

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
5.356 MATO GROSSO DO SUL**

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS OPERADORAS
CELULARES - ACEL
ADV.(A/S) : RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH
INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO
GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI ESTADUAL 4.650/2015. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS TECNOLÓGICOS PARA BLOQUEAR SINAL DE TELECOMUNICAÇÕES E/OU RADIOCOMUNICAÇÕES NOS ESTABELECIMENTOS PENAIS E CENTROS DE SOCIOEDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL. EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO CAUTELAR.

1. A determinação de instalação de equipamentos tecnológicos para bloquear sinal de telecomunicações e/ou radiocomunicações nos estabelecimentos penais e centros de socioeducação não invade a competência da União prevista no art. 22, IV, da Constituição da República.

2. Trata-se de competência concorrente (arts. 24, I e V, e 144, CRFB) atribuída à União, aos Estados e Distrito Federal para legislar sobre direito penitenciário, segurança pública e consumo.

3. Espaço constitucional deferido ao sentido do federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição Federal de 1988. É possível que Estados-membros e Municípios, no exercício da competência concorrente, legislem com o fito de expungirem vácuos normativos para atender a interesses que lhe são peculiares, haja vista que à União cabe editar apenas normas gerais na espécie.

- Medida cautelar indeferida.

ADI 5356 MC / MS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL, em face da Lei 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.

Eis o teor da legislação questionada:

“Art. 1º As empresas operadoras do Serviço Móvel de Telefonia deverão instalar, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da vigência desta Lei, equipamentos tecnológicos ou solução tecnológica hábil a identificar e/ou bloquear sinais de telecomunicações e/ou radiocomunicações nos Estabelecimentos Penais e nos Centros de socioeducação do Estado do Mato Grosso do Sul, de modo a impedir a comunicação por telefones móveis no interior dos referidos estabelecimentos.

Parágrafo único. As operadoras estão igualmente obrigadas a prestar todos os serviços de manutenção, troca e atualização tecnológica das soluções e equipamentos de que trata o “caput” deste artigo.

Art. 2º A inobservância da obrigação estabelecida nesta Lei sujeita as operadoras, individualmente, à pena de multa mínima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e máxima de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por estabelecimento penal, cuja aplicação será regradada em regulamento.

§ 1º O Estado através do órgão ligado a Segurança Pública fiscalizará o cumprimento da obrigação estabelecida nesta Lei.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos após 30 (trinta) dias.”

A mencionada lei foi publicada em 18.03.2015, após rejeição ao veto total proferido pelo Governador do Estado (eDOC 11).

ADI 5356 MC / MS

Segundo a Requerente, a legislação impugnada afronta o pacto federativo por usurpação da competência da União para dispor sobre a concessão e autorização de serviços de telecomunicações (arts. 21, XI e 22, XXIV, da CRFB/88). A Associação aponta, ainda, violação do disposto nos artigos 144, 170, II e III, 175 e 5º, XXXVI da Carta da República.

Defende a Requerente sua legitimidade para a propositura da presente Ação Direta e a pertinência temática entre seus objetivos sociais e a pretensão ora deduzida.

De acordo com a Associação, as imposições da lei impugnada não estão afetas à competência comum ou concorrente entre as unidades federativas e a União. Desse modo, ao promulgar a indigitada Lei, a Assembleia Legislativa do Estado acabou por adentrar em área de competência privativa da União, pois criou obrigação não prevista nos respectivos contratos de concessão, estabelecendo, inclusive, sanções pecuniárias.

Requer o deferimento de medida cautelar diante da presença do *fumus boni iuris*, que exsurge da contrariedade aos dispositivos constitucionais elencados, e do *periculum in mora*, diante da proximidade do final do prazo de 180 dias previsto no *caput* do artigo 1º da Lei, após o que, as operadoras estariam sujeitas a multas que variam entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por estabelecimento penal.

Ao final pede a procedência da ação com a declaração de inconstitucionalidade da Lei 4.650/2015 do Estado de Mato Grosso do Sul.

A Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, em sua manifestação (eDOC 16), pugna pela improcedência do pedido. Afirma que a utilização de aparelhos celulares é uma das principais ferramentas de logística e de criminalidade organizada. Acrescenta que, nos termos do art. 24, I e art. 144, da Constituição da República, os Estados-membros, podem, no âmbito da competência concorrente, legislar sobre direito penitenciário e segurança pública.

A Advocacia-Geral da União (eDOC 19) afirma que se encontram presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, haja vista a

ADI 5356 MC / MS

competência da União para explorar, diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão, os serviços de telecomunicações, bem como para legislar sobre a matéria, conforme inteligência do art. 21, XI e art. 22, IV, da Constituição Federal.

A Procuradoria-Geral da República (e-DOC 25) sustenta, preliminarmente, a ilegitimidade ativa da proponente sob o argumento de representação parcial da categoria e, no mérito, defende a procedência dos pedidos cautelares da presente Ação por afronta à competência privativa da União e possibilidade de imposição de multa.

É o relatório. **Decido.**

Preliminarmente verifico a legitimidade da Associação Nacional das Operadoras de Celulares – ACEL para incoar o controle concentrado de constitucionalidade.

Tratando-se de entidade de classe (art. 103, IX, CRFB) que representa categoria econômica, diferente do que ocorre com categoria profissional (exemplificativamente, ADI 4.232, Min. Dias Toffoli, DJe 30.01.2015) entendo tão somente se fazer necessária a demonstração dos requisitos da abrangência nacional e da pertinência temática.

No caso concreto ambos se fazem presentes. A associação congrega as prestadoras de serviço móvel pessoal (SMP) autorizadas pela ANATEL, tendo como objeto, entre outros, a promoção e defesa dos interesses de suas associadas enquanto prestadoras de SMP e a representação dos seus interesses em juízo e fora dele (art. 1º e 3º e Anexo I, eDOC p. 1, 2 e 27).

A pertinência temática decorre de a lei impugnada estabelecer obrigação para as operadoras de serviço móvel de telefonia (eDOC 11).

Ressalvada a ADI 4.875, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15.10.2014 que

ADI 5356 MC / MS

foi julgada prejudicada pela revogação da norma objeto do controle, há dois julgados específicos nesta Corte sobre a legitimidade da associação autora: a decisão monocrática proferida na ADI 3501, Rel. Min. Ayres Brito, DJ 01.03.2006, e a ADI 3846, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.03.2011, julgada pelo Plenário, de cujo entendimento aqui se comunga.

No primeiro caso se impugnava a Lei Distrital nº 3.446/2004 que estabelecia normas para a instalação de torres destinadas a antenas de transmissão de sinais de telefonia, tendo o Ministro relator entendido que não obstante a ACEL concentre a totalidade das prestadoras de Serviço Móvel Pessoal existentes no país, não poderia ser considerada entidade representativa de classe, pois congregaria mero seguimento do ramo das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações.

Já na ADI 3.846, por maioria a Corte reconheceu a legitimidade ativa da associação (vencido o Min. Ayres Brito, por coerência), tendo em vista a sua abrangência nacional e a pertinência temática.

Além disso, atualmente tramitam no STF, seja sob o procedimento do art. 10 ou do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, as seguintes ações de controle concentrado de constitucionalidade propostas pela ACEL: ADI 3.835, Rel. Min. Marco Aurélio, ADI 4.861, Rel. Min. Gilmar Mendes, ADI 4.924, Rel. Min. Gilmar Mendes, ADI 5.040, Rel. Min. Rosa Weber, ADI 5.059, Rel. Min. Luiz Fux, ADI 5.063, Rel. Min. Gilmar Mendes, ADI 5.098, Rel. Min. Teori Zavascki, ADI 5.253, Rel. Min. Dias Toffoli, ADI 5.327, Rel. Min. Dias Toffoli, ADI 5.399, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

Consigno, por oportuno, que em meu sentir, a legitimidade de entidade com representatividade parcial permite que minorias integrantes de determinado segmento também questionem uma lei majoritária. Afinal, o controle concentrado visa a exatamente garantir que as leis majoritariamente aprovadas não afetem direitos de minorias amparados na Constituição. Se apenas entidades com representatividade

ADI 5356 MC / MS

ampla são legitimadas, parcelas minoritárias dessa classe poderiam ser afetadas sem a possibilidade de manifestação.

Ressalvo, no entanto, a possibilidade de, em casos futuros, apreciar mais a miúdo a compreensão e o alcance da expressão “entidade de classe de âmbito nacional” (artigo 103, IX, da Constituição da República) como uma das legitimadas à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Diante do exposto, reconheço a legitimidade ativa da proponente.

No que diz respeito ao mérito do pedido cautelar, bem examinados os argumentos trazidos pela Requerente, não se encontram presentes os pressupostos para concessão da medida cautelar.

De início, saliento que não me foge ao conhecimento a existência de ações diretas de inconstitucionalidade em trâmite neste Tribunal impugnando leis com matéria idêntica (ADI 5.098, Rel. Min. Teori Zavascki e ADI 4861, Rel. Min. Gilmar Mendes), bem como da concessão de liminares suspendendo dispositivos normativos na hipótese, conforme decisões monocráticas proferidas nas ADI's 5.253 e 5.327, ambas de relatoria do Min. Dias Toffoli (DJe de 31.03.2015 e 19.06.2015).

Contudo, entendo que o tema mereça ser analisado sob lentes diversas, quais sejam, (i) competência para legislar sobre direito penitenciário, (ii) segurança pública e (iii) consumo - segurança do serviço fornecido no âmbito de proteção do direito do consumidor -, o que afasta a concessão da medida cautelar neste momento.

O ingresso e uso de celulares em estabelecimentos prisionais ganha contorno especialmente relevante quando confrontado com a realidade de conquista ou manutenção de poder em seu interior. É fato notório o prejuízo à incolumidade pública e à própria integridade de pessoas

ADI 5356 MC / MS

submetidas ao regime prisional no Brasil que o ingresso e uso de celulares em estabelecimentos prisionais provoca. Os celulares nestes espaços de responsabilidade do poder público são gérmen de atos de corrupção e violência, constituindo verdadeira moeda de troca dentro de tais estabelecimentos.

Cotidianamente são veiculadas na imprensa notícias que apresentam a cruel e dura realidade daqueles que se encontram em situação de encarceramento. Muitos presos são coagidos a fazer com que seus familiares tentem, ilícitamente, ingressar nos presídios levando consigo aparelhos celulares, chips, carregadores de bateria, para que sirvam ao uso dentro das penitenciárias. Muitas vezes, se assim não agirem, são submetidos a agressões físicas que podem se estender, inclusive, a entes queridos integrantes do núcleo familiar que estejam fora do estabelecimento prisional. Nesta perspectiva, a pena além de ofender o princípio da humanidade em relação ao próprio preso, ofende também o princípio de sua intranscendência no tocante ao seu núcleo de afeto.

