

O "PRESUMPTION AGAINST PREEMPTION" NO FEDERALISMO COOPERATIVO BRASILEIRO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE "PRESUMPTION AGAINST PREEMPTION" IN BRAZILIAN COOPERATIVE FEDERALISM: ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Francisco Seráfico da Nóbrega Coutinho

 seraphico@tjrj.jus.br

Doutor em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

Lucas do Monte Silva

 lucasmonte@tjrj.jus.br

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Assistente de Gabinete de Juiz na 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal/RN.

O presente artigo visa abordar os cânones hermenêuticos "presumption against preemption" e o "clear statement rule", de origem na jurisprudência estadunidense, no âmbito do federalismo cooperativo, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Diante do período pandêmico decorrente do Covid-19 e da necessidade de atuação conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, houve uma mudança paradigmática na forma de exercício da jurisdição pela Corte quanto à repartição de competências. Observou-se que o princípio informador da "predominância de interesses" (União, nacional; Estados e Distrito Federal, regional; Municípios, local) mostrou-se insuficiente para solução de conflitos no federalismo cooperativo. Nesse contexto, o "presumption against preemption" e o "clear statement rule" ganharam proeminência, os quais, consistem, em suma, no entendimento de que diante de um ato legislativo que versa sobre duas matérias previstas na repartição de competências, deve-se privilegiar a interpretação contrária ao esvaziamento da legislação do ente menor, exceto quando existente norma clara, precisa, inequívoca e cogente (clear statement rule), editada pelo Poder Legislativo, retirando da

The present article aims to address the hermeneutic canons "presumption against preemption" and the "clear statement rule", originated in the American jurisprudence, in the context of cooperative federalism, according to the case law of the Federal Supreme Court. In view of the pandemic period resulting from Covid-19 and the need for joint action by the Federal Government, States, Federal District and Municipalities, there was a paradigmatic change in the way the Court exercised jurisdiction regarding the division of powers. It was observed that the principle of "predominance of interests" (Federal Government, national; States and Federal District, regional; Municipalities, local) proved to be insufficient for the solution of conflicts within cooperative federalism. In this context, the "presumption against preemption" and the "clear statement rule" have gained prominence, which, in short, consist in the understanding that when faced with a legislative act that deals with two subjects foreseen in the distribution of competences, the interpretation that is contrary to the emptying of the legislation of the smaller entity should be preferred, except when there is a clear, precise, unequivocal and

autonomia do ente menor a possibilidade de legislar sobre aquele assunto. Concluiu-se que tais cânones hermenêuticos visam prover de maior equilíbrio na relação entre os entes federativos, assegurando uma maior autonomia para os entes subnacionais e, por consequente, evitando-se a excessiva centralização do poder legislativo no âmbito da União.

Palavras-chave: Federalismo Cooperativo. Jurisdição Constitucional. Presunção contra preempção. Predominância de interesses.

cogent rule (clear statement rule), edited by the Legislative Branch, removing from the autonomy of the smaller entity the possibility of legislating on that subject. It was concluded that such hermeneutic canons aim to provide greater balance in the relationship between the federative entities, ensuring greater autonomy for the subnational entities and, consequently, avoiding the excessive centralization of legislative power within the Federal Government.

Keywords: Cooperative Federalism. Constitutional Jurisdiction. Presumption against preemption. Predominance of interests.

INTRODUÇÃO

O federalismo cooperativo é o tema em voga no âmbito da jurisdição constitucional. Em 131 (centro e trinta e um) anos, de acordo com o sistema de pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Corte utilizou a expressão "*federalismo cooperativo*" em 162 (cento e sessenta e dois) acórdãos e 189 (cento e oitenta e nove) decisões monocráticas. De janeiro de 2020 até a data da elaboração desta pesquisa (2022), a expressão consta em 108 (cento e oito) acórdãos e 118 (cento e dezoito) monocráticas. Observa-se, assim, que 66,67% (acórdãos) e 62,43% (decisões monocráticas) do uso da expressão "*federalismo cooperativo*" ocorreu nos últimos 2 (dois) anos pela Corte Suprema.

