a defesa da saúde, em contexto de amianto e seus derivados, trata-se

---

<sup>226</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15339396406&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 280.

de competências legislativas e não materiais e quais seriam os requisitos a serem cumpridos para enquadrar-se em cada um dos grupos de competências.

Além disso, a ministra Cármen Lúcia, detentora do principal ônus argumentativo de elucidar *porque* a matéria tratada é competência material ou em que os argumentos dos ministros citados (cuja visão sobre o enquadramento da matéria é *legislativo*) contribuiriam com esse entendimento, não o fez.

Reitera-se a “lacuna” interpretativa presente no voto do ministro Ricardo Lewandowski na ADI 2875, que é a ausência de uma ligação entre o dispositivo impugnado à norma que considera correspondente (artigo 23), o que torna toda análise elaborada em cima dos votos dos ministros Joaquim Barbosa e Ayres Britto uma suposição. A ministra limitou-se a enquadrar o caso concreto na norma constitucional sem maiores explicações do que o trecho citado.

Havia a possibilidade de o assunto ter sido desenvolvido de tal forma a preencher essa “lacuna” interpretativa relacionada ao art. 23. Porém isso não foi feito, conforme mostra o seguinte trecho, em que a ministra a reiterou:

Levada, assim, a efeito ponderação dos valores constitucionais aplicáveis à espécie, aliada a juízo de razoabilidade, tem-se que a permissão do uso do amianto (tipo crisotila) pela Lei n. 9.055/95 (ainda que posterior à Convenção) esvaziaria o compromisso internacional na defesa do direito fundamental à saúde (especialmente sobre o amianto), afrontando, com maior visibilidade, a competência comum dos entes federados na tutela desse direito (inc. II do art. 23 da Constituição da República)<sup>227</sup>.

## **V. O MODO DE DECIDIR DE EDSON FACHIN:**

---

<sup>227</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15339396406&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 281.

Este capítulo é composto por 3 acórdãos de temáticas distintas cujo ponto comum concentra-se no ministro Edson Fachin, pois identificou-se fundamentações convergentes no concernente ao artigo 23. Outro motivo pelo qual este capítulo foi criado é para destacar que ele foi o único ministro a introduzir no tribunal um debate sério e fundamentado focado diretamente na importância da descentralização dos entes – trouxe uma reflexão sobre o federalismo brasileiro ante as competências constitucionais, de modo a fomentar a autonomia dos entes menores.

Os acórdãos são:

- (i) a **ADI 3165**, julgada em 11/11/2015, pertencente ao Grupo 1: Conflito de poderes dentro do mesmo ente federativo;
- (ii) a **ADI 5873**, julgada em 23/08/2019, pertencente ao Grupo 1: Conflito de poderes dentro do mesmo ente federativo; e
- (iii) a **ADI 2752**, julgada em 23/08/2019, pertencente ao Grupo 1: Conflito de poderes dentro do mesmo ente federativo;

**i. ADI 3165:**

O contexto do acórdão é a Lei estadual de São Paulo n. 10.849/2001, a qual prevê *“Punição, com a perda da inscrição estadual, para aquelas empresas que exijam a realização de teste de gravidez ou a apresentação de atestado de laqueadura no momento de admissão de mulheres no trabalho”*<sup>228</sup>.

---

<sup>228</sup> EMENTA ADI 3165 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3165, Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 11 nov. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449011&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020.).

O único voto relevante para a presente pesquisa é o voto-vista do ministro Edson Fachin, pois foi o único voto divergente fundamentado, que enquadrou o tema do acórdão como competência comum presente no artigo 23 – o qual foi seguido somente pela ministra Cármen Lúcia. Os demais ministros taxaram o assunto como competência legislativa, por isso não estarão presentes nessa análise, conforme confirma a ementa:

2. Competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, consoante disposto no art. 22, inciso I, da Constituição Federal. A lei estadual, ao atribuir sanções administrativas pela inobservância da norma, também contraria a competência exclusiva da União para “organizar, manter e executar a inspeção do trabalho” (art. 21, XXIV, CF/88). Precedentes: ADI nº 2.487/SC; ADI nº 953/DF; ADI nº 3.587/DF; ADI nº 3.251/RO. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente<sup>229</sup>

Para o ministro Edson Fachin, a interpretação da norma deveria superar uma perspectiva formalista e restrita ao direito trabalhista, segundo a qual competiria apenas à União legislar sobre a matéria. O voto do ministro elevou o grau de abstração da norma impugnada a compreender seu conteúdo como debate sobre **discriminação de gênero** no acesso ao ambiente de trabalho, i.e., a norma foi interpretada à luz principiológica da **igualdade de gênero**:

importante se faz chamar a atenção, no presente caso, para o conteúdo da norma cuja inconstitucionalidade se alega com fundamento na competência exclusiva da União para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I, da Constituição Federal). **A norma impugnada tem conteúdo que vai muito além da regulamentação do direito do trabalho, pois se apresenta como concretização do direito à não discriminação da mulher no acesso ao mercado de trabalho** (art. 3º, IV; art. 5º, I; e art. 7º, XXX, da Constituição Federal) e como tal deve ser analisada<sup>230</sup>. (grifos originais)

---

<sup>229</sup> *Ibidem*.

<sup>230</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3165, Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 11 nov. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449011&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 13 e 14.

Afirma não existir uma inconstitucionalidade na Lei estadual impugnada n. 10.849/2001, pois esta reiteraria o conteúdo já existente em outras duas leis Federais n. 9.029/1995<sup>231</sup> e n. 9.729/1999<sup>232</sup>, as quais vedam exigências discriminatórias feitas para as mulheres no acesso e permanência das relações de trabalho, por exemplo, apresentação de atestados de gravidez ou atestados de esterilização. Portanto, a norma estadual ora impugnada desempenharia a função de proteção à mulher contra atos discriminatórios de empresas que lhes exigissem testes de gravidez e apresentação de atestado de laqueadura. Na terminologia do ministro Edson Fachin, essa proteção contra a discriminação feminina no mercado de trabalho seria *reafirmada* através da lei estadual paulista:

densificada pela norma estadual ora impugnada (Lei 10.849/2001 do Estado de São Paulo), tem este objetivo explicitado já na sua ementa: 'Autoriza o Executivo a adotar as punições que especifica contra as empresas que exijam a realização de teste de gravidez e apresentação de atestado de laqueadura para o acesso das mulheres ao trabalho, e dá providências correlatas<sup>233</sup>.

Em relação ao instituto de repartição de competências, o ministro Fachin adentra o **mesmo** debate que foi apresentado na ADI 3937, no capítulo

---

<sup>231</sup> "Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências" acesso: 08/11/2020 às 18:45 site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9029.htm#:~:text=Pro%C3%ADbe%20a%20exig%C3%Aancia%20de%20atestados,trabalho%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm#:~:text=Pro%C3%ADbe%20a%20exig%C3%Aancia%20de%20atestados,trabalho%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias).

<sup>232</sup>Ante a norma mencionada no acórdão, foi buscada em dois ambientes: Barra de pesquisa do site google (<https://www.google.com.br/>) e no site do senado, na página que apresenta todas as leis ordinárias estabelecidas pela União (inicialmente, acessei a página: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias>, cliquei no ano "1999" e fui direcionada para a página <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/1999-leis-ordinarias-1>) em nenhum dos dois ambientes foi encontrada a Lei Federal 9.729/1999 com essa numeração. Após pesquisa no site de leis ordinárias da União em 1999, encontrou-se a Lei nº 9.799 de 26 de maio de 1999, a qual "Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências." (08/11/2020 às 19:01 site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9799.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9799.htm)) supõe-se que o ministro confundiu a numeração das leis, pois o teor da Lei nº9799/99 é compatível com o voto do ministro Edson Fachin.

<sup>233</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3165, Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 11 nov. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449011&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 15.



INTERESSE LOCAL. Embora a ADI 3165 seja mais antiga, e, conseqüentemente, anteceda os argumentos que vieram a ser utilizados na ADI 3937, aquele acórdão abstrai a discussão sobre repartição de competências e aprofunda sua temática, na medida em que aborda a *presumption against pre-emption* e o modelo de aplicabilidade dos princípios da subsidiariedade e razoabilidade à luz do direito europeu.

Pelo fato de a ADI 3937 aprofundar consideravelmente o tema e por já ter sido analisada no capítulo INTERESSE LOCAL, os argumentos presentes serão retomados no presente capítulo, apesar de ser posterior cronologicamente. Inclusive, os argumentos que remontam (i) a repartição de competências, “rechaçando” a centralidade atribuída a qualquer ente e (ii) a maximização da efetivação dos direitos fundamentais, a partir do modelo federativo descentralizado, estão presentes de forma igual ou similar em ambos os acórdãos:

é necessário avançar do modo como a repartição de competências há tempos é lida – a partir de um modelo estanque que se biparte no sentido horizontal ou vertical, ou ainda, em competência legislativa ou administrativa – para um modelo em que o princípio informador seja a máxima efetividade dos direitos fundamentais como critério de distribuição destas competências<sup>234</sup>

A repartição de competências é característica fundamental em um Estado federado para que seja protegida a autonomia de cada um dos seus membros e, por conseguinte, a convivência harmônica entre todas as esferas, com o fito de evitar a secessão. Nesta perspectiva, esta distribuição pode se dar em sentido horizontal ou vertical, levando em conta a predominância dos interesses envolvidos. Repartir competências compreende compatibilizar interesses para reforçar o federalismo em uma dimensão realmente cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou outro ente e corroborando para que o funcionamento harmônico das competências legislativas e executivas aperfeiçoem os fundamentos (art. 1º) e objetivos (art. 3º) da Constituição da República. Ao construir uma rede interligada de competências, o Estado se compromete a exercê-las para

---

<sup>234</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3165, Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 11 nov. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449011&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 14.

o alcance do bem comum e para a satisfação de direitos fundamentais<sup>235</sup>.

Também em:

Determinando-se a igualdade e equilíbrio entre os entes, a Constituição ressalta a necessidade de maximização do exercício destas competências para que o Estado cumpra seu desiderato de pacificação e satisfação social. É este olhar que se propõe a partir da nova ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988, voltado para (i) a otimização da cooperação entre os entes federados; (ii) a maximização do conteúdo normativo dos direitos fundamentais; (iii) o respeito e efetividade do pluralismo com marca característica de um Estado Federado<sup>236</sup>.

Determinando-se a igualdade e equilíbrio entre os entes federativos, a Constituição ressalta a necessidade de maximização do exercício destas competências para que o Estado cumpra seu desiderato de pacificação e satisfação social. É este novo olhar que se propõe a partir da nova ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Uma mirada voltada para: a otimização da cooperação entre os entes federados; a maximização do conteúdo normativo dos direitos fundamentais; o respeito e efetividade do pluralismo com marca característica de um Estado Federado<sup>237</sup>.

Diantes dessas características, e considerando o caso concreto presente na ADI 3165, nota-se a coerência argumentativa do ministro em relação ao conteúdo de seu voto no caso concreto. Os fundamentos elencados em prol da descentralidade de atuação dos entes federativos seguem sendo utilizados, segundo o ministro, no intuito de compatibilizar interesses e

---

<sup>235</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 93.

<sup>236</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: nov. 2020. P. 120.

<sup>237</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3165, Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 11 nov. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449011&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020 P. 16.

fomentar um modelo federativo difuso e cooperativo<sup>238</sup>, maximizando a eficácia dos direitos fundamentais.

O ministro Edson Fachin fixa duas premissas para desenvolver seu voto: (i) a norma trata sobre a não-discriminação feminina no acesso ao mercado de trabalho, sendo, então, uma questão de política pública e não uma matéria trabalhista a ser legislada exclusivamente pela União (art. 22, I da CF/88); e (ii) a necessidade de analisar a repartição de competências à luz do *cooperativismo* de todos os entes, de tal maneira a dar primazia ao trabalho conjunto de todos para maximizar a efetividade dos direitos fundamentais assegurados pela carta constitucional, em detrimento de uma visão centralista que dificultaria essa possibilidade.

Nota-se que o ministro não prendeu a norma em seu sentido literal ao caso concreto, tratando-a como se fosse uma questão legislativa de direito trabalhista em sua essência. No entanto, abstraiu o entendimento da norma a partir do conteúdo da lei que discorreu sucintamente sobre *igualdade de gênero na esfera do trabalho*, ao identificar essa questão principiológica constitucional.

Inclusive, como foi mencionado, o ministro ampara seu entendimento em três artigos constitucionais: art. 3º, IV<sup>239</sup>; art. 5º, I<sup>240</sup>; e art. 7º, XXX<sup>241</sup>, tendo decidido aplicar a *interpretação extensiva* ao inciso I do artigo 23 da CF/88<sup>242</sup>, pois reitera a importância e o dever de **todos** os entes

---

<sup>238</sup> *Ibidem*.

