



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

MANOEL CARLOS DE ALMEIDA NETO

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS:
*à luz da jurisprudência do STF***

SALVADOR

2008

MANOEL CARLOS DE ALMEIDA NETO

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS:

à luz da jurisprudência do STF

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção de grau do Mestre em Direito Público sob orientação do Professor Doutor **EDVALDO PEREIRA DE BRITO**.

SALVADOR

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

MANOEL CARLOS DE ALMEIDA NETO

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS:

à luz da jurisprudência do STF

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2008.

O presente estudo é especialmente dedicado aos meus queridos avós paternos *Manoel Carlos Amorim de Almeida* e *Sarah Albagli de Almeida*, exemplos de vida e de amor irrestrito à família.

Aos meus pais, *Isaac Albagli de Almeida* e *Fabiola Paiva Lins*, o meu espelho e a minha luz, pela presença constante e apoio incondicional.

Com todo amor.

AGRADECIMENTOS

Após uma apaixonante jornada acadêmica, tenho a felicidade de realizar um sonho, fruto do aperfeiçoamento de estudos realizados na Universidade Federal da Bahia – UFBA e na Universidade de Brasília – UnB, bem como de reflexões hauridas da vida forense, ora como Advogado Público, ora como Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal – STF. Contudo, este trabalho jamais se tornaria uma realidade, se não fossem valiosas colaborações de colegas e as lições de notáveis mestres a quem devo os mais profundos e sinceros agradecimentos.

Ao *Mestre dos Mestres*, Professor EDVALDO BRITO, crédito os méritos deste estudo realizado sob a sua dedicada orientação, ressaltando que os desacertos são da minha responsabilidade. A minha eterna gratidão e afeto pelas valiosas lições científicas e de vida.

Ao estimado Professor DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, pela inspiradora referência intelectual e amizade. Aos notáveis Professores FREDIE DIDIER JÚNIOR, EDILTON MEIRELES, ROBÉRIO NUNES DOS ANJOS FILHO, MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA, PAULO CÉSAR SANTOS BEZERRA e CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, por toda confiança e incentivo acadêmico.

Aos inesquecíveis Professores MENELICK DE CARVALHO NETTO e GILMAR FERREIRA MENDES da Universidade de Brasília – UnB, pelas magníficas lições de Direito e Jurisdição Constitucional.

Aos companheiros de jornada acadêmica RICARDO MAURÍCIO, CARLOS RÁTIS, JOÃO GLICÉRIO, JOSÉ CAIRO e RAFAEL BARRETO, pelo apoio constante e amizade fraterna.

Em especial, ao eminente Professor RICARDO LEWANDOWSKI, exemplo de erudição e humanidade, a minha eterna gratidão pelas lições diárias e por tudo que representa em minha vida.

A Deus, por tornar o sonho realidade.

"Os que madrugam no ler, convém madrugarem também no pensar. Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas idéias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas."

RUY BARBOSA (Oração aos Moços).

SUMÁRIO

RESUMO/ABSTRACT.....	10
APRESENTAÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 – JURISDIÇÃO E A SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.	
1.1. Considerações Iniciais.....	14
1.2. Rigidez e Supremacia das Normas Constitucionais.....	15
1.3. As Concepções da Constituição.....	18
1.4. Noções de Inconstitucionalidade.....	23
1.5. Noções sobre Jurisdição.....	25
1.6. Pressupostos da Jurisdição Constitucional.....	27
1.7. Conceito de Jurisdição Constitucional.....	29
1.8. Jurisdição Constitucional e Democracia.....	30
CAPÍTULO 2 – ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE.	
2.1. O Sistema difuso da <i>judicial review of legislation</i>	35
2.2. O Sistema concentrado de Kelsen.....	41
CAPÍTULO 3 – A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL.	
3.1. A Constituição de 1824.....	44
3.2. A Constituição de 1891.....	44
3.3. A Constituição de 1934.....	46
3.4. A Constituição de 1937.....	47
3.5. A Constituição de 1946.....	48
3.6. A Constituição de 1967/69.....	49
3.7. A Constituição de 1988.....	50

CAPÍTULO 4 – O MUNICÍPIO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.

