

# **Interpretação do Interesse (público) Local: Conflitos e Critérios de Decisão Antes e Depois da COVID-19 à luz dos Princípios da Preponderância de Interesses, Subsidiariedade e Proporcionalidade**

**Lucas Reis Verderosi<sup>1</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo busca demonstrar a evolução recente do conceito constitucional de *Interesse Local*, dotando-o de qualificação acadêmica e contextualização histórica, a partir, principalmente, da abordagem jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interesse Local. Subsidiariedade. COVID-19. Proporcionalidade. STF.

**ABSTRACT:** This article seeks to demonstrate the recent evolution of the constitutional concept of Local Interest, analyzing it through an academical approach and historical context, based mainly on the jurisprudential perspective.

**KEYWORDS:** Local Interest. Subsidiarity. COVID-19. Proportionality. STF.

## **1 Introdução**

Na teoria do ordenamento jurídico, compreendida em sua formulação piramidal e hierarquizada, é elementar a consciência de que o jurista é posto diante de uma estrutura em que o “órgão superior” atribui ao “órgão inferior” um poder normativo, sempre limitado (BOBBIO, 2014, p. 62).

Há, como sabemos, dois tipos distintos de limites pelos quais o poder superior restringe e regula o poder inferior: relativos ao *conteúdo* ou à *forma*.

Destarte, caso estejamos a tratar de limites quanto ao conteúdo, designá-los-emos limites *materiais*; d’outra banda, caso estejamos a tratar de limites que digam respeito *àquilo* que se pode ordenar ou proibir ou *como* pode-se ordenar ou proibir, chamá-los-emos de limites *formais*.

---

<sup>1</sup>Procurador do Município de São Paulo e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com Dissertação sobre a Intervenção Municipal no Domínio Econômico. Contato: [lverderosi@prefeitura.sp.gov.br](mailto:lverderosi@prefeitura.sp.gov.br).

Conforme ensina (BOBBIO 2014, p. 63): “Na passagem da norma constitucional para aquela ordinária, são frequentes e evidentes tanto os limites materiais quanto os limites formais”.

Calharia verificar, portanto, se a locução *interesse local*, inscrita no artigo 30, I, da Constituição Federal de 1988, é limite formal ou material a autorizar a legislação do Município sobre essas específicas temáticas.

Em nosso sentir, a cláusula do “interesse local” apresenta desafios hermenêuticos bastante complexos e, ao menos, duas dimensões materiais de interpretação. Todavia, sua inobservância resulta da irrupção do Município na competência atribuída a outro ente federado, a deflagrar uma invalidade de natureza formal.

Assim, o termo *interesse local* desempenha, a princípio, dupla função normativa a um só tempo.

É que, para verificar se um Município está legislando dentro da competência atribuída pelo artigo 30, I, deverão ser contempladas simultaneamente duas exigências impostas pelo legislador constitucional: (i) haverá de incidir um interesse tutelável pelo Estado e, nesse sentido, um interesse que não seja puramente particular; e (ii) ele deverá ser predominantemente local.

O segundo aspecto referido acima, ou seja, a verificação da abrangência do interesse, bem como as formas de interpretar o federalismo brasileiro, passará a ser o objeto de nossa análise a partir de agora.

## **2 Interesse Local: Técnicas de Interpretação**

O interesse local, tamanha sua relevância, há de ser compreendido, em primeiro plano, como efetivação do princípio democrático, já que, como alerta (KELSEN 2016, pp. 445-446):

As normas centrais da ordem, válidas para o território inteiro, podem facilmente entrar em contradição com a vontade majoritária de um grupo que vive num território parcial [...] para diminuir a possível contradição entre o conteúdo da ordem jurídica e a vontade dos indivíduos a ela sujeitos, para que se chegue o mais próximo possível do ideal de democracia, pode ser necessário que, sob certas circunstâncias, certas normas da ordem jurídica sejam válidas apenas

para certos territórios parciais e sejam criadas apenas pelo voto majoritário dos indivíduos que vivem nesses territórios.

Sua exegese, no entanto, demanda perscrutar e auscultar uma miríade de situações concretas.