<sup>239</sup> Constituição Federal, Art. 3º, IV: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

<sup>240</sup> Constituição Federal, art. 5º, I: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)".

<sup>241</sup> Constituição Federal, art. 7º, XXX: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; (...)".

<sup>242</sup> "compreender a legislação local protetiva, ora questionada, como parte de uma política pública contra a não discriminação da mulher no acesso ao mercado de trabalho, fruto de um esforço cooperativo entre entes federativos interessados em, solidariamente, zelar e guardar

resguardarem os valores constitucionais, e ainda utiliza-se do seu voto para reafirmar a autonomia de todos os entes para salvaguardar a Constituição Federal e maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.

Como mencionado, o entendimento do ministro Fachin foi seguido apenas pela ministra Cármen Lúcia, a qual somente reiterou a visão do ministro Fachin:

A Constituição não contém palavras inúteis, significando dizer que União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm o dever de suprir e dar plena eficiência a todos os princípios constitucionais, incluído aí, portanto, a não discriminação, que, no caso da mulher, tem, nesta prática, uma forma criminosa de preconceito e de tomada de posição contra ela<sup>243</sup>.

Reitera-se a coerência do ministro Fachin<sup>244</sup> em fomentar a autonomia dos entes menores e utilizar o art. 23 como instrumento para isso. Também é perceptível que o teor de seu voto não está voltado a somente resolver o caso da norma impugnada através da procedência ou improcedência, ministro aparenta buscar introduzir um debate no tribunal com o intuito de promover uma reflexão sobre a sua reiterada jurisprudência centralizadora.

## ii. **ADI 5873:**

A ADI trata da possibilidade dos estados poderem instituir equipamentos telefônicos em determinados espaços públicos para atender os deficientes, o tribunal julgou a matéria como questão de competência legislativa concorrente dos estados, seguindo as regras impostas pelos parágrafos do

---

*a Constituição e as leis brasileiras sobre o tema.* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3165, Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 11 nov. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449011&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020 P. 16.

<sup>243</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3165, Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 11 nov. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449011&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020 P. 26.

<sup>244</sup> Vide a interpretação feita na ADI 3937, que é replicada nos três casos desse capítulo.

art. 24. O único ministro que aborda a perspectiva material da norma impugnada é o ministro Edson Fachin. Cita-se um trecho da ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONVENÇÃO DE NOVA YORK SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI ESTADUAL 17.142/2017 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA FIXA. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS TELEFÔNICOS ADAPTADOS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, EM ESTABELECIMENTOS DE GRANDE CIRCULAÇÃO DE PÚBLICO. PROTEÇÃO E INTEGRAÇÃO SOCIAL DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS (CF, ART. 24, XIV). IMPROCEDÊNCIA<sup>245</sup>.

Todos os ministros declararam a **improcedência** da ação, votando pela constitucionalidade da norma. O ministro Edson Fachin divergiu quanto a classificação da competência da norma impugnada e sua fundamentação no voto diferenciou-se de todos os outros por entender que a norma era de competência material.

Entendeu que o artigo 1º da norma impugnada deixa claro o seu âmbito material de incidência sobre o direito das pessoas portadoras de deficiência, na medida em que atua com a finalidade de promover a acessibilidade dos indivíduos portadores de deficiência em vias públicas:

Art. 1º Os estabelecimentos públicos e privados com grande circulação de público devem possuir, ao menos, um telefone de atendimento ao público adaptado à comunicação das pessoas com deficiência visual, auditiva ou de fala.

Parágrafo único. Entende-se, para os fins desta Lei, estabelecimento de grande circulação de público, entre outros os centros comerciais com mais de 30 (trinta) lojas, shopping centers, edifícios comerciais, universidades, escolas, terminais de transporte coletivo, hotéis e prédios públicos.

---

<sup>245</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5873, Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Santa Catarina, SC, 23 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341485364&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 1.

Segundo o ministro Fachin, tal matéria está expressa no art. 23, II, da CF/88, não apenas porque o arcabouço textual da norma faz compreender essa proteção, mas também porque entende que a proteção ao indivíduo portador de deficiência sintoniza-se com o cuidado à sua saúde e com a assistência pública, resguardando o direito fundamental da pessoa humana e promovendo a inclusão social. Por esta matéria versar sobre todas essas garantias constitucionais fundamentais e o ato da norma promover a efetividade jurídica à demanda desse grupo de indivíduos, a matéria seria de cunho **material**.

Defende a constitucionalidade da norma, pois ela permite que um ente federado menor (o Estado de Santa Catarina) possa promover essa proteção sem depender de autorização ou sujeitar-se à subordinação das diretrizes da União. Para justificar sua perspectiva, repete a discussão sobre repartição de competências, predominância de interesses e interpretação em prol dos entes menores, tal como foi figurado na ADI 3937 do capítulo INTERESSE LOCAL. Inclusive, é possível notar um trecho repetido em relação à ADI 3937 nessa ADI 5873:

E nesse contexto, é necessário avançar do modo como a repartição de competências há tempos é lida – a partir de um modelo estanque que se biparte no sentido horizontal ou vertical, ou ainda, em competência legislativa ou administrativa – para um modelo em que o princípio informador seja a máxima efetividade dos direitos fundamentais como critério de distribuição destas competências<sup>246</sup>.

Reitera a visão de que essa descentralidade fomenta a cooperação entre os entes federados, maximiza a efetividade do conteúdo normativo dos direitos fundamentais e promove o respeito e efetividade do pluralismo social e cultural, característica de um Estado Federado.

---

<sup>246</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5873, Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Santa Catarina, SC, 23 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341485364&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 24.

iii. **ADI 2752:**

O contexto desse acórdão está centrado no debate sobre Segurança Pública. A norma impugnada é a Lei n. 2.763/2001 do Distrito Federal, que discorre sobre a regulação de um Serviço Comunitário de Quadra. Esse prestador de serviços deve se cadastrar junto à Secretaria de Segurança Pública do DF e a ele será delegado uma série de prerrogativas e sujeições vinculados à segurança, como afirma o art. 2º da lei impugnada:

Art. 2º O Serviço Comunitário de Quadra tem as seguintes finalidades:

I – acompanhar a chegada e a saída de moradores de suas residências;

II – efetuar a compra e o transporte de medicamentos e alimentos emergenciais;

III – verificar o fechamento de portões de imóveis;

IV – verificar anormalidades nos veículos automotores;

V – comunicar à polícia sobre presença de pessoas estranhas ou em atitudes suspeitas;

VI – comunicar ao morador irregularidades detectadas quanto aos itens III e IV.

O único voto escrito que dialoga com a proposta do trabalho é o do ministro Edson Fachin, pois entende que a segurança pública é competência material comum **e** concorrente aos entes federados, no sentido de tanto pertencer ao âmbito administrativo quanto legislativo, respectivamente, enquanto os demais ministros entenderam tratar-se exclusivamente de competência legislativa privativa da União. Afirma que essa matéria recai sobre a **multidisciplinariedade** de competências, conceito resgatado no autor Tiago Magalhães Pires:

Há também situações de concorrência de fato entre as competências de diversos entes federativos, ainda que privativas. São casos em que a **lei editada por uma entidade política remete simultaneamente às categorias previstas em duas ou mais regras de competência**, algumas permitidas e outras proibidas àquela entidade política. Diante disso, o intérprete se veria na contingência de escolher a categoria mais saliente ou o ente a

ser aquinhado, ou simplesmente reconhecer a realidade e admitir a validade da lei<sup>247</sup>. (grifos próprios)

A partir disso, o ministro entende que quando uma temática enquadra-se em diversos escopos de competências constitucionais, deve-se escolher aquela que presuma a *constitucionalidade* normativa, devendo o intérprete da lei deve optar pela interpretação que “**não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria**”<sup>248</sup> (grifos próprios). Para tanto, adota um princípio consolidado na jurisprudência estado-unidense, chamado *presumption against pre-emption*, cujo significado literal é: *presunção a favor da competência dos entes menores da federação*.

Ademais, o ministro reafirma a possibilidade de se identificar o princípio da subsidiariedade no federalismo brasileiro aos moldes do que fora apresentado na ADI 3937, inclusive, citando o mesmo trecho textual do professor José de Oliveira Baracho<sup>249</sup>. Desta maneira, também remonta o método interpretativo da ADI 3937, afastando a incidência normativa geral do ente maior em prol do ente menor sob o seguinte excerto:

quando a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2752, Tribunal Pleno. Relator: Roberto Barroso. Distrito Federal, DF, 23 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341027042&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020. P. 15.

<sup>248</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2752, Tribunal Pleno. Relator: Roberto Barroso. Distrito Federal, DF, 23 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341027042&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020. P. 16.

<sup>249</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2752, Tribunal Pleno. Relator: Roberto Barroso. Distrito Federal, DF, 23 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341027042&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020. P. 16.

<sup>250</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2752, Tribunal Pleno. Relator: Roberto Barroso. Distrito Federal, DF, 23 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341027042&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020. P. 17. O mesmo trecho foi utilizado na ADI 3937.



Note-se que o ministro não desenvolveu nessa ADI a diferenciação conceitual entre os artigos 23 e 24. Porém, pelo teor do discurso de descentralidade, e por todas as menções feitas à ADI 3937, pode-se cogitar implicitamente que se adote a mesma ideia – na qual a diferença entre os artigos reside no grau de autonomia atribuída ao ente federativo<sup>251</sup>. É de se supor que a interpretação do ministro sobre a alocação das matérias conforme o artigo 23 da CF/88 seja uma maneira do ente menor adquirir maior responsabilidade e, ao mesmo tempo, seria uma forma de maximizar o provimento do direito à população.

Enfim, quando se retoma a temática do acórdão de Segurança Pública, o ministro concorda que a matéria *também* é uma questão de competência legislativa pertencente a todos. Contudo, diante do que fora dito sobre autonomia dos entes e a possibilidade de se regerem sem a instituição de uma norma geral naquilo que for cabível, compreende-se que o ministro busca afastar o caráter suplementar dos entes. Para estender a responsabilidade da segurança pública a todos os entes, ampara-se na doutrina de Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>252</sup>, o qual afirma que essa temática não se concentra somente no art. 144 da Constituição Federal, mas ela estaria no âmago da *sistemática* constitucional:

E o é não apenas no tocante ao art. 144, que concerne especificamente à segurança pública, mas também no que se refere ao todo do sistema constitucional. Devem ser especialmente observados os princípios constitucionais fundamentais - a república, a democracia, o estado de direito, a cidadania, a dignidade da pessoa humana -, bem como **os direitos fundamentais** - a vida, a liberdade, a igualdade, **a segurança**<sup>253</sup>. (grifos próprios)

---

<sup>251</sup> Vide capítulo INTERESSE LOCAL, ADI 3937, do presente trabalho.

<sup>252</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira, A Segurança Pública na Constituição Federal de 1988: Conceituação Constitucionalmente Adequada, Competências Federativas e Órgãos de Execução das Políticas, Revista de Direito do Estado, n. 8, p. 21-24, 2007.

<sup>253</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2752, Tribunal Pleno. Relator: Roberto Barroso. Distrito Federal, DF, 23 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341027042&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020. P. 18.

Em síntese, através de Cláudio Pereira de Souza Neto, o ministro Edson Fachin compreende a segurança pública como um *direito fundamental*, a qual pode ser entendida (na concepção trazida pelo autor) como um *serviço público* a ser prestado pelo Estado aos cidadãos. Utiliza-se como instrumento de fundamentação legislativa o Projeto de Emenda Constitucional n. 33/2014 (PEC), o qual ainda está em tramitação<sup>254</sup>, que acresce aos arts. 23 e 24 a responsabilidade da Segurança Pública<sup>255</sup>. Sob a ótica do ministro, essa PEC tornaria lei aquilo que já pode ser entendido a partir de uma interpretação sistêmica da CF/88, isto é, a segurança pública é uma matéria que pertence ao rol de interesses do DF e, ante ao princípio de predomínio de interesse, norteador da repartição de competências constitucionais, tal matéria notoriamente seria uma competência material comum a todos.

### **OBSERVAÇÕES:**

Os três acórdãos elencados nesse capítulo possuem temáticas completamente distintas entre si: igualdade de gênero no acesso ao mercado de trabalho (ADI 3165), direito do deficiente (ADI 5873) e segurança pública (ADI 2752). Nota-se que em todos os acórdãos analisados neste capítulo, Edson Fachin é o único ministro do plenário a enquadrar as normas impugnadas na esfera do artigo 23 da Constituição de 1988 e o faz por caminhos distintos:

- a. Na ADI 3165, o ministro elevou a da norma trabalhista à regulamentação do princípio constitucional da igualdade de gênero, sobre o qual compreendeu uma atitude do

---

<sup>254</sup> O status da PEC no site do Senado é de Tramitação Encerrada (<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118712> acesso em: 13/11/2020 às 17:16) e foi destinada à Câmara dos Deputados (<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=1734814> acesso em: 13/11/2020 às 17:17), cujo status é "Aguardando Criação de Comissão Temporária pela MESA" e o último despacho foi realizado em 28/09/2015.

