

ano 18 - n. 71 | janeiro/março - 2018
Belo Horizonte | p. 1-324 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v18i71
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

O poder constituinte decorrente no Brasil: entre a Constituição e o Supremo Tribunal Federal

Sub-national constituent power in Brazil: between the Constitution and the Supreme Federal Court

Thiago Magalhães Pires*

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil)
thiagopires30@gmail.com

Recebido/Received: 24.10.2017 / October 24th, 2017

Aprovado/Approved: 23.04.2018 / April 25rd, 2018

Resumo: O artigo pretende oferecer um exame crítico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de poder constituinte decorrente. São enfrentados três pontos em particular: (a) o “princípio da simetria” (exigência de que a organização da União seja copiada pelas demais esferas federativas); (b) a proibição de que as constituições dos Estados tratem de questões relacionadas à organização municipal; e (c) a vedação a que as cartas estaduais e leis orgânicas distrital e municipais tratem de temas que, quando disciplinados por leis ordinárias, não se submetem à iniciativa parlamentar. Sugere-se a revisão do entendimento da Corte, a fim de adequá-lo ao texto da Carta de 1988 e ao que se espera de uma federação.

Palavras-chave: Federação. Autonomia. Poder constituinte decorrente. Princípio da simetria. Constituições estaduais.

Abstract: This paper seeks to offer a critical assessment of the case-law of the Supreme Federal Court of Brazil in the matter of sub-national constituent powers. It addressed three issues in particular: (a) the ‘symmetry principle’ (which demands that the organization of the Union be copied by the sub-national

Como citar este artigo/*How to cite this article:* PIRES, Thiago Magalhães. O poder constituinte decorrente no Brasil: entre a Constituição e o Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 295-314, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.872.

* Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Convidado do Curso de Pós-graduação em Direito Administrativo (2014/2015) da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Convidado do Curso de Pós-graduação em Direitos Fundamentais (2017) do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em São Paulo-SP, em parceria com o Instituto Ius Gentium Conimbrigae – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra, Portugal). Advogado e consultor jurídico. E-mail: thiagopires30@gmail.com.

governments); (b) the prohibition to the interference, by state constitutions, in the organization of the local governments; and (c) the forbiddance that state constitutions and the organic laws of the Federal District and the Municipalities deal with matters that, when regulated by ordinary statutes, require the introduction of a bill by a branch other than the legislative. The paper suggests that the doctrine of the Court should be changed, in order to respect the Constitution of 1988 and what a federation is supposed to be.

Key words: Federalism. Self-rule. Sub-national constituent power. Symmetry principle. State constitutions.

Sumário: Introdução – **1** O “princípio da simetria” – **2** As constituições estaduais e os Municípios – **3** A degradação hierárquica das constituições estaduais e leis orgânicas – Conclusão – Referências

Introdução

A federação brasileira confere a seus componentes a competência de se regerem e organizarem exercendo um poder constituinte próprio. União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm a prerrogativa de editar normas constitucionais em suas respectivas esferas – com a diferença de que a União também pode dispor sobre a organização do Estado soberano como um todo por meio de emendas à Carta Federal.¹ ² Nem toda federação atribui poderes constituintes aos seus integrantes,³ de modo que a previsão disso na Constituição de 1988 não representa algo banal. Trata-se de uma opção política clara, cujas consequências devem ser respeitadas pelo intérprete quando da apreciação do tema.

Mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) parece pouco confortável com isso: na prática, a auto-organização dos entes periféricos⁴ foi eliminada e substituída por um dever genérico de copiar o modelo federal. Ademais, a orientação do Tribunal é pouco clara e sistemática, lançando a disciplina da matéria em rumos duvidosos e incertos. Como desenhado hoje, o panorama dos

¹ Se as emendas não tenderem a abolir o pacto federativo (Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, art. 60, §4º, I).

² Nos EUA, não basta aprovação do Congresso para edição de emendas à Constituição; é necessária sua ratificação por três quartos dos Legislativos estaduais ou de convenções realizadas nos Estados. Ademais, dois terços destes podem pedir a convocação de uma convenção para, em lugar do Congresso, propor emendas à ratificação (Constituição dos EUA, art. V).

³ De fato, nos EUA e na Alemanha, as constituições dos Estados e *Länder* têm *status* hierárquico superior ao seu direito ordinário. Já no Canadá, as Províncias seguem a tradição britânica, organizando-se por leis ordinárias e costumes constitucionais. Na Índia, a organização estadual é disciplinada em detalhes pela própria Constituição Federal, enquanto na África do Sul, as Províncias podem ou não adotar constituições próprias (TARR, George Alan. Subnational constitutions and minority rights: a perspective on Canadian provincial constitutionalism, *Revue Québécoise de Droit Constitutionnel*, v. 2, p. 174-194, 2008, p. 175-181).

⁴ A República Federativa do Brasil (ente global) é formada por um ente central (União) e vários entes periféricos (Estados, Distrito Federal e Municípios). A ordem jurídica nacional é um sistema composto pela Constituição Federal, no seu vértice, e pelas ordens jurídicas parciais editadas por cada um dos entes nas suas respectivas áreas de atuação e territórios.

acórdãos não é capaz de indicar, a um legislador responsável, os caminhos que ele pode seguir. O mesmo se estende aos demais juízes, que também se veem em terreno movediço quando precisam decidir sobre a validade de disposições constitucionais e orgânicas estaduais, distritais e locais. A literatura não tem evitado a questão, mas ainda não conseguiu convencer o STF a rever sua orientação.

O presente estudo se junta a esse esforço. Seu objetivo é colaborar na sistematização do tema, tentando conduzir a uma nova reflexão pelo STF. O texto se divide em três tópicos, cada um dedicado ao exame crítico de um problema encontrado na jurisprudência do STF, a saber: (a) o “princípio da simetria”, que impõe a cópia do modelo federal; (b) a indevida eliminação da subordinação dos Municípios às cartas estaduais; e (c) a degradação hierárquica das constituições estaduais e leis orgânicas, que são impedidas de versarem sobre questões “reservadas” ao direito infraconstitucional.

1 O “princípio da simetria”

O “princípio da simetria” é uma construção jurisprudencial do STF. Baseada em uma interpretação ultra-ampliativa da separação de poderes, ele exige, como regra, que os entes periféricos copiem o modelo de organização da União.⁵ O raciocínio pode ser assim resumido: a estrutura dos órgãos da União e as relações entre eles refletiriam a concepção de separação de poderes preferida pelo poder constituinte nacional e, por isso, deveriam ser reproduzidas pelas demais esferas. Outro aspecto, sempre enfatizado, envolve a composição entre diversidade e unidade: a autonomia federativa, expressão da diversidade, não poderia atentar contra o mínimo de uniformidade jurídica exigido pela unidade da República.

Algumas das premissas adotadas estão corretas, mas nem todas; e a conclusão, sem dúvida, não se sustenta. Pelo menos quatro razões apontam nesse sentido.