Ainda na vigência da Constituição de 1946, (TEIXEIRA 1948, p. 7), em parecer sobre *a competência municipal na regulação dos serviços públicos concedidos*, elaborado para a *Procuradoria Municipal de São Paulo*, anunciava que a inteligência do que seria interesse predominantemente local dependia da vida prática e do momento histórico:

Daí a conclusão de quantos se ocuparam do assunto, de que impossível é determinar-se, 'a priori', um critério distintivo das atribuições municipais, para efeito de extremá-las das que devam competir à União e aos Estados, constituindo esta uma questão a resolver-se tendo-se em vista determinadas circunstâncias, num dado momento histórico, e em determinado país, atendendo-se às condições aí vigente, à prática estabelecida, e aos resultados da experiência. Esta a lição unânime dos mestres do moderno direito público que têm versado a matéria, como BORSI, FLIENER, JELLINEK, POSADA, DUGUIT, BONNARD, MAUSKHELI, SANTI ROMANO, COOLEY, BLACK, e entre nós, PIMENTA BUENO, BARBALHO, A. MILTON, MAXIMILIANO, PONTES DE MIRANDA, SAMPAIO DÓRIA e outros.

Todos sabemos que a hermenêutica constitucional segue os elementos essenciais ou clássicos da interpretação jurídica, sistematizados, nos países de Direito codificado a partir das contribuições do fundador da Escola Histórica do Direito, Friedrich Carl Von Savigny, da seguinte forma: gramatical, histórica, sistemática e teleológica (BARROSO, 2009, p. 270).

Para além disso, por revestirem-se as normas constitucionais de características singulares, tais como superioridade jurídica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político, conceberam-se *princípios instrumentais* de interpretação constitucional, como "premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da

questão posta” (BARROSO, 2009, pp. 297-298), quais sejam, princípios: da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da Constituição, da razoabilidade ou da proporcionalidade e da efetividade.<sup>2</sup>

Na interpretação especificamente das normas de competência, os métodos gramatical, histórico e sistemático assumem certo protagonismo, aplicando-se-lhes, ainda, como veremos, os princípios da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da Constituição e da razoabilidade ou da proporcionalidade.

(BASTOS 1999, p. 158) ensina que é impossível desvincular a interpretação do caso concreto, ao dizer que “o intérprete simplesmente não pode cindir a norma do caso a ser solucionado (ainda que seja hipotético).”

Em alguma medida, portanto, percebemos que a interpretação é balizada pelo direito que, ao mesmo tempo, impõe limites ao exegeta e confere-lhe uma certa abertura para adequação de seu mister aos fatos da vida. Este, portanto, é o mérito da Constituição no emprego de um conceito quando define a competência municipal para “legislar sobre assuntos de interesse local”.

### **3 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Evolução e Premissas**

Nas hipóteses de conflito de competência, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tradicionalmente apoia-se no fundamento da *preponderância de interesses* para resolver as nódoas da nossa federação cooperativa.

A bem da verdade, a jurisprudência do STF, até há pouco, em uma perspectiva centralizadora, costumava dar preferência aos interesses de “maior abrangência”, donde, quando havia conflito, privilegiavam-se as competências enumeradas da União sobre a competência residual dos Estados

---

<sup>2</sup> Sobre críticas ao “sincretismo metodológico” vide SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ou de qualquer destes sobre os interesses locais (LENZA, 2018, pp. 540-550).

Começa, contudo, nesta quadra, a haver alguma inflexão na Suprema Corte brasileira.

Em 2017, no julgamento conjunto das ações concentradas que discutiam leis estaduais ou municipais que restringem o uso do amianto (ADIs 3.356, 3.357, 3.937 e ADPF 109), o voto do Ministro Fachin aplicou a teoria norte-americana *presumption against preemption*, segundo a qual, no federalismo cooperativo, a predominância de interesses não deve ser o único critério de julgamento.

Precisam também, segundo esse ponto de vista, ser observadas a subsidiariedade e a proporcionalidade, de modo a consagrar a presunção da autonomia dos entes. Para o Ministro, é preciso indagar se o ente local poderá atuar de maneira mais eficiente e econômica, diante das peculiaridades da matéria disciplinada<sup>3</sup>.

Nos dizeres do Ministro Fachin, “apenas se a legislação federal dispusesse, de forma clara e cogente — indicando as razões pelas quais é o ente federal o mais bem preparado para fazê-lo — , que os Estados e Municípios sobre ela não poderiam legislar, seria possível afastar a competência desses entes para impor restrições ao uso do amianto/asbesto”.