Relembre-se que a situação do sistema carcerário brasileiro está em discussão nesta Corte a partir da impugnação veiculada na ADPF 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, sob a perspectiva do estado de coisas inconstitucional, cuja medida cautelar foi concedida em parte no julgamento ocorrido em 09.09.2015.

Não é segredo que os celulares são meio de comunicação entre o interior e o exterior do sistema carcerário, projetando igualmente a prática de delitos para além dos limites dos estabelecimentos penitenciários. Tomem-se, por exemplo, a realização de ligações para dirigir e gerenciar atividades criminosas, individuais ou coletivas, tais como o anúncio de falso sequestro com a exigência de alguma vantagem financeira para a libertação do suposto sequestrado, ou a coordenação de organizações criminosas. Nessa perspectiva, a possibilidade ou continuidade desse tipo de comunicação perpetua o estado de

ADI 5356 MC / MS

beligerância entre o Estado e os criminosos, deixando a sociedade em constante estado de alerta e preocupação, tornando quase certa a falência da ressocialização.

Nesta perspectiva, o estudo desenvolvido pela socióloga Camila Caldeira Nunes Dias sobre fatores que contribuíram para o poderio do PCC – Primeiro Comando da Capital – nos presídios demonstra que:

“Os efeitos do desenvolvimento tecnológico são centrais para se compreender a expansão das chamadas organizações criminosas transnacionais.

(...)

No caso específico que tratamos aqui, dentre os diversos avanços tecnológicos importantes para compreender as condições que presidiriam a expansão do PCC, na forma como se deu esse processo, a difusão dos celulares – e, mais tarde, dos minúsculos chips – ocupa um lugar central. O recurso a essa tecnologia se constituiu como condição necessária para que o desenvolvimento e a direção do referido processo social ocorressem como ocorreram e o PCC adquirisse a estruturação e a organização sui generis que o diferencia de outros grupos assemelhados.

(...)

Neste momento, vale destacar apenas alguns pontos importantes: até 2001, em que pese a menor difusão do uso do aparelho celular e, portanto, a restrição da sua utilização a uma pequena parcela da população carcerária, há que se considerar que tais aparelhos não eram avaliados, pelas autoridades, em termos do seu potencial de perigo, a partir do acesso que permite aos presos a articulação e o planejamento de atividade e ações coletivas, rompendo as barreiras materiais representadas pelo muro dos presídios e interligando indivíduos localizados em diferentes pontos do espaço, facilitando ao estabelecimento de todos os tipos de relações entre presos e a sociedade mais ampla.

Foi apenas a partir de 2001, após a primeira megarrebelião, que o celular foi percebido em termos de sua “periculosidade” e alçado à categoria de alvo primordial das operações de revistas nas celas e nas visitas. Desde então, são inúmeros as formas encontradas para trazer o aparelho para dentro da prisão,

ADI 5356 MC / MS

assim como são muitos os equipamentos de segurança adquiridos pelo Estado para tentar inibir essa entrada. Em consequência de ter se tornado alvo preferencial da repressão do Estado, a aquisição de celulares por parte da população carcerária teve o preço inflacionado e, a depender do grau de controle e fiscalização da administração prisional local, esse valor pode variar de R\$ 1.000,00 a R\$ 5.000,00, o que expressa claramente a importância do aparelho na manutenção da organização e das atividades ilícitas que muitos presos mantêm em pleno funcionamento a distância, fora da cadeia.

(...)

Nestes casos, como no período atual, as revistas nas celas (blitz) se tornam menos frequentes, o que pode incidir negativamente no número de celulares apreendidos, visto que essas são as ocasiões mais propícias para encontrá-los.

(...)

De qualquer forma, o gráfico demonstra o papel proeminente que esse recurso tecnológico desempenha na direção do desenvolvimento do processo social em análise aqui. A articulação e o planejamento necessários aos eventos protagonizados pelo PCC em 2001 e em 2006, a sua estruturação e o gerenciamento econômico e político por ele efetivado, só se fizeram possíveis a partir da existência de uma tecnologia como a telefonia celular, desdobrada em outros recursos, como as centrais telefônicas clandestinas utilizadas para realização de conferências entre seus integrantes.” (DIAS. Camila Caldeira Nunes. PCC Hegemonia nas Prisões e Monopólio da Violência. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93 e ss.)

Postas tais premissas, a questão dos autos cinge-se à distribuição de competência entre os diversos entes federativos para legislarem sobre as matérias especificadas pela Constituição. 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

ADI 5356 MC / MS

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 otimizem 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 o alcance do bem comum e para a satisfação de direitos fundamentais.

A Pré-Compreensão sobre o Federalismo Brasileiro

A matéria impõe preambular contextualização.

Conquanto não tenha participado do julgamento da ADI 4.060, Rel. Ministro Luiz Fux, Pleno, DJe 04.05.2015, adiro aos pressupostos de que partiu o então Relator sobre o atual estágio do federalismo brasileiro. Naquela oportunidade, ao discorrer sobre a dinâmica entre centralização e descentralização, típica da distribuição de poder no condomínio político nacional, o Ministro Luiz Fux assentou que a jurisprudência desta Corte apenas recentemente passou a se preocupar com a excessiva centralização de competências, a inviabilizar até mesmo a própria autonomia dos entes federativos.

Consabido, 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. Como princípio informador, a predominância de interesses ocupa lugar de destaque, rechaçado qualquer outro critério ou princípio de distribuição destas competências. E não se está aqui a afirmar que esse princípio não é relevante para o Estado Federal brasileiro, mas não pode ser visto como único princípio informador, sob pena de resultar as implicações referidas

ADI 5356 MC / MS

no decorrer deste voto, com destaque para a excessiva centralização de poder na figura da União.

Esta excessiva centralização de competências na União foi objeto de consideração dos estudos de José Afonso da Silva, conforme o excerto que se transcreve:

“Os limites da repartição regional e local de poderes dependem da natureza e do tipo histórico de federação. Numas a descentralização é mais acentuada, dando-se aos Estados federados competências mais amplas, como nos Estados Unidos. Noutras a área de competência da União é mais dilatada, restando limitado campo de atuação aos Estados-membros, como tem sido no Brasil, onde a existência de competências exclusivas dos Municípios comprime ainda mais a área estadual. A Constituição de 1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica.” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 477)

Na obra citada, José Afonso da Silva classifica as espécies de competências segundo a natureza, a vinculação cumulativa a mais de um ente e vínculo à função de governo, agrupando-as em: (1) **competência material**, subdividindo-a em: (a) exclusiva (art. 21) e (b) comum, cumulativa ou paralela (art. 23); (2) **competência legislativa**: (a) exclusiva (art. 25, § 1º e § 2º); (b) privativa (art. 22); (c) concorrente (art. 24); (d) suplementar (art. 24, § 2º).

No mesmo sentido, partindo da mesma classificação, Alexandre de Moraes afirma que:

“O legislador constituinte, adotando o referido princípio, estabeleceu quatro pontos básicos no regramento constitucional para a divisão de competências

ADI 5356 MC / MS

administrativas e legislativas:

1. *Reserva de campos específicos de competência administrativa e legislativa:*

União – Poderes enumerados (CF, arts. 21 e 22)

Estados – Poderes remanescentes (CF, art. 25, § 1º)

Município- Poderes enumerados (CF, art. 30)

Distrito Federal – Estados + Municípios (CF, art. 32, § 1º)

2. *Possibilidade de delegação (CF, art. 22, parágrafo único) – Lei complementar federal poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias de competência privativa da União.*

3. *Áreas comuns de atuação administrativa paralela (CF, art. 23)*

4. *Áreas de atuação legislativa concorrentes (CF, art. 24)'' (MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 31ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 318)*

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao discorrer sobre a competência legislativa concorrente, preconiza a predominância da legislação editada pela União sobre as normas editadas por Estados e pelo Distrito Federal:

“Por outro lado, existe uma repartição vertical. Há uma competência concorrente deferida à União, aos Estados e ao Distrito Federal (não aos Municípios) (art. 24). Neste campo, compete à União estabelecer apenas as ‘normas gerais’ (art. 24, § 1º). Aos Estados e ao Distrito Federal cabe complementar essas normas, adaptando-as às suas peculiaridades (competência complementar, que a Constituição incorretamente chama de ‘suplementar’, art. 24, § 2º).

Na falta de normas gerais editadas pela União, os Estados e o Distrito Federal podem editá-las, suprimindo a lacuna (competência supletiva, que a Constituição também chama de ‘suplementar’, de modo incorreto, art. 24, § 3º). Neste caso, porém, editando a União as normas gerais, estas prevalecerão sobre as que houverem sido promulgadas pelos Estados ou pelo Distrito Federal (art. 24, § 4º).” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 39ª Ed. São Paulo: Saraiva,

ADI 5356 MC / MS

2013. p. 92)

Na ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, ficou consignada a limitação da competência do Estado-membro para legislar além do que prescrito em normas gerais editadas pela União no exercício da competência concorrente. Confira-se:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep) - PERTINÊNCIA TEMÁTICA - CONFIGURAÇÃO - DEFENSORIA PÚBLICA - RELEVÂNCIA DESSA INSTITUIÇÃO PERMANENTE, ESSENCIAL À FUNÇÃO DO ESTADO - A EFICÁCIA VINCULANTE, NO PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, NÃO SE ESTENDE AO PODER LEGISLATIVO - LEGISLAÇÃO PERTINENTE À ORGANIZAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA - MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE (CF, ART. 24, XIII, C/C O ART. 134, § 1º) - FIXAÇÃO, PELA UNIÃO, DE DIRETRIZES GERAIS E, PELOS ESTADOS-MEMBROS, DE NORMAS SUPLEMENTARES - LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL QUE ESTABELECE CRITÉRIOS PARA INVESTIDURA NOS CARGOS DE DEFENSOR PÚBLICO-GERAL, DE SEU SUBSTITUTO E DE CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO - OFENSA AO ART. 134, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NA REDAÇÃO QUE LHE DEU A EC Nº 45/2004 - LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL QUE CONTRARIA, FRONTALMENTE, CRITÉRIOS MÍNIMOS LEGITIMAMENTE VEICULADOS, EM SEDE DE NORMAS GERAIS, PELA UNIÃO FEDERAL - INCONSTITUCIONALIDADE CARACTERIZADA - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep) - ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL - FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - PERTINÊNCIA TEMÁTICA DEMONSTRADA - LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” RECONHECIDA. - A Associação Nacional dos Defensores