Em primeiro lugar, a unidade pressuposta pelo princípio federativo não envolve algo parecido com a simetria – do contrário, não poderia haver federações com diferenças tão marcantes entre seus componentes. Nos EUA, varia muito, entre os Estados, a gama de poderes atribuída aos Governadores,⁶ assim como a estruturação básica do Legislativo: da existência de limites à reeleição e ao financiamento de campanhas⁷ até questões como o bicameralismo, adotado por todos os Estados, mas não por Nebraska. Também na Argentina, há Províncias

⁵ FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 184-185.

⁶ FERGUSON, Margaret R. Introduction to state executives. In: FERGUSON, Margaret R. (Ed.). *The executive branch of state government: people, process, and politics*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2006, p. 5.

⁷ LITTLE, Thomas H.; OGLE, David B. *The legislative branch of state government: people, process, and politics*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2006. p. 135 e ss.

com Legislativos unicamerais e bicamerais, resultando de sua autonomia o fato de poderem “establecer diferentes formas de organización de sus poderes legislativos, ejecutivos y judiciales”.⁸ Se o federalismo exigisse a cópia do modelo federal pelos entes periféricos, nada disso seria possível.

Note-se que a simetria de que cuida a literatura é aquela entre as entidades de mesma categoria. Uma Constituição pode preferir situar todos os Estados sob um mesmo regime jurídico (simetria jurídica) ou submetê-los a disciplinas diversas (assimetria jurídica), até mesmo para acomodar as inevitáveis diferenças materiais entre eles, *e.g.*, quanto à cultura, ao número de habitantes e à economia (*assimetria de facto*).⁹ Seja como for, fora do Brasil, nem se cogita de que as demais entidades sejam forçadas a espelhar o ente central. Isso provavelmente se deve a dois fatores. Primeiro: não há por que pensar nisso se a autonomia é prevista e garantida pela Carta Federal. Só faz sentido se ocupar de uma simetria vertical para quem queira eliminar, de partida, a auto-organização. Segundo: é natural admitir que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios tenham regimes diversos quando são realmente muito diferentes entre si – especialmente no que se refere a seu escopo e suas atribuições. Até por uma questão de isonomia, é preciso prestigiar sua autonomia: afinal, tão absurdo quanto tratar desigualmente os iguais é fazer o oposto, impondo tratamento idêntico a quem é diferente em tantos aspectos relevantes. Não é por acaso, então, que uma análise comparativa das federações pelo mundo leva à constatação do exato oposto ao que pressupõe o STF: como regra geral, as constituições periféricas *não* reproduzem o modelo federal.¹⁰

Nada disso diminui a importância da ideia de unidade, mas apenas sublinha que seu significado é outro: em que pese a variedade jurídica e/ou fática dos seus componentes, a federação continua sendo um só Estado. No direito, o que os une é a Constituição, que confere a cada entidade o seu espaço e preside as relações entre elas. Junto com as normas editadas pela União, ela forma a parte do direito nacional que é compartilhada entre todas as entidades e seus cidadãos, onde quer que estejam. É aí, e não na uniformidade, que reside a unidade do Estado.¹¹

⁸ HERNÁNDEZ, Antonio María. *Federalismo y constitucionalismo provincial*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009. p. 364 e 402.

⁹ Sobre o tema, v., *e.g.*: DUCHACEK, Ivo D. *Comparative federalism: the territorial dimension of politics*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1970. p. 277; RAMOS, Dirceô Torrecillas. *O federalismo assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 62 e ss.; ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 61.

¹⁰ Segundo estudo feito por Dinan, apenas na opção presidencialismo/parlamentarismo se verificou uma grande consistência entre os entes central e periféricos; em matéria de bicameralismo/unicameralismo, requisitos da reforma constitucional e mecanismos de democracia semidireta (*e.g.*, plebiscito, referendo), os modelos federal e periféricos costumam se diferenciar. V. DINAN, John. Patterns of subnational constitutionalism in federal countries. *Rutgers Law Journal*, v. 39, p. 837-861, 2007-2008.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 59.

O papel da Carta e da lei federal é justamente tratar dos interesses comuns aos componentes da federação, enquanto cada um deles, no seu âmbito próprio e no exercício da sua autonomia, cuida das demais questões.¹² Para que uma estrutura permaneça íntegra, seus tijolos não precisam ser iguais; importa apenas a qualidade e a força do cimento que os une.

Como demonstra a comparação entre o Brasil e os EUA e a Argentina, os preceitos que as ordens parciais devem incorporar não são dados *a priori*; apenas diante do texto de cada constituição se pode identificar o que se impõe às entidades periféricas.¹³ Aí está o problema com o “princípio da simetria”: ele extrai de uma concepção abstrata do pacto federativo uma exigência de uniformidade que ele não impõe.¹⁴ Por essa lógica, apenas o Brasil do STF seria uma federação; nem a Argentina, nem mesmo os EUA – que inventaram o modelo – se enquadrariam nesse conceito.¹⁵

Embora não se sustente como decorrência necessária do federalismo, o “princípio da simetria” poderia ter amparo na Carta. Situada no topo do direito, ela pode estabelecer mais ou menos exigências para os entes políticos.¹⁶ São suas normas e sua interpretação que delimitam o espaço do poder constituinte decorrente, e que pode ser maior ou menor conforme o caso.¹⁷

Mas, ao menos sob a Constituição de 1988, não há como justificar uma norma como o que o “princípio da simetria” pretende ser. E este é o segundo ponto a ser ressaltado: a Carta traz um conjunto expressivo de limites ao poder constituinte decorrente e não economiza nas sanções pelo seu descumprimento.

¹² WATTS, Ronald L. *Comparing federal systems*. 2nd ed. Montreal; Kingston: McGill-Queen’s University Press, 1999. p. 35.

¹³ SAUNDERS, Cheryl. The relationship between national and subnational constitutions. In: SUBNATIONAL CONSTITUTIONAL GOVERNANCE, 1991, Pretoria. *Subnational constitutional governance*. Pretoria: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999. p. 23-36. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_5112-1522-2-30.pdf?040728165259>. Acesso em: 17 ago. 2017. p. 29.

¹⁴ K. C. Wheare, um dos maiores estudiosos do tema, considerava que a similitude entre as instituições políticas dos componentes de uma federação seria de grande ajuda para manter os laços entre eles. No entanto, destacava que isso envolvia os princípios mais elementares do regime – em sua opinião, “seria mais difícil combinar” entes com instituições autoritárias ou oligárquicas com outros, dotados de instituições democráticas. Ainda assim, no entanto, “não se poderia afirmar de forma absoluta que uma união entre Estados com regimes diversos seria impossível de funcionar”, sendo concebível, por exemplo, que Estados parlamentaristas e presidencialistas “pudessem encontrar um lugar na mesma união” (WHEARE, K. C. *Federal government*. 3rd ed. London: Oxford University Press, 1953, p. 47; tradução livre).

¹⁵ É mais provável que federações formadas por agregação (*e.g.*, Brasil) deixem menos espaço ao constituinte periférico que as instituídas por desagregação (*e.g.*, EUA). V. TARR, George Alan. Explaining sub-national constitutional space. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1133-1149, 2010-2011, p. 1135-1136. Mas não se pode extrair, de uma probabilidade, um juízo normativo: nem tudo o que o *tende* a ser *deve* ser; o mais comum não é necessariamente *correto* ou *imperativo*. Não é por ter se formado por agregação que a federação brasileira exigiria a simetria entre seus componentes.