Acrescenta ainda o Ministro que “o Município de São Paulo, por sua vez, mediante uma escolha política ínsita à ambiência municipal, por definir e delimitar como se daria o seu desenvolvimento econômico no campo da construção civil, teria agido à luz do nítido interesse local e da suplementação da legislação federal de regência.”<sup>4</sup>

Esse conceito, ademais, foi aplicado mais recentemente, em 2018, no RE 598.741/MG (Rel. Min. Marco Aurélio Mello), também em escrutínio sobre competência municipal para legislar

<sup>3</sup>Cf. Informativo 848 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>4</sup>Disponível em

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo848.htm#Amianto%20e%20compet%C3%Aancia%20legislativa%20concorrente%20-%202014>. Acesso em: 14 de novembro de 2019.

sobre matéria de proteção ao meio ambiente<sup>5</sup>, quando se assentou o seguinte:

1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (*presumption against preemption*). 2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente menor. 3. Na ausência de norma federal que, de forma nítida (*clear statement rule*), retire a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, exercerem plenamente sua autonomia, detêm Estados e Municípios, nos seus respectivos âmbitos de atuação, competência normativa.

Na ADPF 514, em que se julgava lei municipal que veicula vedação do transporte de cargas vivas no Município de Santos, o Ministro Edson Fachin aprofunda ainda mais sua argumentação e chega a propor uma verdadeira “recompreensão do federalismo brasileiro”, o que implicaria em:

- (i) “privilegiar a interpretação que seja condizente com a presunção de constitucionalidade de que gozam os atos legislativos”;
- (ii) Não tolher “a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria”;
- (iii) “reconhecer, no âmbito da repartição constitucional de competências federativas, que o

---

<sup>5</sup> O Recurso Extraordinário, em questão, trata da recepção, pela Constituição Federal de 1988, da Lei nº 4.253/1985 e do Decreto nº 5.893/1988, do Município de Belo Horizonte – referentes à imposição de multas por emissão de fumaça acima do permitido.

Município, desde que possua competência para matéria, detém primazia sobre os temas de interesse local, nos termos do disposto no art. 30, I, da CRFB”; e

(iv) Reconhecer que “apenas quando a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior.”<sup>6</sup>

Assim sintetiza sua proposta:

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*.** Estas breves considerações acerca do federalismo cooperativo no que tange à distribuição de competência legislativas estabelecidas na Constituição Federal de 1988 podem ser assim sumariadas: a simples edição de lei, pela União, que cuida de matéria cuja competência para disposição seja concorrente, não exclui, em princípio, a competência de outros entes para a sua regulação. A inconstitucionalidade formal de lei municipal, estadual ou distrital só deve ser reconhecida **se a legislação federal dispuser, de forma clara e cogente, que outros entes não podem sobre ela legislar, ou se os outros entes legislarem de forma autônoma sobre matéria idêntica.**<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFac/hin/anexo/ADPF514Voto.pdf>. Acesso em 14 de novembro de 2019.

<sup>7</sup> Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFac/hin/anexo/ADPF514Voto.pdf>. Acesso em 14 de novembro de 2019.

Diante das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, nos é evidente a encampação, pela Pretório Excelso, do princípio da subsidiariedade, traduzido, na jurisprudência americana pela máxima: *presumption against pre-emption*.

#### **4 O Princípio da Subsidiariedade na Interpretação do Federalismo Brasileiro**

Desconhecemos quem tenha, no Brasil, realizado estudos mais aprofundados sobre o tema do que José Alfredo de Oliveira Baracho, que resume a ideia da seguinte forma (BARACHO 2000, p. 19):

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 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.

(MOREIRA 1987, p. 154), em seu *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, sintetiza o princípio explicando-lhe o alcance da seguinte forma:

“A sociedade é subsidiária em relação ao indivíduo e dentro da sociedade as comunidades superiores são subsidiárias em relação às inferiores”. Desse modo, ensina o professor português que o princípio é a resultante de uma fórmula de critérios residuais, em uma escala de precedência: “indivíduo – família – corporação - Estado”.

Como dissemos, ao escrutinar as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, exsurge cristalina a aplicação do princípio da **subsidiariedade** em sua dimensão **vertical**.

A **subsidiariedade** em sua dimensão **horizontal**, é consabido, diz com a primazia da iniciativa privada, de modo que, para essa vertente, o Estado somente agiria de forma residual.<sup>8</sup>

Já em sua compreensão **vertical**, o princípio da subsidiariedade foi bem traduzido na Encíclica *CENTESIMUS ANNUS*, onde se preceitua que (VATICANO, 1991):

---

<sup>8</sup>Sob a égide da Carta Constitucional de 1967, o princípio da subsidiariedade horizontal afluía do parágrafo primeiro do art. 163: “Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica”. Tal previsão não subsiste na ordem constitucional em vigor.

A PEC 32/2020, a título de uma “reforma administrativa”, pretende alterar o texto do art. 37 da atual Constituição Federal, para agregar os seguintes princípios informadores da Administração Pública: “transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, boa governança pública, eficiência e subsidiariedade”.