<sup>255</sup> É interessante essa informação pois explicita ser um entendimento em trâmite do próprio poder legislativo.

Estado em zelar por esse valor constitucional e proteger o gênero feminino de possíveis discriminações por questões biológicas inerentes ao próprio corpo. Ao **elevantar** o debate ao escopo constitucional, compreendeu que o Estado **zelou** pela Constituição, e teria o direito de fazê-lo por tratar-se de um ente autônomo ao qual lhe fora atribuída uma competência material pela própria Carta Constitucional, por meio do artigo 23. Houve uma **interpretação extensiva**.

b. Na ADI 5873, o ministro explora o arcabouço textual da **própria** norma impugnada sobre o fornecimento de equipamentos que favorecessem os indivíduos portadores de deficiência. Defende que a norma, fundada no direito do deficiente, compreende também o cuidado com a sua saúde, resguardando a assistência pública, a proteção ao deficiente, o direito fundamental da pessoa humana e a promoção à inclusão social. Por essas questões serem **implícitas** ao direito do deficiente (conforme se depreende da argumentação do ministro), configuram-se como questões de política pública estatal, sobre as quais incide o dever de atuação dos estados, por meio do artigo 23. E, pelo fato de o estado ser autônomo, incide a competência material que lhe fora atribuída pela própria Carta Constitucional.

c. Na ADI 2752, o ministro aborda uma **interpretação sistêmica** da Constituição com fundamento na doutrina e, ainda, invoca um projeto de lei que aborda a segurança pública, no intuito de apresentar a visão do poder Legislativo sobre a lacuna contida no artigo 23 da Constituição, o qual não compreende expressamente em seus incisos essa matéria. Diante desses elementos, o ministro interpretou a matéria de segurança pública como uma competência material passível de ser exercida por todos os entes, em detrimento da exclusividade da União. Essa competência teria respaldo,

novamente, no fato de o estado ser autônomo, o que faria incidir a competência material que lhe fora atribuída pela própria Carta Constitucional.

Note-se que o ministro utilizou para cada ADI um tipo de interpretação, entre caminhos de fundamentação distintos, mobilização de raciocínios jurídicos, normas e princípios diversos, sempre recaiu no mesmo ponto central: os entes menores são dotados da autonomia suficiente para atuarem sobre estas respectivas matérias que, no fundo, fomentam a efetividade de direitos fundamentais da população.

É possível refletir, em caráter digressivo, sobre as razões pelas quais o ministro teria adotado posicionamento diverso de seus pares. Talvez, tivesse por finalidade introduzir no tribunal uma reflexão sobre a repartição de competências tendenciando à sua **descentralização**, reafirmando a autonomia dos entes menores. Ainda que essa não tenha sido sua intenção propriamente dita, as suas decisões, de fato, trazem discussões acerca da repartição de competências e mostram esse posicionamento, que, se fosse adotado pela maioria do tribunal, poderia ter o efeito prático de reafirmar a autonomia dos entes menores e, conseqüentemente, aumentar seus encargos frente à União.

De todo modo, nota-se que houve um esforço argumentativo do ministro Fachin em **não tolher** uma competência do ente menor, quando esta também for atribuída aos outros, a favor de uma diretriz normativa geral de um ente maior<sup>256</sup>, ou de uma competência que também recaia no âmbito da exclusividade de um dado ente.

A impressão passada pelos acórdãos lidos neste capítulo é de que o ministro tem consciência de que não será voto vencedor. Inclusive, as duas últimas ADIs foram votadas no mesmo dia e o ministro Edson Fachin convergiu os dois votos para a mesma conclusão, apresentando

---

<sup>256</sup> Ele utiliza genericamente o termo "ente maior", porém, todos os casos são de conflitos entre os estados e a União.

interpretações diferentes, ao mesmo tempo em que critica a postura do Supremo Tribunal Federal que **inflaciona** as competências da União.

Veja-se que os conflitos suscitados nas ADIs analisadas envolviam estados-membro e a União, sendo os primeiros tidos como “entes menores” e a União como “o ente maior”. Interessante avaliar que, caso o ponto central de Fachin fosse adotado pelo tribunal, ele poderia ensejar discussões mais aprofundadas sobre as competências materiais dos municípios em uma perspectiva favorável ao federalismo centrífugo – sob o qual os municípios poderiam ser vistos como “entes menores” e os estados e a União como “entes maiores”.

Como apontado, todas as ADIs desse capítulo pertencem ao Grupo 1: conflito de poderes dentro do mesmo ente federativo e, em todos os acórdãos, o requerente era o Governador do respectivo estado e a requerida era a Assembleia Legislativa estadual. Isso demonstra que os próprios governadores impugnaram as normas estaduais sob a alegação de algum tipo de usurpação de competência da União.

É possível especular que este comportamento dos governadores ocorra por não se querer assumir tais responsabilidades, pois, se absolutamente todas as normas impugnadas fossem declaradas constitucionais sob a alegação de serem competências materiais (isto é, políticas públicas), para cumpri-las seria necessário: destacar recursos financeiros para a efetivação daquela atividade, contratar funcionários ou elaborar concursos públicos ou, talvez, criar um órgão ou destacar um setor que fiscalize aquela atividade. Isso tudo gera uma responsabilidade para a Administração Pública do estado, sendo menos oneroso não arcar com essa responsabilização ou mantê-la na esfera da União.

Tendo isso em consideração, verifica-se que o manuseio da lacuna normativa do art. 23, da Constituição, pode ser usada pelos entes federativos de forma estratégica, para impugnar normas que criem ônus administrativo-financeiros para os entes ou para atrair uma dada competência que possa ser politicamente relevante para o representante eleito de um dado ente.

## VI. ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DE RECEITAS:

Este capítulo foi composto pela união temática de acórdãos que têm por discussão o acompanhamento e a fiscalização de receitas estaduais. Foram identificados 2 acórdãos desta temática:

- (i) a **ADI 4606**, julgada em 28/02/2019, pertencente ao Grupo 2: Conflito de poderes entre diferentes entes federativos;
- (ii) a **ADI 6233**, julgada em 14/02/2020, pertencente ao Grupo 2: Conflito de poderes entre diferentes entes federativos<sup>257</sup>.

### i. **ADI 4606/ADI 6233:**

O contexto dos casos é muito semelhante, referem-se a normas estaduais que visam “fiscalizar, arrecadar e controlar” receitas diretas decorrentes de recursos hídricos e minerais sob alegação de estarem de acordo com o art. 23, XI<sup>258</sup>. Para explicar melhor o teor do caso, é ideal apresentar os trechos das ementas relativas a esses acórdãos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E FINANCEIRO. FEDERALISMO. REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS HÍDRICOS E MINERAIS, INCLUSIVE PETRÓLEO E GÁS. LEI 10.850/2007 E DECRETO 11.736/2009 DO ESTADO DA BAHIA. ATOS EDITADOS PARA VIABILIZAR “FISCALIZAÇÃO, ARRECADAÇÃO E CONTROLE” DAS RECEITAS DECORRENTES DA EXPLORAÇÃO DESSES RECURSOS, COM PRESSUPOSTO NO ART. 23, XI, DA CF. LEGITIMIDADE DAS NORMAS QUE ESTABELECEM OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE NORMAS SOBRE AS CONDIÇÕES DE RECOLHIMENTO DESSAS COMPENSAÇÕES, INCLUSIVE AS RELATIVAS À SUA ARRECADAÇÃO DIRETA PELO ESTADO. 1.

---

<sup>257</sup> Embora o requerente fosse a Associação Brasileira de Empresas de Exploração e Produção de Petróleo e Gás (ABEP), foi enquadrado no Grupo 2 pelo *teor* do acórdão, porque nitidamente não é um estado-membro como parte.

<sup>258</sup> Constituição Federal, art. 23, XI: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; (...)”.

Segundo jurisprudência assentada nesta CORTE, as rendas obtidas nos termos do art. 20, § 1º, da CF constituem receita patrimonial originária, cuja titularidade – que não se confunde com a dos recursos naturais objetos de exploração – pertence a cada um dos entes federados afetados pela atividade econômica. 2. Embora sejam receitas originárias de Estados e Municípios, as suas condições de recolhimento e repartição são definidas por regramento da União, que tem dupla autoridade normativa na matéria, já que cabe a ela definir as condições (legislativas) gerais de exploração de potenciais de recursos hídricos e minerais (art. 22, IV e XII, da CF), bem como as condições (contratuais) específicas da outorga dessa atividade a particulares (art. 176, parágrafo único, da CF). Atualmente, a legislação de regência determina seja o pagamento “efetuado, mensalmente, diretamente os Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União” (art. 8º da Lei 7.990/1989). 3. As providências enumeradas no art. 23, XI, da CF – registro, fiscalização e acompanhamento – possibilitam o controle pelos demais entes federativos das quotas-partes repassadas a título de compensação financeira pelos órgãos federais, com a possibilidade de criação de obrigações administrativas instrumentais, a serem observadas pelas concessionárias instaladas nos respectivos territórios. 4. Os Estados, Distrito Federal e Municípios não possuem competência para definir as condições de recolhimento das compensações financeiras de sua titularidade, ou mesmo para arrecadá-las diretamente, por intermédio de seus órgãos fazendários. 5. Extrapola a competência comum do art. 23, XI, da CF a instituição de infrações e penalidades pelo atraso no pagamento das compensações financeiras (obrigação principal), bem como sua arrecadação diretamente pela Secretaria de Fazenda Estadual. 6. Ação direta julgada parcialmente procedente<sup>259</sup>.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E FINANCEIRO. FEDERALISMO. REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS HÍDRICOS E MINERAIS, INCLUSIVE PETRÓLEO E GÁS. LEI 5.139/2007 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ATO EDITADO PARA VIABILIZAR “O ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO” DAS RECEITAS DECORRENTES DA EXPLORAÇÃO DESSOS RECURSOS, COM PRESSUPOSTO NO ART. 23, XI, DA CF. LEGITIMIDADE DAS NORMAS QUE ESTABELECEM OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE NORMAS SOBRE AS CONDIÇÕES DE RECOLHIMENTO DESSAS COMPENSAÇÕES, INCLUSIVE AS RELATIVAS À SUA

---

<sup>259</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4606, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 28 fev. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768173449/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4606-ba-bahia-9931993-0820111000000/inteiro-teor-768173457>. Acesso em: nov. 2020. Ementa da ADI 4606.

ARRECAÇÃO DIRETA PELO ESTADO. 1. Segundo jurisprudência assentada nesta CORTE, as rendas obtidas nos termos do art. 20, § 1º, da CF constituem receita patrimonial originária, cuja titularidade – que não se confunde com a dos recursos naturais objeto de exploração – pertence a cada um dos entes federados afetados pela atividade econômica. 2. Embora sejam receitas originárias de Estados e Municípios, as suas condições de recolhimento e repartição são definidas por regramento da União, que tem dupla autoridade normativa na matéria, já que cabe a ela definir as condições (legislativas) gerais de exploração de potenciais de recursos hídricos e minerais (art. 22, IV e XII, da CF), bem como as condições (contratuais) específicas da outorga dessa atividade a particulares (art. 176, parágrafo único, da CF). Atualmente, a legislação de regência determina que seja o pagamento “efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União” (art. 8º da Lei 7.990/1989). 3. As providências enumeradas no art. 23, XI, da CF – registro, fiscalização e acompanhamento – possibilitam o controle pelos demais entes federativos das quotas-partes repassadas a título de compensação financeira pelos órgãos federais, com a possibilidade de criação de obrigações administrativas instrumentais, a serem observadas pelas concessionárias instaladas nos respectivos territórios. 4. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não possuem competência para definir as condições de recolhimento das compensações financeiras de sua titularidade, ou mesmo para arrecadá-las diretamente, por intermédio de seus órgãos fazendários. 5. Extrapola a competência comum do art. 23, XI, da CF a instituição de infrações e penalidades pelo atraso no pagamento das compensações financeiras (obrigação principal), bem como sua arrecadação diretamente pela Secretaria de Fazenda Estadual. 6. Ação Direta julgada parcialmente procedente<sup>260</sup>.