¹⁶ MARSHFIELD, Jonathan L. Models of subnational constitutionalism. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1151-1198, 2011, p. 1159-1160.

¹⁷ WILLIAMS, Robert F. Teaching and researching comparative subnational constitutional law. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1109-1131, 2010, p. 1112-1113.

Além da declaração de sua inconstitucionalidade, a violação de alguns desses limites autoriza até o manejo da intervenção (CRFB, arts. 34 e 35). Diante disso, buscar uma restrição ainda mais gravosa (e genérica) é um tanto despropositado.

Especificamente quanto à ordenação dos órgãos de soberania, a Constituição não só exige o respeito ao princípio da separação de poderes, mas também pré-define questões como a competência para julgamento dos Prefeitos e Governadores (arts. 29, X, e 105, I, *a*) e a forma e a data de sua eleição e posse, além do sistema eleitoral aplicável, combinando normas de pré-ordenação com a extensão, em caráter subsidiário, das regras atinentes ao Presidente da República (arts. 28, *caput*, e 29, I a III). O mesmo ocorre com o Legislativo (arts. 27 e 29, IV e VII a IX) e, de forma ainda mais intensa, com o Judiciário e o Ministério Público (arts. 93 a 99, e 125 a 130), os Tribunais de Contas (art. 75), as Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (art. 132) e as Defensorias Públicas (arts. 134 e 135).

Incurções tão numerosas e explícitas no campo da organização dos entes periféricos suscitam a questão: se houvesse, na Constituição, uma regra implícita de extensão com essa envergadura; se, em princípio e de partida, toda a estruturação periférica devesse espelhar o modelo federal; por que, então, a Carta se ocuparia de estabelecer tantos limites específicos e estendidos de forma expressa? Por que ordenar que as Cortes de Contas estaduais observem o modelo federal (CRFB, art. 75) se já houvesse na Constituição um “princípio da simetria”? Não faz sentido. Quando houve por bem – e não foram poucas as vezes –, a Carta pré-determinou o conteúdo da organização estadual, distrital e local. Fosse para haver simetria automática, todo esse esforço seria despido de lógica.¹⁸

Nem mesmo na invocação do princípio da separação de poderes o STF parece ter razão. O que marca um princípio é justamente o fato de poder ser promovido ou concretizado de variadas formas e com intensidades diversas, sem que disso resulte a sua violação.¹⁹ Para que se possa afirmar a afronta a um princípio, é preciso demonstrar que o ato impugnado não supera as exigências do princípio da proporcionalidade. De fato, a separação de poderes não impõe uma conformação específica dos órgãos de soberania ou das relações entre eles – tanto que há inúmeros arranjos institucionais no mundo e é impossível dizer que um deles seria,

¹⁸ Nessa linha, a literatura destaca a inviabilidade da aplicação de limitações genéricas implícitas ao poder constituinte decorrente (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 108).

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 63-72.

sempre e em todos os casos, superior aos outros.^{20 21} Por isso, à luz do princípio da separação de poderes, é absolutamente irrelevante a afirmação de que um Estado deixou de reproduzir o modelo federal ao conformar os seus próprios órgãos.²² Não há aqui nem mesmo a tentativa de invocar a proporcionalidade; o que se vê, em seu lugar, é a indevida transformação das regras (específicas) relativas à União em exigências genéricas, dirigidas a todos os outros entes.²³ Até segunda ordem, onde se lê “União”, leia-se “União, Estados, Distrito Federal e Municípios” – é o que diz o STF.

Isso conduz ao terceiro problema com o “princípio da simetria”, que é ainda mais relevante: a inversão da lógica da federação. Autonomia não se confunde com soberania e, por isso, é inevitável a imposição de limites às entidades políticas²⁴ e, assim, ao poder constituinte decorrente. Mas eles existem para controlar

²⁰ Concordo com Cristiano Franco Martins quando afirma que o princípio da separação de poderes, “elevado a condição de princípio conformador da estrutura política brasileira, [...] deve se impor para todas as entidades federativas”. No entanto, daí não se extrai, como sustenta o autor, “que todas as normas que versem sobre o relacionamento entre os poderes estão sujeitas ao princípio da simetria” (MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio federativo e mudança constitucional: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 130). As relações entre os órgãos não são emanções diretas e inexoráveis do princípio da separação de poderes, mas frutos de decisões políticas concretas, que variam no tempo e no espaço. Se o princípio impusesse o modelo de relacionamento entre os Poderes adotado para a União no Brasil, todos os países que não seguem o padrão brasileiro violariam a separação de poderes e, mesmo aqui, qualquer emenda constitucional que o alterasse esbarraria na cláusula pétrea do art. 60, §4º, III – o que se sabe não ser o caso. O que a separação de poderes proíbe, em sua zona de certeza negativa, é a concentração de funções em um mesmo órgão. Como é próprio de um princípio, ela não define com precisão uma forma específica de concretizar esse fim, mas apenas o dever de buscar satisfazê-lo na maior extensão possível. Podendo ser concretizado de diferentes formas, o princípio não é afrontado pela variação entre uma e outra. Consequentemente, do fato de um Estado ou um Município divergir do modelo concretamente aplicado à União não decorre que ele tenha violado a separação de poderes.

²¹ Para Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Federalismo e princípio da simetria: entre unidade e diversidade*. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 545), “a extensão de normas federais pelo princípio da simetria apenas deveria ser realizada quando a não reprodução pudesse afetar a harmonia entre os poderes locais. Ou seja, se há uma estruturação de Poderes e Órgãos estaduais de modo dessemelhante ao modelo federal, mas, mesmo assim, não há qualquer prejuízo para a harmonia entre tais Poderes locais, então entende-se que o princípio da simetria não deve ser aplicado”. Em que pese a correção da conclusão apurada, o argumento conduz à própria rejeição do princípio da simetria, e não à limitação da sua incidência. Não há como falar em simetria se é irrelevante o fato de ser semelhante ou dessemelhante. Ao que parece, a preocupação do autor – que subscrevo – é com a separação de poderes. Havendo afronta a este princípio, será inválida a inovação estadual – não por ser diferente, mas por não respeitar a “harmonia” entre os Poderes.

²² Como aponta José Carlos Vasconcellos dos Reis, o “transplante das normas constitucionais centrais para o plano dos entes menores só será obrigatório quando elas tutelarem o núcleo essencial de princípios, como a separação dos Poderes e os direitos fundamentais” (REIS, José Carlos Vasconcellos dos. O princípio da simetria: verdade ou mito? *Fórum Administrativo*, v. 15, n. 167, p. 53-65, jan. 2015, p. 63).

²³ Em linha aparentemente semelhante à do STF, o Tribunal Constitucional da Áustria declarou a invalidade de norma constitucional de um *Land* que reforçara o escopo dos mecanismos de democracia semidireta. Segundo o Tribunal, a medida esbarraria no princípio democrático – mas apenas porque o modelo federal seria diferente. A decisão é muito criticada, inclusive por igualar o modelo federal ao princípio democrático em si mesmo (GAMPER, Anna. *Constitutional courts, constitutional interpretation, and subnational constitutionalism*. *Perspectives on Federalism*, v. 6, n. 2 (Special Issue), p. E-24-E44, 2014, p. E-31).

²⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 11.

os excessos, e não para substituir o espaço de livre conformação das entidades políticas por um modelo de solução única. É um contrassenso falar em autonomia quando há, sempre ou quase sempre, só um percurso possível: copiar a organização da União. Para que alguém seja autônomo, é preciso admitir que, ao menos em tese, possa decidir entre alternativas diversas. O erro do “princípio da simetria” não está em limitar a gama de possibilidades ou pré-definir uma ou outra questão; está em fazer, da exceção, a regra: parte-se da ideia de que, em princípio, não há alternativas ou poder de escolha, porque se impõe seguir o modelo federal.

A inversão é evidente. A regra geral é, e dever ser, a que se extrai dos arts. 25, 29 e 32 da Carta: os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizam-se e regem-se nos termos das constituições e leis orgânicas que adotarem. Do fato de essa prerrogativa ser limitada não se pode extrair um princípio que faça da presunção constitucional o seu oposto, indo de encontro, ainda, ao próprio texto da Carta. Pode haver limitações implícitas, mas elas devem ser pontuais e detidamente justificadas; o que não se admite é a defesa de uma suposta limitação que, além de excessivamente genérica, presuma a falta de autonomia onde a Constituição a institui. Ao proclamar a simetria, o STF serve de instrumento, consciente ou não, de uma ideologia centralista que não encontra amparo normativo na Carta.

A indiscutível supremacia da Constituição Federal não significa que todas as suas normas sirvam como limites à auto-organização dos entes periféricos. O próprio texto constitucional o demonstra com grande clareza. Como explica Raul Machado Horta, sempre lembrado nesta matéria:

A transformação da Constituição Federal em Constituição total envolveria procedimento patológico e anormal, que suprimiria a razão de ser da repartição de competências e aboliria o Estado Federal.

A *Constituição Total*, no sentido em que preconizamos o emprego do termo, deve ser entendida como o setor da Constituição Federal formado pelo conjunto das normas centrais, selecionadas pelo constituinte, para ulterior projeção no Estado-Membro, sem organizá-lo integralmente. [...]

As normas centrais da Constituição Total devem preordenar o Estado-Membro, sem destruir a inerente capacidade de auto-organização do poder constituinte estadual.²⁵

Em quarto lugar, e por fim, a dificuldade de manejo de um “princípio” como esse levou a uma aplicação incerta e inconsistente. Segundo o STF, há hipóteses em que a simetria é: (a) *obrigatória* – e.g., quanto às regras do processo legislativo

²⁵ HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 375-376.

federal, que devem ser adotadas pelos demais entes políticos;²⁶ (b) *facultativa* – apesar do que se acaba de dizer, é o que se passa, *e.g.*, com a previsão de medidas provisórias pelas cartas dos Estados²⁷; ou (c) *proibida* – caso, *e.g.*, das imunidades do Presidente da República, que não podem ser conferidas aos Governadores.²⁸

Entre outros pontos, isso revela que a exigência de uniformidade (*i.e.*, de simetria) não é um fim em si mesma, mas decorre de outras considerações, de índole *material*. Em tema de processo legislativo, o que importa é a ideia que a Corte faz do papel que cada Poder tem na iniciativa (privativa), na deliberação e na exigência de sanção/poder de veto. Segundo o STF, as regras do processo legislativo federal devem se estender aos demais entes porque, na sua concepção, elas refletiriam uma decisão do constituinte sobre as competências de cada órgão. Quanto às garantias do Presidente, o que impede a sua incorporação por outros entes políticos são os princípios republicano, do Estado de Direito e da isonomia, que vedam a extensão de normas que limitem a responsabilização de autoridades, exorbitando do direito comum.

Todas essas questões são legítimas e importantes, e devem mesmo ser apreciadas pelo STF. Mas, ao ocultá-las sob uma aparente questão federativa de “simetria”, o Tribunal ou deixa de enfrentar os verdadeiros pontos controvertidos ou o faz de forma velada, como se tudo não passasse de uma discussão sobre a cópia de normas federais. Em uma democracia, o poder de editar medidas provisórias com força de lei não é algo banal, como não é, também, sob o *rule of law*, a proliferação de imunidades à persecução penal. Por isso, em vez de debater sobre um dever de reprodução dos arts. 62 e 86 da Constituição Federal que nem mesmo é sugerido pelo texto, o STF deveria dedicar sua energia à decisão – essa, sim, importante – quanto à extensão dos poderes normativos do Executivo e à restrição do *ius puniendi* estatal.

Dessa forma, além de não ter amparo na teoria da federação ou no texto da Carta de 1988, o “princípio da simetria” corresponde a uma forma oblíqua e inadequada de examinar questões materiais. Em vez de pensar se há ou não uma exigência de simetria em tese, o que se deve verificar, em cada situação, é se a decisão política tomada por um ente periférico, no sentido de copiar a União ou diferenciar-se dela, viola alguma disposição constitucional. E aqui são apenas duas as preocupações que se devem ter: (a) O Estado, o Distrito Federal ou o Município, conforme o caso, dispõe de competência para normatizar na matéria? (b) Se a resposta for positiva, a decisão tomada por ele viola alguma norma procedimental ou material da Carta Federal? É por esbarrar no item (a) que é inválida a exigência,

²⁶ STF, ADI nº 821/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes.

²⁷ STF, ADI nº 2.391/SC, Rel. Min. Ellen Gracie.

²⁸ STF, ADI nº 1.023/RO, Rel. Min Celso de Mello.

prevista por carta estadual, de licença da Assembleia para julgamento do Governador pelo STJ: não se pode admitir que um Estado crie condições de procedibilidade para o exercício da jurisdição penal.²⁹ Já o item (b) é o que veda, por exemplo, a criação de Tribunais de Contas estaduais com mais de sete Conselheiros (CRFB, art. 75, parágrafo único).