Ora, fosse apenas a exabundância dos primeiros despiciendo princípios, cujos teores já se encontram informados na Constituição Cidadã, não haveria necessidade de maiores digressões.

Ocorre que a previsão específica da subsidiariedade como princípio norteador da Administração Pública, tal como pretende referida Proposta de Emenda Constitucional, desacompanhada de uma miríade de outras alterações no texto constitucional, em verdadeiro “processo desconstituente”, somente poderá ser interpretada como inclusão textual do princípio da subsidiariedade em seu sentido vertical, porquanto horizontal não poderá ser, sem que a Constituição de 1988 seja completamente deformada e vergastada, em vários de seus capítulos.

Se deve respeitar o princípio de subsidiariedade: uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua acção com a das outras componentes sociais, tendo em vista o bem comum.<sup>9</sup>

O mesmo princípio também é expresso no artigo 3-B do Tratado de Maastricht<sup>10</sup>.

O Professor Canotilho (CANOTILHO 2002, pp. 360-361) demonstra como o princípio da subsidiariedade, de cláusula de integração europeia e de estruturação vertical-territorial dos Estados Unidos, foi incorporado com dimensão estruturante da ordem constitucional portuguesa:

O princípio da subsidiariedade densificado a nível das relações Estados-membros/União Europeia e do Estado Unitário/regiões e autarquias locais é expressão de um princípio geral de subsidiariedade que pode formular-se assim: as comunidades ou esquemas organizatório-políticos superiores só deverão assumir as funções que as comunidades mais pequenas não podem cumprir da mesma forma ou de forma mais eficiente. O princípio da subsidiariedade articula-se com o princípio da descentralização democrática: os poderes autonómicos regionais e locais das regiões autónimas e das autarquias locais (comunidades de dimensões mais restritas) devem ter competências próprias para regular e tratar as tarefas e assuntos das populações das respectivas

---

<sup>9</sup>Disponível em [http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_01051991\\_centesimus-annus.html](http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html). Acessado em 28 de setembro de 2019.

<sup>10</sup> De acordo com o artigo 3-B do Tratado de Maastricht: "Artigo 3-B A Comunidade actuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objectivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado. Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objectivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam, pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário. A acção da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objectivos do presente Tratado."

áreas territoriais (administração autónoma em sentido democrático).

Conforme analisado, o princípio da subsidiariedade pode ser compreendido tanto em sua perspectiva **horizontal**, na relação entre Estado e sociedade, quanto em sua dimensão **vertical**, em referência ao federalismo, às autonomias constitucionalmente qualificadas, à descentralização e à repartição de competências.

Existe, em certa medida, uma confluência entre essas duas dimensões do conceito, já que o princípio da subsidiariedade tem uma mesma matriz personalista, que pretende um *modus in rebus* na relação entre Estado e sociedade.

Segundo essa visão, Estado e sociedade demasiadamente íntimos acabam por marginalizar esta última; enquanto que um rompimento artificial entre Estado e sociedade é hostil à persecução de uma estrutura que promova o consenso e o pluralismo (BARACHO, 2000).

Em sociedades com "sólida base comunal", esse dilema sobre a relação entre Estado e comunidade é equacionado a partir de uma interação entre poder central e poderes periféricos, com base em ideias regionalistas e municipalistas (BARACHO, 2000, p. 8).<sup>11</sup>

## **5 O Princípio da Subsidiariedade, a Crítica sobre a Ausência de Estado e sua Superação a partir do Estudo dos Interesses Locais.**

Tal como esclarecido nas páginas anteriores, o princípio da subsidiariedade pode ser utilizado para conter ou restringir a intervenção estatal no domínio econômico. Nessa toada, permite, como temos percebido, sua captura pela argumentação

---

<sup>11</sup> Nessa linha, os autores adeptos do princípio da subsidiariedade também compreendem que o Estado não é o detentor unívoco do bem comum ou da vontade geral. Elegem, como temas centrais, o pluralismo econômico, a propriedade privada com limitações, a intervenção estatal no domínio econômico, a planificação, o combate moderado ao monopólio e ao oligopólio, a empresa (compatibilização do *bem particular da empresa* com o *bem comum público temporal nacional*), e utilizam-se da "*interpretação mutativa das normas*" constitucionais como técnica de interpretação apta a "alterar o conteúdo dessas prescrições constitucionais [...] mesmo que o texto da cláusula constitucional permaneça aparentemente intacto" (BARACHO, 2000, pp. 8- 9).

neoliberal para sustentar um Estado mínimo, que, ao fim e ao cabo, motivou, de uma maneira ou outra, o seu aparecimento.<sup>12</sup>

(BERCOVICI, 2011) aponta para o fato de que a Constituição Federal de 1988 não admite ou permite toda ou qualquer forma de organização econômica/condução de agente econômico, mas, ao revés, estabelece fundamentos e regras essenciais da atividade econômica.<sup>13</sup>

O professor denomina de “fundamentalistas’ de mercado” aqueles que, segundo ele, entendem que a Constituição previu, pelo princípio da livre iniciativa, um “modelo privatista”, em que haveria verdadeiro “direito subjetivo dos indivíduos realizarem qualquer atividade econômica, sob a forma que entenderem mais conveniente, para a obtenção do lucro” (BERCOVICI, 2011, p. 263).