ADI 5356 MC / MS

Públicos (ANADEP) dispõe de legitimidade ativa "ad causam" para fazer instaurar processo de controle normativo abstrato em face de atos estatais, como a legislação pertinente à Defensoria Pública, cujo conteúdo guarde relação de pertinência temática com as finalidades institucionais dessa entidade de classe de âmbito nacional. DEFENSORIA PÚBLICA - RELEVÂNCIA - INSTITUIÇÃO PERMANENTE ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO - O DEFENSOR PÚBLICO COMO AGENTE DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO DOS NECESSITADOS À ORDEM JURÍDICA. - A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconseqüente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas - carentes e desassistidas -, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. - De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam - além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. DIREITO A TER DIREITOS: UMA PRERROGATIVA BÁSICA, QUE SE QUALIFICA COMO FATOR DE VIABILIZAÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS E LIBERDADES - DIREITO ESSENCIAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA, ESPECIALMENTE ÀQUELAS QUE NADA TÊM E DE QUE TUDO NECESSITAM. PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE PÕE EM EVIDÊNCIA - CUIDANDO-SE DE PESSOAS NECESSITADAS (CF, ART 5º, LXXIV) - A SIGNIFICATIVA IMPORTÂNCIA JURÍDICO-INSTITUCIONAL E

ADI 5356 MC / MS

POLÍTICO-SOCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. LEGISLAÇÃO QUE DERROGA DIPLOMA LEGAL ANTERIORMENTE SUBMETIDO À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - INOCORRÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A EFICÁCIA VINCULANTE, NO PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, NÃO SE ESTENDE AO PODER LEGISLATIVO. - *A mera instauração do processo de controle normativo abstrato não se reveste, só por si, de efeitos inibitórios das atividades normativas do Poder Legislativo, que não fica impossibilitado, por isso mesmo, de revogar, enquanto pendente a respectiva ação direta, a própria lei objeto de impugnação perante o Supremo Tribunal, podendo, até mesmo, reeditar o diploma anteriormente pronunciado inconstitucional, eis que não se estende, ao Parlamento, a eficácia vinculante que resulta, naturalmente, da própria declaração de inconstitucionalidade proferida em sede concentrada.* COTEJO ENTRE LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL E LEI COMPLEMENTAR NACIONAL - INOCORRÊNCIA DE OFENSA MERAMENTE REFLEXA - A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, QUANDO PRATICADA POR QUALQUER DAS PESSOAS ESTATAIS, QUALIFICA-SE COMO ATO DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL. - *A Constituição da República, nos casos de competência concorrente (CF, art. 24), estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal (RAUL MACHADO HORTA, "Estudos de Direito Constitucional", p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1º), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF, art. 24, § 2º). Doutrina. Precedentes. - Se é certo, de um lado, que, nas hipóteses referidas no art. 24 da Constituição, a União Federal não dispõe de poderes ilimitados que lhe permitam transpor o âmbito das normas gerais, para, assim, invadir, de modo inconstitucional, a esfera de competência normativa dos Estados-membros, não é menos exato, de outro, que o Estado-membro, em existindo normas gerais veiculadas em leis nacionais (como a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública,*

ADI 5356 MC / MS

consubstanciada na Lei Complementar nº 80/94), não pode ultrapassar os limites da competência meramente suplementar, pois, se tal ocorrer, o diploma legislativo estadual incidirá, diretamente, no vício da inconstitucionalidade. A edição, por determinado Estado-membro, de lei que contrarie, frontalmente, critérios mínimos legitimamente veiculados, em sede de normas gerais, pela União Federal ofende, de modo direto, o texto da Carta Política. Precedentes. ORGANIZAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS ESTADOS-MEMBROS - ESTABELECIMENTO, PELA UNIÃO FEDERAL, MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR NACIONAL, DE REQUISITOS MÍNIMOS PARA INVESTIDURA NOS CARGOS DE DEFENSOR PÚBLICO-GERAL, DE SEU SUBSTITUTO E DO CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DOS ESTADOS-MEMBROS - NORMAS GERAIS, QUE, EDITADAS PELA UNIÃO FEDERAL, NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE, NÃO PODEM SER DESRESPEITADAS PELO ESTADO-MEMBRO - LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL QUE FIXA CRITÉRIOS DIVERSOS - INCONSTITUCIONALIDADE. - Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo "ultra vires", transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional, e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria ou a certa Instituição, como a organização e a estruturação, no plano local, da Defensoria Pública. - É inconstitucional lei complementar estadual, que, ao fixar critérios destinados a definir a escolha do Defensor Público-Geral do Estado e demais agentes integrantes da Administração Superior da Defensoria Pública local, não observa as normas de caráter geral, institutivas da legislação fundamental ou de princípios, prévia e validamente estipuladas em lei complementar nacional que a União Federal fez editar com apoio no legítimo exercício de sua competência concorrente. OUTORGA, AO DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO, DE "NÍVEL EQUIVALENTE AO DE SECRETÁRIO DE ESTADO". - A mera equiparação de altos servidores públicos estaduais, como o Defensor Público-Geral do Estado, a Secretário de Estado, com equivalência de tratamento, só se compreende pelo fato de tais

ADI 5356 MC / MS

agentes públicos, destinatários de referida equiparação, não ostentarem, eles próprios, a condição jurídico-administrativa de Secretário de Estado. - Conseqüente inocorrência do alegado cerceamento do poder de livre escolha, pelo Governador do Estado, dos seus Secretários estaduais, eis que o Defensor Público-Geral local - por constituir cargo privativo de membro da carreira - não é, efetivamente, não obstante essa equivalência funcional, Secretário de Estado. Aplicação, à espécie, de precedentes do Supremo Tribunal Federal. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE "IN ABSTRACTO" E O EFEITO REPRISTINATÓRIO. - A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida em sede de fiscalização normativa abstrata, importa - considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente (RTJ 187/161-162 - RTJ 194/504-505 - ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 3.148/TO, Rel. Min. CELSO DE MELLO) - em restauração das normas estatais precedentemente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por juridicamente inválido, não se reveste de qualquer carga de eficácia jurídica, mostrando-se incapaz, até mesmo, de revogar a legislação a ele anterior e com ele incompatível. Doutrina. Precedentes."

No mesmo sentido:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI PAULISTA. PROIBIÇÃO DE IMPORTAÇÃO, EXTRAÇÃO, BENEFICIAMENTO, COMERCIALIZAÇÃO, FABRICAÇÃO E INSTALAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO QUALQUER TIPO DE AMIANTO. GOVERNADOR DO ESTADO DE GOIÁS. LEGITIMIDADE ATIVA. INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 1. Lei editada pelo Governo do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Goiás. Amianto crisotila. Restrições à sua comercialização imposta pela legislação paulista, com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está localizada a maior reserva natural do minério. Legitimidade ativa do Governador de Goiás para iniciar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e pertinência temática. 2.

ADI 5356 MC / MS

Comercialização e extração de amianto. Vedação prevista na legislação do Estado de São Paulo. Comércio exterior, minas e recursos minerais. Legislação. Matéria de competência da União (CF, artigo 22, VIII e XIII). Invasão de competência legislativa pelo Estado-membro. Inconstitucionalidade. 3. Produção e consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Competência concorrente dos entes federados. Existência de norma federal em vigor a regulamentar o tema (Lei 9055/95). Conseqüência. Vício formal da lei paulista, por ser apenas de natureza supletiva (CF, artigo 24, §§ 1º e 4º) a competência estadual para editar normas gerais sobre a matéria. 4. Proteção e defesa da saúde pública e meio ambiente. Questão de interesse nacional. Legitimidade da regulamentação geral fixada no âmbito federal. Ausência de justificativa para tratamento particular e diferenciado pelo Estado de São Paulo. 5. Rotulagem com informações preventivas a respeito dos produtos que contenham amianto. Competência da União para legislar sobre comércio interestadual (CF, artigo 22, VIII). Extrapolação da competência concorrente prevista no inciso V do artigo 24 da Carta da República, por haver norma federal regulando a questão.” (ADI 2656, rel. min. Maurício Corrêa, DJ 1º.08.2003)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMERCIALIZAÇÃO DE ÁGUA MINERAL. LEI MUNICIPAL. PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. INTERESSE LOCAL. EXISTÊNCIA DE LEI DE ÂMBITO NACIONAL SOBRE O MESMO TEMA. CONTRARIEDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A Lei Municipal n. 8.640/00, ao proibir a circulação de água mineral com teor de flúor acima de 0,9 mg/l, pretendeu disciplinar sobre a proteção e defesa da saúde pública, competência legislativa concorrente, nos termos do disposto no art. 24, XII, da Constituição do Brasil. 2. É inconstitucional lei municipal que, na competência legislativa concorrente, utilize-se do argumento do interesse local para restringir ou ampliar as determinações contidas em texto normativo de âmbito nacional. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 596.489-AgR, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 20.11.2009)

ADI 5356 MC / MS

Partindo dessa compreensão, Estados, Distrito Federal e Municípios, embora igualmente integrantes da República Federativa do Brasil, conforme comando normativo disposto no art. 1º, da Constituição da República, têm suas respectivas competências sufragadas, assumindo um papel secundário na federação brasileira, contrariamente ao determinado pelo Texto Constitucional. Retira-se a possibilidade de que espaços sejam preenchidos para que seja atingido o interesse regional ou local. Reduzida a importância no exercício de suas competências, reduz-se também a efetividade deste exercício para o atendimento do bem comum.

Essa centralização, consoante argumentou o Ministro Luiz Fux na ADI 4.060, teria por fundamento o próprio Texto Constitucional, que concentrou diversas competências privativas no âmbito nacional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que fazia uma "leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União". De fato, ainda de acordo com o voto do Ministro Luiz Fux, o recurso ao princípio da simetria fez, não raro, com que estruturas federais fossem mimetizadas pelos demais entes, às vezes de forma artificiosa.

A constatação dessa realidade não exige que também se investiguem as origens desse entendimento. Nesse sentido, poder-se-ia sustentar que a jurisprudência deste Tribunal manteve-se coerente com a defesa do federalismo brasileiro desde o início do controle de constitucionalidade de normas estaduais. É verdade que, como forma de reação à excessiva descentralização de competências promovida pela Constituição de 1891, a Constituição de 1934 previu uma forma de intervenção da União nos Estados federados. A intervenção, no entanto, não era justificada pela invasão de competência, mas pela afronta a princípios constitucionais sensíveis, nos moldes da intervenção hoje prevista pelo art. 34, VII, da Constituição Federal de 1988. O efetivo controle abstrato de constitucionalidade de normas estaduais só se tornou possível com o advento da Emenda 16, de 26.11.1965, cujo alcance foi paulatinamente determinado pela jurisprudência da Corte.