Embora não fosse incomum a menção a essa espécie de federalismo no controle concentrado de constitucionalidade para apreciar alegações de inconstitucionalidade por usurpação de competência de outro ente estatal, no contexto da pandemia do Covid-19, em que se mostrou incontroversa a necessidade de uma atuação conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, houve uma mudança paradigmática na forma de atuação da Corte Constitucional no âmbito da repartição de competências.

Trata-se de tema com amplitude suficiente para elaboração de obra com vários tomos.

Desse modo, diante da incontestável impossibilidade de esgotamento do tema, a presente pesquisa limitar-se-á a apreciar, de forma não exaustiva, dois cânones hermenêuticos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal - "*presumption against preemption*" e o "*clear statement rule*" -, de origem na jurisprudência estadunidense, que são pouco estudados na doutrina e jurisprudência brasileira, assim como a sua aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O "*PRESUMPTION AGAINST PREEMPTION*" E "*CLEAR STATEMENT RULE*" NO FEDERALISMO COOPERATIVO

A Constituição da República de 1988 inaugurou, no Brasil, inspirado no modelo alemão (BASTOS, 2020), o federalismo do tipo cooperativo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022), com a previsão de diversas competências legislativas concorrentes entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, CR/88) e competências administrativas comuns entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, CR/88).

Posteriormente, o Poder Constituinte derivado, através da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, alterou a redação do art. 241, da Constituição da República, instituindo instrumentos relevantes de intergovernabilidade federativa (PROBST, 2018), ao possibilitar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinem 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.

Conforme destaca Probst (2018), diversas leis setoriais, autorizam a gestão de serviços públicos por meio de consórcios: saúde (Lei Federal nº 8.080/1990), saneamento básico

(Lei Federal nº 11.445/2007), manejo dos resíduos sólidos (Lei Federal nº 12.305/2010), mobilidade urbana (Lei Federal nº 12.587/2012) e planejamento urbano (Lei Federal nº 13.089/2015).

Com esse arranjo institucional, tem-se, em suma, que na esfera legislativa, cabe à União estabelecer as "*normas gerais*" (art. 24, § 1º, CR/88) e, aos Estados e ao Distrito Federal, compete a complementação de tais normas, de acordo com as suas peculiaridades (art. 24, § 2º, CR/88). As normativas coexistem. Enquanto, a União fixa os parâmetros básicos da matéria, de modo uniforme, em todo o território brasileiro, os Estados e o Distrito Federal, respeitando tais limites, estabeleceram as normas que se adequam às especificidades locais. Quando não há lei federal, os Estados exercem competência legislativa plena até superveniente lei federal, a qual suspenderá as previsões das leis estaduais que no que lhe for contrário (art. 24, § 3º, CR/88).

No âmbito administrativo, a dinâmica de formulação e implementação de programas (CARVALHO et al, 2022) alberga também os Municípios (art. 23, CR/88). Por se tratar de ações e políticas públicas e, não, normas, tal arranjo possui complexidade ainda maior. É essencial, conforme destacam Paiva, Torrezan e Paiva (2021), a coordenação e cooperação entre os entes federativos, sobretudo no que se refere ao compartilhamento de decisões, com o objetivo de maximizar a eficácia e eficiência da política pública. Não deve existir sobreposição de funções ou cooptação de um ente pelo outro.

No controle de constitucionalidade, é tradicional a menção do princípio informador da "*predominância de interesses*" como cânone hermenêutico para solução de conflitos no federalismo cooperativo. Em suma, entende-se que a União deve fixar as diretrizes gerais em normas de interesse nacional, os estados, interesse regional e os municípios, interesse local.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, conforme será analisado no tópico seguinte, observou a insuficiência da "*predominância de interesses*" para solução de conflitos federativos. Isso porque a predominância da legislação editada pela União, aliada ao fato de parcela significativa das leis ir além das "*normas gerais*" para apreciar a matéria de forma exaustiva, reduziu o papel dos Estados, Distrito Federal e Municípios na repartição de competências.

É diante desse arranjo institucional que o "*presumption against preemption*" e o "*clear statement rule*" começaram a ser aplicados na Suprema Corte.