Ao responder a essa segunda questão, a simetria com o modelo federal pode até ter alguma utilidade; não por indicar a invalidade do que é diferente – como pretende o STF –, mas por sugerir a *validade* de uma norma estadual, distrital ou local que opte por seguir o padrão federal. O fato de a Constituição ter contemplado certa medida é um indicativo de que ela, em tese, é aceitável. Trata-se, naturalmente, apenas de um indício, já que nem tudo pode ser objeto de válida extensão – é o caso das garantias penais do Presidente da República, já citadas diversas vezes. Seja como for, a conclusão segue a mesma: não há um “princípio da simetria” que limite, em tese, a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A celebração da diversidade é uma marca indispensável da forma federativa – afinal, fosse para haver uniformidade absoluta, o modelo unitário seria preferível. A questão, em rigor, é até conceitual, porque o apego ideológico à unidade – a dificuldade de admitir diferenças – opõe-se ao pluralismo, que é pressuposto pela própria ideia de federação. Há mais que isso, porém. O reconhecimento dos entes periféricos como “laboratórios”, que permitem a experimentação de novos processos e estruturas, e o aprendizado e o diálogo entre modelos diferentes, tem grande valor para as federações. Nos EUA, boa parte das instituições federais foi moldada a partir de experiências estaduais, que servem, ainda, de inspiração para outros Estados. Não por acaso, ainda ecoa por lá a advertência feita pelo *Justice Brandeis* aos seus colegas na Suprema Corte:

Um dos felizes subprodutos do sistema federal é o fato de que um único e corajoso Estado, se assim quiserem seus cidadãos, pode servir como um laboratório; e tentar novos experimentos sociais e econômicos sem risco para o resto do país. Esta Corte tem o poder de impedir uma experiência. Podemos derrubar a lei que a embasa sob o fundamento de que, em nossa opinião, a medida é arbitrária, caprichosa ou irrazoável. Temos o poder de fazê-lo [...]. Mas, ao exercer esse elevado poder, precisamos estar sempre em guarda para não erigirmos nossos preconceitos em princípios jurídicos.³⁰

²⁹ Foi o que decidiu o STF na ADI nº 5.540/DF.

³⁰ *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (tradução livre).

É um pouco dessa reflexão que falta ao STF. Seria mesmo tão terrível um Brasil em que o modelo federal não fosse obrigatório? Se os absurdos podem ser controlados à luz dos muitos limites materiais previstos na Constituição, que mal faria dar à autonomia federativa o escopo que ela pode ter – especialmente quando nada justifica que ainda não tenha?³¹

2 As constituições estaduais e os Municípios

A Carta de 1988 inovou na tradição jurídica brasileira ao conferir aos Municípios a prerrogativa de auto-organização e, com ela, a competência de promulgar suas próprias leis orgânicas.³² Contudo, os mesmos dispositivos que tratam do tema (CRFB, art. 29; ADCT, art. 11, parágrafo único) são claros ao sujeitar a auto-organização local aos “princípios” definidos, não só na Constituição Federal, mas também na carta do respectivo Estado-membro. Não por acaso, a edição das leis orgânicas não foi prevista para ocorrer de forma concomitante com a das constituições estaduais, mas depois da promulgação delas – de que outra forma poderiam ser seguidas pelos Municípios? Além disso, a medida excepcional da intervenção estadual é autorizada quando os Municípios descumprirem princípios indicados na constituição do Estado (art. 35, IV), assim como o controle da validade das leis e normas municipais à luz das disposições constitucionais estaduais (art. 125, §2º).

Diante de tudo isso, parece não haver dúvida de que os Municípios se submetem a restrições impostas pelo constituinte estadual³³ – a tal ponto que podem até sofrer intervenção em caso de descumprimento. Não é isso, porém, o que diz o STF. Segundo o Tribunal, as cartas estaduais não podem limitar o poder de auto-organização dos Municípios.³⁴ O raciocínio é o seguinte: a competência

³¹ É até duvidoso que a excessiva preocupação do STF com a uniformidade se justifique. Estudos recentes mostram que a redação das constituições estaduais é muito semelhante, mas se aproxima ainda mais do texto da Carta Federal (COUTO, Cláudio Gonçalves; BELLON, Gabriel Luan Absher; GANDOLFI, Victória Ermantraut. *Constituições estaduais e centralização federativa: considerações sobre o caso brasileiro*. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA (ABCP), 10., 2016, Belo Horizonte, *Anais...* Rio de Janeiro: ABCP, 2016. Disponível em: <<https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/constituicoes-estaduais-e-centralizacao-federativa.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2017, p. 15). Ou seja: não há necessidade de dedicar tanta energia à obtenção de uma uniformidade que nem mesmo é ameaçada na prática.

³² Até sua promulgação, cabia aos Estados organizar os Municípios. A principal exceção era o Rio Grande do Sul, que autorizou seus Municípios a editarem suas próprias leis orgânicas (TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito constitucional estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 263). Fora de lá, apenas Salvador e Curitiba tiveram semelhante distinção, atribuída por seus respectivos Estados (AZEVEDO, Damião Alves de. A natureza jurídica das associações de Municípios e dos consórcios intermunicipais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 238, p. 375-384, out./dez. 2004, p. 376).

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

³⁴ V., e.g., STF, ADI 3.549/GO, Rel. Min. Cármen Lúcia.

para edição das leis orgânicas locais decorre diretamente da Constituição Federal, caracterizando uma indevida invasão do espaço próprio dos Municípios qualquer tentativa estadual de interferir na organização destes. Essa interpretação é problemática por várias razões.

Em primeiro lugar, ela esvazia totalmente a parte final dos art. 29 da Carta e do art. 11, parágrafo único, do ADCT, além do art. 35, IV, da Constituição – em afronta aos mais básicos cânones da hermenêutica.³⁵ Em segundo lugar, é a própria Carta Federal que confere aos Estados alguma competência na matéria. Se os Municípios estão submetidos aos princípios da carta estadual (sob pena até de intervenção) é porque ela pode impor limitações a eles. Não se trata, portanto, de usurpação de competência municipal, mas de concorrência normativa – Estados e Municípios podem tratar da organização local, sendo que os princípios adotados pelos primeiros vinculam os segundos (*i.e.*, são hierarquicamente superiores aos seus atos). E nem poderia ser diferente: se a Constituição trata as cartas estaduais como parâmetros de controle do direito municipal (art. 125, §2º), é porque elas são seus fundamentos de validade e prevalecem sobre ele em caso de conflito.

³⁵ Na tentativa de se esquivar desses dispositivos, alguns autores procuram construir interpretações alternativas. Assim, ao tratar do art. 35, IV, da Constituição (intervenção por descumprimento de princípio da carta estadual), Sérgio Ferrari sustenta que ele não autoriza os Estados a “criar novas hipóteses de intervenção. Isto porque os princípios da constituição estadual não são nada mais que os princípios da própria Constituição Federal, a ela incorporados automaticamente” (FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 157). Essa interpretação, contudo, esvazia totalmente o dispositivo. Os limites impostos pela Constituição Federal não dependem de confirmação pelo constituinte estadual e, mesmo que assim não fosse, seria – no mínimo – estranho que a Carta, quando fala em “Constituição Estadual”, remetesse, em verdade, a si própria. A técnica legislativa não deixa margem a dúvidas: os incisos I a III do art. 35 definem hipóteses de intervenção estadual que a Carta Federal entendeu imperativas; se, em vez de enunciar outra dessas situações, o inciso IV se refere aos “princípios indicados na Constituição Estadual” é porque quem deve estabelecer esses princípios é, como afirma o dispositivo, a carta de cada Estado. O mesmo se aplica à forma pela qual o autor tenta neutralizar o fato de que as constituições estaduais são fundamento de validade do direito municipal, a ponto de servir de parâmetro de controle em ação direta. Para ele, como as cartas dos Estados são meras reproduções da Constituição Federal, o constituinte pretendeu apenas dividir, entre o STF e os Tribunais de Justiça, o trabalho de julgar ações diretas (FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 157). Além de ser indevida essa concepção reducionista das constituições estaduais, que as vê como simples cópias da Carta Federal, cabe ação direta perante os Tribunais de Justiça mesmo quando os parâmetros de controle não são normas federais de “reprodução obrigatória” pelos Estados-membros – *i.e.*, quando a disposição estadual não encontra paralelo na Constituição Federal ou, se encontra, quando se cuida de mera imitação, fruto de uma preferência do constituinte estadual. Não há, portanto, apenas divisão de trabalho, mas efetiva garantia da carta estadual, inclusive quanto ao que ela contiver de inovador ou diferente. Além disso, mais uma vez, seria preciso explicar por que, podendo falar “em face desta Constituição”, o art. 125, §2º, da Carta diz textualmente “em face da Constituição Estadual”. É possível imaginar que a adoção dessas disposições tenha sido “influenciada por fórmulas anteriores, que vêm se repetindo desde a primeira constituição republicana”, bem como que a “novidade da auto-organização, constante do artigo 29, não foi adequadamente compatibilizada com estes institutos herdados [...] de constituições anteriores” (FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 156). Mas isso não justifica que o intérprete, tomando o lugar do constituinte originário, ignore o texto expresso, não de um, mas de vários dispositivos constitucionais para fazer valer sua preferência pessoal em matéria de organização municipal. É necessário encontrar uma forma de compatibilizar a autonomia local com as restrições que se impõem a ela, dentre as quais a possibilidade de intervenção inserida no art. 35, IV, da Constituição. É o que se espera fazer linhas adiante.