- 4.1. A evolução histórica da autonomia municipal.....53**
- 4.2. O Município na Constituição Federal de 1988.....55**

CAPÍTULO 5 – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL EXERCIDO PELOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO.

- 5.1. Generalidades do controle político.....57**
- 5.2. O controle político na Constituição Federal de 1988.....58**

CAPÍTULO 6 – O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL.

- 6.1. Generalidades do controle difuso.....63**
- 6.2. O papel do Senado Federal no controle difuso.....66**
- 6.3. Efeito vinculante e eficácia *erga omnes* no controle difuso.....68**

CAPÍTULO 7 – O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL.

- 7.1. Generalidades do controle concentrado.....78**
- 7.2. A lei ou ato normativo municipal que contraria a Constituição Federal.....81**
- 7.3. A lei ou ato normativo municipal que contraria a Constituição Estadual.....88**
- 7.4. A lei ou ato normativo municipal que contraria a Lei Orgânica Municipal.....99**
- 7.5. Peculiaridades da Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Municipal.....101**

CAPÍTULO 8 – A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DO DIREITO MUNICIPAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- 8.1. Considerações gerais.....108**
- 8.2. Origens da argüição de descumprimento de preceito fundamental...108**
- 8.3. O significado da expressão *descumprimento de preceito fundamental*.110**
- 8.4. Processamentos da ADPF.....110**

8.5. A ADPF como mecanismo de controle de constitucionalidade em tese, da lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal.....	111
CAPÍTULO 9 – CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	119
ANEXOS:	
I – Lei 9.868, de 1999 (Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal).....	127
II– Lei 9.882, de 1999 (Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal).....	135

RESUMO

O escopo do presente artigo é discutir, a partir dos movimentos constitucionalistas, os fundamentos da Jurisdição e da Supremacia das Normas Constitucionais, especialmente o controle de constitucionalidade das leis municipais, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tema apaixonante devido às peculiaridades que envolvem a fiscalização abstrata, bem como a evolução jurisprudencial no controle difuso.

Com efeito, a autonomia municipal brasileira foi conquistada ao longo da história, até a Constituição de 1988, que deu forma republicana ao governo e estrutura federativa ao Estado. Inscreveu, ainda, a autonomia municipal como prerrogativa intangível, capaz de autorizar, em caso de violação, a intervenção federal. A Carta de 1988 reparte as competências entre os seus entes federativos (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal), reconhecendo a autonomia política, legislativa e organizacional dos Municípios.

Assim, caminhando pelos meandros das correntes doutrinárias nacionais e estrangeiras mais abalizadas sobre o tema, e à luz da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o controle de constitucionalidade das leis municipais permanece em constante transformação na jurisprudência da nossa Suprema Corte.

São tantas as evoluções, desde a promulgação da Constituição Republicana de 1988, examinadas ao longo do presente trabalho, que é possível falar-se em um “novo controle de constitucionalidade das leis municipais”, tanto na via concentrada por meio da ADPF, quanto na atribuição de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* nas decisões em controle difuso.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Jurisdição Constitucional; Democracia; Federalismo; Lei Municipal.

ABSTRACT

The scope of this article is to discuss, from constitutionalist movements, the foundations of Jurisdiction and Supremacy of Constitutional Norms, especially the control of the constitutionality of municipal laws in the light of the jurisprudence of the Supreme Federal Court, subject fascinating mainly due to the peculiarities that involve the supervision abstract, and the legal developments in the control diffuse.