O "*presumption against preemption*" (presunção contra preempção, em português) consiste em um cânone hermenêutico que tem como fundamento a presunção de que, diante um ato legislativo que versa sobre duas matérias previstas na repartição de competências, deve-se privilegiar a interpretação contrária aos esvaziamento da legislação do ente menor, exceto quando existente norma clara, precisa, inequívoca e cogente (*clear statement rule*), editada pelo Poder Legislativo, retirando da autonomia do ente menor a possibilidade de legislar sobre aquele assunto.

O termo "*preempção*", na mencionada expressão, não se confunde com o "*direito de preferência*", previsto nos arts. 513 a 520, do Código Civil (BRASIL, 2002). A preempção,

no âmbito da jurisdição constitucional, trata, segundo Epstein e Greve (2007, p. 1), da “capacidade do governo federal de sobrepujar, suplantar ou substituir leis estaduais e locais – de “prevenir-se” delas”¹.

Segundo a Suprema Corte Estadunidense, conforme destaca Davis (2009, p. 1224), mencionando o *case Medtronic, Inc. vs. Lohr*, nos casos de preempção “e particularmente naqueles em que o Congresso Nacional legisla “em um campo que os Estados têm tradicionalmente ocupado”, deve-se partir da “suposição de que o poder de polícia histórico dos Estados não deve ser substituído pela Lei Federal, a menos que esse fosse o propósito claro e manifesto do Congresso”². Assim, a última palavra, em tais casos, é do Congresso Nacional.

Nesse contexto, o Min. Edson Fachin destaca:

A presunção contra preempção impõe que nas possíveis disputas de sentido que tem a norma impugnada deve o Supremo Tribunal Federal se abster de escolher um sentido determinante ou prevalente ou mesmo de escolher qual seria o ente federativo com melhores condições de promover a legislação. Deve o Tribunal simplesmente reconhecer que o Congresso Nacional é que detém a prerrogativa de, por meio de legislação própria e nitidamente fixada, indicar qual dele deve prevalecer. Dito de outro modo, a omissão da União em legislar jamais poderá justificar a inação dos Estados e do Distrito Federal. (In. ADI nº 5.631, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. 25/03/2021).

Tal cânone hermenêutico possui relevância peculiar, pois o mundo contemporâneo é multidisciplinar, de modo que são poucas as questões que são monotemáticas. Evidência dessa constatação pode-se verificar no período pandêmico decorrente da Covid-19. As leis criadas não se limitavam a tratar do tema “saúde”, albergando, seja de forma direta ou indireta, matérias de direito civil, direito tributário, direito financeiro, produção e consumo, política de crédito, trânsito e transporte, dentre outras.

Além dessa multidisciplinaridade, o Congresso Nacional, ao editar uma norma clara, precisa, inequívoca e cogente (*clear statement rule*), retirando da autonomia do ente menor de legislar sobre a matéria, não pode olvidar os propósitos do federalismo cooperativo.

Os Estados e Municípios necessitam de autonomia para legislar de acordo com as suas peculiaridades, possibilitando uma maior participação do cidadão, sobretudo para a realização de “experimentos” legislativos e, no caso de êxito, permitir que tais experiências sejam aplicadas em maior escala. Nesse sentido, Young (2007) entende que tal experimentação “geralmente é considerada importante por seu valor informativo; se o experimento funcionar, então a nação como um todo pode se beneficiar com sua adoção no nível federal”.

Adotando esse entendimento, o Min. Edson Fachin compreende que:

1. “In its modern legal usage, preemption means the federal government’s ability to trump, supersede, or displace state and local law—to “preempt” it.” (EPSTEIN; GREVE, 2007, p. 1)

2. “In all pre-emption cases, and particularly in those in which Congress has “legislated in a field which the States have traditionally occupied,” we “start with the assumption that the historic police powers of the States were not to be superseded by the Federal Act unless that was the clear and manifest purpose of Congress.” (DAVIS, 2009, p. 1224)

(...) os entes federados deveriam servir como verdadeiros laboratórios legislativos, ou seja, como espacialidades em que se possibilita a procura de novas ideias sociais, políticas e econômicas, sempre na busca de soluções mais adequadas para os seus problemas peculiares e, eventualmente, tais resoluções serem passíveis de incorporação mais tarde por outros Estados ou até mesmo pela União em caso de êxito. (In. RE nº 730.721/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN, j. 02/10/2015).