Dessa forma, embora seja correto dizer que a Lei Fundamental garante o poder de auto-organização local, não se pode afirmar que as leis orgânicas teriam nela seu fundamento imediato de validade – do contrário, as cartas estaduais jamais poderiam ser invocadas para controlar a validade da legislação local, e a ação prevista no art. 125, §2º, da Constituição Federal não teria razão de ser. A autonomia municipal nada mais é, portanto, que outro dos muitos limites incidentes sobre as constituições estaduais – as quais, nada obstante, preservam seu papel como fundamento de validade do direito local.

O que há é uma ordem escalonada: os atos locais se apoiam na lei orgânica, enquanto esta (e, indiretamente, aqueles) se apoia(m) na constituição do Estado, a qual, por sua vez, se apoia na Carta (assim como, indiretamente, todos os demais atos estaduais e municipais). E não há novidade aqui: os decretos executivos também têm previsão constitucional expressa e ninguém questiona que a lei é seu fundamento imediato de validade, prevalecendo sobre suas disposições em caso de antinomia. Algo semelhante se pode dizer de uma portaria ministerial: a competência normativa é inserida textualmente no art. 87, III, da Carta, mas nem por isso se questionaria a afirmação de que seu fundamento de validade direto é um decreto presidencial. Rigorosamente o mesmo raciocínio se aplica à relação entre as leis orgânicas, as constituições estaduais e a Carta da República. O que importa não é o fato de a Constituição prever ou não o poder de editar normas, mas a circunstância de ela as subordinar ou não a outras espécies normativas. Se a Lei Fundamental submete um diploma a outro – a portaria em relação ao decreto, este em face da lei, e a lei orgânica diante da carta estadual –, é porque é este, e não aquela, o seu fundamento imediato de validade.

Alguém poderia dizer que admitir tudo isso seria retomar o modelo revogado, seguido até 1988, no qual os Estados é que editavam as leis orgânicas municipais. Esse medo, porém, é infundado. A diferença está no uso da palavra *princípios* pela Constituição (arts. 29 e 35, IV). Embora não se possa imaginar que a Assembleia Nacional Constituinte tenha usado o termo no sentido adotado pela teoria dos princípios – introduzida no Brasil anos depois da promulgação da Carta –, sua escolha não pode ser tomada como aleatória ou irrelevante, especialmente considerando a preocupação da Constituição com o reforço da autonomia local.

Se os Estados não podem esvaziar o poder municipal de auto-organização, mas sua normatização é autorizada em alguma medida, então a solução para o problema está em dar ao constituinte estadual uma competência normativa sobre os Municípios que não elimine ou reduza excessivamente sua prerrogativa de auto-organização. Assim, a melhor leitura dos arts. 29 e 35, IV, da Constituição Federal parece ser aquela que dá ao vocábulo *princípios* uma função e um sentido próximos aos da expressão *normas gerais*, inserida no art. 24, §1º: cabe aos

Estados definir “parâmetros, diretrizes, critérios mínimos e máximos, e mecanismos e procedimentos de cooperação entre os entes federativos”, que definam “uma moldura dentro da qual deve poder se mover” o Município. Dentro dela, este deve continuar dotado da “discricionariedade de optar por diversas soluções, procedimentos e meios, formulando uma política local autônoma”.³⁶

3 A degradação hierárquica das constituições estaduais e leis orgânicas

Ainda em relação às constituições estaduais e leis orgânicas, outro problema gerado pela jurisprudência do STF diz com seu *status* hierárquico. A Carta Federal é bem clara ao lhes atribuir uma condição sobranceira no ordenamento de cada entidade política: no contexto do direito estadual, distrital e local, trata-se dos diplomas mais elevados, que prevalecem, em caso de conflito, sobre quaisquer outros atos jurídicos. Mais que isso, cuida-se do fundamento imediato de validade das demais normas produzidas pelo ente político.

O ponto é particularmente evidente em relação às constituições estaduais e à Lei Orgânica do Distrito Federal, para cuja guarda se prevê até mesmo uma ação direta específica, à semelhança do que faz o STF em relação à Constituição Federal. No entanto, restam poucas dúvidas de que o mesmo se aplica – salvo quanto à ação direta – às leis orgânicas municipais. Teria pouco sentido prever a sua existência e insistir na sua rigidez, não fosse para lhes conceder um *status* superior ao dos demais atos locais.³⁷

Apesar da clareza de todo esse quadro, a insistência do STF no princípio da simetria teve como resultado ou, talvez, efeito colateral, a *degradação hierárquica* das constituições estaduais e leis orgânicas distritais e municipais. Por obra do Tribunal, esses diplomas foram rebaixados, reinserindo-se no mesmo gênero de atos que as leis ordinárias e complementares, como uma espécie diversa. A construção do STF pode ser sintetizada no seguinte raciocínio: como as regras do processo legislativo federal se estendem automaticamente aos Estados, ao Distrito

³⁶ Adaptado a partir de MAGALHÃES PIRES, Thiago. *As competências legislativas na Constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e da solução de seus conflitos à luz do Direito Constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 203.

³⁷ AGUIAR, Joaquim Castro. *Competência e autonomia dos Municípios na nova Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 64-65; KRELL, Andreas Joachim. *O Município no Brasil e na Alemanha: direito e Administração Pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003. p. 51. Nessa linha, diversos autores falam em um poder constituinte municipal (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 153) e na lei orgânica como uma constituição municipal (AGUIAR, Joaquim Castro. *Competência e autonomia dos Municípios na nova Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2001., p. 63; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 649).

Federal e aos Municípios, e as constituições e leis orgânicas foram aprovadas por decisão exclusiva do Poder Legislativo, então não seria legítimo que elas contemplassem temas que, no processo legislativo ordinário, exigissem a participação de outros Poderes, seja pela reserva de iniciativa, seja pelo poder de sanção e veto. Há, pelo menos, três problemas relevantes aqui.