Indeed, the Brazilian municipal autonomy has been won throughout history, until the Constitution of 1988, which gave way to the republican government and federative structure to the State. Inscribe addition, the municipal autonomy prerogative as untouchable, able to allow, in case of violation, the federal intervention. The Charter of 1988 divides the powers between the federal their loved (Union, states, municipalities and the Federal District), recognizing the autonomy policy, legislative and organizational Cities.

Thus, moving the intricacies of the current domestic and foreign doctrinaire more choices on the theme, and in light of jurisprudential evolution of the Supreme Federal Court, it appears that the control of the constitutionality of laws municipal remains in constant transformation in the case of our Supreme Court.

There are so many developments since the promulgation of the Republican Constitution of 1988, examined the logo of this work, it is possible to speak in a "new control constitutionality of municipal laws", both on the road through the ADPF concentrated, as in allocation of binding effect and effectiveness erga omnes in decisions on control diffuse.

Keywords: *Constitutionalism; Constitutional Jurisdiction; Democracy; Federalism; Municipal Law.*

APRESENTAÇÃO

O fenômeno multifário jurídico possui natureza evolutiva. Todavia, poucas ciências têm sofrido tantas transformações como o Direito Constitucional, cuja força normativa reflete diretamente no titular do poder constituinte, o povo, de forma absoluta e suprema. Daí a importância do seu estudo científico, sem, entretanto, desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais no afã de se efetivar a chamada vontade de Constituição – *wille zur verfassung* – preconizada por HESSE,¹ para que a Lei Maior não se torne apenas uma folha de papel, como advertia LASSALLE.²

O presente estudo se propõe a analisar, de forma sucinta, o controle de constitucionalidade das leis municipais, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tema apaixonante devido às peculiaridades que envolvem a fiscalização abstrata, bem como a evolução jurisprudencial no controle difuso.

A autonomia municipal brasileira foi conquistada ao longo da história, até a presente Constituição, que deu forma republicana ao governo e estrutura federativa ao Estado. Inscreveu, ainda, a autonomia municipal como prerrogativa intangível, capaz de autorizar, em caso de violação, a intervenção federal. A Carta de 1988 reparte as competências entre os seus entes federativos (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal), reconhecendo a autonomia política, legislativa e organizacional dos Municípios.

Com efeito, a Constituição Republicana de 1988 veio reforçar a jurisdição constitucional brasileira, ampliando o rol de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, criando o Advogado-Geral da União, instituindo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, e possibilidade dos Estados-Membros proporem a ação direta de

¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

² LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

inconstitucionalidade para fiscalizarem a constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição Estadual.

Entretanto, o controle abstrato de constitucionalidade das leis municipais ganhou novos contornos, com a aprovação da Lei 9.882, de 1999, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao possibilitar ao Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade da lei municipal pela via concentrada quando houver controvérsia relevante em face de preceito fundamental da Constituição.

Por outro lado, por conta da multiplicação dos recursos extraordinários em temas análogos, bem como a natureza objetiva de determinadas questões decididas em processos subjetivos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ampliado significativamente a eficácia das suas decisões em controle difuso, sobretudo quando o tema envolve casos absolutamente idênticos de leis municipais que violam a Constituição.

Em verdade, o controle de constitucionalidade das leis municipais permanece em constante transformação na jurisprudência da nossa Suprema Corte. São tantas as evoluções, desde a promulgação da Constituição Republicana de 1988, examinadas ao logo do presente trabalho, que é possível falar-se em um “novo controle de constitucionalidade das leis municipais”, tanto na via concentrada por meio da ADPF, quanto na atribuição de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* nas decisões em controle difuso.

Todavia, este despretensioso estudo não possui o condão de esgotar o assunto, mas desvendar, dentro dos limites do autor, o controle jurisdicional de constitucionalidade da lei ou ato normativo municipal à luz da jurisprudência da Suprema Corte, nas modestas linhas que se seguem.

