LITÍGIO CONSTITUCIONAL ENTRE ESTADOS-MEMBROS E A COMPETÊNCIA DO STF

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR*

1 — O federalismo solidário. 2 — O princípio da homogeneidade e o conflito de competências.

1. O federalismo solidário

A Federação brasileira resultou de um movimento histórico de centrifugação (cf. Orlando Bittar, *Obras Completas,* Belém, 1978, vol. 2, p. 323). O País não nasceu federativo. As antigas províncias, entidades preponderantemente administrativas, transformaram-se imediata e diretamente em Estados. Não houve, entre nós, um processo centrípeto, de agregação, com a decisão de entidades independentes de se associarem politicamente. O poder central, preexistente, é que assumiu a forma federativa. Assim, enquanto nos casos de agregação, a distribuição das competências é, analiticamente, controvertida, no Brasil deve-se partir, historicamente, de uma hegemonia do todo para a constitucionalização das competências parciais.

Este processo de federalização, não obstante, mostra uma passagem progressiva de uma tônica segregacionista, com a insistência na autonomia das unidades parciais, para um federalismo orgânico, com a tônica na cooperação. Assim, já a partir dos anos 30, são normatizadas as relações intergovernamentais, reconhecendo-se o papel da União no custeio, na direção técnica e administrativa das zonas em que as grandes endemias nacionais excediam as possibilidades dos governos locais. Mas é sobretudo na discriminação de rendas que se percebe a nítida tendência para um federalismo solidário (Bittar, op. cit., p. 328) — a identidade de destinos, pela comunicação fecunda de recursos: federalismo cooperativo —, espelhado mormente na cooperação financeira por meio de regras capazes de regular o inter-relacionamento resultante do exercício da competência tributária das unidades federadas, bem como num compartilhamento tributário. Nesses termos, o sistema constitucional vigente de discriminação de rendas combina a outorga de competência tributária exclusiva, por fonte, para cada esfera governamental, com o sistema de participação no produto da receita tributária de uma entidade no de outra, conforme três modalidades básicas (cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo,* São Paulo, 1993, p. 616): a participação em impostos de decretação de uma entidade e percepção por outras (C.F. arts. 157, I, e 158, I), a participação em impostos de receita partilhada segundo

* Professor Titular do Tribunal da União da USP.

a capacidade da entidade beneficiada (C.F., art. 158, II, III, IV e seu parágrafo único) e a participação em fundos (C.F., art. 159). O federalismo solidário exige esta cooperação, mas, num certo sentido a transcende. De todo o interesse, nesse sentido, a menção ao *Ausgleich* financeiro, instituído pela Lei Fundamental de Bonn, arts. 106 e 107, em que se prevê a equalização compensatória, por motivos de desigualdade de força tributária, tanto verticalmente, quanto horizontalmente, regulada naquele país pela *Lastenausgleichgesetz*, de 1952. Na Constituição Federal brasileira de 1988, a matéria referente a um federalismo solidário é aflorada já no enunciado superlativo do art. 5º: "todos são *iguais* perante a lei", garantindo-se, entre outros, "o direito à *igualdade*", com o que se generaliza uma aspiração bem mais ampla que alcança também as desigualdades de fato, na medida em que se desvaloriza a existência de condições empíricas discriminantes e se exige equalização de possibilidades. Entende-se destarte que um dos fins fundamentais da República *Federativa* (art. 3º) seja promover o bem-estar de todos, erradicar a pobreza e a marginalização e *reduzir as desigualdades sociais e regionais* (cf. Ferraz Jr., *Legitimidade na Constituição de 1988, in Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia*, em colaboração, Atlas, São Paulo, 1989, p. 31 ss.) Acresçam-se a isto os dispositivos que autorizam um regime compensatório do ICMS, de modo a favorecer os Estados economicamente menos desenvolvidos.