Além de o contexto de ambas as ADIs ser demasiado semelhante, verifica-se que o ministro Alexandre de Moraes é o relator de ambos os casos e profere seus votos com fundamentação igual e/ou semelhante. Identificam-se trechos iguais ou similares nos acórdãos na seguinte comparação:

Realmente, as providências enumeradas no art. 23, XI, da CF – registro, fiscalização e acompanhamento – se prestam a garantir um mínimo de autonomia financeira aos entes periféricos da federação, possibilitando pelo menos alguma

---

<sup>260</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6233, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Rio de Janeiro. RJ. 14 fev. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342550609&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. Ementa da ADI 6233.



perspectiva de controle sobre as receitas geradas com as compensações financeiras. Mas, sem embargo disso, essas atribuições não chegam a conferir capacidade arrecadatória direta quanto a essas verbas. Afinal, em diversas passagens do texto constitucional, houve cuidadosa distinção entre as atribuições de arrecadação e fiscalização, o que permite inferir que – fosse o caso de uma competência de caráter arrecadatório – ela viria expressa no comando do inciso XI do art. 23. No mínimo, ela seria prevista em lei complementar, nos termos do art. 146, parágrafo único, IV, da CF, incluído pela Emenda Constitucional 42/2003, segundo o qual 'a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional de contribuintes'. No entanto, tal legislação complementar é inexistente, não bastando para supri-la o comando do art. 8º da Lei 7.990/1989<sup>261</sup>.

E, posteriormente, a ADI 6233 reitera a jurisprudência consolidada no julgamento da ADI 4606 a respeito da fiscalização e arrecadação de receita pelos entes federativos:

A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, inclusive, chancelou tal entendimento no julgamento da ADI 4.606, de minha relatoria, em que questionada legislação do Estado da Bahia com conteúdo semelhante à matéria dos autos. Naquele julgado, que teve como objeto lei e decreto estaduais que autorizavam a fiscalização, a arrecadação e o controle das receitas decorrentes da exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de recursos minerais, inclusive petróleo e gás natural, por concessionários, permissionários, cessionários e outros, a CORTE definiu as seguintes balizas para o caso: (a) os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência para estabelecer instrumentos de fiscalização das compensações financeiras recebidas por transferência da União; e (b) tais Entes políticos não possuem competência para estabelecer regras sobre a arrecadação dessas compensações, nem para estabelecer sanções pelo seu não recolhimento em termos distintos daqueles estabelecidos na legislação nacional<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> Localizado nas páginas 31/32 do acórdão 4606 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4606, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 28 fev. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768173449/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4606-ba-bahia-9931993-0820111000000/inteiro-teor-768173457>. Acesso em: nov. 2020.) e na página 38 da ADI 6233 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6233, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Rio de Janeiro. RJ. 14 fev. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342550609&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020.).

<sup>262</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6233, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Rio de Janeiro. RJ. 14 fev. 2020. Disponível em:

Na ADI 4606, o ministro-relator, Alexandre de Moraes, é um dos dois ministros que proferem voto escrito, e sua tese somente não é aderida pelo ministro Marco Aurélio. Na ADI 6233, o ministro-relator Alexandre de Moraes é o único a proferir voto escrito, porém, é acompanhado pelos demais ministros. Por isso, ambos os acórdãos serão analisados juntos.

O aspecto do caso que trata sobre competência comum (art. 23, inc. XI<sup>263</sup>) abrange a discussão sobre a possibilidade de os estados poderem **fiscalizar, arrecadar e controlar** as receitas decorrentes da exploração dos recursos hídricos e minerais, inclusive petróleo e gás.

Como argumento de autoridade doutrinário para reafirmar o inciso taxativo do artigo 23, atribuído aos estados e municípios, utiliza-se da doutrina de Régis Fernandes Oliveira:

Como se percebe, inarredável que Estados e Municípios têm competência originariamente fixada pela Constituição da República para acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa outorgadas pela União, naquilo que contende com a exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios. É o que decorre do inciso XI do art. 23 da CF<sup>264</sup>.

O ministro Alexandre de Moraes afirma que as providências enumeradas no art. 23, inc. XI – registro, fiscalização e acompanhamento – servem para garantir o mínimo de autonomia aos entes periféricos da federação, aos quais seria dada alguma possibilidade de controle sobre as receitas geradas para compensações financeiras. Embora o intuito seja de fomentar relativa

---

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342550609&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 44.

<sup>263</sup> Constituição Federal, art. 23, XI: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; (...)”.

<sup>264</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes. Curso de direito financeiro. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. pp. 284-285 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4606, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 28 fev. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768173449/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4606-ba-bahia-9931993-0820111000000/inteiro-teor-768173457>. Acesso em: nov. 2020. P. 35.

autonomia, o ministro-relator afirma que o inc. XI do artigo 23 **não** confere capacidade arrecadatória direta dessas verbas.

Inclusive, diferencia conceitualmente *arrecadação* de *fiscalização* ao longo de seu voto, atribuindo uma interpretação àquilo que fora apresentado pelo legislador. Para tanto, apoiou-se em um excerto de Fernando Facury Scaff<sup>265</sup>, o qual fomenta a ideia de que arrecadar é diferente de fiscalizar, sendo que o primeiro (arrecadar) deveria estar presente *expressamente* na norma constitucional, ou, no mínimo, em lei complementar:

Afinal, em diversas passagens do texto constitucional, houve cuidadosa distinção entre as atribuições de arrecadação e fiscalização, o que permite inferir que – fosse o caso de uma competência de caráter arrecadatório – ela viria expressa no comando do inciso XI do art. 23. No mínimo, ela seria prevista em lei complementar, nos termos do art. 146, parágrafo único, IV, da CF, incluído pela Emenda Constitucional 42/2003, segundo o qual 'a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional de contribuintes'. No entanto, tal legislação complementar é inexistente, não bastando para supri-la o comando do art. 8º da Lei 7.990/1989 (...) Já foi visto anteriormente que não cabe aos Estados-membros a função de 'arrecadar'. Caberia a função de 'fiscalizar a arrecadação'? A resposta é positiva, porém, pendente de um convênio a ser firmado pelo DNPM (...) pois é este quem detém por lei a competência fiscalizatória (Lei 8876, art. 3º, IX) e sempre para a implementação das normas federais que regem a matéria<sup>266</sup>.

Embora seu entendimento convirja em grande parte com o autor citado, o ministro faz a ressalva de que a fiscalização **não** é dependente de um contrato de convênio a ser celebrado com o DNPM (Departamento

---

<sup>265</sup> (Royalties da mineração). In: SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Direito tributário e econômico aplicado ao meio ambiente e à mineração. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp 297-298 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4606, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 28 fev. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768173449/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4606-ba-bahia-9931993-0820111000000/inteiro-teor-768173457>. Acesso em: nov. 2020. P. 33.

<sup>266</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4606, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 28 fev. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768173449/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4606-ba-bahia-9931993-0820111000000/inteiro-teor-768173457>. Acesso em: nov. 2020. P. 31 e 32.

Nacional de Produção Mineral<sup>267</sup>), pois essa interpretação esvaziaria a competência prevista no inc. XI do art. 23 da CF/88, por outorgar imediatamente aos entes federativos a autoridade para controle das quotas-partes, repassadas a título de compensação financeira pelos órgãos federais competentes para a sua arrecadação (como DNPM e ANEEL)<sup>268</sup>.

O conceito de fiscalização adotado pelo ministro relator é do doutrinador Hely Lopes Meirelles:

**fiscalizar** é vigiar permanentemente os atos praticados pelos subordinados, com o intuito de mantê-los dentro dos padrões legais regulamentares instituídos para cada atividade administrativa<sup>269</sup>.

O ministro-relator ainda complementa o autor administrativista, afirmando que a fiscalização pressupõe o poder de **controlar** e ter responsabilidade sobre aquela matéria – não desobrigando o ente do dever de prestação de contas, consubstanciado pela norma constitucional que lhe atribui aquela tarefa<sup>270</sup>.

Conforme o ministro, pelo poder de sanção ser privativo da União, cabe aos estados-membros, DF e municípios apenas uma relação administrativa **acessória** nos contratos de exploração de atividades minerárias ou hídricas,

---

<sup>267</sup> Esse departamento pertencia ao Ministério de Minas e Energia, foi extinto e substituído pela Agência Nacional de Mineração (ANM), a qual nasceu pela Lei nº13.575 de 26 de dezembro de 2017. Essa informação foi tirada do *site* <http://www.mme.gov.br/web/guest/secretarias/geologia-mineracao-e-transformacao-mineral/entidades-vinculadas/dnpm> Acesso em: 14/11/2020 às 14:51.

<sup>268</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4606, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 28 fev. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768173449/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4606-ba-bahia-9931993-0820111000000/inteiro-teor-768173457>. Acesso em: nov. 2020. P. 34.

<sup>269</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4606, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 28 fev. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768173449/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4606-ba-bahia-9931993-0820111000000/inteiro-teor-768173457>. Acesso em: nov. 2020. P. 34.

<sup>270</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4606, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 28 fev. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768173449/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4606-ba-bahia-9931993-0820111000000/inteiro-teor-768173457>. Acesso em: nov. 2020. P. 35.

cuja finalidade é instrumentalizar as compensações financeiras recebidas por transferência da União<sup>271</sup>. O limite do art. 23 está no estabelecimento de sanções (competência privativa da União) e na impossibilidade dos demais entes federativos arrecadarem rendas por si e para si – a eles cabe a atividade de fiscalização.

Por fim, o ministro Alexandre de Moraes conceituou a fiscalização com base na doutrina e na própria lei, e estabeleceu um limite interpretativo ao inc. XI do art. 23, quanto ao aspecto da **arrecadação**, a qual deve estar prevista exclusivamente em lei.

Há uma diferença nos resultados dos julgamentos finais dessas ADIs.

Na ADI 4606, há uma divergência curta do ministro Marco Aurélio em relação ao ministro-relator, Alexandre de Moraes. Diverge-se interpretativamente em relação ao art. 23. O ministro vencido afirma que, pelo fato de as receitas envolvidas serem somente as estaduais, e não as da União, o estado somente estaria incumbido de disciplinar a arrecadação dos valores referentes a sua própria receita. Dessa maneira, haveria o cumprimento da atividade normativa trazida pelo inc. XI:

Não se tem o envolvimento de receita do ente federal, ou seja, da União; tem-se o envolvimento de receita do Estado. E a legislação estadual apenas disciplina a arrecadação dos valores correspondentes a essa receita. Houve o cuidado, inclusive, de remeter-se à legislação federal quanto a compensações que ocorrem na espécie. Entendo que o Estado da Bahia não exorbitou da atividade normativa, que lhe é própria, prevista, como também afirmado da tribuna, no inciso XI do artigo 23 da Constituição Federal<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4606, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 28 fev. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768173449/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4606-ba-bahia-9931993-0820111000000/inteiro-teor-768173457>. Acesso em: nov. 2020. P. 36.

<sup>272</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4606, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 28 fev. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768173449/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4606-ba-bahia-9931993-0820111000000/inteiro-teor-768173457>. Acesso em: nov. 2020. P. 40.

Na ADI 6233, o entendimento acerca do art. 23, da Constituição, foi unânime dentro do tribunal. A fundamentação foi aceita mesmo pelo ministro Marco Aurélio, o qual declarou que deveria reafirmar o dever de coerência do colegiado, composto por forças distintas, que deveriam colaborar mutuamente entre si em momento de julgamento eletrônico (o julgamento ocorreu durante a pandemia do COVID-19).

Pode-se considerar que nesses acórdãos houve um preenchimento interpretativo do inciso XI do art. 23, excluindo dos estados a capacidade de *arrecadar* verbas em cima do conteúdo taxativo desse inciso. Ao mesmo tempo, o ministro-relator fixou um parâmetro para compreender o que é *fiscalizar* receitas. Os casos apontam que, quando envolve captação de recursos, o artigo 23 não incide, aparentemente, sobre questões tributárias e financeiras, que são de escopo extremamente *legal*, isto é, deve estar expressamente previsto em lei [complementar] para prática de algum tipo de exercício.

Apenas pode-se afirmar que o fato de se tratar de um tema circundante ao direito financeiro, deve-se recordar do diálogo que estabelece com o modelo do federalismo cooperativo, caracterizado pela cooperação financeira entre os entes de repartição da colheita de tributos no intuito de colaborar com o desenvolvimento de regiões menos favorecidas no território brasileiro<sup>273</sup>.

## **VII. PARÁGRAFO ÚNICO E CONVÊNIOS:**

Este capítulo é composto pelo único acórdão que discute a regra de colaboração entre os entes mediante lei complementar da União, prevista no parágrafo único do art. 23, da CF/88, bem como a possibilidade de celebração de contrato de convênios. Trata-se da: **ADI 3499**, julgada em 30/08/2019, pertencente ao Grupo 1: Conflito entre poderes em um mesmo ente federativo.

---

<sup>273</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. P. 743 e 744.

i. **ADI 3499:**

O contexto do acórdão é relativo à obrigação de celebração de convênio entre o estado do Espírito Santo e seus municípios para a execução de obras públicas relacionadas à educação, à saúde e ao transporte. A norma impugnada é o artigo 280 da Constituição estadual:

Art. 280. O Estado executará obra pública de sua competência relacionada com os setores da educação, saúde e transporte, mediante convênios com as Prefeituras municipais.