Para o autor, no entanto, há um “valor social” da livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica constitucional, o que lhe retira os contornos absolutos e a submete à busca do “progresso da sociedade”, finalidade intrínseca à república (BERCOVICI, 2011, pp. 262 -263):

A iniciativa privada é limitada e suscetível de ser vinculada positivamente na direção da utilidade social, em uma perspectiva não individualista, suficiente para excluir a visão atomística idealizada dos agentes econômicos eficientes e racionais das teorias econômicas neoclássicas.

É nesse ponto que o Professor informa sobre as convergências entre o “princípio da subsidiariedade” e as propostas liberais ou neoliberais de Estado subsidiário à sociedade (mercado), que, sob essa ótica, deveria contar com primazia em relação ao Estado ineficiente e míope.

---

<sup>12</sup> Sobre Estado Mínimo e o modelo individualista, vide NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

<sup>13</sup> É relevante ressaltar que as atuais críticas ao conceito de interesse público vêm acompanhadas da proposta de situar os direitos fundamentais como “premissa antropológica” do nosso sistema constitucional (SARMENTO, 2007, p. 51), donde, sob a ótica da ordem econômica, pode chegar-se à equivocada conclusão de que a livre iniciativa deixa de ser uma instrumento de realização dos objetivos constitucionais e passa a significar verdadeiro princípio inviolável (BERCOVICI, 2011, p. 262).

(BERCOVICI, 2011, p. 268) lembra ainda que na *Carta del Lavoro*, editada por Benito Mussolini, em 1927, apenas quatro anos antes da Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 15 de maio de 1931, enunciada pelo Papa Pio XI, já estava positiva, pela primeira vez, a ideia de “subsidiariedade”:

Carta del Lavoro, IX: “L’intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sai insufficiente l’iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell’incoraggiamento e dela gestione diretta.”

Não se olvida o doutrinador que o princípio da subsidiariedade estruturou a iniciativa de outros regimes autoritários, como a ditadura de Francisco Franco na Espanha (1939-1975) e a de Getúlio Vargas (Carta de 1937).

Nada obstante as colocações de (BERCOVICI, 2011), é possível intuir que a previsão da subsidiariedade nas cartas constitucionais de matriz autoritária não reflete, com exatidão, as ideias liberais subjacentes ao conceito.

Com efeito, em nosso sentir, seria teratológica a conclusão, por exemplo, de que a ditadura varguista no Estado Novo (1937-1945) se conduzia pelos pressupostos de um Estado Mínimo na economia.<sup>14</sup>

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, não traz expressamente o princípio da subsidiariedade vertical em seu texto<sup>15</sup>, mas o revela quando nos coloca diante de um federalismo de cooperação que tenta aliar (i) intenso papel do Poder Público na economia e (ii) distribuição de competências relativamente equilibrada entre os entes federados.

Abrimos esses parênteses digressivos para informar sobre algumas críticas que se vão fazendo ao princípio da subsidiariedade em seu perfil horizontal. A polêmica, em nosso

---

<sup>14</sup> O próprio professor Gilberto Bercovici, valendo-se das lições de Washington Peluso Albino de Souza, demonstra que o artigo 163 da Carta de 1967 adotara o princípio ideológico liberal originário, porém desfigurado pelos acréscimos que instrumentalizaram o tradicional “capitalismo sem risco” brasileiro [...] com a socialização dos prejuízos e privatização dos lucros” (BERCOVICI, 2011, p. 270).

<sup>15</sup> Segundo (BERCOVICI p. 271): “a ordem constitucional brasileira não é liberal, tendo incorporado elementos liberais, sociais, intervencionistas, nacionalistas, desenvolvimentistas, cooperativistas, entre outros.”

entender é bastante ideológica e, de certo modo, prescindimos dela para afirmar que a subsidiariedade vertical é autônoma em relação à subsidiariedade horizontal.