O federalismo solidário exige, conforme se mostrou, como condição de efetividade, a cooperação entre os entes federados, tanto no sentido vertical quanto horizontal. Esta cooperação, embora à primeira vista faça pensar numa espécie de contrato federado, a presidir as relações entre as unidades, tem um outro fundamento. Na verdade, no contexto do federalismo solidário, ela não tem uma natureza contratual. Isto porque as relações interindividuais entre as entidades que compõem a federação, cujo objetivo deve ser o fomento das finalidades comuns, ainda que tenham a aparência de vinculações contratuais, com o estabelecimento de direitos e deveres em face de conteúdos específicos, têm um sentido jurídico-político que as transcende. Para adotar a célebre distinção de Henry Maine (*Ancient Law, Dent*, 1917, pp. 99-100), não se trata de *contrato*, mas de *status*. A federação não une contratualmente seus membros, mas altera-lhes o *status*. De uma entidade administrativa, no caso brasileiro, a província muda a sua constituição: passa a Estado federado. Daí a idéia de união indissolúvel (C.F, art. 1º), de uma ordem permanente (C.F., art. 60, § 4º, I). À federação cabe, nestes termos, *a fortiori*, o princípio da homogeneidade, de que nos fala Carl Schmitt (cf. Verfassungslehre, Duncker & Humblot, Berlim, 1970, p. 375), ou seja, da igualdade substancial que preside todo acordo concreto entre seus membros e que exclui, entre eles, formas conflituais típicas das relações entre estados independentes, como a represália, a invasão territorial, a guerra. Uma entidade federativa, por isso, não é, para outra, um estranho ou um estrangeiro, mas a portadora de certas competências, cujos eventuais conflitos exigem a presença de instâncias constitucionais.

2. O princípio da homogeneidade e o conflito de competências

A repartição das competências é o núcleo da idéia de federação. Do ponto de vista técnico isto significa que as constituições federais não regulam apenas o proce-

dimento legislativo, pondo alguns princípios para o conteúdo das leis, como acontece nos estados unitários, mas fixam os fins assinalados para a união e para as demais entidades federadas. Assim, qualquer violação dos limites traçados pela constituição é uma violação da lei fundamental do Estado federal. Mas esta violação não tem o mesmo sentido de uma violação contratual, o que decorre do fato de que a proteção dos limites Constitucionais das competências é, antes de tudo, uma questão *política* vital, como adverte Kelsen, que disto conclui ser necessário, mais do que em qualquer outro caso, a existência de um órgão objetivo, que resolva tais contrastes de modo pacífico: um tribunal, diante do qual estas controvérsias possam ser trazidas como problemas jurídicos, pois toda violação de uma competência federal é uma violação da constituição, pois esta faz da união e das demais entidades federadas uma unidade global (cf. *La giustizia costituzionale,* Giuffrè, Milão, 1981, p. 204). Este tipo de violação da constituição tem uma natureza política eminente, cabendo distinguir, na competência do órgão jurisdicional máximo, entre *Verfassungsstreitigkeiten* e *Verfassungswidrigkeiten*, isto é, litígios constitucionais e inconstitucionalidades, de que nos fala Carl Schmitt (op. cit., p. 117). Estas dizem respeito à decisão de questões relativas a leis, decretos etc. e sua conformidade com os preceitos constitucionais. Aquelas referem-se a litígios entre *Hauptorgane*, órgãos fundamentais da constituição federal, litígios de natureza constitucional, mas não de controle da constitucionalidade das leis, previstos, no Brasil, na competência do STF (C.F, art. 102, esp. I, f), cuja atuação, neste ponto, é, no dizer de José Afonso da Silva, mais de um "Tribunal da Federação" (cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* p. 487).

Esta atuação do órgão jurisdicional supremo, no contexto federativo baseado no princípio da homogeneidade, requer um correto entendimento da competência atribuída aos mencionados órgãos fundamentais. Competência é, genericamente, uma forma de poder jurídico, isto é, de exercício impositivo de comportamentos e de relação de autoridade regulado por normas. Enquanto poder jurídico, competência pode ser entendida, especificamente, como poder juridicamente estabelecido de criar normas jurídicas ou efeitos jurídicos por meio e de acordo com certos enunciados. As normas que estabelecem a competência devem ser chamadas de normas de competência em oposição às normas de conduta (cf. Alf Ross, *Logica de las Normas,* 1968, p. 125 ss). A distinção fundamental entre ambas está na relação jurídica que delas defluem e nas conseqüências de sua violação. Normas de conduta estatuem relações de coordenação e sua violação implica responsabilidade. Já normas de competência estatuem relações de subordinação e sua violação afeta-lhes a eficácia. Ou seja, quem viola uma norma de conduta não atenta contra a eficácia do ato jurídico que ela agasalha, apenas vê imputada uma responsabilidade, ele responde pelo seu ato. Já o descumprimento da norma de competência provoca a nulidade ou a anulação dos atos. Normas de conduta são dispositivas ou constitutivas. Normas de competência são sempre constitutivas.