Parágrafo único. As Prefeituras Municipais deverão manifestar sua aquiescência no prazo de trinta dias contados da comunicação da administração pública estadual, sem o que o Estado executará a obra.

A partir desse artigo, discute-se se uma norma estadual que aborde algum tipo de cooperação entre estado-membro e municípios fere o parágrafo único do artigo 23 da CF/88<sup>274</sup>, o qual estabelece que normas de cooperação entre os entes serão editadas somente pela União, mediante leis complementares. O ministro-relator Luiz Fux foi um dos dois ministros que elaborou um voto escrito e foi o voto vencedor. Outro que proferiu voto escrito, em divergência ao relator, foi o ministro Edson Fachin.

O ministro-relator compreende que o parágrafo único do art. 23 prevê **uma** das possibilidades para o estabelecimento de regimes cooperativos entre os entes é a edição de leis complementares – o que, de fato, é de competência exclusiva da União. Contudo, afirma que essa **não é a única** possibilidade para o estabelecimento de regime cooperativo, sendo possível recorrer “à utilização de instrumentos negociais que tornem mais racional e

---

<sup>274</sup> Constituição Federal, art. 23, parágrafo único: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)”.

*efetiva a execução de seus misteres constitucionais*"<sup>275</sup> – o que não é vedado pelo parágrafo único do art. 23 ou pelo sistema constitucional.

Inclusive, o ministro afirma que esses instrumentos negociais são compatíveis com princípios setoriais vinculados à Administração Pública da **eficiência e economicidade**, também combinante com a consensualidade no aspecto gerencial da Administração Pública<sup>276</sup>. Como meio de fundamentação dessa tese, cita a autora Alice Gonzalez Borges:

[u]ma coisa é a competência para estabelecer diretrizes gerais que norteiem a celebração de convênios e consórcios entre entes federados. [...] Outra, bem diversa – esta, sim, de inarredável competência de cada ente de direito público – é a decisão de participar, ou não de tais ajustes, com a definição de seus objetivos e a estipulação de suas condições<sup>277</sup>.

Ademais, no que tange a cooperação entre os entes instituída pelas leis complementares e demais formas (sob a égide contratual, à título exemplificativo do ministro), entende como essencial distinguir: (i) "*competência para instituir normas uniformizadoras da cooperação interfederativa*"<sup>278</sup>; e (ii) "*competência para que os entes federados celebrem acordos entre si*"<sup>279</sup>, sobre a qual seria possível o exercício da autoadministração dos entes, dentro dos moldes constitucionais.

Para o ministro, vedar as outras formas de relação entre os entes em prol da exigência de uma lei complementar da União – tornando o parágrafo

---

<sup>275</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3499, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Espírito Santo, ES, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341892958&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 8.

<sup>276</sup> *Ibidem*.

<sup>277</sup> BORGES, Alice Gonzalez. Os consórcios públicos na sua legislação reguladora. Interesse Público, ano, v. 7, p. 227-248, 2006, p. 2 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3499, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Espírito Santo, ES, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341892958&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 9.

<sup>278</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3499, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Espírito Santo, ES, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341892958&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 9.

<sup>279</sup> *Ibidem*.



único uma forma *restritiva* para o exercício da própria cooperação – implicaria em uma afronta à Constituição Federal:

Sob esse enfoque, não se pode dizer que o dispositivo impugnado pretendeu a normatização da 'cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional' (artigo 23, parágrafo único da CRFB). Encampar o posicionamento do requerente, no ponto, culminaria em proscrever toda sorte de cooperação interfederativa consensual enquanto não editada a lei complementar federal pertinente. Tratar-se-ia de implicação frontalmente contrária a qualquer interpretação sistemático-teleológica Constituição Federal<sup>280</sup>.

O ministro aponta que a afronta constitucional a qual se refere está no modelo federativo adotado pelo constituinte originário: o **federalismo cooperativo**, cuja finalidade é estimular a atuação conjunta e/ou coordenada dos vários níveis da Administração Pública<sup>281</sup>. Esses modelos alternativos de atuação conjunta estão espalhados pela Constituição Federal, como o modelo de consórcio, o qual tem expressado em seu *caput* que serve como uma "*cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos*". Inclusive, o consórcio é invocado pelo ministro-relator através do art. 241 da CF/88:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de **cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos**, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifos próprios)

Além de apresentar o artigo constitucional dos consórcios como meio alternativo de cooperação, o ministro Luiz Fux discorre sobre a vantagem

---

<sup>280</sup> *Ibidem*.

<sup>281</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3499, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Espírito Santo, ES, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341892958&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 9.

proporcionada pela incorporação dos convênios e consórcios na esfera pública, por meio de um trecho de autoria de Diogo Figueiredo Moreira Neto:

um vasto e riquíssimo campo de experiências gerenciais, em que institutos antigos vão se remodelando e novos vão sendo criados com vistas à maior eficiência e à maior visibilidade da gestão dos interesses públicos. Nessa linha, no âmbito interno da Administração Pública, desenvolveu-se e aperfeiçoou-se o antigo conceito de cooperação, tanto valendo-se das formas clássicas dos consórcios e dos convênios, quanto através dos novíssimos contratos de gestão, na verdade, acordos para a realização de programas específicos de administração pública, por isso mesmo mais adequadamente denominados de acordos de programa, voltados a ampliar a autonomia gerencial dos órgãos públicos e a estimular a gestão associada de serviços públicos, para superar os avelhentados emperramentos da hierarquia burocratizada<sup>282</sup>.

Nota-se que o autor defende que a *cooperação gerencial* da Administração Pública favorece a eficiência administrativa. O ministro também fundamenta essa não-vedação de outros instrumentos para o estabelecimento de relações cooperativas nos comentários de José Afonso da Silva<sup>283</sup> e José dos Santos Carvalho Filho<sup>284</sup>.

---

<sup>282</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Coordenação gerencial na administração pública. Revista de Direito Administrativo, v. 214, p. 35-53, 1998, p. 42 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3499, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Espírito Santo, ES, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341892958&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 10).

<sup>283</sup> José Afonso da Silva reafirma toda a visão do ministro: "*claro que nada impede que se faça a cooperação entre Estados, ou entre Estados e Municípios, visando ao equilíbrio e desenvolvimento e ao bem-estar em âmbito regional ou das comunidades locais. Isso, aliás, decorre da competência das entidades referidas, até sem a necessidade de uma norma como a que estamos comentando.*" (SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 280 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3499, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Espírito Santo, ES, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341892958&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 10 e 11.)

<sup>284</sup> José dos Santos Carvalho Filho reafirma toda a visão do ministro: "*não há qualquer vedação constitucional para tais ajustes; ao contrário, o sistema adotado conduz normalmente a esse desiderato, emanando de várias de suas disposições o sentido de se volverem as entidades federativas a objetivos comuns. A despeito dessa admissibilidade implícita, a vigente Constituição passou a prever, no art. 241, com redação dada pela EC no 19/1998, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão instituir, através de lei, disciplina de consórcios públicos e convênios de cooperação a serem celebrados entre si, com vistas à gestão associada de serviços públicos e à transferência de serviços, pessoal, encargos e bens necessários à regular continuidade dos serviços transferidos.*" E continua: "O dispositivo

Em face do caso concreto, discute-se o parágrafo único, do art. 280 da Constituição Estadual do Espírito Santo, o qual, na perspectiva do ministro-relator, **suprime** a autonomia do município, pois a norma **exige** um prazo para que as Prefeituras Municipais manifestem sua aquiescência quanto à execução dessas mesmas obras (da educação, saúde e transporte) pelo estado, como também confere ao silêncio da Administração Pública municipal **efeitos de concordância tácita**.

Por compreender isso como uma restrição de autonomia, cita a ADI 1842 como impeditivo ao ato de forçar o município em concordar com uma aquisição imposta pelo estado, ainda que sob roupagem de conteúdo de competência comum:

Por evidente, a redução da esfera volitiva do administrador local à mera chancela das decisões estaduais foge a toda lógica constitucional. Igualmente incompatível com a moldura normativa da Constituição é a ideia de convênios com os Municípios como meio único e inescapável para o exercício das competências estaduais em saúde, educação e transporte. A existência de competência comum ou concorrente, em conclusão, não autoriza a hierarquização das vontades políticas, nem permite transposição unilateral das atribuições constitucionais de um ente a outro. Não à toa, este Tribunal, deparando-se com a questão da autonomia municipal vis-à-vis a previsão constitucional de criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões por meio de lei complementar estadual (artigo 25, §3º da CRFB), rejeitou a possibilidade de supressão da titularidade ou da participação volitiva dos municípios na gestão do saneamento básico, mesmo nas hipóteses de integração compulsória – adi 1842 (ADI 1842, rel. min. LUIZ

---

*constitucional teve claro intuito, qual seja, o de prever atividades de cooperação entre as pessoas políticas. Não obstante, é importante distinguir dois aspectos. O art. 241, com sua nova redação, prevê a edição de lei reguladora dos convênios e consórcios com vistas à transferência de serviços (na verdade, deverá haver leis reguladoras a serem editadas pelas diversas pessoas federativas). Tais leis, contudo, apresentarão caráter genérico no que toca a esse objetivo específico. Mas, independentemente do dispositivo, nada impede que convênios para fins diversos, embora também cooperativos, sejam celebrados entre as entidades políticas sem que haja necessariamente lei autorizadora, eis que essa atuação se caracteriza como normal atividade administrativa." (CARVALHO FILHO, José dos Santos Manual de direito administrativo. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3499, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Espírito Santo, ES, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341892958&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 10 e 11.).*

FUX, redator p/ acórdão min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 6/3/2013, DJe de 16/9/2013)<sup>285</sup>.

O voto do ministro-relator Luiz Fux representa o entendimento majoritário da corte. O único voto divergente foi do ministro Edson Fachin, cujo voto pode ser destrinchado em dois pontos:

1. O ministro concordou com a solução adotada pelo relator, isto é, entendeu pela inconstitucionalidade formal da norma, tendo em vista que a Constituição exigiria a cooperação entre os entes somente por meio de lei complementar. Neste aspecto, converge com o ministro-relator ao entender que o parágrafo único do art. 23 **não veda** outros instrumentos de cooperação entre os entes.

2. No concernente à inconstitucionalidade material, diverge do ministro-relator por compreender que a norma estadual é restrita "*apenas [a]os atos da administração consistentes na realização de obras públicas*"<sup>286</sup>.

A discussão proposta nessa ADI é curiosa, pois retoma, em parte, a discussão sobre *condomínio de responsabilidades* ocorrida na ADI 2544. O artigo 23 vincula todos os entes públicos a atuarem nas matérias arroladas nos incisos do artigo constitucional, porém, o questionamento é se os entes podem ser *obrigados* a atuarem em alguma dessas matérias por **imposição** de outro ente. A CF/88 é composta de finalidades a serem atingidas, como a erradicação das desigualdades sociais, da fome, do racismo etc, e o Poder Público atua quotidianamente para cumprir com o dever que tem em relação à população, que é garantir seus direitos fundamentais, através de atos normativos, políticas públicas, parcerias público-privadas e entre outros. Por

---

<sup>285</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3499, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Espírito Santo, ES, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341892958&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 15 e 16.

<sup>286</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4060, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Santa Catarina, SC, 25 fev. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306693749&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 18.

vincular a todos e estabelecer um rol de atividades a serem exercidas pelo poder público, pode fazer um ente forçar outro a fazer uma parceria para cumprir com aquele inciso?

O parágrafo único institui que à União compete, mediante lei complementar, celebrar colaborações entre os entes federativos para cumprir com as competências arroladas nos incisos do art. 23, porém, o STF já encerrou a discussão julgando que esta não é a única forma de estabelecer medidas colaborativas entre os entes, uma vez que esta cooperação pode vir a partir de contratos de convênio, por exemplo. Porém, outra questão em aberto é se um ente maior pode obrigar um ente menor a cumprir com uma competência e agir mesmo sem a anuência do ente menor.

Embora não tenha sido amplamente abordada nesse caso, entende-se que a autonomia dos municípios, isto é, sua manifestação de interesse em determinada obra ou não, não pode ser forçada por algum outro ente federado. Sua autonomia não pode ser suprimida nem para cumprir com uma competência imposta pelo estado (no presente caso, mesmo diante da omissão da prefeitura, o governador teria poder para simplesmente prestar o serviço público). Isso aparenta ser uma supressão da autonomia das prefeituras sob roupagem de maximização dos direitos dos cidadãos, com a qual os ministros, em geral, não concordaram.

## **VIII. ENCAIXE NORMATIVO:**

Este capítulo é composto pelo único acórdão que aborda especificamente norma sobre educação. Trata-se da **ADI 4060**, julgada em 25/02/2015, pertencente ao Grupo 2: Conflito de poderes entre diferentes entes federativos.