Ora, por vezes, o indivíduo, detentor de interesses difusos não organizados, deverá ser protegido, pelo Estado, contra interesses especiais<sup>16</sup>, titularizados e articulados por corporações. Nesse sentido, conforme ensina (MOREIRA 1987, p. 156):

Quando se considere que hoje a participação do Estado não é exceção, antes a condição permanente do equilíbrio e desenvolvimento económico; que o papel do Estado não é passivo, antes sobre ele impendem tarefas de transformação económica e social; quando se reconheça que agora as corporações e os grupos sociais estão também em condições de atentar contra a liberdade do indivíduo, que perante ele está muito menos protegido do que contra o Estado – se isso é assim, o princípio da subsidiariedade parece ter perdido definitivamente as condições de existência.

Além disso, a contrário senso, o princípio da subsidiariedade também significa colmatar as lacunas deixadas, de fato, pela iniciativa privada. Assim, nas palavras de (BARACHO 2000, pp. 48-49), o princípio da subsidiariedade, ao repartir competências entre sociedade e Estado:

Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado exigindo desse ajuda e promoção das atividades próprias do pluralismo social. Possibilita desenvolver as formas associativas e uma coordenação das atividades estatais de fomento. O princípio de subsidiariedade aplica-se nos âmbitos em que a ordem e o poder têm limitações razoáveis, ao

---

<sup>16</sup> O próprio Nobert (REICH 2011, p.764), ao refletir sobre a intervenção do Estado na economia, contrapõe os "interesses difusos" aos "interesses especiais", estes últimos "são evidenciados por atores sociais que estão bem organizados devido ao fato de que podem ganhar (ou perder) muito com a mudança social". Já os "interesses difusos", segundo o autor alemão (Reich, 2011, p. 765), "são aqueles que têm o caráter de um bem público [...] dizem respeito à qualidade de vida global".

mesmo tempo em que economia deve conviver com a liberdade. O princípio de subsidiariedade visa a suprir a iniciativa privada impotente ou ineficaz, mediante a ação do Estado, propiciando à sociedade resultados benéficos. Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir as atividades do pluralismo social.

A subsidiariedade manifesta-se, portanto, sob a “dupla perspectiva: negativo-positivo. Na primeira situa-se como limite à intervenção estatal; na segunda manifesta-se como justificação da intervenção pública” (BARACHO, 2000, p. 50).

Nesse sentido também, de forma bastante organizada, (CYRINO 2018, pp. 69-70) atesta:

o princípio da subsidiariedade, corretamente compreendido, tem um aspecto comissivo. Ora, deriva da própria ideia de subsidiariedade a noção de que pode haver necessidade de atuação estatal, casos em que tal agir será obrigatório.

De toda sorte, esse ideia da subsidiariedade horizontal - que pode justificar um Estado aquém do imprescindível para uma sociedade livre, justa e solidária — traz como corolário a limitação de órgãos ou coletividades superiores, de modo a, respeitada a unidade nacional, na estrutura da ordem governamental, acercar os centros de decisão da sociedade, em ambiente mais próximo das pessoas.

Quanto mais “local” a manifestação do Estado, menos abstrata é a noção de vontade geral e menor a disrupção do Estado nesses tempos de globalização, revolução industrial 4.0 e pandemia COVID-19.

Pode soar inusitado descolar a subsidiariedade vertical da subsidiariedade horizontal, já que, inicialmente, uma provém da outra. Parece-nos, todavia, que *a subsidiariedade aplicada no estudo do federalismo pode recrudescer a valia do interesse público ou vontade geral na ordem jurídica, uma vez que, em âmbito municipal, a proximidade entre Estado e Sociedade é maior*. Ademais, a obrigatoriedade da gestão democrática

sinaliza para uma melhor percepção, na prática, dos múltiplos interesses em jogo no ambiente da comunidade urbana.

BARACHO (2000, p. 32) lembra que a subsidiariedade, ao menos na sua compreensão descentralizadora, de forma nenhuma é uma ideia nova, tendo seus contornos sido desenhados em vários períodos:

Já Robespierre declarava, na Convenção, que era preciso afastar-se da tendência dos antigos governantes de muito governar [...] às comunidades deveria dar-se o poder de regular por elas próprias seus negócios, em tudo o que não fosse essencialmente da administração da República.

Assim sendo, a incidência do princípio da subsidiariedade no federalismo é especialmente relevante para compreensão do que seja o *interesse local*. A uma porque já tem constado de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, a duas porque revela vetor interpretativo na compreensão do interesse local.

A divisão vertical de competências no federalismo segue uma racionalidade de respeito e preservação das diversidades históricas e individualidades locais, proteção das minorias, proteção da liberdade, reforço da democracia e eficiência do modelo de gestão política e administrativa (BARACHO, 1982, pp. 43-44).