E continua acerca das peculiaridades de cada local:

Uma sociedade plural se caracteriza pela diversidade; diversidade esta facilmente extraível da realidade continental do território brasileiro. São florestas tropicais, quilômetros de cerrado, de caatinga, e de diferentes formações vegetais. Diversidade extraível ainda da pluralidade da formação do povo brasileiro, a partir de diferentes culturas de povos, tanto os originários quanto aqueles que para cá imigraram e se integraram e se miscigenaram. Há diversas crenças religiosas, filosóficas e políticas em constante dialéctica neste Estado soberano. Multiplicam-se interesses a serem conjugados a partir da ótica oferecida pela Constituição de 1988 e, nesta perspectiva, é preciso alargar a leitura ou realizar uma nova leitura do federalismo brasileiro a partir da Constituição Cidadã. Se o Estado é plural, não é possível a centralização de competências em um único ente em detrimento de interesses locais e regionais que se destaquem do âmbito de abrangência das normas gerais. (In. RE nº 730.721/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN, j. 02/10/2015)

Observa-se, assim, que o "*presumption against preemption*" e o "*clear statement rule*" buscam valorizar a autonomia dos entes menores, estabelecendo que, no vácuo normativo, deve-se privilegiar a legislação local, exceto quando existente previsão expressa em sentido contrário.

A APLICAÇÃO DO "PRESUMPTION AGAINST PREEMPTION" NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A primeira menção ao cânone hermenêutico "*presumption against preemption*" no âmbito do Supremo Tribunal Federal ocorreu em 2015, pelo Min. Edson Fachin, no Recurso Extraordinário nº 730.721/SP, ao mencionar o magistério de Raul Machado Horta acerca do princípio da subsidiariedade.

Na origem, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou procedente pedido em Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 6.106/08, de Mogi das Cruzes, que regulamentou o uso de embalagens biodegradáveis em estabelecimentos comerciais. A Corte Bandeirante definiu que o Estado de São Paulo que havia vetado Projeto de Lei Estadual com o mesmo objetivo, de modo que a matéria, por ter sido apreciada em nível estadual, não poderia ser objeto de Lei Municipal, sob pena de ofensa ao princípio da distribuição de Competências.

Na decisão monocrática, o Ministro, ao demonstrar preocupação com a excessiva centralização de competências, inviabilizando, em algumas hipóteses, a própria autonomia dos entes federativos, destacou a insuficiência do princípio informador da "*predominância de interesses*" como cânone hermenêutico para solução de conflitos

no federalismo cooperativo. Apontou que os Estados, Distrito Federal e Municípios, diante da predominância da legislação editada pela União sobre as normas editadas pelos entes subnacionais, estão assumindo um papel secundário na federação brasileira, contrariamente ao determinado pela Constituição da República, reduzindo-se a possibilidade de que seja atingido o interesse regional ou local, de acordo com as peculiaridades de cada ente.

Adotando-se o "*presumption against pre-emption*" e "*clear statement rule*", o Min. Fachin entendeu que, por se tratar da gestão de resíduos sólidos, atinente, portanto, ao meio ambiente, só seria possível afastar a competência municipal para impor limites e restrições ao uso de sacolas plásticas se a legislação federal ou estadual dispor, de forma clara e cogente, as "razões pelas quais é o ente federal o mais bem preparado para fazê-lo", de modo que, inexistindo manifestação expressa ou implícita da União ou Estado, "é válida a norma local, desde que a competência seja expressa, compatível com a Constituição e, na eventualidade de que venha a dispor sobre tema de competência privativa, observe rígidos limites de proporcionalidade".

Com tais fundamentos, o Ministro deu provimento ao agravo, por compreender que "não é possível estender os efeitos do veto aposto pelo Governador à legislação de ente autônomo".

Houve oposição de Embargos de Declaração, mas o feito permaneceu suspenso até apreciação do *leading case* Recurso Extraordinário nº 732.686 (Tema 970 da Repercussão Geral).