ADI 5356 MC / MS

Nas Constituições de 1946 e 1967, a repartição constitucional de competências adotava técnica semelhante a que hoje é afeta aos arts. 22 e 24 da Constituição Federal de 1988. Havia, como hoje, matérias de competência expressa e privativa da União, como havia também matérias de competência concorrente. Nessas, a competência dos Estados era supletiva ou complementar (nos termos do art. 6º da Constituição de 1946 e do art. 8º, §2º, da Constituição de 1967). Com o advento da representação de inconstitucionalidade da lei em abstrato, o Tribunal passou a ser provocado a se pronunciar acerca do alcance da competência estadual e, em diversas situações, reconheceu que a competência concorrente significava que à União competiria o estabelecimento de regras gerais e aos Estados, a complementação dessas regras. Nesse sentido: RP 1.314, rel. min. Aldir Passarinho, Pleno, DJ 03.10.1986; RE 73.895, rel. min. Luiz Gallotti, DJ 01.12.1972; e RE 65.986, rel. min. Aliomar Baleeiro, DJ 22.08.1969.

Há que se registrar que a delimitação das competências federativas, tal qual desenhada pelo Supremo Tribunal Federal, acabou sendo amparada, expressamente, pelos parágrafos do art. 24 da Constituição Federal de 1988. Ao interpretar esses dispositivos, já sob a égide de nova Carta, o Supremo Tribunal reiteradamente aplicou as regras de soluções de antinomias previstas na atual Constituição. Nesse sentido: ADI 2.101-MC, rel. min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 28.04.2000 e ADI 2.606, rel. min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 07.02.2003.

A aplicação desses princípios, tal como delineada na prática da Corte, pode ser resumida nos termos em que se decidiu na ADI 3.813 (rel. min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 20.04.2015) e na ADI 2.656 (rel. min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 01.08.2003): havendo lei federal sobre determinada matéria não poderiam Estados e Municípios contrariarem seus dispositivos. Noutras palavras, a solução dos conflitos de competência federativa foi equacionada pela jurisprudência da Corte de modo semelhante ao que se fazia antes do advento do atual Texto

ADI 5356 MC / MS

Constitucional.

Há, no entanto, inegáveis diferenças entre o federalismo da Constituição de 1988 e o das que a antecederam. A primeira e talvez uma das mais fundamentais inovações foi a elevação do município a ente federativo. Como consequência da maior autonomia outorgada pela Carta, também se previu aos municípios um conjunto de competências próprias. 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 explorar todas as inovações previstas pela Constituição de 1988.

Seguindo ainda a introdução feita pelo 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 (TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentations of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, 2004, p. 999-1046). Pense-se, por exemplo, no conflito entre o exercício da competência comum (proteção à saúde) e o da competência privativa (regulação de proteção mineral). O município, em nome do atendimento à saúde, adota procedimentos que impõe restrições à extração de determinado minério.

ADI 5356 MC / MS

Em tais casos, é nítida a legitimidade para impor restrições em nome da proteção à saúde, mas os efeitos da regulação impõem consequências adversas aos que, sob a égide da legislação federal, já haviam adotado todas as cautelas necessárias. Sem, por ora, apontar uma solução para esse conflito, o exemplo indica uma segunda premissa que constitui a pré-compreensão que tenho sobre o federalismo: a pluralidade de regimes normativos não consegue se harmonizar apenas com as regras de competência expressa.

Assim, preliminarmente ao exame desta medida cautelar, cumpre indicar que (a) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até o 'estado da arte' anterior optou por concentrar no ente federal as principais competências federativas, mas (b) é necessário explorar o alcance do federalismo cooperativo esboçado na Constituição de 1988, para enfrentar os problemas de aplicação que emergem do pluralismo.

A compreensão e recompreensão do federalismo pela Corte não podem ser emudecidas por interpretações fatalistas que neguem, de antemão, a ver o tema à luz de novas questões postas ao longo da diacrônica experiência constitucional. Nesse sentido, Roberto Mangabeira Unger foi preciso:

“Vivemos numa época em que a ideia de alternativas sociais corre o risco de ser desacreditada como uma ilusão romântica responsável por catástrofe histórica. (...) Devemos então redescobrir nas pequenas variações a que o pensamento jurídico tradicionalmente se prendeu os começos das alternativas maiores que não mais encontramos onde costumávamos procurar”. (UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004. p.10).

Para desvelar o alcance do federalismo cooperativo na Constituição é preciso despirmo, como bem explica Unger, tanto do otimismo quanto do pessimismo dogmáticos, procurando o ajuste fino que pressupõe a identificação de zonas de coincidência entre as condições de progresso

ADI 5356 MC / MS

material e da liberação do indivíduo - em nossa leitura, inegáveis finalidades da ordem constitucional -, e que tem a ganhar com o aprendizado coletivo fornecido pela chave de leitura do experimentalismo democrático (UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 16-17).

O caso dos autos

A controvérsia posta nestes autos está ligada a essas dificuldades. A *questio iuris* consiste em saber se os Estados podem, por meio de legislação específica, instituir regras que determinem às empresas operadoras do Serviço Móvel de Telefonia a instalação de equipamentos ou de solução tecnológica hábil a identificar e bloquear sinais de telecomunicações ou radiocomunicações nos estabelecimentos penitenciários, de modo a impedir a comunicação por telefones celulares em seu interior.

Posta a controvérsia nesses termos, surge inegável dificuldade de se resolver a lide. Isso porque se, de um lado, a Constituição estabelece competir privativamente à União legislar sobre telecomunicações (art. 22, IV), de outro, no âmbito da competência temática, materialmente todos os entes da federação devem zelar pela segurança pública (o que se extrai da leitura combinada do art. 23, I e do art. 144), ao passo que tanto a União, como Estados e Distrito Federal, têm competência para legislar sobre direito penitenciário e sobre a segurança do serviço fornecido no âmbito de proteção do direito do consumidor (art. 24, I e VIII, e art. 25, §1º).

A dúvida reside em saber se o âmbito de abrangência da competência dos Estados para instituir normas sobre esses temas invade sobejamente a competência da União. As soluções que decorrem da interpretação dada pelo Requerente e pelas decisões anteriores desta Corte sobre o tema, com a devida vênia, parecem não ser suficientes para esse exame.

ADI 5356 MC / MS

Com efeito, a repartição constitucional de competências, matéria afeta à organização do Estado, compreende, de acordo com o Texto Constitucional: o estabelecimento de competência material exclusiva da União (art. 21); competência legislativa privativa da União (art. 22); competência material comum entre União, Estados e Municípios (art. 23), competência concorrente (art. 24), incluindo, neste ponto, as dos Municípios (art. 30, II), competência residual dos Estados; e competência local dos municípios (art. 30, I).

Se entre as ações materiais previstas no âmbito da competência material, seja comum, seja exclusiva, inclui-se a de “legislar sobre”, então há possível conflito entre cada um dos regimes de competência. As regras oferecidas pela Constituição parecem emergir todas do âmbito territorial dos respectivos entes federativos. Assim, excetuando-se as competências exclusivas (art. 21) e privativas (arts. 22 e 30), as competências comum, concorrente e residual devem observar a regra de prevalência do interesse geral, para a União, regional, para os Estados, e local, para os Municípios. A diferença entre a comum e a 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 autonomia é mitigada por uma cadeia de responsabilidades.

Ocorre, no entanto, como já se aludiu aqui, 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. Em situações como essa, a regra de circunscrever-se à territorialidade não satisfaz plenamente o conflito existente entre elas, pois é preciso, ainda, eleger, entre os entes envolvidos, qual circunscrição prevalecerá.

O princípio da subsidiariedade

Poder-se-ia, então, investigar se outra interpretação do Texto

ADI 5356 MC / MS

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? É preciso, porém, antes, advertir cautela: o recurso à experiência comparada nem sempre se revela mais apto à solução dos conflitos relativos ao federalismo, porque, como alerta Mark Tushnet, “*o federalismo é um sistema no qual o pluralismo é acomodado porque os princípios de governo variam de lugar a lugar*” (TUSHNET, Mark; JACKSON Vicki C. *Comparative Constitutional Law*. 3^a Ed. Saint Paul: Foundation Press University Casebook Series, 2014. p. 1158). Noutras palavras, porque as soluções políticas para a divisão espacial do poder são extremamente idiossincráticas, nem sempre o que é válido em determinado contexto pode ser empregado em outro.

Sem embargo, José Alfredo de Oliveira Baracho, em texto pioneiro sobre o princípio da subsidiariedade no direito brasileiro, sustentou que, de fato, em nome desse princípio, haveria uma primazia do interesse da localidade:

“O princípio da subsidiariedade mantém múltiplas implicações de ordem filosófica, política, jurídica, econômica, tanto na ordem jurídica interna, como na comunitária e internacional. Dentro das preocupações federativas, o Governo local deve assumir grande projeção, desde que sua efetivação, estrutura quadros políticos, administrativos e econômicos que se projetam na globalidade dos entes da Federação. No exercício de suas atribuições, o governo das entidades federativas poderá promover ações que devem, pelo menos, mitigar a desigualdade social, criar condições de desenvolvimento e de qualidade de vida. A Administração pública de qualidade, comprometida com as necessidades sociais e aberta à participação solidária da sociedade, pode melhorar as entidades federativas e os municípios. A partir desse nível, concretiza-se, necessariamente a efetivação dos direitos humanos. A descentralização, nesse nível, deverá ser

ADI 5356 MC / MS

estímulo às liberdades, à criatividade, às iniciativas e à vitalidade das diversas legalidades, impulsionando novo tipo de crescimento e melhorias sociais. As burocracias centrais, de tendências autoritárias opõem-se, muitas vezes, às medidas descentralizadoras, contrariando as atribuições da sociedade e dos governos locais. O melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 35, 1995. p. 28-29).