O Autor

CAPÍTULO 1 – JURISDIÇÃO E A SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

“Uma Constituição é, por assim dizer, a miniatura política da fisionomia de uma nacionalidade. Quando não seja, pois, um falso testemunho solenemente levantado ao povo a que se destina, tem de lhe esboçar em grandes traços o sentimento geral” (Ruy Barbosa).

SUMÁRIO: 1.1 Considerações Iniciais – 1.2. Rigidez e Supremacia das Normas Constitucionais – 1.3. As Concepções da Constituição – 1.4. Noções de Inconstitucionalidade – 1.5. Noções sobre Jurisdição – 1.6. Pressupostos da Jurisdição Constitucional – 1.7. Conceito de Jurisdição Constitucional – 1.8. Jurisdição Constitucional e Democracia.

1.1. Considerações Iniciais

Desde tempos imemoriais, o ser humano busca incessantemente limitar o poder do próprio homem em busca da proteção dos seus direitos fundamentais. Assim, exsurge o constitucionalismo como um movimento de limitação do poder do homem pelo próprio homem, ou nas palavras de EDVALDO BRITO, uma *“expressão da soberania popular que representa, em certo momento histórico, o deslocamento do eixo de poder, cuja titularidade ou exercício era exclusivamente do ‘soberano’ ”*³ ou consoante J.J. CANOTILHO como uma teoria, ou movimento de carga ideológica capaz de transformar a sociedade limitando o poder com *“fins garantísticos”*.⁴

LOEWENSTEIN identificou o aparecimento do constitucionalismo na Antiguidade Clássica, onde, no Estado Teocrático Hebreu, limitava-se o poder político pelas chamadas Leis do Senhor.⁵ Consoante MAURIZIO FIORAVANTI o constitucionalismo é concebido como o conjunto de doutrinas que aproximadamente a

³ BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 26.

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. p. 154.

partir da metade do século XVII dedicaram-se a recuperar os horizontes da moderna Constituição em seu aspecto de limites e garantias fundamentais.⁶

Assim sendo, o constitucionalismo é anterior ao Direito Constitucional, cujo aparecimento remonta aos séculos XVII e XVIII nos movimentos constitucionalistas inglês, americano e francês, nos quais principalmente se desenvolveram os fundamentos históricos da Teoria da Constituição e conseqüentemente da Supremacia das Normas Constitucionais.

O movimento *historicista* inglês foi profundamente marcado pela evolução das declarações de direitos, desde a Magna Carta das Liberdades da Inglaterra de 15 de junho de 1215, até a chamada *Glorious Revolution*⁷ de 1688 onde se passou de uma monarquia absolutista para uma monarquia constitucional com o *Bill of Rights* de 1689. Contudo, foi durante o movimento constitucionalista norte-americano, *We the people*, que surgiu o chamado *constitucionalismo moderno* cuja marca fundamental⁸ foi o aparecimento da primeira Constituição rígida e escrita do mundo em 1787, seguida da Francesa de 1791, marcada pela influência do *laissez faire*. Entretanto, após a 1ª Guerra Mundial, o Constitucionalismo fora desassociado do *Estado Liberal* e Passivo e associado ao *Estado Social* e Intervencionista.

LEWANDOWSKI observa que o objetivo que inspirou a elaboração das primeiras Constituições permanece o mesmo até hoje, que é a *contenção do poder* e a *defesa dos direitos individuais*.⁹ Essa indubitavelmente é a grande luta do Constitucionalismo.

1.2. Rigidez e Supremacia das Normas Constitucionais

⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución – de los antiguos a los modernos*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 85.

⁷ “O que distingue, sobretudo, a evolução inglesa de 1688 (*Glorious Revolution*) da que um século mais tarde ensanguentaria a França está em que aquela se insere numa linha de continuidade, ao passo que a francesa tenta reconstruir a arquitetura toda do Estado desde o começo.” in MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 72.

⁸ Nesse sentido: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 53.