No Plenário do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, a primeira menção ao cânone hermenêutico "*presumption against preemption*" ocorreu na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.356/MS, que teve como objeto a Lei Estadual nº 4.650/2015, do Estado do Mato Grosso do Sul, que determina que as empresas operadoras do Serviço Móvel de Telefonia instalem equipamentos tecnológicos ou solução tecnológica hábil a identificar e bloquear sinais de telecomunicações e radiocomunicações nos Estabelecimentos Penais e nos Centros de Socioeducação do Estado.

O Relator, Min. Edson Fachin, entendeu que a competência da União legislar sobre telecomunicações (art. 22, inciso IV, da CRFB/88) não pode "*aniquilar*" totalmente a competência dos Estados para tratar de "*temas que, não obstante ligados a elementos oriundos das telecomunicações, não atinjam o núcleo duro desta matéria*", como ocorre na legislação sobre segurança pública (art. 144), direito penitenciário (art. 24, inciso I) e consumo (art. 24, inciso V). Na hipótese específica de bloqueadores de telecomunicações em estabelecimentos penitenciários, vislumbrou um vácuo normativo e, inexistindo legislação federal em sentido contrário, aponta que deve ser completado pelo Estado federado.

O Min. Fachin, no entanto, restou vencido. O Plenário, seguindo o voto divergente do Min. Marco Aurélio, decidiu que o Estado não pode editar lei voltada a obrigar as empresas concessionárias de telefonia móvel a instalar equipamentos para interrupção de sinal de comunicação celular nos estabelecimentos prisionais da unidade da Federação.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.735/MS, por sua vez, tendo como objeto a Lei Estadual nº 3.041/2005, do Estado do Mato Grosso do Sul, em que institui e exige, na

contratação com a administração pública, a apresentação de Certidão de Violação dos Direitos do Consumidor - CVDC, o cânone hermenêutico "*presumption against preemption*" foi, novamente, mencionado no voto do Min. Edson Fachin.

Acompanhando o voto do Relator, Min. Teori Zavascki, Fachin consignou que, embora a manutenção de cadastro com informações negativas dos licitantes seja "consentânea com a autonomia dos Estados para legislar sobre produção e consumo e, de forma ainda mais relevante, concretiza a obrigação constitucional de proteger os consumidores", a Lei Federal nº 8.666/93 estabelece, de forma clara e expressa ao utilizar o termo "*exclusivamente*", a impossibilidade de criação de requisitos para a habilitação além dos previstos em seu art. 27.

Desse modo, por existir uma regra clara (*clear statement rule*), afastando a presunção de autonomia dos entes subnacionais, reconheceu a inconstitucionalidade da lei impugnada.

O precedente paradigmático sobre a matéria, no qual a tese teve apreciação de maneira exaustiva pelo Plenário da Corte, ocorreu em 2017, no Recurso Extraordinário nº 194.704/MG, com Relator para acórdão o voto do Min. Edson Fachin.

Nesse processo, as permissionárias do serviço público de transporte coletivo do Município de Belo Horizonte pretendiam a declaração de nulidade das multas impostas em virtude de poluição ambiental decorrente da emissão de fumaça acima dos padrões aceitos. Alegaram que as leis municipais sobre a matéria não teriam sido recepcionados pelo Texto Constitucional de 1988, sob o fundamento de que o Município não tem competência para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle de poluição, tendo em vista essa competência reparte-se entre a União, os Estados e o Distrito Federal - competência concorrente (art. 24, inciso VI, CR/88).

O Ministro destacou que "*há espaços de indeterminação, nos quais os entes, embora sejam legitimados a agir com autonomia, podem sobrepor-se a áreas de competências de outros entes*" e, nesse contexto, o princípio informador da "*predominância de interesse*" não é suficiente.

Pontuou que, embora seja competência privativa da União legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, inciso XI, CR/88) seria "inconstitucional que o efeito da legislação, no caso o Código de Trânsito Brasileiro, pudesse impor níveis de tolerância à poluição incompatíveis com a saúde da população local". Para Fachin, a "inconstitucionalidade formal de normas estaduais, municipais ou distritais por usurpação de competência da União só ocorre se a norma impugnada legislar de forma autônoma sobre matéria idêntica".