É verdade que a positivação do conteúdo do princípio da subsidiariedade é mais conhecida no direito europeu, desde o Ato Único, de 14 de fevereiro de 1986, ao Tratado de Lisboa. No entanto, o também professor da Universidade Federal de Minas Gerais Raul Machado Horta, ao discorrer sobre esse princípio, defendeu que, no complexo feixe de competências criado pela Constituição de 1988, seria possível sustentar existir um princípio da subsidiariedade no direito brasileiro:

“A subsidiariedade incorpora na palavra a idéia de auxílio, de reforço, de subsidiário, de subsídio, de complementação, de supletividade. Na repartição de competências do federalismo brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1934, a enumeração dos poderes legislativos da União se fez acompanhar da destinação aos Estados-membros da legislação subsidiária, extraída de matérias originariamente atribuídas à União Federal. Na Constituição Federal de 1934, inaugurando a repartição subsidiária de competência legislativa, os Estados receberam competência privativa para elaborar leis supletivas ou complementares da legislação federal, em pressuposição da legislação estadual supletiva ou complementar, para atender peculiaridades locais e suprir lacunas ou deficiências da legislação federal. (Constituição de 1934, arts. 5º, § 3º e 7º). A legislação estadual supletiva ou complementar corresponderia, no caso, aos critérios da realização suficiente ou da melhor realização, preconizados posteriormente pelo Tratado de Maastricht, para justificar a competência da Comunidade ou dos

ADI 5356 MC / MS

Estados-membros, no Direito Comunitário europeu. A regra da legislação estadual supletiva ou complementar reproduziu-se na Constituição de 1946 (art. 6º), formada com as matérias da competência legislativa da União, na relação de subsidiariedade, supletividade ou complementariedade, técnica, também, adotadas, na Constituição de 1967, particularizada na competência para legislar supletivamente. (Constituição de 1967, art. 8º, § 2º). É na repartição de competências da Constituição Federal de 1988 que se localiza a forma mais avançada da inclusão da subsidiariedade em texto constitucional brasileiro. Mantendo os poderes enumerados da União nos domínios da competência geral (art. 21, I até XXV) e da competência privativa (art. 22, I até XXIX), a Constituição abandonou o estilo abreviado e lacônico da remissão, condensada no espaço acanhado do parágrafo de artigo principal, para conferir autonomia e espaço próprio ao que anteriormente permanecia comprimido na referência da legislação complementar e supletiva (Constituições de 1934 e 1946) ou apenas supletiva (Constituição de 1967). 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, tendo por objeto a produção de normas do direito tributário, do direito financeiro, do direito penitenciário, do direito econômico, do direito urbanístico, de produção e consumo, proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico, cultural, cultural paisagístico, procedimentos em matéria processual, processo do juizado de pequenas causas, educação, cultura, ensino e desporto, previdência social, proteção e defesa da saúde, responsabilidade por dano ao meio ambiente e ao consumidor, proteção à infância e à juventude, organização, garantias direitos e deveres das polícias civis, proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência. (...). 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.” (HORTA, Raul Machado. Federalismo e o Princípio da Subsidiariedade, Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, n. 9,

ADI 5356 MC / MS

Belo Horizonte, 2003. p. 13-29).

A mera referência à existência do princípio da subsidiariedade e a seu acolhimento pela Constituição da República não indica qual deve ser o conteúdo a ele atribuído, nem qual a extensão de sua aplicação. A alusão ao federalismo europeu, no entanto, é importante para resgatar a interpretação que a União Europeia tem feito acerca do princípio da subsidiariedade. Ao se sustentar a existência de um princípio da subsidiariedade no âmbito do federalismo brasileiro, é possível retomar a aplicação que foi formulada nos tratados da União Europeia para o contexto nacional, não porque é lícito à Corte realizar um transplante de normas ou um *constitutional borrowing* sem mediações, mas porque, na medida em que a experiência comparada faz uso de um princípio geral do direito, tal qual aqui retratado, também no Brasil seria possível aplicá-lo. Nesse sentido:

“O federalismo é um sistema no qual uma Constituição ou outros acordos fundamentais definem os poderes que os governos central, nacional ou subnacional possuem e cuja distribuição de autoridade somente pode ser modificada por emenda constitucional. Não obstante os métodos de emenda constitucional variem, eles não podem incluir a mudança tão somente pela opção do processo nacional ordinário de tomada de decisão, tipicamente majoritário. A subsidiariedade não é comumente referida como uma forma institucional, mas sim como um princípio. De acordo com o princípio da subsidiariedade, o poder sobre determinada matéria deve ser exercido pelo nível governamental que pode exercê-lo de forma mais apropriada ou eficiente, sujeito ao adequado controle majoritário” (Tradução livre de: TUSHNET, Mark. *Federalism and Liberalism*. 4 *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, n. 329, Nova York, 1996).

Como, então, se substancializa a preferência dada ao ente que de forma “mais apropriada” ou “mais eficiente” exerce os poderes de governo? George Bermann afirma que, na União Europeia, a

ADI 5356 MC / MS

subsidiariedade funciona de quatro formas diferentes (BERMANN, George. Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States, *Columbia Law Review*, n. 332, Nova York, 1994). 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.

Esses elementos de concretização do princípio balizam, como recentemente sustentou Robert Schütze (SCHÜTZE, Robert, Subsidiarity after Lisbon: Reiforcng the Safeguards of Federalism?, *Cambridge Law Journal*, v. 68, n. 3, Cambridge, Novembro 2009. p. 525-536), uma visão procedimental do princípio que chegou a ser albergada pelo Protocolo de Amsterdam, o qual, em seus primeiros artigos, o explicita:

“(1) No exercício da sua competência, cada Instituição assegurará a observância do princípio da subsidiariedade. Cada Instituição assegurará igualmente a observância do princípio da proporcionalidade, de acordo com o qual a acção da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objectivos do Tratado.

(2) A aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade respeitará as disposições gerais e os objectivos do Tratado, nomeadamente no que se refere à manutenção integral do acervo comunitário e ao equilíbrio institucional; a aplicação daqueles princípios não afectará os princípios definidos pelo Tribunal de Justiça quanto à relação entre o direito nacional e o direito comunitário e deve ter em conta o disposto no nº 4 do artigo F do Tratado da União Europeia, segundo o qual a União se dotará «dos meios necessários para atingir os seus objectivos e realizar com êxito as suas políticas».

(3) O princípio da subsidiariedade não põe em causa as competências

ADI 5356 MC / MS

conferidas à Comunidade Europeia pelo Tratado, tal como interpretados pelo Tribunal de Justiça. Os critérios enunciados no segundo parágrafo do artigo 3º-B do Tratado dizem respeito aos domínios em que a Comunidade não tem competência exclusiva. O princípio da subsidiariedade dá uma orientação sobre o modo como essas competências devem ser exercidas no plano comunitário. A subsidiariedade constitui um conceito dinâmico que deve ser aplicado à luz dos objectivos enunciados no Tratado. Permite alargar a acção da Comunidade, dentro dos limites das suas competências, se as circunstâncias o exigirem e, inversamente, limitar ou pôr termo a essa acção quando esta deixe de se justificar.

(4) Em relação a qualquer proposta de texto legislativo comunitário, os motivos em que esta se baseia serão tornados expressos de modo a demonstrar que obedece aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade; as razões que permitam concluir que um determinado objectivo da Comunidade pode ser alcançado mais adequadamente ao nível comunitário devem ser corroboradas por indicadores qualitativos e, sempre que possível, quantitativos.”

Como se observa da leitura do texto, 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. É nesse ponto que, na União Europeia, a prática judicial tem acolhido o princípio da proporcionalidade, cuja previsão também consta do Protocolo de Amsterdam. Noutras palavras, a exclusividade da distribuição de competências não decorre da interpretação do conteúdo do tema, mas da forma de se exercer a competência sobre ele, pois, a depender do bem protegido, é possível excluir a competência normativa dos demais entes. Por isso:

“O princípio da subsidiariedade irá, portanto, questionar se o legislador europeu desnecessariamente restringiu a autonomia nacional. Uma análise de subsidiariedade que não questione a proporcionalidade federal de uma legislação

ADI 5356 MC / MS

européia é fadada a ser um formalismo vazio. A subsidiariedade adequadamente compreendida é proporcionalidade federal” (Tradução livre de: SCHÜTZE, Robert, Subsidiarity after Lisbon: Reiforcng the Safeguards of Federalism?, Cambridge Law Journal, v. 68, n. 3, Cambridge, Novembro 2009. p. 533).

Assim, no sistema europeu, a subsidiariedade é complementada pela proporcionalidade. Nesse sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou, em obra doutrinária, que o apontado sucesso de empreendimento federalista europeu poderia ser resultado *“da adoção de dois princípios fundamentais: o da subsidiariedade e o da proporcionalidade. Consoante o primeiro, 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, é preciso, sempre, respeitar uma rigorosa adequação entre meios e fins.”* (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Considerações sobre o federalismo brasileiro, *Revista Justiça e Cidadania*, n. 157, Setembro de 2013).

Há, portanto, certa indistinção entre os dois princípios, mas, novamente citando Schütze, seria possível definir os respectivos âmbitos de atuação da seguinte maneira: *“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”* (SCHÜTZE, Robert, Subsidiarity after Lisbon: Reiforcng the Safeguards of Federalism?, *Cambridge Law Journal*, v. 68, n. 3, Cambridge, 2009. p. 533).

É preciso, neste ponto, restringir, também, o alcance do conceito de proporcionalidade. É comum, especialmente, na jurisprudência desta Corte, que o princípio tenha sido usado para fazer uma ponderação entre valores constitucionais. O Tribunal, contudo, ainda, deve enfrentar de modo mais incisivo o alcance desse princípio, levando em conta, que, na ponderação de direitos fundamentais, a proporcionalidade não contribui para esclarecer o sentido dos direitos em conflito:

ADI 5356 MC / MS

“O problema com a retórica do balanceamento no contexto da proporcionalidade é que ele obscurece as considerações morais que estão no coração das questões envolvendo direitos humanos e, portanto, ela priva a sociedade de um discurso moral que é indispensável. É possível que nossos juízes estejam preocupados com desacordos morais e essa seja a razão pela qual eles tentem evitar os argumentos morais revestindo o seu raciocínio com linguagem neutra. Entretanto, a melhor forma de solucionar nossos desacordos é revelá-los e abertamente debatê-los.” (Tradução livre de: TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 3, Cambridge, 2009. p. 493)

A proporcionalidade, entretanto, como teste de razoabilidade para soluções de problemas envolvendo competência parece ter nítida orientação constitucional, porquanto não difere, a não ser em grau, do controle judicial sobre regulamentos administrativos, tal como, por exemplo, formulado no teste *Wednesbury* (*Associated Provincial Picture House Ltd. v Wednesbury Corporation*, [1948], 1 KB 223) de razoabilidade:

*“Quando o TJUE interpreta o princípio da proporcionalidade em algumas áreas de um modo que é mais próximo da compreensão ordinária do teste de razoabilidade *Wednesbury* do que da compreensão ordinária do princípio da proporcionalidade, isso não tem que ser problemático para as partes envolvidas, desde que a corte seja consistente em sua aplicação do princípio. Todavia, o fato de que a corte está fazendo referência ao princípio da proporcionalidade quando na realidade está utilizando o teste de razoabilidade pode encobrir as realidades legal e constitucional e, conseqüentemente, é problemática se se percebe a legitimidade em uma perspectiva mais ampla”.* (Tradução livre de: HARBO, Tor-Inge. The Function of the Proportionality Principle in EU Law, *European Law Journal*, v. 16, n. 2, março 2010, p. 185).

O teste de razoabilidade, por sua vez, está a exigir que se examinem as razões que levaram o legislador a adotar determinado regulamento.