Toda a problemática do controle de constitucionalidade está fundamentalmente relacionada com a supremacia da Constituição sobre todas as outras leis. Nesse sentido, KELSEN¹⁰ observou que o fundamento de validade da norma jurídica está justamente na existência de outra norma.¹¹

Consoante a originalidade lógica de KELSEN, as normas jurídicas encontram-se hierarquizadas dentro do ordenamento jurídico, de tal sorte que uma norma de escalão inferior jamais poderá sobrepor-se a uma norma hierarquicamente superior, devendo estar com esta última harmonizada, pois, caso contrário, comprometeria todo o ordenamento jurídico.¹²

O jus-filósofo RECASÉNS SICHES em sua obra clássica, concluiu que o problema da vigência e validade de todas as normas jurídicas resolve-se a partir da afirmação de que essas normas são necessariamente expressões da vontade do próprio Estado¹³ “*entendida ésta como el centro común de imputación de todos los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico*”.¹⁴

CANOTILHO anota que a Constituição é a fonte da produção normativa (*normae normarum*), devido a sua supremacia, o que conduz à sua *superioridade hierárquico-normativa* em relação a todas as outras normas do ordenamento. Desta superioridade, decorre que: a) as normas constitucionais formam uma *lex superior* que fundamenta a sua validade em si mesma (*autoprímazia normativa*); b) as normas da Constituição são *normas de normas (normae normarum)*, sendo essas, fontes de produção jurídico-normativa para as demais; c) a superioridade das normas

¹⁰ “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.” in KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 215

¹¹ Nesse mesmo sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 624. “As normas de direito encontram sempre seu fundamento em outras normas jurídicas.”

¹² “Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de considerar-se como estando de harmonia com a norma do escalão superior” in KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹³ “No se diga que es inexacta la afirmación de que todas las normas jurídicas sean expresión de la voluntad del Estado” in SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1978. p. 282.

¹⁴ Idem, *Ibidem*, p. 283.

constitucionais geram o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição.¹⁵

A primeira distinção entre Constituição rígida e a flexível, foi feita por Lord Bryce criticando a tradicional classificação de *escritas* e *não-escritas*. Em todo caso, a consequência da Constituição escrita é a rigidez presumida e a hierarquia das leis, sendo que a primeira determina a criação da segunda.¹⁶

Todavia, é indispensável advertir que a supremacia constitucional somente se verifica, do ponto de vista jurídico-formal, com a existência da *rigidez* constitucional, a qual significa, nas lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA, a *“imutabilidade da constituição por processos ordinários de elaboração legislativa. Sob este aspecto, trata-se de problema de natureza puramente formal, jurídica: só as constituições escritas entram neste conceito”*.¹⁷

Do *Princípio da Supremacia da Constituição* emana a rigidez constitucional conferindo maior grau de dificuldade para a alteração da Lei Maior do que para as demais normas infraconstitucionais. A respeito da rigidez constitucional, anota LUÍS ROBERTO BARROSO:

“A dicotomia entre Constituição rígida e Constituição flexível, por sua vez, não se confunde, mas se superpõe em larga medida, com a distinção entre Constituição escrita e não escrita. Diz-se flexível a Constituição cujo processo de reforma coincide com o modo de produção da legislação ordinária, inexistindo diferença formal entre norma constitucional e norma infraconstitucional (...).

Já a rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para a reforma da Constituição, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição das leis infraconstitucionais, e que no caso brasileiro incluem quorum e

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.074.

¹⁶ POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 2.