Destacou que "afastar a competência municipal para proteção ambiental em virtude de haver normas da União sobre o trânsito seria uma interpretação contrária ao federalismo de 1988", pois ao regular "tema diverso do que foi disciplinado pela norma municipal, a União poderia impor um nível de tolerância à proteção de um bem de forma desproporcional a que poderia suportar o ente municipal".

Tendo em vista que não existe norma clara, precisa, inequívoca e cogente (*clear statement rule*), editada pelo Congresso Nacional, retirando da autonomia do Município

de Belo Horizonte a possibilidade de legislar sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal, acompanhando o voto do Min. Fachin, negou provimento ao recurso por não vislumbrar inconstitucionalidade na legislação municipal.

O acórdão restou assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI MUNICIPAL 4.253/85 DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. PREVISÃO DE IMPOSIÇÃO DE MULTA DECORRENTE DA EMISSÃO DE FUMAÇA ACIMA DOS PADRÕES ACEITOS. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA À REGRA CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS. INOCORRÊNCIA. NORMA RECEPCIONADA PELO TEXTO VIGENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (presumption against preemption).

2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (clear statement rule), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente menor.

3. Na ausência de norma federal que, de forma nítida (clear statement rule), retire a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, exercerem plenamente sua autonomia, detêm Estados e Municípios, nos seus respectivos âmbitos de atuação, competência normativa.

4. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (In. RE nº 194.704, Rel. p/ acórdão Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. 29/6/2017) (grifos acrescidos)

Após esse julgamento, a menção aos cânones hermenêuticos do "*presumption against preemption*" e "*clear statement rule*" tornou-se lugar comum na Suprema Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 1º.10.2021. ESTAÇÃO RÁDIO BASE. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES. ADI 3.110. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE ACOLHEU OS EMBARGOS, COM EFEITOS INFRINGENTES, PARA DAR PROVIMENTO AO APELO EXTREMO APRESENTADO PELA PARTE RECORRIDA. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL. FATO JURÍDICO RELEVANTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A União, por meio da Lei 11.934/2009, fixou limites proporcionalmente adequados à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos (ADI 3.110).

2. Dessa forma, a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, legislarem sobre seus respectivos interesses (presumption against preemption) foi nitidamente afastada por norma federal expressa (clear statement rule).

3. O Tribunal de origem, ao concluir pela competência do Município, no caso dos autos, divergiu do entendimento majoritário do STF no sentido de que, nos termos do art. 22, IV, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre telecomunicações. Precedentes.

4. Aos embargos de declaração é possível a atribuição de excepcionais efeitos infringentes, quando existente fato jurídico relevante. Na hipótese, os embargos opostos contra decisão monocrática foram acolhidos para adequá-la à nova orientação firmada no julgamento da referida ADI 3.110.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(In. ARE nº 1271779 ED-AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, j. 27/04/2022, DJe 16/05/2022) (grifos não constantes do original)

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA. LEI ESTADUAL DO AMAZONAS N. 4.665 DE 2018. NOTIFICAÇÃO SOBRE O DESCREDENCIAMENTO DE ESTABELECIMENTOS E PROFISSIONAIS DE SAÚDE. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Repartir competências compreende **compatibilizar interesses para o reforço do federalismo cooperativo em uma dimensão de fato cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou outro ente** a fim de que o funcionamento consonante das competências legislativas e executivas otimizem os fundamentos (art. 1º, da CRFB) e objetivos (art. 3º, da CRFB) da República.

2. A deferência ao poder legislativo assume feição especial quando o controle de constitucionalidade é feito em face de norma produzida pelos demais entes da federação. **Ela exige que o intérprete não tolha a alçada que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria. Neste sentido, o cânone da interpretação conforme, a que alude o e. Ministro Gilmar Mendes, deve ser integrado pelo que, na jurisprudência norte-americana, foi chamado de uma presunção a favor da competência dos entes menores da federação (*presumption against pre-emption*).**

3. Assim, seria possível superar o conteúdo meramente formal do princípio e reconhecer um aspecto material: **apenas 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 possuem os entes menores (clear statement rule), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito nacional, certa matéria deve ser disciplinada pelo ente maior.**

4. Conquanto seja a União competente privativamente para legislar sobre direito civil e seguros (CRFB, art. 22, I, VII), é preciso reconhecer, por outro lado, que aos Estados e ao Distrito Federal é dada a competência para legislar sobre relações de consumo em geral.