### **i. ADI 4060:**

O acórdão trata da Lei Estadual de Santa Catarina, que fixa número máximo de alunos em sala de aula, a qual foi impugnada sob alegação de

usurpação de competência legislativa em edição de matéria de normas gerais. Houve unanimidade no tribunal em relação à improcedência da ação, no entanto, o único ministro que fez um enquadramento normativo do tema como competência material comum foi o ministro Marco Aurélio – o qual, nitidamente, reiterou uma “lacuna” interpretativa mediante “encaixamento” do caso concreto no art. 23, inc. V. Não foram dadas justificativas para compreender essa norma como competência material.

Inclusive, o ministro faz recair em dúvida se a temática da educação se encaixa realmente como competência material. Essa confusão se deu na forma como o ministro Marco Aurélio tratou a competência correspondente ao art. 23, enquadrando-a como *concorrente*, sendo que ela é de escopo comum a todos os entes. A maneira de enquadrar a ação como competência material se deu a partir de elementos puramente factuais vinculados ao caso, e está localizada no seguinte trecho:

Houve invasão da competência da União, que tarda a dispor, nesse diapasão, sobre a matéria? Não. Porque a própria Carta Federal, no artigo 23, inciso V – se não me falha a memória –, prevê a competência concorrente da União, dos Estados e Municípios, visando a proporcionar meios adequados à educação. Tem-se o desprezo da razoabilidade no que versado que, quanto aos primeiros anos de vida, quanto à educação infantil, até quatro anos, o máximo de crianças por sala de aula será de quinze? Não. Não houve a quebra da razoabilidade. Ao contrário, não consigo perceber que uma professora – profissão já super sacrificada – consiga orientar e controlar um número maior do que quinze crianças em sala de aula. E prossegue, Presidente, o preceito, prevendo que o número de crianças, nos dois primeiros anos de vida e até os seis anos, em sala de aula será de no máximo 25 crianças; no ensino fundamental, três dezenas – 30 crianças – chegando-se a 35 alunos até a quarta série ou ciclos iniciais<sup>287</sup>.

---

<sup>287</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3499, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Espírito Santo, ES, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341892958&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 27.

Entendeu ser essa lei razoável<sup>288</sup> por ter sido promulgada pelo estado de Santa Catarina para promover o cuidado com a educação infantil e o cuidado que os professores devem ter para com esse grupo. Não há nenhuma fundamentação ligada à discussão do art. 23 em si ou abordagem de algum instituto jurídico, por exemplo, como interesse local.

## **IX. ADI-MC-RF 4638 – O ACÓRDÃO *SUI GENERIS*:**

Este capítulo é composto por um acórdão *sui generis*, ou seja, diferente dos demais acórdãos analisados no presente trabalho, pois **discute um conflito interno ao poder** Judiciário. Trata-se da **ADI-MC-RF 4638**, julgada em 30/08/2019, pertencente ao Grupo 3: Conflito interno a um poder.

### **i. ADI-MC-RF 4638:**

A temática do acórdão é *sui generis*, isto é, seu conteúdo e as partes envolvidas são, respectivamente, achados completamente inéditos frente aos 19 acórdãos lidos, pois discute um **conflito interno ao Poder Judiciário**. A requerente da presente ação é a Associação dos Magistrados Brasileiros e o requerido é o Presidente do Conselho Nacional de Justiça.

O acórdão ganha um destaque no presente trabalho, pois fez nascer uma nova subcategoria na primeira sub pergunta de pesquisa: “Grupo 3: Conflito interno a um poder”. Além disso, o acórdão mostrou que o artigo 23 tem incidência em três planos e que ele é capaz de adentrar no âmago de um ente federativo, contrariando uma hipótese inicial de pesquisa, segundo a qual somente existiriam conflitos entre entes federativos em matéria de competência comum.

---

<sup>288</sup> Nesse contexto de voto, ele não utilizou esse termo enquanto instituto jurídico de princípio da *razoabilidade*, mas como algo “3. Que apresenta bom senso; sensato” (fonte: dicionário Michaelis < <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=RQXkp> acesso em: 15/11/2020 às 20:09).

A partir disso, demonstra-se o espectro variado de atuação do artigo 23 e, apesar de se tratar de uma matéria de competência **comum**, ele pode ser invocado para discutir questões mais profundas da estrutura federativa, vide os três planos de aprofundamento sobre os quais se identificaram os acórdãos.

Na presente ADI, o Poder Judiciário é analisado através da competência *correcional* do Conselho Nacional de Justiça.

### **BREVE APRESENTAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ):**

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nasceu por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004 e foi instalado em 14 de junho de 2005, nos termos do art. 103-B da Constituição Federal. Trata-se de um órgão interno ao Poder Judiciário<sup>289</sup>, sediado no Distrito Federal, competente para atuar em todo o território nacional<sup>290</sup>. Esse órgão, segundo José Afonso da Silva<sup>291</sup>, possui as seguintes incumbências:

o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura (...)<sup>292</sup>.

Ele é um órgão administrativo<sup>293</sup> de competência *correcional*, significa que é um órgão corregedor e que age no intuito de cumprir com várias

---

<sup>289</sup> Aliás, na perspectiva do autor seria um erro chamá-lo de "controle externo ao Poder Judiciário", porque essa expressão transmite uma má significação, passa-se a ideia que o Poder Judiciário seria controlado por um órgão externo e, embora isso fosse possível (vide Constituições de países europeus como Portugal – art. 223 – e Itália – art. 105) não é o caso do órgão brasileiro (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. P. 574).

<sup>290</sup> <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/> <Acesso em 17/11/2020 às 19:31>

<sup>291</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. P. 574.

<sup>292</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. P. 576.

<sup>293</sup> "(...) esta Suprema Corte em distintas ocasiões já afirmou que o CNJ não é dotado de competência jurisdicional, sendo mero órgão administrativo. Assim sendo, a Resolução 135, ao classificar o CNJ e o CJF de "tribunal", (...) simplesmente disse – até porque mais não poderia dizer – que as normas que nela se contêm aplicam-se também aos referidos órgãos."



competências, atribuídas pelo Estatuto da Magistratura, algumas delas são: de “*zelar pela autonomia do Poder Judiciário*”<sup>294</sup>, bem como:

receber e conhecer das reclamações contra membros do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro oficializados ou que atuem por delegação do poder público, sem prejuízo de competência disciplinar ou correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada a ampla defesa<sup>295</sup>.

### **ANÁLISE DO ACÓRDÃO:**

A norma cujos artigos foram impugnados pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) é a Resolução n. 135, de 13 de julho de 2011, do CNJ, a qual dispõe “*sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades, e dá outras providências*”. Dentre os vários artigos impugnados, aquele que faz urgir a discussão relevante para o presente trabalho é o art. 12 da resolução, o qual permite a atuação do CNJ conjuntamente aos tribunais ao qual determinado magistrado esteja subordinado:

Art. 12 Para os processos administrativos disciplinares e para a aplicação de quaisquer penalidades previstas em lei, é competente o Tribunal a que pertença ou esteja subordinado o Magistrado, sem prejuízo da atuação do Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os procedimentos e normas previstos nesta Resolução aplicam-se ao processo disciplinar para apuração de infrações administrativas praticadas pelos Magistrados, sem prejuízo das disposições regimentais respectivas que com elas não conflitarem.

---

[ADI 4.638 MC-REF, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Ricardo Lewandowski, j. 8-2-2012, P, DJE de 30-10-2014.] (<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=8750&tipo=CJ&termo=s> acesso em: 17/11/2020 às 22:51).

<sup>294</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. P. 576.

<sup>295</sup> *Ibidem*.

Conforme relatório do ministro-relator Marco Aurélio, o requerente alegou que o artigo 12 da referida resolução feriria a competência atribuída ao CNJ de caráter *subsidiário*, conforme trecho a seguir:

haver a cabeça do artigo 12 estabelecido competência concorrente entre o Conselho Nacional de Justiça e os tribunais, contrariando o artigo 103-B, inciso III<sup>296</sup>, do Diploma de 1988, a prever a competência subsidiária do Conselho. Evoca decisões monocráticas proferidas por Vossa Excelência e pelo Ministro Celso de Mello, nos Mandados de Segurança nº 28.884/DF e nº 28.799/DF, respectivamente, no sentido do caráter prioritário do poder disciplinar dos tribunais. Assinala revelar o parágrafo único do dispositivo outra inversão de competência, pois prescreve que os tribunais deverão observar, primeiro, a resolução do Conselho Nacional de Justiça e, apenas subsidiariamente, os respectivos regimentos internos.<sup>297</sup>

Inicialmente, o relatório apresenta o teor da decisão sobre o qual ele havia deferido a medida acauteladora. Em relação ao art. 12 ora impugnado, ficou decidido: (i) em relação ao *caput*, a interpretação que havia sido dada era conforme à Constituição de modo a assentar, em âmbito disciplinar, a competência subsidiária do CNJ; e, (ii) quanto ao parágrafo único, entendeu-se haver invasão da autonomia administrativa dos tribunais para regular o procedimento disciplinar, nos termos versados no art. 96, inc. I, alínea "a"<sup>298</sup> da CF/88 e na Lei Orgânica da Magistratura, tendo sido concedida a liminar para suspender o preceito.

---

<sup>296</sup> Constituição Federal, art. 103-B, III: "Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (...) III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; (...)".

<sup>297</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4638. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, DF, 08 fev. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=273422571&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 14.

<sup>298</sup> Constituição Federal, art. 96, I, a: "Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; (...)".

Para a presente pesquisa, o voto **mais importante** é o do ministro Ricardo Lewandowski, pois ele é o único ministro que defende no voto escrito o caráter material da competência do CNJ, iniciando a discussão sobre a interpretação a ser dada ao art. 12 da Resolução 135. *A priori*, o ministro **descaracteriza** a competência do CNJ como *legislativa concorrente*, pois entende que o art. 24 da CF/88 regula minuciosamente a atividade da União e dos demais entes federativos.

Afirma que o artigo 24 separa a competência da União como *limitada*, impondo a obrigatoriedade de legislar, por meio de normas de caráter geral, em um plano abstrato, considerado pelo ministro como superior aos demais estados-membros. Isso **restringe** a capacidade legislativa dos demais membros, os quais só teriam plena liberdade legislativa na *ausência* de normas da União e, caso esta edite uma norma geral, as demais normas estaduais em vigência têm seus efeitos automaticamente suspensos.

Além de apresentar em palavras próprias como o pacto federativo pode ser "*solapado*" por esse tipo de restrição normativa<sup>299</sup>, apresenta o problema que pode surgir se a competência do CNJ for entendida como concorrential aos demais tribunais, e o faz através da crítica de Sérgio Niemayer:

Deflui que a concorrência competencial não significa, seja no âmbito legiferante, seja no campo jurisdicional ou na província administrativa, uma confluência de dois entes ou órgãos que (con)correm para o mesmo ponto de convergência com igualdade de forças ou de poder. Se não fosse assim, seria inevitável o surgimento de conflitos entre os atos de um e de outro ente ou órgão em razão da força eficaz equipolente derivada de suas competências concorrentes cumulativas. Quando o texto constitucional estabelece competir ao CNJ 'receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário (...) sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais (...)', não o faz para instituir uma competência concorrente cumulativa,

---

<sup>299</sup> "Em outras palavras, como as regras de competência dizem respeito à própria distribuição do poder, o texto constitucional tratou de torná-las explícitas para impedir que o pacto federativo possa ser solapado por conflitos dessa natureza" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4638. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, DF, 08 fev. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=273422571&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 115).

porque isso conduziria a um absurdo. Basta imaginar um mesmo procedimento que iniciasse, originariamente, seja por identidade de provocação ou não, tanto na Corregedoria de um tribunal quanto no CNJ, e em cada um desses órgãos culminasse com resultados inconciliáveis. Qual deveria prevalecer?

Se a competência entre ambos for concorrente (...), ou seja, paralela, cumulativa, equipolente, então, aquela indagação não admite resposta e instaurar-se-ia um paradoxo em razão do conflito entre as duas decisões, já que por suposição são antípodas, e a falta de um critério de preferência as tornaria ineficazes, esvaziando os poderes tanto do CNJ quanto da Corregedoria. Se não é óbvio, pelo menos é aconselhável que duas decisões opostas não podem subsistir num mesmo sistema, sob pena de provocar uma contradição destruidora dos fins perseguidos pelo próprio sistema. Por isso que tal resultado constitui evidente absurdo e, portanto, deve ser abandonado<sup>300</sup>.

Desta maneira, o ministro descaracteriza a competência do CNJ como legislativa concorrente. Ele caracteriza a competência do CNJ como **material comum**, prevista no art. 23 da Constituição, por compreendê-la como uma forma de zelo da CF/88 e da instituição democrática do judiciário, conforme o primeiro inciso do art. 23:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.