O primeiro deles é o seguinte: a circunstância de o poder constituinte (função) ser atribuído ao Poder Legislativo (órgão) não sugere qualquer usurpação de competência do Poder Executivo. Afinal, ninguém pode usurpar atribuições próprias – e não se discute que cabe às Assembleias e Câmaras o poder de editar as cartas estaduais e leis orgânicas.³⁸

Mas há ainda outro ponto, bem mais importante: a separação de poderes se ocupa das relações *infraconstitucionais* entre os órgãos de soberania; não faz sentido que ela seja oposta ao próprio poder constituinte – seja ele exercido por uma constituinte exclusiva ou por um “congresso constituinte”, como se optou fazer no Brasil em todas as esferas. O que se extrai do art. 11 do ADCT é só que os mesmos órgãos acumulariam as funções legislativa ordinária e constituinte (à semelhança do que se fez no plano nacional). Mas coube a eles a refundação da sua própria organização e, com isso, a recriação dos seus Poderes.

Sem dúvida, é verdade que a Constituição Federal traçou limites a serem observados pelos constituintes periféricos. Mas isso não faz com que os Poderes estaduais, distritais e locais antecedam as constituições e leis orgânicas; estas é que os criam, ainda que o façam nos termos e limites previstos pela Lei Fundamental. Em outras palavras, o fato de a Constituição Federal prever e pré-definir algumas questões relativas aos Poderes dos entes periféricos não os transforma em instituições supraconstitucionais, situadas acima e fora do alcance dos próprios atos que se ocupam de organizá-los. Se há constituições nos Estados e leis orgânicas no Distrito Federal e nos Municípios, e se a elas cabe a organização básica de cada ente, é porque são superiores aos órgãos que lhes cabe instituir. É ilógico e incompatível com a própria ideia de “constituição” que os Poderes de um ente político não sejam subordinados a ela. A supremacia das cartas estaduais e leis orgânicas é um pressuposto indispensável ao exercício de sua principal função, que é servir de limite ao poder exercido pelos órgãos e autoridades situados nos seus territórios.³⁹

³⁸ Tanto assim que a mesma situação ocorre no plano federal sem qualquer tipo de dificuldade: se o Congresso optasse por uma radical modificação da própria Chefia do Executivo (e.g., adoção do parlamentarismo) ou mesmo por extinguir o Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia cogitar de alguns óbices relevantes, mas ninguém haveria de sustentar uma afronta à iniciativa privativa, seja do Executivo, seja do Judiciário.

³⁹ MARSHFIELD, Jonathan L. Models of subnational constitutionalism. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1151-1198, 2011, p. 1162.

Em segundo lugar, o raciocínio do STF criou uma inaceitável *reserva de lei* oponível ao *poder constituinte*.⁴⁰ Reservas como essa só são admissíveis diante de atos com a mesma hierarquia (como as leis complementares em relação às leis ordinárias) ou *status* inferior (como as leis, como um todo, relativamente aos regulamentos executivos). Seu objetivo é preservar ora o campo material de uma espécie normativa, ora sua superioridade formal. O oposto, contudo, acaba gerando uma contradição: não pode haver uma reserva em favor de atos *inferiores*, porque isso pressuporia que estes tivessem estatura *igual* ou *superior* aos outros, podendo versar sobre questões proibidas a estes. Se as constituições e leis orgânicas são fundamentos de validade do direito ordinário estadual, distrital e local, é porque elas estão *acima* deste e, por poderem limitá-lo, devem estar aptas a alcançar todas as matérias de que ele pode tratar.

Nada disso afasta ou minimiza o papel da Constituição Federal como diploma de maior hierarquia da ordem jurídica nacional. Sem dúvida, a legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios encontra nela seu fundamento último de validade – como, aliás, qualquer contrato privado ou ato administrativo. Mas nem por isso se deve ignorar que há outras normas no caminho entre esses atos inferiores e a Carta Federal. Como adiantado, algo semelhante se passa com a relação entre os regulamentos executivos e as leis, sem que se afete, com isso, a supremacia da Constituição da República. Assim como a validade de um decreto diante de uma lei só pode ser discutida porque aquele é inferior a esta, apenas é possível confrontar leis estaduais, distritais e municipais com as respectivas constituições e leis orgânicas porque este segundo conjunto de diplomas é superior ao primeiro.

Criar uma reserva de lei oponível às constituições estaduais e leis orgânicas é o mesmo que dizer que essas não regulam a produção daquela e não seriam seus fundamentos diretos de validade. No entanto, se fosse esse o caso, então as cartas estaduais e leis orgânicas não poderiam servir como parâmetro de controle de certas leis. Isso, felizmente, não ocorre – toda e qualquer lei aprovada pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios se submete à aferição de sua validade à luz das normas constitucionais e orgânicas pertinentes. O que

⁴⁰ Utilizando uma expressão semelhante, v. FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 217. O autor também critica a postura do STF, inclusive e especialmente quando essa reserva de lei é combinada com a exigência de simetria (p. 200-201): “Dizer que a constituição estadual não pode tratar de matéria de lei ordinária significa dizer que ela deveria aproximar-se do modelo de constituição sintética, tratando apenas das linhas essenciais da organização do Estado-membro. Ocorre que estas linhas essenciais já estão traçada, de antemão, pela Constituição Federal. Pergunta-se: afinal, qual o espaço de atuação do constituinte decorrente ao tratar da organização estadual? Se tende a ser sintético, fica limitado a repetir o constituinte federal. Se tende a ser analítico, ‘invade’ a matéria de lei ordinária, gerando inconstitucionalidade. Parece-nos que o espaço que resta à elaboração da constituição estadual é praticamente nulo”.

apenas comprova o que se acaba de dizer: se elas regulam a produção de todo o direito no seu plano federativo, é porque sua relação com os demais atos não é aquela verificada, *e.g.*, entre as leis complementares e as ordinárias, mas a observada entre atos superiores e inferiores.

Dessa forma, não há reserva de lei ordinária que seja oponível às constituições e leis orgânicas. Em princípio, elas podem tratar de qualquer tema que seja da alçada da entidade política pertinente – as leis é que lhe devem obediência, e não o contrário. Naturalmente, isso não significa que o absurdo seja tolerável. A edição de emendas às constituições estaduais e leis orgânicas para instituir minúcias e detalhes caracteriza um abuso do poder de reforma, que deve ser rechaçado pelo Judiciário.