5. No caso, a União, ao concretizar a competência constitucional, editou a Lei n. 9.656/1998, a qual prevê atualmente, no seu art. 17, a necessária comunicação ao consumidor do descredenciamento de prestadores de serviço. Assim, não há incompatibilidade entre as duas prescrições legais, porque a norma estadual especifica meio e forma de cumprimento de obrigação já imposta pela lei federal.

6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.

(In. ADI nº 6097, Rel. Min. GILMAR MENDES, Relator p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. 08/06/2020, DJe 06/08/2020) (grifos acrescidos)

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DA BAHIA 12.959/2014 QUE DISPÕE SOBRE AUTORIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DA VENDA E DO CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS EM EVENTOS ESPORTIVOS, ESTÁDIOS E ARENAS DESPORTIVAS. CONSTITUCIONALIDADE. EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL CONCORRENTE PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO, DESPORTO E SEGURANÇA PÚBLICA.

1. A autorização e regulamentação da venda e do consumo de bebidas alcoólicas em eventos esportivos, estádios e arenas desportivas em um Estado-

-membro não invade a competência da União prevista no art. 24, V e IX e §§1º a 3º, da Constituição da República.

2. Ante a ausência de nitidez do comando constante do Estatuto do Torcedor, norma federal, há espaço de conformação para os demais entes da federação para, em nome da garantia da integridade física, regulamentar da maneira mais eficiente possível as medidas para evitar atos de violência. Espaço constitucional deferido ao sentido do federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

3. Não atenta contra a proporcionalidade, ao contrário vai a seu encontro, disposição, como a que consta da lei impugnada, que limite o consumo da bebida alcoólica entre o início da partida e o intervalo do segundo tempo.

4. Ação direta de inconstitucionalidade a que se nega procedência.

(In. ADI nº 5112, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. 17/08/2021, DJe 10/09/2021) (grifos adicionados)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 5.517/2009 DO RIO DE JANEIRO. PROIBIÇÃO DO USO DE PRODUTOS FUMÍGENOS EM AMBIENTES DE USO COLETIVO. EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA COMPETÊNCIA DOS ESTADOS PARA SUPLEMENTAREM A LEGISLAÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria.

2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, **se 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, é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior.** Nos conflitos sobre o alcance das competências dos entes federais, deve o Judiciário privilegiar as soluções construídas pelo Poder Legislativo.

3. A Lei fluminense n. 5.517, de 2019, ao vedar o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, não extrapolou o âmbito de atuação legislativa, usurpando a competência da União para legislar sobre normas gerais, nem exacerbou a competência concorrente para legislar sobre saúde pública, tendo em vista que, **de acordo com o federalismo cooperativo e a incidência do princípio da subsidiariedade, a atuação estadual se deu de forma consentânea com a ordem jurídica constitucional.**

4. Depreende-se que a Lei Federal 9.294/1996, ao estabelecer as normas gerais sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, ao dispor acerca da possível utilização em área destinada exclusivamente para este fim, **não afastou a possibilidade de que os Estados, no exercício de sua atribuição concorrente de proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CRFB) estipulem restrições ao seu uso. Ausência de vício formal.**

5. A livre iniciativa deve ser interpretada em conjunto ao princípio de defesa do consumidor, sendo legítimas as restrições a produtos que apresentam eventual risco à saúde. Precedente. É dever do agente econômico responder pelos riscos originados da exploração de sua atividade.

6. Ação direta julgada improcedente. (In. ADI nº 4306, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. 20/12/2019, DJe 19/02/2020) (grifos acrescentados).