¹⁷ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 41.

procedimento diversos, além de limitações materiais e circunstanciais”

18

Consoante EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, a Constituição apresenta-se como um sistema preceptivo que emana do povo, como titular da soberania¹⁹, em sua função constituinte, advertindo que “*pero la Constitución no solo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior*”.²⁰

Assim, a superioridade hierárquico-normativa das normas constitucionais só se verifica onde existam Constituições rígidas. Para CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, o “*pressuposto basilar do Estado de Direito é seu vínculo de subordinação ao princípio da supremacia da Constituição, posto que está ligada à vontade estatal estruturada na sua concepção orgânica e assentada nos valores sociais, econômicos, jurídicos e culturais que lhe dão conformidade*”.²¹

Desse modo, verifica-se que a *rigidez* constitucional é *conditio sine qua non* para a eficácia e aplicabilidade do *princípio da supremacia da constituição*, sob o qual se erige a Teoria Geral do Controle de Constitucionalidade das Leis.

1.3. As Concepções de Constituição

Dentre os diversos sentidos que se tem empregado à Constituição, fruto de profundos debates doutrinários ao longo da história, exsurge a grande indagação: Qual o melhor sentido que se deve conceber a Constituição, o sociológico, o político, o jurídico, ou o cultural?

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 152.

¹⁹ “*De fato, de um ponto de vista sociológico ou político, é possível afirmar que a soberania radica-se no povo ou na nação, mas, de acordo com uma perspectiva jurídica, ou seja, encarando-a como um direito, ela só pode ser exercida pelo Estado. No fundo, a soberania do povo ou da nação é a mesma do Estado, porém, apenas num segundo momento, que apresenta caráter eminentemente jurídico.*” In LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 232.

²⁰ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 48.

²¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. “Coisa Julgada Inconstitucional” In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 09.

Na concepção sociológica, a Constituição é fruto da própria realidade social, encontrando, nesta, a sua verdadeira origem. Pertencendo, portanto, ao mundo do *ser* e não do *dever ser*.

Nesse sentido, e consoante às lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA, na senda de MEIRELLES TEIXEIRA:

*“O sociologismo constitucional fundamenta-se nas seguintes afirmações: a) a constituição é primordialmente uma forma de ser, e não de dever ser; b) a constituição é imanência das situações e estruturas sociais do presente, que, para uma grande parte do pensamento do século XIX – e não somente para MARX –, se identificam com situações e relações econômicas; c) a Constituição não se sustenta numa norma transcendente, pois a sociedade tem a sua própria ‘legalidade’, que é rebelde à pura normatividade e não se deixa dominar por ela; o ser tem sua própria estrutura, da qual emerge ou à qual deve adaptar-se o dever ser; d) enfim, se, no que respeita ao Direito, a concepção racionalista da constituição gira sobre o momento de validade, a concepção sociológica o faz sobre a vigência considerada esta como praticidade e efetividade das normas, na verdade como eficácia social da regra jurídica”.*²²

O maior representante do sociologismo constitucional é FERDINAND LASSALLE (*Breslau*, 1825-1863), contemporâneo de MARX (*Trier*, 1818-1883), e estiveram no mesmo lado durante a Revolução Prussiana de 1848.

O ideário sociológico de LASSALLE fora eternizado quando proferiu uma palestra em 1863 na antiga Prússia sobre a *Essência da Constituição*. Essa conferência foi reproduzida, nos mesmos termos, para o clássico *“A essência da Constituição”*.²³

²² SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 22-23.

²³ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 33.

Para LASSALE uma Constituição escrita só pode ser boa e duradoura “quando esta constituição escrita corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país”. Afirmando, que se a Constituição escrita, denominada *folha de papel*, não corresponder aos fatores reais de poder, ela sucumbirá perante a constituição real, denominada *forças vitais do país*.²⁴

E assim conclui LASSALE sobre o que venha a ser a essência da Constituição:

“Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação.

Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos de Constituição? Com a Constituição Jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, os escreveremos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e, por conseguinte é punido.

*Ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os dessa maneira em fatores jurídicos”.*²⁵

KONRAD HESSE, no afã de responder a LASSALE, escreveu *A força normativa da Constituição (Die normative kraft der verfassung)*, obra em que defende a preservação e o fortalecimento da força normativa e da vontade de Constituição. Nesse sentido concluiu HESSE que:

²⁴ Idem, Ibidem, p. 33.