Os mecanismos de separação vertical, portanto, viabilizam decisões mais técnicas, transparentes, equilibradas e sindicáveis, de modo que o federalismo pode ser entendido como a concretização do princípio da subsidiariedade na organização do Estado. BARACHO (2000, p. 46) explica que o princípio, na ótica de Oswald Von Nell-Breuning, reflete, na estrutura da ordem governamental, os elementos que o constituem, "estabelecendo genuína auto-administração das pequenas unidades, correlacionadas com as formas institucionais superiores."

Em última instância, portanto, a subsidiariedade é corporificada no Município, entidade intermediária onde o pluralismo é democraticamente concretizado, possibilitando satisfazerem-se as demandas comunitárias de modo mais fiel às aspirações sociais. O Município, consoante (BARACHO 2000, p. 51):



Como titular natural das competências locais, possibilita a integração do indivíduo no corpo social municipal. O Município é tido como a forma de integração intermediária entre o indivíduo e o Estado. A subsidiariedade concretiza-se no Município, desde que o indivíduo não é um ser abstrato, mas concreto, onde aparece como cidadão, usuário, vizinho, contribuinte, consorciado e participante direito na condução e fiscalização das atividades do corpo político, administrativo e prestacional. Considerando o Município como uma forma da democracia local, convém destacar que uma das aplicações práticas e prioritárias do princípio de subsidiariedade tem como finalidade afiançar e fortalecer o regime municipal.

Respeitada a existência autônoma da dimensão vertical do princípio da subsidiariedade, calha identificar a delimitação de seu alcance.

## **6 Interesse Local e Proporcionalidade**

Para (MOREIRA 1987, pp. 154-155), a despeito da:

transparência sugerida pela definição do princípio [...] a questão de saber quando é que se pode afirmar que determinada tarefa não pode ser prosseguida por uma 'comunidade inferior' pode minar as bases do princípio ou sua praticabilidade.

Aqui voltamos à sugestão do Ministro Edson Fachin na ADPF 514, que sugere reconhecer, para uma "recompreensão do federalismo brasileiro", que, somente quando a lei federal ou estadual indicar com clareza, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação dos entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção que gozam os entes menores para exercerem plenamente sua autonomia.

Homenageia o Ministro Fachin, ao mesmo tempo, a presunção de constitucionalidade de que gozam os atos legislativos infraconstitucionais e a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinadas matérias.

No caso do Município, desde que possua competência para matéria, detém primazia sobre os temas de interesse local, nos termos do disposto no artigo 30, I, da Constituição Federal de 1988.

Nas hipóteses em que a lei mais abrangente se mostrar necessária, adequada e razoável, poderá excluir o campo de complementação próprio dos entes menores.

Estamos, portanto, diante de proposta que racionaliza eventual colisão de interesses federativos pela ponderação e por seu instrumento: a *proporcionalidade*.

O princípio da proporcionalidade é aqui concebido por sua dupla perspectiva, normativa e metodológica. Trata-se de (i) *norma constitucional*, a vincular a Administração Pública e principalmente o Poder Judiciário, que faz o controle em última instância, bem como de (ii) *método de racionalização do argumento*, fundamental à estruturação racional do procedimento decisório.

Usualmente vemos o emprego dessa norma/método de matriz germânica para exame de constitucionalidade das restrições que resultam de normas ou atos que, de alguma forma, restringem direitos fundamentais: restrição das restrições (limite dos limites) nas relações entre indivíduos e Estado (relações verticais) ou nas relações jurídicas entre particulares (relações horizontais).

Tem surgido no Supremo Tribunal Federal, outrossim, uma proposta que denota maior consagração dos entes locais, para a qual apenas seria justificável uma legislação mais abrangente que retirasse dos entes locais seu campo de regulação complementar própria, mediante ponderação, caso fossem atendidas as três máximas parciais que constituem o princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Mais recentemente ainda, em julgamento sobre as medidas adotadas por Estados e Municípios no enfrentamento da pandemia do COVID-19, o Supremo Tribunal Federal pôde, em referendo à medida cautelar que fora concedida pelo Ministro Relator Marco Aurélio Mello na ADI n° 6341, reiterar sua interpretação sobre o federalismo brasileiro, a fim de preservar, naquele caso específico, a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, ainda que o Presidente da República possa dispor, mediante decreto, sobre serviços públicos federais e atividades essenciais.