O fato de não haver reserva de lei ordinária significa que não há tema que esteja vedado à apreciação do constituinte decorrente. Horizontalmente, portanto, não há restrição a ele. No plano vertical, contudo, da profundidade e da concreitude da disciplina normativa, a questão muda radicalmente. Isso porque a margem de conformação do legislador ordinário é, ela mesma, manifestação de um princípio constitucional: o princípio democrático, que exige respeito às decisões tomadas pelo parlamento e que o escopo da atuação deste “seja o mais amplo possível”.⁴¹ A constitucionalização abusiva restringe esse espaço excessivamente e, em vez de definir princípios e parâmetros gerais, ocupa o domínio da política ordinária. O ilícito, contudo, não está no procedimento legislativo empregado (*e.g.*, nas regras de iniciativa), mas no conteúdo do ato. O juízo que se deve fazer é de proporcionalidade, para verificar se a restrição à política ordinária se justifica.⁴²

Conclusão

O estudo se debruçou sobre três pontos suscitados pela jurisprudência do STF em matéria de poder constituinte decorrente: (a) o “princípio da simetria”, que vai de encontro às próprias bases da forma federativa de Estado, não se justificando à luz da Constituição de 1988; (b) o esvaziamento do papel das cartas

⁴¹ ALEXY, Robert. Princípios formais. In: ALEXY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 14-15.

⁴² Tem razão a Ministra Rosa Weber quando, em seu voto na ADI nº 5.296 MC/DF, afirma que “contraria a vontade da Constituição Federal a norma de constituição estadual que empresta a rigidez que lhe é imamente a matéria cuja flexibilidade – própria ao trato na legislação, ordinária ou complementar –, é imposta pela Lei Maior da nação”. No entanto, daí não se extrai, como conclusão necessária, que “não se reveste de validade constitucional a emenda a constituição de Estado que, subtraindo o regramento de determinada matéria do titular da reserva de iniciativa legislativa, a eleva à condição de norma constitucional”, como sustentou a Ministra. O problema, como visto, não é o titular da iniciativa, mas o eventual abuso do poder de emenda, que restringe excessivamente o espaço do legislador ordinário.

estaduais em matéria de organização municipal, que atropela o disposto nos arts. 29 e 35, IV, da Lei Fundamental, e no art. 11 do ADCT; e (c) a degradação das constituições estaduais e leis orgânicas, decorrente da criação indevida de uma reserva de lei ordinária, oponíveis ao poder constituinte decorrente.

Ao longo do exame dessas questões, o artigo espera ter demonstrado que é imperativa a revisão imediata do entendimento adotado pela Corte, a fim de adequá-lo não só ao que se espera de uma federação, mas também ao próprio texto da Constituição Federal. De forma sintética, concluiu-se que: (a) não existe um princípio genérico implícito que exija dos entes periféricos que copiem a organização política da União; (b) as constituições estaduais podem impor limites à organização local, desde que deixem um espaço razoável para a livre decisão dos próprios Municípios; e (c) as cartas estaduais e leis orgânicas não estão proibidas de tratar de temas que, quando versados por lei, se submetem à iniciativa privativa de outros órgãos que não o Legislativo.

Como árbitro do pacto federativo, o Supremo Tribunal Federal tem a responsabilidade de velar, de forma imparcial, pelo espaço próprio de atuação de cada um dos componentes da República. A mesma Carta que impõe limites confere competências: para respeitá-la por completo, é preciso não se ater à parte em que ela exige uniformidade ou restringe os órgãos periféricos; deve-se também render homenagem à autonomia que ela concede aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. É o que se espera ver refletido no futuro da jurisprudência do STF.

Referências

AGUIAR, Joaquim Castro. *Competência e autonomia dos Municípios na nova Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ALEXY, Robert. Princípios formais. In: ALEXY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria: entre unidade e diversidade. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 513-549.

AZEVEDO, Damião Alves de. A natureza jurídica das associações de Municípios e dos consórcios intermunicipais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 238, p. 375-384, out./dez. 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 821 – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 2 set. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=9863928>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.023 – Rondônia. Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello. Brasília, 19 out. 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1023&classe=ADI>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.391 – Santa Catarina. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 16 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=409746>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.549 – Goiás. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 17 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=492850>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.540 – Minas Gerais. Relator: Ministro Edson Fachin. *Informativo STF*, n. 863, 2 a 5 maio 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo863.htm>>. Acesso em 4 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.296 – Distrito Federal. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 18 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=1201313>>. Acesso em: 16 set. 2017.

COUTO, Cláudio Gonçalves; BELLON, Gabriel Luan Absher; GANDOLFI, Victória Ermantraut. Constituições estaduais e centralização federativa: considerações sobre o caso brasileiro. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA (ABCP), 10., 2016, Belo Horizonte, *Anais...* Rio de Janeiro: ABCP, 2016. Disponível em: <<https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/constituicoes-estaduais-e-centralizacao-federativa.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

DINAN, John. Patterns of subnational constitutionalism in federal countries. *Rutgers Law Journal*, v. 39, p. 837-861, 2007-2008.

DUCHACEK, Ivo D. *Comparative federalism: the territorial dimension of politics*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1970.

EUA. Suprema Corte. *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262. [Washington, D.C.], March 21, 1932. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/285/262.html>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

FERGUSON, Margaret R. Introduction to state executives. In: FERGUSON, Margaret R. (Ed.). *The executive branch of state government: people, process, and politics*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2006. p. 1-31.

FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

FREITAG, Markus; VATTER, Adrian. Patterns of democracy: a sub-national analysis of the German *Länder*. *Acta Politica*, v. 44, n. 4, p. 410-438, Dec. 2009.

GAMPER, Anna. Constitutional courts, constitutional interpretation, and subnational constitutionalism. *Perspectives on Federalism*, v. 6, n. 2 (Special Issue), p. E-24-E44, 2014.

HERNÁNDEZ, Antonio María. *Federalismo y constitucionalismo provincial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KRELL, Andreas Joachim. *O Município no Brasil e na Alemanha: direito e Administração Pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.

LITTLE, Thomas H.; OGLE, David B. *The legislative branch of state government: people, process, and politics*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2006.

MAGALHÃES PIRES, Thiago. *As competências legislativas na Constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e da solução de seus conflitos à luz do Direito Constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARSHFIELD, Jonathan L. Models of subnational constitutionalism. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1151-1198, 2011.

MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio federativo e mudança constitucional: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalismo assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. O princípio da simetria: verdade ou mito? *Fórum Administrativo*, v. 15, n. 167, p. 53-65, jan. 2015.

SAUNDERS, Cheryl. The relationship between national and subnational constitutions. In: SUBNATIONAL CONSTITUTIONAL GOVERNANCE, 1991, Pretoria. *Subnational constitutional governance*. Pretoria: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, p. 23-36. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_5112-1522-2-30.pdf?040728165259>. Acesso em: 17 ago. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

TARR, George Alan. Explaining sub-national constitutional space. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1133-1149, 2010-2011.

TARR, George Alan. Subnational constitutions and minority rights: a perspective on Canadian provincial constitutionalism, *Revue Québécoise de Droit Constitutionnel*, v. 2, p. 174-194, 2008.

TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito constitucional estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

WATTS, Ronald L. *Comparing federal systems*. 2nd ed. Montreal; Kingston: McGill-Queen's University Press, 1999.

WHEARE, K. C. *Federal government*. 3rd ed. London: Oxford University Press, 1953.

WILLIAMS, Robert F. Teaching and researching comparative subnational constitutional law. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1109-1131, 2010.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PIRES, Thiago Magalhães. O poder constituinte decorrente no Brasil: entre a Constituição e o Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 295-314, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.872.