²⁵ Idem, Ibidem, p. 17-18.

“Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós”.²⁶

A concepção política de Constituição é preconizada por CARL SCHMITT, o qual a considera como uma *decisão política fundamental*. Assim, para o *decisionismo político*,²⁷ a essência da Constituição não se acha numa lei ou ato normativo, mas sim, numa *decisão política do titular do poder constituinte*, qual seja, o povo na democracia, ou o monarca na monarquia pura.²⁸

A concepção jurídica de Constituição nasceu juntamente com o constitucionalismo moderno e está vinculada a idéia do – *laissez faire* –, Estado Liberal. Nessa concepção, cujo expoente maior é HANS KELSEN, a Constituição pertence ao mundo do *dever ser* (formal) e não do *ser* (informal).

Segundo KELSEN, *o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma*,²⁹ que em último grau hierárquico é denominada *norma fundamental hipotética*. E acrescenta o mestre de Viena:

“Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos – através de uma criação consciente do Direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume – devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui

²⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. p. 32.

²⁷ Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 27-28.

²⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México: Nacional, 1996.

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoría Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 215.

*a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou a assembléia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição em sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido lógico-positivo”.*³⁰

O outro sentido empregado por KELSEN à Constituição é o *jurídico-positivo*, onde esta se equivale à norma suprema, ocupando o cume da pirâmide das normas jurídicas não-pressupostas. O grande mérito da Teoria Pura do Direito é ter revelado a natureza do *dever ser* da norma jurídica. Entretanto, deve-se ressaltar que o *positivismo* exacerbado, com o seu formalismo excessivo, não se coaduna com o fenômeno multifário jurídico, mormente no campo do Direito Constitucional, permeado de influências sociais, políticas e culturais.

A concepção cultural da Constituição, parte da afirmação do Direito como um *objeto cultural*. Assim, a cultura constitui uma *unidade organizada* material ou espiritualmente (economia, técnica, ciência, arte, usos e costumes, Direito, moral, religião) que interagem entre si formando um sistema.

HERMANN HELLER destaca a importância dos fatores culturais para a idéia de Constituição total quando aduz que: “*Estos factores naturales y culturales tienen para la Constitución del Estado una gran importancia, tanto constructiva como destrutiva; pero la Constitución no normada es solo un contenido parcial de la Constitución total*”.³¹

³⁰ Idem, Ibidem, p. 221-222.

³¹ HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica / CFE, 2002. p. 319.

Nessa linha de intelecção – de sentido cultural –, MEIRELLES TEIXEIRA, define a Constituição como expressão da cultura total, em determinado momento histórico, e como um “*elemento configurante das demais partes da Cultura influenciando sobre a evolução cultural com determinados sentidos ou, como diz Burdeau, a Constituição vincula o poder à idéia de Direito, impondo-lhe exigências e diretrizes para a sua ação*”.³²

Essa concepção cultural de Constituição é sem dúvida a melhor que desponta na doutrina, considerando que reúne e explora aspectos relevantes das concepções política, sociológica, e jurídica de Constituição. Tais sentidos são partes de um todo, não podendo, ser tratadas como compartimentos estanques.

1.4. Noções de Inconstitucionalidade

A noção de inconstitucionalidade decorre também do *princípio da supremacia da constituição*, ou seja, do fato da Constituição ocupar o topo da pirâmide do ordenamento jurídico. A inconstitucionalidade é o resultado do conflito de uma norma ou de um ato hierarquicamente inferior com a Lei Maior, a qual pode advir de *ação* ou *omissão*.