As normas de competência são usualmente classificadas conforme seu conteúdo e sua função. De um lado, pode-se falar em normas de competência, cujo conteúdo é o estabelecimento de um poder que se chama autonomia privada e cuja função é capacitar o sujeito a dar forma às suas relações jurídicas de acordo com seus próprios interesses. Por definição este poder é não qualificado (qualquer pessoa, física ou jurídica, o tem), é autônomo (obriga a própria pessoa), é discricionário (exerce-se

livremente) e é transferível (pode ser transmitido a outro). O poder mesmo não é um direito, mas parte de um direito transferível. De outro lado, temos as normas de competência que criam a chamada autoridade pública. Seu conteúdo é o estabelecimento de um poder heterônomo e sua função é capacitar o sujeito a dar forma às relações jurídicas de terceiros (independentemente de seu consentimento). Em decorrência são características destas normas a criação de um poder apenas para sujeitos especialmente qualificados (poder qualificado), que não se exerce para si próprio (heteronomia), cujo exercício é um dever para com a comunidade (*munus publicum*) e que, por ser qualificado, não é transferível, podendo apenas e eventualmente ser delegado, o que ocorre por meio de outra norma de competência.

As normas de competência que estatuem um poder heterônomo podem estar acompanhadas de normas de conduta, que prescrevem à autoridade constituída certos deveres no exercício da competência pública. Assim, se um estado-membro não cumpre o dever que a Constituição federal — direta ou indiretamente, por meio de leis federais por ela delegadas — lhe impõe, deve seguir-se um ato coercitivo diretamente conexo com a conduta ilícita. Distinto deste caso, porém, é aquele em que a norma de competência estabelece *condições* para o exercício da competência, atribuindo ao descumprimento delas uma sanção (cf. Kelsen, op. cit. p. 76). Por exemplo, a consulta a certas pessoas ou órgãos antes de tomar uma decisão. Se a violação desta exigência não se traduz em nulidade ou anulabilidade, então não há limitação da competência; mas se dela decorrem tais conseqüências, não há propriamente a violação de um dever, mas o descumprimento de uma *competência condicionada* (Kelsen, id., ib.) cuja violação faz responsável o órgão (daí decorre, entre outros requisitos, a doutrina do abuso de poder).

As normas de competência são objeto de apreciação judicial apenas indiretamente, isto é, enquanto pressuposto para a disputa sobre uma imposição de norma de conduta. O conflito de competência é, na verdade, um conflito sobre quem tem poder de impor normas de conduta. Assim, quando um tribunal aprecia a competência de uma autoridade em confronto com a de outra autoridade, são os atos dispositivos criados por essas competências que estão em jogo. Isto significa que quando uma autoridade venha a invadir o limite de competência de outra, o faz ao expedir normas e conduta fora de sua competência. Ou seja, como uma competência é sempre uma delimitação (do sujeito, da matéria, do procedimento), o conflito de competências ocorre porque uma autoridade expede para destinatários que não lhe são sujeitos, em face de matérias e procedimentos determinados, normas de conduta. Daí decorre uma outra forma de conflito de competência, caso em que uma autoridade impõe diretamente a outra uma norma de conduta e a outra lhe nega a competência, pois para fazê-lo ela precisaria ser competente para tal, isto é, entre elas deveria haver subordinação. Existe, porém, uma forma peculiar de conflito de competência que não ocorre por meio de *negação* (1. a autoridade A expede para sujeito subordinado a B normas de conduta, ou 2. A expede para B, diretamente, normas de conduta, subordinando-a indevidamente), mas de *desconfirmação*. Entre negação e desconfirmação há uma sutil mas importante diferença (cf. Watzlawick, Beavin, Jakson, *Pragmática da Comunicação Humana*, São Paulo, 1973, p. 74 ss.; ver também Ferraz Jr., *Teoria da Norma Jurídica*, 2ª ed. Rio de Janeiro, 1986, p. 57 ss.). *Negar* significa admitir o outro para rejeitá-lo. *Desconfirmar* significa ignorar, desconhecer o

outro, agir como se ele não existisse. Por exemplo, um assaltante, ao cometer um delito, nega a autoridade. Já um movimento revolucionário, mesmo cometendo atos semelhantes aos de um assaltante, desconfirma a autoridade, à qual não credita legitimidade. Ora, quando uma autoridade constituída age como se a outra não existisse, quando por seus atos não nega a outra (tentando subordiná-la), mas desacredita os atos da outra, temos uma forma peculiar de conflito de competência em que não estão em jogo relações de subordinação, devidas ou indevidas, nem de invasão de competência com relação a terceiros, mas o próprio sentido da autoridade como tal.