Observa-se, dessa forma, a proeminência dos cânones hermenêuticos discutidos neste artigo na solução de conflitos no federalismo cooperativo, no âmbito da Suprema Corte Brasileira.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, concluiu-se que o federalismo cooperativo é o tema em voga no âmbito da jurisdição constitucional, tendo em vista que, em 131 (centro e trinta e um) anos, de acordo com o sistema de pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Corte utilizou a expressão "*federalismo cooperativo*" em 162 (cento e sessenta e dois) acórdãos e 189 (cento e oitenta e nove) decisões monocráticas, sendo que 66,67% (acórdãos) e 62,43% (decisões monocráticas) do uso da expressão "*federalismo cooperativo*" ocorreu nos últimos 2 (dois) anos pela Corte Suprema.

Observou-se a insuficiência do princípio informador da "*predominância de interesses*" para solução de conflitos federativos. Isso porque a predominância da legislação editada pela União, aliada ao fato de parcela significativa das leis irem além das "*normas gerais*" para apreciar a matéria de forma exaustiva, reduziu o papel dos Estados, Distrito Federal e Municípios na repartição de competências.

Com isso, o "*presumption against preemption*" e o "*clear statement rule*" ganharam proeminência no Supremo Tribunal Federal.

Tais cânones de interpretação visam garantir um maior equilíbrio na relação entre os entes federativos, assegurando uma maior autonomia para os entes subnacionais e, por consequente, evitando-se a excessiva centralização do poder legislativo no âmbito da União. É que tais entes (Estados e Municípios) necessitam de autonomia para legislar de acordo com as suas peculiaridades, possibilitando uma maior participação do cidadão, sobretudo para a realização de "experimentos" legislativos e, no caso de êxito, permitir que tais experiências sejam aplicadas em maior escala.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Fernando Bertoletti. **Estado federal e jurisdição constitucional**. 2020. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

BRASIL. **ADI nº 4.306**, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. 20/12/2019, DJe 19/02/2020.

____. **ADI nº 5.112**, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. 17/08/2021, DJe 10/09/2021.

____. **ADI nº 5.631**, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. 25/03/2021.

____. **ADI nº 6.097**, Rel. Min. GILMAR MENDES, Relator p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. 08/06/2020, DJe 06/08/2020.

____. **ARE nº 1.271.779 ED-AgR**, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, j. 27/04/2022, DJe 16/05/2022.

____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1.

____. **Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípio e norma da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle das despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União – Seção 1 – Eletrônico. Poder Executivo, Brasília, DF, 5 jun. 1998, p. 1.

____. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 jan. 2007. Seção 1, p. 3.

____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 1990, p. 18055.

____. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 ago. 2010, 03/08/2010, p. 3.

____. **Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012**. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 04 jan. 2012, p. 1.

____. **Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015**. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jan. 2015, p. 2.

____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002, p. 1.

____. **RE nº 194.704**, Rel. P/ acórdão Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. 29/6/2017.

____. **RE nº 730.721/SP**, Rel. Min. EDSON FACHIN, j. 02/10/2015.

CARVALHO, André Luís Bonifácio de et al. Os governos estaduais no enfrentamento da Covid-19: um novo protagonismo no federalismo brasileiro? **Saúde em Debate**. 2022, v. 46, n. 1.

DAVIS, Mary J. The New Presumption against Preemption. **Hastings LJ**, v. 61, p. 1217, 2009.

EPSTEIN, Richard; GREVE, Michael. Introduction Preemption in Context. In. _____.

(Org.). **Federal preemption: states' powers, national interests**. Washington: American Enterprise Institute, 2007.

PAIVA, Claudio C. de; TORREZAN, Raphael G. A.; PAIVA, Suzana C. F. de. O federalismo cooperativo em obstrução: Fissuras intergovernamentais da pandemia. **Cadernos de Gestão Pública e Cidadania**, São Paulo, v. 27, n. 86, jan./abr. 2021.

PROBST, Marcos Fey **A gestão associada de serviços públicos no sistema constitucional tributário**: a instituição, fiscalização e cobrança de taxa no âmbito dos consórcios públicos. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022.

YOUNG, Ernest A. Federal Preemption and State Autonomy. In. EPSTEIN, Richard; GREVE, Michael (Org.). **Federal preemption: states' powers, national interests**. Washington: American Enterprise Institute, 2007.