Até mesmo as decisões liminares do Tribunal de Justiça de São Paulo que suspenderam a eficácia de decretos municipais que flexibilizavam, em âmbito local, as medidas de restrição sanitária durante a pandemia do Coronavírus, reconheciam tratar-se mais de uma questão de inconstitucionalidade *material* - diante da possível violação ao direito à saúde, sob os critérios da proporcionalidade ou razoabilidade - antes do que inconstitucionalidade *formal*, sob o pálio do raso argumento da incompetência.

É o que se extrai, por exemplo, da tutela cautelar concedida na ADI 2080203-17.2020.8.26.0000, que suspendeu os efeitos de Decreto Municipal de Campos do Jordão sob o argumento, não da incompetência municipal, mas da possível inconstitucionalidade material do ato normativo:

Ou seja, a priori, a normativa municipal contraria os parâmetros delineados pelo governo federal e estadual, sem indicação concreta de peculiaridade local a justificar tal tratamento diferenciado.

Destarte, conquanto se possa aventar de interesse local apto a atrair competência municipal para regular funcionamento de estabelecimentos comerciais, exsurtem, no presente caso, ao menos duas razões para justificar concluir-se pela provável inconstitucionalidade do decreto sub examen.

Em primeiro lugar, o **caráter global da pandemia** em curso **desnatura a predominância do interesse local**, locução consagrada em nossa doutrina para definir os contornos da competência municipal.

Em segundo lugar, para além de mera questão de competência, há, em exame sumário, relevantes fundamentos para ter-se por **materialmente inconstitucional** Decreto Municipal que periclite valores consagrados como vértices de nosso constitucionalismo. Vale dizer, vislumbra-se, em cognição perfunctória, violação ao princípio da **proporcionalidade, no que tange à proteção aos direitos fundamentais à vida e à saúde**. (g.n.)

(Des. Rel. Péricles Piza, Órgão Especial, 05/05/2020)

## 7 Conclusão

Pudemos perceber, ao longo do artigo, que o federalismo evolui e adapta-se aos tempos, de modo a conformar-se às demandas que se vão surgindo.

A perspectiva no atual momento histórico, em que sobejam precedentes encampadores do princípio da subsidiariedade, evidencia uma tendência política e jurídica de prestigiar os entes federados de dimensão regional e local.

É claro que os conflitos de competência nascem com o surgimento da própria Federação. Como nos ensina a Prof.<sup>a</sup> Mônica Herman Salem Caggiano, Procuradora do Município de São Paulo aposentada, a Federação não se deverá acomodar diante do quadro de demandas do mundo de hoje, prenhe de novos e complexos desafios (CAGGIANO 2000, p. 36).

Nas suas palavras, ao estudioso do direito cabe outro tipo de desafio, isto é, procurar conferir respostas aos dilemas contemporâneos:

Pois bem, o quadro de demandas do mundo contemporâneo, sob o impacto da alta tecnologia a comandar os meios de comunicação e do processo de aceleração da globalização, mudou, exigindo uma reorientação no tocante à atuação das instituições, uma atenção mais depurada em relação à necessidade de conformatização dos velhos modelos às exigências das comunidades sociais do século XXI.

E o sistema federativo não escapa a esse novo desafio; poder-se-ia afirmar até que o enfrenta com maior vigor, porquanto, como acima remarcado, apresenta-se esse modelo como de estrutura flexível, apta a se acomodar a situações novas; pronto a ajustes decorrentes de filosofias, perspectivas, exigências de estabilidade, equilíbrio e desenvolvimento social.

O Federalismo, visto sob essa particular perspectiva, se transforma em verdadeira cultura.

Assim, se Federalismo é cultura, toca aos operadores do direito, cômicos das razões atávicas que nos empurraram na direção de uma desmesurada concentração de poderes, acompanhar a evolução da jurisprudência constitucional, a fim de prestigiar, cada vez mais, os entes subnacionais de nossa Federação.

## REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. **Novos Rumos do Federalismo.** Revista de Direito Público, São Paulo: RT, n. 65, v.5, jan/mar de 1986.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação.** São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editor, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado federal brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais.** São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** São Paulo: Edipro, 2014.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Federalismo Incompleto: Descentralização e Indefinição de Competências.** In Revista Direito Mackenzie, n. 2, ano 1, 2000. p. 31 -44.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Lisboa: Almedina, 2002.

CYRINO, André. **Direito Constitucional Regulatório.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4ª ed. Lisboa: Ed. Caminho, 1987.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

REICH, Norbert. Intervenção do Estado na Economia in BARROSO, L.R., CLÉVE, C.M. (org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5ª ed. São Paulo: LTR Editora, 2003.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **A Competência Municipal na Regulação dos Serviços Públicos Concedidos**. São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura do Município de São Paulo, 1948.