Ora, numa federação, o conflito de competências ou se dá pelo conflito de imposições normativas de conduta a terceiros (invasão de competências), ou se dá pela imposição, contestável, de normas de conduta de uma a outra (por exemplo, uma questão de imunidade recíproca) ou se dá pelo não reconhecimento da competência de uma autoridade por outra autoridade, sem que haja problema de invasão ou de subordinação (uma autoridade simplesmente desacredita a condição de autoridade da outra, agindo como se esta não existisse). Os dois primeiros, tratando-se de competências constitucionalmente definidas, geram questões de inconstitucionalidade. O terceito conflito é um litígio constitucional que não envolve imediatamente questão de controle de constitucionalidade de leis. Este tipo de litígio, quando ocorre entre Estados soberanos, caracteriza uma disputa sobre a própria soberania, sendo os atos e as reações correspondentes considerados agressões e represálias. Numa federação, este tipo de litígio, para não constituir ato de agressão e represália, por ferir o princípio da homogeneidade, deve ser dirimido por um órgão especial, para isto constitucionalmente destinado. Assim, se uma autoridade federada desqualifica diretamente a competência de outra, isto é, não descumpre suas ordens, mesmo porque não se subordina a ela, mas age como se os atos da outra e no âmbito de competência desta não existissem, então ela própria está, contra o princípio da homogeneidade, tentando exercer sobre a outra uma forma de represália. Contra este ato cabe, pela Constituição Federal, recurso ao STF com base no art. 102, I, f. São, pois condições para um litígio desta natureza: 1. a ocorrência de um conflito de interesses entre unidades autônomas em decorrência de atos que estão na competência da unidade; 2. uma reação de deconfirmação daqueles atos por parte de uma delas, o que importa um problema de descrédito (embora, não de negação) de sua autonomia; e 3. quebra do princípio da homogeneidade.

Diante de um litígio desta natureza, o Estado-membro que se sinta prejudicado por um ato de outro e dentro da competência deste, posto que este lhe desconfirma a autonomia, está *obrigado* ou a buscar o consenso ou a recorrer ao Supremo Tribunal Federal, sob pena de que o litígio prossiga na base de agressões e represálias, o que destrói a Federação. Trata-se de uma obrigação de cooperação. Esta obrigação, cuja natureza é jurídico-política, por tratar-se de uma relação entre unidades federais, decorre do princípio da homogeneidade.

Para explicar o fundamento desta obrigação vale recorrer ao conceito da *Bundestreue*, a lealdade federal, conceito originário do II *Reich* e elevado a conceito clássico pela obra de Rudolf Smend (*Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 1955, p. 57 — o texto original é de 1916). Seu sentido não tem natureza moral, mas exprime o modo da conexão entre as unidades federadas em termos de perpetuidade e indissolubilidade, exigindo um sentimento recíproco de plena comunhão ver-

tical e horizontal (União e Estados), bem como a manutenção de permanente e perfeita concórdia. Apesar de, talvez por suas raízes históricas, o conceito acentuar aspectos emocionais, a lealdade federal é um dever *jurídico* (cf. Mangoldt/Klein: Das Bonner Grundgesetz, 6 vol. 1957-64, vol. II, p. 590), tanto na relação vertical como horizontal: o dever de conduta federal amistosa entre as entidades federadas (*Rechtspflicht zu bundesfreundlichem Verhalten*). E é exatamente por isso que a quebra deste dever é uma questão jurídica que, no plano da lei máxima, deve ser avaliada e controlada por um tribunal constitucional (cf. Maunz/Dürig, *Grundgesetz — Kommentar,* 1961-64, comentário ao art. 11).

Em síntese, o federalismo cooperativo exige a busca de soluções de consenso. O conflito, não se alcançando o consenso, deve ser dirimido pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 102, I, f, que, nesta matéria, atua como Tribunal da Federação. Isto é uma exigência do direito positivo brasileiro, mas também tem largo fundamento doutrinário, como foi visto. Não fosse assim, como observa criteriosamente o Ministro Celso de Mello, em seu voto no mandado de segurança nº 21.041 — RO, "não se tivesse o Supremo Tribunal Federal como juiz natural desse conflito de interesses — impor-se-ia a submissão de um certo Estado-membro à jurisdição de outro, como na hipótese de mandado de segurança impetrado por uma unidade da Federação perante o Tribunal de Justiça de outra, num inqualificável rompimento da igualdade político-jurídica que é corolário necessário do federalismo de equilíbrio institucionalizado, e sucessivamente reafirmado, por nosso constitucionalismo republicano". E acrescenta: "A Constituição da República, ao prever a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar 'as causas e conflitos' entre as entidades estatais integrantes da Federação (art. 102, I, f), utilizou expressão tão genérica, cuja latitude revela-se apta a abranger todo e qualquer procedimento judicial, expecialmente aquele de jurisdição contenciosa, que tenha por objeto uma situação de litígio envolvendo, como sujeitos processuais, dentre outras pessoas públicas, dois ou mais Estados-membros, alcançando, com isso, a hipótese de mandado de segurança impetrado por Estado-membro em face de atos emanados de Governador de outra unidade da Federação."