ADI 5356 MC / MS

Consiste, portanto, em avaliar se as razões necessárias para a conclusão a que chegou foram levadas em conta ou se optou-se por motivos que não poderiam ter sido considerados. Interpretando os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade nesses termos, seria possível, então, superar o conteúdo meramente formal do princípio e reconhecer um aspecto material, consubstanciado, à semelhança do direito norte-americano, numa presunção de autonomia a favor dos entes menores (*presumption against pre-emption*), para a edição de leis que resguardem seus interesses. 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.

A aplicação desse entendimento às competências concorrentes pode mostrar-se extremamente vantajosa para melhor delimitar qual deve ser o sentido dos termos geral, residual, local, complementar e suplementar. No entanto, para o caso dos autos a discussão envolve, ainda, a disputa de sentido desses conceitos quando se opõem às competências expressas da União, de Estados e de Municípios. Nessas hipóteses, é necessário não apenas que a legislação federal abstenha-se de intervir desproporcionalmente nas competências locais, como também que, no exercício das competências concorrentes, a interferência das legislações locais na regulamentação federal não desnature a restrição claramente indicada por ela.

Os Estados-membros 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.

ADI 5356 MC / MS

Essa leitura está afinada com a reorientação de práticas e atitudes dadas pelo experimentalismo democrático em sua tríplice importância:

*“Para o experimentalismo democrático, a política transformadora tem importância que se desdobra em três aspectos. Primeiramente, como modelo para o próximo passo. Em segundo lugar, como prática que precisa ser generalizada na vida social, se realmente pretendemos tornar nossas sociedades mais democráticas e mais experimentais. E por fim, como um modo de se outorgar efeito prático para nossas próprias verdades, na perspectiva de que excedemos incomensuravelmente poderes de compressão, invenção e concatenação, em relação a todos os sistemas sociais e culturais já criados ou passíveis de desenvolvimento”. (UNGER, Roberto Mangabeira. *Necessidades Falsas*. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 24).*

Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto corroboram o mesmo posicionamento quanto aos laboratórios legislativos:

*“Ao invés de assumir os riscos envolvidos nas grandes apostas de reforma global das instituições nacionais, como tem sido feito, talvez seja melhor experimentá-las no plano local de governo. A aplicação de novas ideias ou arranjos políticos em algum estado ou município precursor pode servir como teste. É claro que muitas experiências podem dar errado, mas os riscos para a sociedade são menores do que quando se pretende realizar reformar nacionais de um só golpe. Não por outra razão, o Juiz Louis Brandeis, da Suprema Corte norte-americana, chamou os governos estaduais de ‘laboratórios da democracia’: ‘É um dos felizes incidentes do sistema federal que um único e corajoso Estado possa, se os seus cidadãos escolherem, servir de laboratório; e tentar experimentos econômicos e sociais sem risco para o resto do país’.” (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 335).*

O Ministro Gilmar Mendes citou no decorrer de seu voto na ADI 4.060/SC, anteriormente mencionada, que *“O próprio professor Konrad*

ADI 5356 MC / MS

Hesse, chamando atenção para o modelo alemão, dizia: legislar sobre normas gerais não pode permitir que a União use dessa competência de forma exaustiva. E tem de deixar competência substancial para o estado-membro". Ou seja, é necessário deixar esse espaço para que experimentos institucionais sejam realizados, com base na vivência local (inclusive como estímulo) para que dessa forma sirva futuramente para a expansão desses modelos, se for o caso.

Nessa mesma toada, em Parecer da Procuradoria-Geral da República, a Dra. Deborah Duprat, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937, dirigida contra a Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo, que proibiu naquele Estado, o uso de “*produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto em sua composição*” novamente coloca-se em voga a relevância dos laboratórios legislativos:

“É preciso, portanto, assegurar aos Estados certa dose de criação e experimentação legislativa, para que não figurem como meros espectadores do processo decisório, em detrimento do componente democrático da federação”.

(...)

“De resto, no que diz com a iniciativa privativa de outros Poderes para o processo legislativo – que é a questão que imediatamente interessa – é possível e desejável acreditar na criatividade legislativa dos Estados, que eventualmente poderiam, preservando a ratio dessa providência, engendrar modelos de cooperação legislativa diversos do federal, talvez até mais céleres, com maior participação popular. Doutrina e jurisprudência norte-americana entendem que os Estados-membros devem servir como “laboratórios legislativos” na procura de novas ideias sociais, políticas e econômicas, que possam solucionar de forma mais adequada os seus próprios problemas, e por outro lado, eventualmente ser incorporadas mais tarde pela União em caso de êxito”.

O Parecer remonta ao julgamento da Representação 1.153 (RTJ

ADI 5356 MC / MS

115/1008), no Caso dos Agrotóxicos ou do DDT, onde o Ministro Francisco Rezek observou que *“Seria flagrante despropósito, contudo, entender que as normas federais estabelecem limites máximos à proteção da saúde, quando na realidade essas normas constituem um piso, a partir do qual cada Estado desdobrará, na conformidade de suas condições e interesses próprios, o patrimônio legislativo. Não há como conceber possa a União, valendo-se da regra que permite estabelecer normas de defesa e proteção da saúde, fixar limites a esse empenho protetivo – porventura mais firme em algumas unidades da federação – em nome da salvaguarda de outros valores, de outros bens jurídicos que não a própria saúde. Assim, neste exato domínio, jamais poderia reputar-se ofensivo à Constituição a lei estadual que multiplicasse as cautelas e os métodos de defesa da saúde, salvo quando ofensiva a outra norma constitucional, concebida para preservar valor jurídico diverso”*.

Além disso, o referido Parecer cita o entendimento reafirmado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, quando do julgamento da liminar da ADI supracitada:

“Como argumento final, tenho defendido não apenas em sede acadêmica, mas também em algumas decisões que proferi já na corte estadual a que pertenci, como também tive oportunidade de manifestar esse entendimento nessa Suprema Corte, no sentido de que, em matéria de proteção ao meio ambiente e em matéria de defesa da saúde pública, nada impede que a legislação estadual e a legislação municipal sejam mais restritivas do que a legislação da União e a legislação do próprio Estado, em se tratando dos municípios”.

Corroborando com esse entendimento, é de se destacar a lição de Leonardo Martins, apontando que:

“O que se pretende destacar, portanto, é que antes de ser visto como um fim em si mesmo o federalismo deve garantir, a um só tempo, o direito à diferença e à participação de todos na vontade central. Adotar a forma federativa, pois, não significa impor a estrutura administrativo-organizacional do ente central às

ADI 5356 MC / MS

entidades parciais. Constitui, sim, garantir que em determinados espaços os estados- membros possam agir com determinada margem de liberdade de conformação, sem que disso se depreenda qualquer prejuízo à união indissolúvel pré-concebida. Em um país de dimensões continentais, em que cada estado possui necessidades sócio econômicas diversas, e que há enorme variedade cultural, atribuir uma leitura centralizadora ao modelo federativo significa afastar a possibilidade do direito de reduzir as desigualdades sociais e regionais". (MARTINS, Leonardo. Limites ao princípio da simetria constitucional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 690).

As transformações sociais mudam, por consequência, as concepções do Estado, inclusive no tocante à sua estruturação, atingindo também a repartição de competências. 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 novo olhar que se propõe a partir da nova ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Um olhar voltado para a otimização da cooperação entre os entes federados; um olhar voltado para a maximização do conteúdo normativo dos direitos fundamentais; um olhar voltado para o respeito e efetividade do pluralismo com marca característica de um Estado Federado. Exemplo desta nova concepção é extraído da leitura do acórdão proferido no RE 423.560:

"EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO-MG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

ADI 5356 MC / MS

*PROVIDO. A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”. Precedentes. Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. **Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido.**” (RE 423.560, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 19.06.2012)*

E também:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. LEI 1.179/94, DO ESTADO DE SANTA CATARINA, QUE DISPÕE SOBRE BENEFICIAMENTO DE LEITE DE CABRA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA LEGISLAR SOBRE DEFESA E PROTEÇÃO DA SAÚDE. ART. 24, XII, §§ 1º E 2º, DA CONSTITUIÇÃO. I. A competência dos Estados para legislar sobre a proteção e defesa da saúde é concorrente à União e, nesse âmbito, a União deve limitar-se a editar normas gerais, conforme o artigo 24, XII, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. II. Não usurpa competência da União lei estadual que dispõe sobre o

ADI 5356 MC / MS

beneficiamento de leite de cabra em condições artesanais. III. Ação direta julgada improcedente para declarar a constitucionalidade da Lei catarinense 1.179/94.” (ADI 1278, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe 1º.06.2007)

Uma sociedade plural se caracteriza pela diversidade; diversidade essa 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 dialeticidade 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.

Portanto, observa-se que a federação brasileira ainda se revela altamente centralizada, inclusive com uma relação nem sempre de harmonia entre a unidade nacional e a autonomia local. Ocorre que a federação não pode ser vista como uma entidade abstrata: ela é, em verdade, modelada em determinados momentos históricos.

Gilberto Bercovici chama atenção para o quesito da mutabilidade presente no federalismo:

“O federalismo é um instrumento de integração, sendo, inclusive, essencial para a configuração do espaço econômico: afinal, a unificação do espaço econômico é uma garantia da unidade nacional. Não basta ao sistema federal estabelecer algumas regras simples e duradouras sobre repartição de competências e rendas. Constantemente, são necessárias mudanças para manter

ADI 5356 MC / MS

ou recuperar o equilíbrio entre todos os integrantes da federação". (BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades Regionais, Estado e Constituição. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 241.)

Bercovici sustenta que o federalismo cooperativo, que aparece expressamente na redação da Constituição de 1988, é ainda altamente teórico:

"(...) a prática do federalismo sob a Constituição de 1988 tem sido bem diversa do previsto no texto constitucional. Um exemplo, consequência direta da falta de uma política nacional de desenvolvimento, é a guerra fiscal, travada entre os Estados para a atração de novas indústrias". (BERCOVICI, Gilberto. Dilemas do Estado Federal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 95-96).

Diante disso, um novo olhar, como exige o federalismo cooperativo presente na Constituição da República de 1988, é o que propomos.

A aplicação do princípio da subsidiariedade ao caso dos autos

Finalmente, se é possível descrever o princípio da subsidiariedade nos termos da argumentação aqui formulada, então é possível indicar, seguindo o magistério de Raul Machado Horta, que, na subsidiariedade, estão os critérios da realização suficiente e da melhor realização, termos que, em verdade, apenas explicitam a proporcionalidade, entendida como *presumption against pre-emption* e *clear statement rule*.

Compulsando todos os argumentos postos, não parece se tratar de uma discussão acerca da iniciativa legislativa da União para a regulamentação das telecomunicações. Isso é evidente e se extrai sem grande esforço interpretativo da simples leitura do disposto no art. 22, IV, da Constituição República.