É interessante notar como a ideia do ministro Ricardo Lewandowski sobre a competência prevista no art. 23 – de natureza material comum – está vinculada à ideia de *complementariedade entre os entes*. A seu modo, dialoga indiretamente com a ADI 2544, sobre sítios arqueológicos, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, pois o ministro Lewandowski apresenta uma situação hipotética, na qual, quando houver uma matéria que compartilhe uma competência comum e privativa, notoriamente, não se poderá intervir

---

<sup>300</sup> NIEMAYER, Sérgio. A competência do CNJ não é nem pode ser concorrente. [conjur.com.br/2012-jan-16/competencia-cnj-nao-concorrente-subsidiaria-corregedoria](http://conjur.com.br/2012-jan-16/competencia-cnj-nao-concorrente-subsidiaria-corregedoria), acesso em 23 de janeiro de 2012. – (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4638. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, DF, 08 fev. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=273422571&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 116 e 117).

*diretamente* e de forma **imotivada** naquela matéria sob alegação de estar cumprindo com a responsabilidade que lhe fora atribuída pelo artigo 23. De modo a ilustrar melhor essa ideia, cita-se o exemplo dado pelo ministro:

Seria inconcebível, *verbi gratia*, que a União ou determinado estado passassem a atuar no campo do ensino fundamental, cuja manutenção os constituintes originários reservaram, com exclusividade, ao Município, embora com a cooperação técnica e financeira daqueles níveis federativos superiores (art. 30, VI, da CF), a pretexto de exercer a competência material ou administrativa comum de 'proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência' (art. 23, VI, da CF), salvo, é claro, nalguma circunstância extraordinária em que certa comuna não possa prestar esse serviço essencial de forma apropriada. Mesmo assim, a atuação da União ou do Estado será sempre excepcional, meramente corretiva e, portanto, episódica, dependendo o seu desencadeamento de decisão motivada, inclusive para o efeito de apropriação de verbas orçamentárias destinadas aos serviços que lhes são próprios<sup>301</sup>.

A aproximação entre as ADI 2544 e ADI-MC-REF 4638 está na atuação concomitante entre os entes na mesma matéria, porém, exercendo atividades distintas. A única ressalva do ministro Ricardo Lewandowski feita nesta última ADI refere-se à atuação do outro ente, que deve se dar de forma *pontual, excepcional* e deve ser necessariamente *motivada* para adentrar e cooperar com o outro ente sob alegação do art. 23.

Trabalha o conceito de **motivação** como a exigência feita a qualquer órgão administrativo (no presente caso, o CNJ) em indicar, de forma clara e objetiva, os pressupostos de fato e de direito que o levaram a praticar determinado ato<sup>302</sup>. E, ao longo de seu voto, utilizará esse termo de acordo com esse entendimento.

---

<sup>301</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4638. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, DF, 08 fev. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=273422571&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 118.

<sup>302</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4638. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, DF, 08 fev. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=273422571&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 345 e 346.

Os atos de um órgão administrativo ficam sob risco de nulidade quando são *imotivados* ou são *falsamente motivados* – segundo Edmir Netto de Araújo<sup>303</sup>, autor citado pelo ministro Ricardo Lewandowski – pois configuraria *vício insanável* pela **inexistência ou não correspondência** do interesse público, que representa a finalidade de qualquer ato do poder público. A motivação deve ser medida sob o princípio da *razoabilidade* para que seja evitada qualquer tipo de excesso ou abuso de poder por parte do administrador público.

Para justificar a competência material comum do CNJ, o ministro extrai a capacidade de complementariedade entre o CNJ e as corregedorias dos tribunais afirmando, ainda, que a atuação de ambas está longe de ser excludente. Ressalva que, segundo sua lógica de resolução de conflitos apresentada anteriormente, caberia ao CNJ ter uma ação **motivada**<sup>304</sup> para atuar conjuntamente à corregedoria:

O CNJ, porém, embora tenha recebido essa competência disciplinar, de natureza comum, dos constituintes derivados, por meio do § 4º do art. 103-B, inserido na Lei Maior pela Emenda Constitucional 45/2004, não pode exercê-la de forma imotivada, visto que tal colidiria com princípios e garantias que os constituintes originários instituíram em favor dos juízes e tribunais<sup>305</sup>.

De certa maneira, o ministro estabelece um parâmetro para a aplicabilidade da competência material comum: o ente considerado “maior”, embora tenha uma competência de aplicabilidade comum aos demais, só poderá atuar mediante *necessidade* (a circunstância deve ser *extraordinária* e a ação deve ser pontual) e *motivação*. Essa pode ser entendida como uma

---

<sup>303</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 496 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4638. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, DF, 08 fev. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=273422571&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 126.

<sup>304</sup> Eles precisam justificar quando vão abrir uma sindicância ou um processo administrativo.

<sup>305</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4638. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, DF, 08 fev. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=273422571&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 119.

maneira de proteger a autonomia dos entes menores em face do ente maior, impossibilitando, assim, uma intervenção desnecessária que pudesse sufocar o ente menor sob alegação de “cooperar”.

Esse método interpretativo utilizado pelo ministro Ricardo Lewandowski se amparou no princípio da *subsidiariedade*. Note-se que é um conceito diferente daquele que fora definido pelo ministro Edson Fachin na ADI 3937, no capítulo INTERESSE LOCAL, pois o ministro Fachin naquela ação entendia o princípio da subsidiariedade como algo de auxílio, de reforço, de subsídio, de complementação, de supletividade, isto é, no sentido de fomentar a cooperação dos entes menores através de mecanismos legislativos complementares e/ou supletivos, para atuar e maximizar a efetivação dos direitos. O ministro Lewandowski, por outro lado, compreende a subsidiariedade na presente ação como a ação restrita da União em assuntos de interesse comum que não foram devidamente tutelados pelos Estados-membros:

Segundo esse princípio, os órgãos da União só podem empreender iniciativas em assuntos de interesse comum se os objetivos da ação almejada não puderem ser adequadamente atingidos pelos Estados-membros ou a tarefa pretendida seja superior às forças destes<sup>306</sup>.

A maximização da efetividade na prestação de serviços públicos se dá através de uma aproximação maior entre os governantes e seus cidadãos e, tal como afirma o ministro, é a partir do princípio da subsidiariedade que se molda o modelo federativo brasileiro e a repartição de competências. Isso possibilitou a criação de

um sistema judiciário complexo, integrada por distintas jurisdições especializadas, distribuídas entre a União e os Estados-membros, segundo uma estrutura hierarquizada, que

---

<sup>306</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4638. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, DF, 08 fev. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=273422571&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 121.

comporta diferentes instâncias cujo ápice é o Supremo Tribunal Federal<sup>307</sup>.

Diante dessa distribuição complexa de distintas jurisdições especializadas, compreende-se, então, a *autonomia dos tribunais*, passível de ser entendida como: (i) a competência para os tribunais instituírem regimes normativos; (ii) a competência que detêm para exercer atividade correcional. Este conceito foi trazido através do autor citado pelo ministro Ricardo Lewandowski, José Afonso da Silva:

(...) elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispendo sobre a competência e o funcionamento de seus órgãos jurisdicionais e administrativos; organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos serviços que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correcional respectiva<sup>308</sup>.

Conclui-se que atividade correcional dos tribunais não pode ser anulada ou sequer cerceada, sob pena de ferir a autonomia administrativa dos tribunais, as quais lhes foram atribuídas pelo constituinte originário:

sob pena de restar malferida a autonomia administrativa que lhes foi outorgada pelos constituintes originários como garantia institucional, salvo em circunstâncias excepcionais (...) Da mesma forma haverá ofensa ao princípio federativo, caso as cortes estaduais venham a sofrer um encolhimento imotivado em sua prerrogativa de autogoverno<sup>309</sup>.

A partir das atribuições outorgadas pelo constituinte originário, não seria possível subtrair dos tribunais suas atividades correccionais inerentes às suas autonomias administrativas, com o intuito de atribuir ao CNJ uma

---

<sup>307</sup> *Ibidem*.

<sup>308</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 588 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4638. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, DF, 08 fev. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=273422571&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 122.

<sup>309</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4638. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, DF, 08 fev. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=273422571&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 122.



sobreposição de competências. Contudo, vale ressaltar que não sobrepor atividades não impede que este atue em um papel supletivo ou corretivo aos tribunais menores. Aliás, o ministro Ricardo Lewandowski aponta que este era o posicionamento do ministro Celso de Mello em outro julgado (MS 28.799-DF).

O ministro Lewandowski aponta que o próprio art. 103-B, §4º, III da CF/88 reafirmava a competência comum orientada pelo art. 23:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, **sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso**, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (grifos próprios)

O trecho grifado, para o ministro, já contém a ideia de **não intervenção** imotivada do CNJ. A partir disso, o ministro Luiz Fux reitera o entendimento do ministro Ricardo Lewandowski quando afirma que a competência correicional do CNJ é de natureza comum material e seu exercício depende de *motivação*, na verdade, entende isso como institucionalização daquilo que já é realidade prática e corriqueira, conforme trecho a seguir:

Estabelecer que o CNJ, em casos motivados, tenha competência comum, é praticamente adaptar a realidade normativa à realidade prática. É o que está acontecendo hoje. O CNJ fica com uma pequena parte desses procedimentos e remete noventa por cento desse volume para os tribunais locais. Então, o próprio CNJ está ponderando aquilo que é

essencial ao exercício das suas atribuições e àquilo que deve ficar sujeito às corregedorias locais<sup>310</sup>.

O tribunal divergiu da tese do ministro Ricardo Lewandowski, conforme mostra trecho da decisão:

quanto ao artigo 12, caput, e seu parágrafo único, o Tribunal negou referendo à liminar concedida, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Luiz Fux, Celso de Mello e Presidente, e contra o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que deferia a liminar para conferir interpretação conforme ao dispositivo, de modo a assentar que a competência correccional do CNJ é de natureza material ou administrativa comum, nos termos do artigo 23, I, da Constituição Federal, tal como aquela desempenhada pelas corregedorias dos tribunais, cujo exercício depende de decisão motivada apta a afastar a competência disciplinar destes, nas situações anômalas caracterizadas no voto do Ministro Celso de Mello no MS 28.799/DF<sup>311</sup>.

É interessante analisar como o ministro traçou a afronta ao pacto federativo em relação as competências originais dos tribunais estaduais, os quais são dotados de autonomia e capacidade de atuar como órgãos de corregedoria. A intervenção **imotivada** do CNJ pode configurar uma ameaça aos tribunais estaduais pela possibilidade de poder *sobrepô-los* em relação as decisões.

O presente caso atesta quão profundo pode ser o grau de incidência do artigo 23 da CF/88, de tal forma a assegurar a autonomia de um poder interno a um ente federativo. A proposta do ministro Lewandowski foi, em certa medida, assegurar autonomia plena aos tribunais dos entes *menores* e restringir a atuação do CNJ em suas esferas somente em situações atípicas e pontuais. Nesse sentido, a atuação do CNJ deveria ser a de zelar, enquanto

---

<sup>310</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4638. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, DF, 08 fev. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=273422571&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 248.

<sup>311</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4638. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, DF, 08 fev. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=273422571&ext=.pdf>. Acesso em: nov. 2020. P. 487.

agente complementar, por aquilo que os tribunais não conseguiriam cuidar, isso seria uma atividade de salvaguardar o Poder Judiciário dentro do escopo constitucional naquilo que for comprovadamente necessário, pois, conforme foi afirmado, se a ação for **imotivada** ou **falsamente motivada**, o ato interventivo é nulo.

## CONCLUSÃO:

O tema de conflitos de competências frente ao artigo 23 enfrentou certas dificuldades para ser desenvolvido, principalmente pela literatura escassa que se tem sobre competência material e/ou comum sobre os entes federados, também por ser um tema que ganhou destaque repentino no ano de 2020 por causa de uma situação completamente atípica, que foi a pandemia declarada em decorrência do coronavírus.

O primeiro achado de pesquisa, deveras curioso porque fora uma premissa inicial para a escolha do tema e futura análise dos acórdãos, foi descobrir que não há conflito **apenas** entre entes federativos, pelo contrário, o artigo 23 apresentou três planos de incidência: Conflitos **entre entes federativos**, portanto, dois entes personificados que colidem; Conflitos **dentro de um ente federativo**, que disseca cada ente e mostra que pode haver conflitos internos a um membro da federação, isto é, entre os poderes que compõe aquele ente; e Conflitos **internos a um poder que compõe um ente federativo**, o qual penetra mais profundamente na estrutura federativa e analisa um dos basilares desse ente.

Supunha-se que o artigo 23 apenas tratava sobre o federalismo em sua camada mais superficial, no jogo político de centralização *versus* descentralização de poder, porém, a pesquisa mostrou que a abordagem do artigo pode ser para discutir questões mais profundas da estrutura federativa, vide os três planos de aprofundamento sobre os quais se identificaram os acórdãos.