ADI 5356 MC / MS

Tendo isso em mira, fica fácil vislumbrar que os contratos de concessão entre União e operadoras deverão seguir os padrões definidos pelo ente federal. Vale dizer, apenas as afiliadas da associação requerente detém o conhecimento tecnológico específico para a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, conforme se extrai do art. 60, § 1º, da Lei 9.472/1997.

Todavia, muito embora seja a União competente para legislar sobre telecomunicações, seria simplesmente inconstitucional que o efeito da legislação pudesse 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 na hipótese da legislação sobre segurança pública, direito penitenciário e consumo.

Ressalto que os precedentes invocados pela Requerente não se assemelham à matéria veiculada nestes autos, visto que em muitos deles há, de fato, controvérsia sobre o serviço de telecomunicações em si, ou seja, sobre aquilo que é realmente de competência da União nos termos do art. 22, IV, da Constituição da República. É o que se verifica, a título ilustrativo, na ADI 4.649, rel. min. Dias Toffoli, que trata de lei que previa a possibilidade de acúmulo das franquias de minutos mensais e transferência de minutos não utilizados para os meses subsequentes.

Ao contrário, a presente controvérsia deve ser vista sob a ótica da **segurança pública** (art. 144) e do **direito penitenciário** (art. 24, I), matérias de competência dos Estados, bem como à luz da legislação sobre **consumo** (art. 24, V) no tocante à exigência de fornecimento com segurança do serviço prestado pelas operadoras de telefonia móvel.

As restrições, evidentemente, não poderiam infringir materialmente normas constitucionais, excetuadas essas hipóteses, porém, inexistem

ADI 5356 MC / MS

impedimento de ordem formal para que o façam. Frise-se, uma vez mais, a principal consequência advinda do reconhecimento do princípio da subsidiariedade no direito brasileiro: 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. Se, no entanto, o exercício da competência decorrer da coordenação (art. 24 da Constituição Federal) ou da cooperação (art. 23), a violação formal exige ofensa à subsidiariedade. Não é disso, todavia, que cuida a hipótese dos autos e, por essa razão, resta evidente que inconstitucionalidade não há.

No tocante ao direito penitenciário, o art. 24, I, da Constituição Federal confere competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre o tema. Nesta perspectiva, cabe à União a edição de normas gerais, podendo os Estados e Distrito Federal legislar de forma plena na ausência de lei federal, conforme se depreende dos parágrafos do dispositivo citado. Neste sentido, confira-se: ADI 3916, rel. min. Eros Grau, DJe 14.05.2010.

Até o momento, para além das tipificações criminais previstas nos arts. 319-A e 349-A do Código Penal (incluídos pela Lei nº 11.466/2007), a legislação nacional apenas prevê como falta grave do condenado a posse, a utilização ou o fornecimento de aparelho telefônico (art. 50, VII, da Lei nº 7.210/1984), bem como a necessidade de que se façam presentes nos estabelecimentos penitenciários bloqueadores de telecomunicações (art. 4º da Lei nº 10.792/2003), quedando-se silente sobre outros aspectos referentes ao uso dos aparelhos celulares ou chips no interior dos estabelecimentos penitenciários.

Há, pois, um vácuo normativo que pode e deve sim ser completado pelo Estado federado. Ressalte-se que o direito penitenciário engloba padrões de conduta dirigidos aos sistemas prisionais, ou, em outros termos, nos sistemas de cumprimento da pena. E neste ponto o art. 4º, da

ADI 5356 MC / MS

Lei 7.210/1984 dispõe:

“Art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.”

Na exposição de motivos do projeto legislativo que culminou na edição da Lei de Execução Penal, consignou-se a necessária participação da comunidade. Confira-se:

“24. Nenhum programa destinado a enfrentar os problemas referentes ao delito, ao delinqüente e à pena se completaria sem o indispensável e contínuo apoio comunitário.

25. Muito além da passividade ou da ausência de reação quanto às vítimas mortas ou traumatizadas, a comunidade participa ativamente do procedimento da execução, quer através de um Conselho, quer através das pessoas jurídicas ou naturais que assistem ou fiscalizam não somente as reações penais em meios fechados (penas privativas da liberdade e medida de segurança detentiva) como também em meio livre (pena de multa e penas restritivas de direitos).” (Extraído de KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal Anotada*. 12ª Ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 55)

Conclui-se, assim, que ao se referir a Estado em seu art. 4º a Lei compreende todos os entes federados sem distinção, conclamando a sociedade a participar da adequação do cumprimento de pena aos princípios constitucionais.

Resgato uma vez mais o ponto: a questão constitucional em discussão somente pode ser desvelada em sua completude e complexidade quando posta em análise sob as lentes do federalismo, do direito penitenciário, da segurança pública e da segurança do serviço no âmbito da proteção do direito do consumidor de telefonia móvel.

Dessa forma, não se limita à singela discussão sobre a competência

ADI 5356 MC / MS

legiferante privativa da União sobre o importante tema das telecomunicações.

O setor é dotado de uma complexa e importante sistemática regulatória, que, como é sabido, diz respeito à prestação de serviço público primordial para o desenvolvimento nacional no bojo da interconectada sociedade contemporânea.

Não se ignora que em decorrência de sua relevância foram instituídos por lei fundos públicos tais como o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), criado pela Lei Federal nº 9.998/2000), teleologicamente destinado a propiciar recursos para cobrir a parcela do custo do cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações.

Perceba-se que para além das diretas conexões com o direito penitenciário delineadas neste voto, as telecomunicações possuem outros importantes pontos de contato com a questão da segurança pública, o que é evidenciado pela própria Lei do FUST ao elencar, entre os objetivos da aplicação de seus recursos, a implantação de acessos individuais para órgãos de segurança pública (art. 5º, X).

As telecomunicações, no entanto, não constituem o cerne da discussão dos autos, em que a legislação impugnada versa sobre direito penitenciário e a segurança pública.

Ao discorrer sobre esta última, Cláudio Pereira de Souza Neto afirma:

“A constitucionalização traz importantes conseqüências para a legitimação da atuação estatal na formulação e na execução de políticas de segurança. As leis sobre segurança, nos três planos federativos de governo, devem estar em conformidade com a Constituição Federal, assim como as respectivas

ADI 5356 MC / MS

estruturas administrativas e as próprias ações concretas das autoridades policiais. O fundamento último de uma diligência investigatória ou de uma ação de policiamento ostensivo é o que dispõe a Constituição. 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. O art. 144 deve ser interpretado de acordo com o núcleo axiológico do sistema constitucional, em que se situam esses princípios fundamentais - o que tem grande importância, como se observará, para a formulação de um conceito constitucionalmente adequado de segurança pública.

(...)

Há duas grandes concepções de segurança pública que rivalizam desde a reabertura democrática e até o presente, passando pela Assembleia Nacional Constituinte: uma centrada na idéia de combate; outra, na de prestação de serviço público.

A primeira concebe a missão institucional das polícias em termos bélicos: seu papel é "combater" os criminosos, que são convertidos em "inimigos internos"

(...)

A segunda concepção está centrada na idéia de que a segurança é um "serviço público" a ser prestado pelo Estado. O cidadão é o destinatário desse serviço. Não há mais "inimigo" a combater, mas cidadão para servir. A polícia democrática, prestadora que é de um serviço público, em regra, é uma polícia civil, embora possa atuar uniformizada, sobretudo no policiamento ostensivo. A polícia democrática não discrimina, não faz distinções arbitrárias: trata os barracos nas favelas como "domicílios invioláveis"; respeita os direitos individuais, independentemente de classe, etnia e orientação sexual; não só se atém aos limites inerentes ao Estado democrático de direito, como entende que seu principal papel é promovê-lo. A concepção democrática estimula a participação popular na gestão da segurança pública; valoriza arranjos participativos e incrementa a transparência das instituições policiais." (SOUZA

ADI 5356 MC / MS

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)

No que se refere à competência sobre a matéria, a tramitação da PEC nº 33 de 2014, que altera o art. 23 e o art. 24 da Constituição Federal para inserir a segurança pública entre aquelas comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, não obsta o entendimento de que a redação atual estabelece a competência concorrente.

Na própria justificação da proposta, ficou consignado que a modificação é apenas uma medida para sanar a omissão do constituinte originário. Confira-se:

“A presente Proposta de Emenda à Constituição (PEC) pretende incluir a segurança pública entre as competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, corrigindo uma omissão do constituinte originário, no artigo 23.

Ao lado da educação e da saúde, a segurança pública é um dos direitos mais básicos da população e um dos temas mais preocupantes nos dias de hoje. De acordo com o caput do art. 144 da Constituição, a segurança pública é dever do Estado (em sentido amplo) e responsabilidade de todos.

Nesse sentido, a União atua por meio das polícias federal, rodoviária federal e ferroviária federal; os Estados e o Distrito Federal, por intermédio das polícias civil e militar; e os Municípios, mediante as guardas municipais.

A competência para legislar também carece de correção, de forma que promovemos também o acréscimo de inciso ao artigo 24 - que trata da competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal - para incluir a segurança pública.

*Assim, para **explicitar** na Constituição o compromisso de todos os entes federados com a segurança pública, esperamos contar com o apoio dos nobres Pares na aprovação desta PEC.” (Disponível em:*

ADI 5356 MC / MS

<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=155615&tp=1>)

A proposta afirma explicitar, quer dizer, tornar nítido, sem margem de ambiguidade, e não transferir ou instituir uma competência concorrente. Busca, portanto, tornar expresso aquilo que já decorre de uma interpretação sistemática da Constituição da República.

Compulsando o tecido constitucional positivo observa-se que a expressão “dever do Estado” foi utilizada em cinco oportunidades distintas: art. 196 (saúde), art. 205 e art. 208 (educação), art. 217 (desporto) e, por fim, no art. 144, que versa sobre a segurança pública.

Todas as matérias elencadas - saúde, educação e desporto - encontram-se dispostas como de competência legislativa concorrente, consoante se extrai do art. 24, XII e IX.

Por identidade de razão, o mesmo tratamento constitucional é conferido à segurança pública. Isto é, trata-se de matéria de competência legislativa atribuída à União, aos Estados e ao Distrito Federal.

As lições de José Afonso da Silva somam-se a este entendimento e dirimem eventual dúvida sobre a competência para tratar do tema da segurança pública nos seguintes termos:

“Indicamos, antes, que a segurança pública é exercida pelos seguintes órgãos: polícia federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares. Há, contudo, uma repartição de competências nessa matéria entre a União e os Estados, de tal sorte que o princípio que rege é o de que o problema da segurança pública é de competência e de responsabilidade de cada unidade da Federação, tendo em vista as peculiaridades regionais e o fortalecimento do princípio federativo, como, aliás, é da tradição do sistema brasileiro”. (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo.

ADI 5356 MC / MS

29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 779)

Alega-se nesta ação direta que a lei estadual questionada violaria o já mencionado art. 144 da Constituição da República, pois transferiria às operadoras de telefonia móvel atividade de polícia e a concretização da segurança pública, tarefas essenciais do Estado.

Ademais, aduz-se que no que se refere ao específico tema em discussão o legislador teria incumbido o Estado da instalação dos bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádio-transmissores e outros meios, definidos no art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472/1997, nos termos do art. 4º da Lei Federal nº 10.792/2003.

Não se coaduna com a Constituição da República uma leitura de seu Capítulo III, Seção III, Título V, em que se coloca a segurança pública apenas como elemento indispensável para a defesa do Estado e das instituições democráticas.

A redação do art. 144 não deixa dúvidas ao estabelecer que não obstante seja a segurança pública dever do Estado, é, ao mesmo tempo, não apenas direito, mas também responsabilidade de todos.

Dessa forma, a designação - e especificação - no texto constitucional dos órgãos de segurança não veda, mas, muito pelo contrário, recomenda a participação colaborativa dos particulares na consecução da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Saliente-se que a construção de uma sociedade solidária é objetivo fundamental da República estampado logo no primeiro inciso do art. 3º da Constituição. Seu conteúdo normativo deve, portanto, ser potencializado e densificado pela comunidade de intérpretes e não esvaziado.

ADI 5356 MC / MS

Seguindo essa nítida orientação constitucional, o art. 4º da Lei Federal nº 10.792/2003 tão somente determinou que os estabelecimentos penitenciários devem dispor de bloqueadores de telecomunicação, silenciando (ausência de “*clear statement*”) quanto aos responsáveis pela sua instalação ou manutenção.

Há, assim, nítido espaço para que os Estados e Distrito Federal, próximos dos dilemas das realidades regionais, sob o prisma constitucional e federativo antes delineado, exerçam a competência legislativa concorrente a eles atribuída pela Constituição, seja na perspectiva do direito penitenciário, seja na perspectiva da segurança pública.

E o ponto torna-se mais evidente ao se constatar que compete aos Estados estabelecer as zonas de segurança em que serão instalados os estabelecimentos penais.

Cabe aos Estados no âmbito de sua competência material estabelecer o necessário para que não se perfectibilize a prestação de serviços de telecomunicação na área por si delimitada para a instalação de estabelecimentos penais.

Isso pode dar-se, de um lado, mediante prestação direta da Administração Criminal. De outro, mediante a atividade legislativa, com normatização de direito penitenciário, opção feita no caso trazido à apreciação desta Corte.

Ressalte-se que inclusive as razões que levaram o Estado a essa última escolha foram explicitadas na justificativa da proposição legislativa que gerou a lei impugnada:

“(...) Assim foi editada, em 13 de dezembro de 2006, a Portaria nº 2.349, no âmbito do Ministério da Justiça que instituiu comissão com o objetivo de

ADI 5356 MC / MS

desenvolver um entendimento comum sobre o isolamento efetivo dos presos e estabelecer medidas de curto, médio e longo prazo para resolver os problemas decorrentes da ausência de segurança eletrônica nos presídios brasileiros.

Com o intuito de garantir a pluralidade e a legitimidade das discussões, bem como a qualidade e a abrangência das alternativas propostas, a Comissão mencionada foi composta por representantes dos mais diversos setores. Para além de representantes do Gabinete do Ministro da Justiça, da Secretaria de Assuntos Legislativos e do Departamento Penitenciário Nacional, integram-na, ainda, representantes do Ministério das Comunicações, da Procuradoria-Geral da República, da Justiça Federal, da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária de São Paulo e da Associação Nacional das Operadoras Celulares.

As conclusões a que chegou a Comissão em referência são múltiplas, e até que venham a se concretizar, as unidades federadas e o país continuam a sofrer, pois ações e comandos para conturbação da ordem partem de unidades penais.

Muito embora a proibição existente para ingresso dos celulares nos locais declinados, é sabido, infelizmente, que a situação se concretiza pelos mais diversos meios. As dificuldades enfrentadas pelos Estados são as mais diversas, a saber: pessoal técnico especializado; equipamento de segurança em número adequado, questões orçamentárias e outras contidas no relatório atrás referido são destacadas para demonstrar as alições (sic) enfrentadas.

O uso dos telefones celulares vem servindo à criminalidade organizada, a qual deles se utiliza para a perpetração de crimes e rebeliões, trazendo transtornos em todos os Estados.

O uso de bloqueadores tem sido um dos meios empregados, mas colidem com os aspectos técnicos das empresas de telefonia. Estas são as únicas capazes de atualização tecnológica para não tornar obsoletos os bloqueadores, como já aconteceu em outras unidades da federação. (...) (eDOC. 7)

Não está o Estado, portanto, invadindo competência privativa da União ao regulamentar abstratamente como deve se dar a prestação de

ADI 5356 MC / MS

serviço de telecomunicações.

Está, no âmbito de sua competência, adotado o necessário para que se cumpram adequadamente as limitações por si estabelecidas para as zonas de segurança em que estão instalados os estabelecimentos penais, quer isso se dê por meio da instalação de equipamentos, quer por meio da adoção de outra solução tecnológica que permita a identificação e bloqueio de sinais de telecomunicação nestas.

Em razão disso, igualmente não é possível compreender que a legislação em análise implica a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão ou promova alteração na posição jurídica inicial da concessionária quando do momento da contratação. Ademais, a existência de eventual desequilíbrio teria caráter intersubjetivo, desinfluyente à aferição da competência legislativa. Aqui cabe às operadoras a observância da imperatividade da lei.

Trata-se de norma de direito penitenciário instituidora de limitação em conformidade com a ordem jurídica, da qual as operadoras de telefonia móvel não podem se eximir de cumprir.

Por fim, a questão também pode ser analisada sob o prisma da proteção ao consumidor.

As operadoras de telefonia móvel são responsáveis pelo fornecimento de produtos ou serviços que devem atender aos imperativos de segurança, ou seja, produtos e serviços que não causem danos ou prejuízos aos consumidores, incluída a coletividade, consoante dispõe o art. 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Em tal qualidade, devem obediência ao que dispõe o art. 8º do Código.

A elas incumbe, portanto, o dever de neutralizar o uso nocivo que decorre do ingresso ilícito dos aparelhos celulares nos estabelecimentos

ADI 5356 MC / MS

penais, a fim de que se preservem, ao mesmo tempo, a segurança da população em geral, dos encarcerados, agentes penitenciários e dos interesses dos consumidores. Destaque-se, nesse sentido, a proteção estendida pelo Código de Defesa do Consumidor aos consumidores equiparados (*bystanders*) quando estes, mesmo que não tenham agido como consumidores, sujeitam-se às consequências do dano pelo mau funcionamento do serviço oferecido.

Acrescente-se que a defesa do consumidor é princípio orientador da ordem econômica (art. 170, V, da Constituição da República). Significa que aquele que pretende explorar atividade econômica e, por conseguinte, figurar como agente econômico no mercado de consumo deve responder pelos riscos originados desta exploração, principalmente naquilo que toca à proteção do consumidor.

É dever do fornecedor zelar pela segurança do serviço oferecido.

E não se trata de algo novo a impactar o contrato de concessão celebrado. Tal como a limitação decorrente da fixação zonas de segurança estabelecidas pelos Estados para instalação dos estabelecimentos penais, as quais decorrem da própria ordem jurídica, a obrigação de zelar pela segurança do serviço de telecomunicações provém do próprio serviço e da legislação consumerista vigente, de cujo teor não se pode alegar desconhecimento.

Passo à análise da medida cautelar.

Diante disso, torna-se imperativo analisar, desde logo, o pedido de concessão urgente de medida cautelar, considerando, a um só tempo, a relevância do tema ora posto à análise e a necessidade de uma imediata resposta desta Corte Suprema aos questionamentos levantados nesta ADI. Assim, se evita que, com a pluralidade de potenciais decisões conflitantes nas instâncias ordinárias, semeie-se insegurança jurídica e violação de

ADI 5356 MC / MS

competências.

Consigno, por oportuno, que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal assim dispõe sobre as atribuições do Relator:

“Art. 21. São atribuições do Relator:

(...)

IV - submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa;

V - determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, ad referendum do Plenário ou da Turma”.

Como se depreende do dispositivo acima transcrito, cabe ao Relator, constatada a possibilidade de a demora na apreciação do pleito cautelar gerar grave dano a direito, deferir cautelares, *ad referendum* do Plenário, suficientes para a sua adequada proteção. Dessa forma, e por identidade de razão, não apenas pode, mas deve o Relator, atendendo ao direito fundamental de acesso à jurisdição, apreciar desde logo a medida cautelar para *indeferi-la*, quando constatar que a própria demora na apreciação do pleito cautelar pelo Plenário poderá, por si só, gerar grave dano, como acima consignei.

Ressalte-se que os dispositivos regimentais acima citados jamais foram objeto de questionamento no âmbito de fiscalização abstrata de constitucionalidade nesta Corte, de modo que a eles são aplicáveis a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, sendo possível sua aplicação nos excepcionais casos para os quais estão previstos.

Conclui-se, portanto, pela possibilidade do exame monocrático da questão atinente ao pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, *ad referendum* do Plenário, com fundamento no

ADI 5356 MC / MS

próprio art. 21, V, do RISTF, e na jurisprudência da Corte.

De outro canto, a presente decisão não ofende aprioristicamente a competência do Tribunal Pleno, consistindo apenas em um diferimento da análise colegiada, dada a excepcionalidade institucional e as peculiaridades empíricas do presente caso.

Isso posto, não se vislumbra por ora, no olhar prefacial que caracteriza o juízo cautelar, a fumaça do direito pleiteado pela requerente.

Também não se vislumbra *periculum in mora*, haja vista que o art. 3º da lei impugnada prevê que a produção de efeitos ocorra após 30 dias da data de sua publicação. Muito embora já tenha decorrido o prazo assinalado, disto não decorre o perigo na demora da concessão, tendo em vista que a aplicação da multa prevista em seu art. 2º depende de regulamentação conforme expressa disposição legal, não tendo a Requerente comprovado nos autos já ter sido realizada a edição dessa norma.

Diante dos pressupostos teóricos e da moldura normativa esboçados, **indefiro, ad referendum do Plenário deste STF, a medida cautelar** por não vislumbrar a fumaça do direito pleiteado e, por consequência, *periculum in mora*.

Peço dia para o julgamento do referendo da decisão sobre a medida cautelar, por mim indeferida, pelo Plenário desta Corte.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de novembro de 2015.

Ministro Edson Fachin

Relator

Documento assinado digitalmente

ADI 5356 MC / MS