No começo do presente trabalho, foi constatado que o artigo 23 é dotado de lacuna, uma vez que não solucionava per si o conflito de competências entre entes federativos. E a conclusão que se tira depois de toda a pesquisa feita, é que não se pode extrair um método resolutivo de analogia em relação aos parágrafos do artigo 24 e, ao mesmo tempo, quando se constava que o assunto era competência comum, então não haviam restrições de atuação. O problema identificado permeava o artigo 23, ou seja, se os ministros enquadravam a matéria como competência material ou legislativa, essa fase

da interpretação foi o maior problema identificado no trabalho, pois foi quando os ministros aparentaram optar pela *centralização* ou *descentralização* de poder.

Nos acórdãos que abordaram mais profundamente o artigo 23 em si, identificou-se maior preocupação com elucidar o que aquele inciso abordava ou não, isto é, clareá-lo. E no concernente a atuação concomitante dos entes, declara-se mais importante a análise efetuada na ADI 2544, a qual estabelece o *condomínio de responsabilidades* e explicita que podem agir concomitantemente em atividades diferentes dentro da mesma matéria, ou seja, as atividades não são excludentes entre si.

Apesar disso, várias descobertas interessantes foram feitas, uma das principais foi: em apenas um acórdão – na ADI 3937 –, foi proposta uma diferenciação entre o artigo 23 e o 24, a de que varia o *grau de autonomia dado ao ente* para se definir em qual artigo determinada matéria se enquadra, e que a competência material também envolve o ato de legislar<sup>312</sup>. A doutrina não explicita direito e com clareza<sup>313</sup> qual a diferença entre os seus rols taxativos ou quando se utiliza um artigo ou outro e os acórdãos também não o fazem – contrariando uma das hipóteses de pesquisa. E o fato dessa distinção ter sido tratada em uma ADI cujo cerne da discussão não era a distinção entre os artigos e o fato dela ter sido o trabalho solo de um dos onze, não a torna tão segura ou concreta. Ou seja, ainda há margem para confusão entre os artigos.

Ainda, foi encontrado nos acórdãos a possibilidade de uma mesma matéria se enquadrar concomitantemente nos arts. 23 e 24, e, novamente, houve uma escassez de clareza em como se resolver tal questão, afinal, competência comum e concorrente, em sua essência, diferenciam

---

<sup>312</sup> Conforme afirma o ministro Edson Fachin, no capítulo INTERESSE LOCAL, na ADI 3937, localizado na página 82 do presente trabalho.

<sup>313</sup> O jurista José Afonso da Silva diz algo parecido com o ministro quando afirma que competência comum inclui a faculdade de “legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade” sem que cada entidade exclua outra. (Vide tópico DEFINIÇÃO DE TERMOS)

nitidamente o grau de autonomia dos entes<sup>314</sup>. Apenas o ministro Edson Fachin trabalhou com a hipótese de concomitância de competências, denominou esse fenômeno de *multidisciplinariedade normativa*. Afirmar que o trabalho solo do ministro Fachin é satisfatório talvez não seja ideal, pois espera-se que o tribunal tenha um posicionamento, tenha uma decisão formulada em plenário para que possa consolidar-se jurisprudência, o que não é o caso.

Durante as análises, também foram identificadas a reiteração de “*lacunas interpretativas*”<sup>315</sup>, isto é, não raras vezes os ministros elaboravam saltos lógicos para atribuir uma matéria à norma, e também aconteceu recorrentemente das fundamentações não serem coerentes ou não se ligarem ao conteúdo do caso. Foi o caso da ministra Cármen Lúcia nas ADIs 3937 e 4066, a ministra fundamentou-se em votos que não se relacionavam com a decisão dela e, ao mesmo tempo, não explicou o que poderia se relacionar ao que ela gostaria de dizer.

Ao mesmo tempo, há a ADI 2875, na qual o ministro Ricardo Lewandowski não fundamentou como colher dados de clínicas a respeito do câncer de pele se relacionaria à competência material, neste caso, durante a análise, foi proposto uma linha de raciocínio sobre qual talvez tenha sido o entendimento do ministro para chegar àquela conclusão. Porém, ainda se nota uma falta de conexão argumentativa entre os fatos e o enquadramento dos ministros da norma.

Em relação à isso, há uma especulação que nasceu conforme o caminhar do trabalho: será que essas vácuos interpretativos eram realmente acidentais? Será que, ao firmar um entendimento consolidado sobre essas matérias, não há um compromisso talvez não tão vantajoso aos ministros no

---

<sup>314</sup> Reitera-se que no artigo 24 há restrições para a atuação dos estados e municípios, no artigo 23, não há restrições, exceto o parágrafo único que traz a possibilidade de a União editar leis complementares sobre cooperação.

<sup>315</sup> Lembrando a diferenciação entre lacuna, termo próprio para trazer uma questão prática que a norma *per si* não soluciona, e “lacuna interpretativa”, termo adotado no presente trabalho para expressar uma falta de conexão de ideias durante os votos escritos dos ministros.

espectro político, por exemplo? Na medida em que não se consolida uma tese bem fundamentada e firme, não se vincula da devidamente as instâncias inferiores, e, na medida em que não há um entendimento consolidado por parte do tribunal superior, o conceito pode ser manipulado em outros tribunais, senão pelos próprios ministros do Supremo.

Em outros termos, quando as decisões do STF pecam em fundamentação – ou por não existirem, ou por serem escassas – perde-se a capacidade de comunicar aos outros Poderes diretrizes de atuação, de sorte que cada ente e seus respectivos Poderes passam a atuar sob o manto do art. 23 da forma que melhor lhe convir. Ou seja, cria-se potencial para que o art. 23 seja mobilizado de forma política não só pelo Poder Judiciário e pelos ministros do STF, mas também pela Administração Pública e o Legislativo nos diversos níveis da federação: União, estados e municípios.

Essa conclusão pode ser futuramente estudada à luz da crise federativa tão noticiada em meados de março e abril de 2020, na qual os governadores invocaram sua autonomia frente ao artigo 23 para tomar as medidas necessárias para proteger a população. Haveria alguma relação entre a falha argumentativa identificada, que reforça a lacuna normativa do art. 23, e a atuação dos governadores?

Reitera-se que essas são especulações oriundas de análises críticas ante as diversas falhas argumentativas e saltos lógicos nas ações de inconstitucionalidade – as quais, inclusive, podem abrir futuras pautas e agendas de pesquisa sobre a atuação racional dos ministros, a qualidade argumentativa e seus impactos na atuação dos outros Poderes.

Aprofundando a lente de análise sob a relação do federalismo, da atuação dos governadores e do artigo 23, identificou-se um conceito – que, em tese, é de suma relevância – como *volátil* na leitura dos acórdãos: justamente, o termo **autonomia**. O que o tribunal entende por autonomia dos entes federativos e como o aplica.

No capítulo INTERESSE LOCAL, predomina a tese do Gilmar Mendes no tribunal, a qual declara que os municípios detêm *autonomias condicionadas*.

Isso após um amplo debate sobre o que era autonomia e qual entendimento deveria prevalecer naquele caso. Apesar de autonomia ser um conceito chave para a compreensão dos limites interpretativos do artigo 23, não se encontrou maiores discussões sobre o tema. Nos demais acórdãos, quando se falava no conceito, a discussão não era aprofundada.

Deixar o conceito de autonomia aberto, sem gerar um precedente forte sobre ele, pode ser perigoso, pois tende a dificultar a implementação de políticas públicas locais (a nível municipal) e regionais (a nível estadual) – seja porque os governantes e legisladores eleitos sintam insegurança para atuar de forma autônoma e abstenham-se de agir a espera da ação de entes maiores, seja porque sofrerão a ingerência de entes maiores de forma descoordenada, gerando uma competição. Podemos, assim, lembrar do conflito do começo do ano e questionar: os governadores tinham autonomia o suficiente (ou não) para instituírem suas medidas protetivas dentro das competências que lhe cabiam?

Também causa estranheza e chama a atenção a discussão de repartição de competências. Um capítulo foi criado especialmente para demonstrar, a partir dos casos, os quais *realmente discutiram predominância de interesses*, que apenas 4 acórdãos abordaram o tema. E mesmo nos casos apresentados, o Supremo Tribunal Federal não desenhou linhas tão fortes ou que fossem pelo menos mais claras, ao ponto de virarem precedente. Se o princípio de repartição de competências na Constituição Federal de 1988 é a predominância de interesses, então, por que o interesse dos entes era menos debatido nos acórdãos de forma geral do que a inconstitucionalidade formal da norma?

As conclusões da presente pesquisa consistem em apontar que uma norma está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da atual carta constitucional, há mais de 30 anos e não há um entendimento consolidado sobre a norma sequer para diferenciá-la claramente do artigo 24. A maior conclusão desse trabalho foi a identificação das faltas de parâmetros para a aplicação da norma.



O único ministro que promoveu um debate um pouco mais profundo sobre competência material foi o Edson Fachin, respectivamente no capítulo INTERESSE LOCAL e no capítulo que explora suas decisões específicas. Contudo, apenas um ministro introduzir esse debate não basta, novamente, para que haja efeitos práticos, é preciso que se aprofunde na literatura e que o Supremo fomente um entendimento sobre essa norma enquanto seu papel de guarda da constituição.

Esse trabalho possibilita novos estudos analíticos no cenário pandêmico, e dos conflitos federativos dele emergentes: será que haverá alguma mudança argumentativa nos novos acórdãos, com a criação de parâmetros mais claros? Ou será que houve a consolidação de ideias outrora trazidas em plenário, porém, que foram ignoradas?

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOBBIO, Norberto. **TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO**. 6. ed. Brasília: Unb, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001. P. 297.

FGV - CPDOC - **Diretrizes do Estado Novo (1937 - 1945)**: Política e Administração. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao>. Acesso em: 30 jun. 2020.

FGV - CPDOC - **Diretrizes do Estado Novo (1937 - 1945)**: Novas interventorias e departamentos administrativos. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao/InterventoriasDepartamentos>. Acesso em: 30 jun. 2020.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro: teoria geral**. São Paulo: Revista Forense, 1958. (Volume I).

GROPPALI, Alexandre. **DOCTRINA DO ESTADO**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. Tradução da 8ª edição, italiana, por PAULO EDMUR DE SOUZA QUEIROZ.

HORTA, Raul Machado. **As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988**. Revista do legislativo, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, n. 25, p. 14-25, jan./mar. 1999. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/1163> Acesso em: 23 nov. 2020.

MEIRA, Danilo Borges. **Federalismo cooperativo previsto no art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 sob o prisma da aplicabilidade das normas constitucionais**. 2016. 59 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Legislativo, Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro (ilb), Brasília, 2016.

Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/535899>. Acesso em: 30 jun. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. Brasília: Uniceub, v. 3, n. 2, 2013. Semestral. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/issue/view/181>. Acesso em: 23 nov. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/20894955/comentario-contextual-a-constituicao>. Acesso em: 15 nov. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

WEBINAR | **Covid-19 e a crise do federalismo brasileiro**. Produção de Fgv Direito Rio e Fgv Direito Sp. Coordenação de Daniel Vargas, Professor da Escola de Economia da Fgv em São Paulo e da Fgv Direito Rio. Intérpretes: Debatedores: Flávio Dino, Governador do Maranhão, Ex-juiz e Professor Ronaldo Caiado, Governador de Goiás, Médico e Empresário Rural. [s.i]: Youtube, 2020. vídeo, son., color. Disponível em: <https://youtu.be/jroPt3FFVeo>. Acesso em: 29 jun. 2020.

### **ACÓRDÃOS:**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3525, Tribunal Pleno. Relator: Min Gilmar Mendes. Mato Grosso, MT, 26 jun. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491810>. Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ, 06 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2077, Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341118474&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Rio Grande do Sul, RS, 11 out. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341804934&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1991, Tribunal Pleno. Relator: Min Eros Grau. Distrito Federal, DF, 03 nov. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266820> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3169, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. São Paulo, SP, 11 dez. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=301797624&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4573, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Santa Catarina, SC, 21 fev. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342609236&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2875, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Distrito Federal, DF, 04 jun. 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342609236&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4066, Tribunal Pleno. Relator: Min. Rosa Weber. Distrito Federal, DF, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4066, Tribunal Pleno. Relator: Min. Rosa Weber. Distrito Federal, DF, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3165, Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. São Paulo, SP, 11 nov. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449011&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5873, Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Santa Catarina, SC, 23 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341485364&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2752, Tribunal Pleno. Relator: Roberto Barroso. Distrito Federal, DF, 23 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341027042&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4606, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Bahia, BA, 28 fev. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768173449/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4606-ba-bahia-9931993-0820111000000/inteiro-teor-768173457> . Acesso em: nov. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6233, Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Rio de Janeiro. RJ. 14 fev. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342550609&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3499, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Espírito Santo, ES, 30 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341892958&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4060, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Santa Catarina, SC, 25 fev. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306693749&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4638. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, DF, 08 fev. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=273422571&ext=.pdf> . Acesso em: nov. 2020.