A inconstitucionalidade por *ação* é aquela que resulta de atos administrativos ou legislativos que violam no todo ou em parte regras ou princípios da Constituição. JOSÉ AFONSO DA SILVA observa que o fundamento da inconstitucionalidade por *ação* está no fato de que “*do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição*”.³³

A inconstitucionalidade por *omissão*, por outro lado, decorre da inércia ou silêncio dos órgãos do Poder Público, que deixam de praticar ato exigido pelo Texto Maior, no intuito de torná-lo aplicável. Todavia, JORGE MIRANDA adverte que estes

³² TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 77.

³³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 47.

conceitos de *ação* e *omissão* são operacionais, quando ligados aos órgãos do poder, sustentando, ainda, que não é inconstitucional qualquer desconformidade com a Constituição.³⁴

Outra classificação das modalidades de inconstitucionalidade é a da *inconstitucionalidade formal e orgânica*, e a *inconstitucionalidade material*. Inconstitucionalidade orgânica é aquela decorrente de vício de incompetência do órgão que inaugura o processo legislativo, ou que produz a lei ou ato normativo. Já a formal propriamente dita ocorre quando o órgão que produz o ato não segue o procedimento legislativo fixado na Constituição. MERLIN CLÈVE afirma ser desnecessário lembrar que no Brasil, a inconstitucionalidade formal avoca “*uma dimensão superlativa, na medida em que a Constituição Federal incorpora uma série de dispositivos de natureza regimental, disciplinando de modo quase minucioso o processo legislativo*”. Assim, a distribuição de competências – incluindo a legislativa –, entre os entes federativos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), torna a problemática ainda mais relevante.³⁵

Já a inconstitucionalidade material, é aquela que “*reporta-se ao conteúdo do ato normativo*”.³⁶ Logo, quando uma lei ou ato normativo não for compatível com a disciplina dada por uma norma constitucional, padecerá do vício de inconstitucionalidade material.

CELSO RIBEIRO BASTOS anota que a norma que infringir a Constituição, quer quanto ao seu aspecto formal, quer quanto ao aspecto material, deve, “*em nome do princípio da validade da norma em função da sua adequação à norma hierárquica superior, conclui-se que toda norma infringente da Constituição é nula, irrita, inválida, inexistente*”.³⁷

Dessa forma, uma norma constitucional eivada de inconstitucionalidade deve ser expurgada do ordenamento jurídico.

³⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 1985. p. 274.

³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. p. 41.

³⁶ Idem, *Ibidem*, p. 42.

³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 626-627.

1.5. Noções sobre Jurisdição

Partindo das diversas definições sobre a jurisdição, decorrente do latim *iuris dictio*, que significa *dizer o direito*, as mais importantes discussões ocorreram justamente na Itália, por decênios, devido ao duelo dialético travado entre CHIOVENDA e CARNELLUTI. O primeiro define a jurisdição como sendo a função do Estado que tem por escopo “*a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva*”,³⁸ Para CARNELLUTTI, a jurisdição deve ser definida como a função que busca a “*justa composição da lide*”.³⁹

Segundo LIEBMAN, essas duas definições podem ser consideradas complementares, visto que a primeira representa uma visão puramente jurídica do conteúdo da jurisdição, estabelecendo a relação entre lei e jurisdição, ao passo que a segunda considera a atuação do direito como meio para atingir uma finalidade ulterior, qual seja, a composição do conflito de interesses, procurando, assim, captar o conteúdo efetivo da matéria à qual a lei vem aplicada e o resultado prático, sob o aspecto sociológico, a que a operação conduz.⁴⁰

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, na senda de CHIOVENDA, define a função jurisdicional como “*a função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática*”.⁴¹ Para DIDIER JR., a jurisdição é a realização do direito, por meio de terceiro imparcial, de modo autoritativo e em última instância.⁴²

³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

³⁹ CARNELLUTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Campinas: Servanda, 1999.

⁴⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intelectos, 2003.

⁴¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 69.

⁴² DIDIER JR. Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2005.

A função jurisdicional tem por característica a definitividade, ou seja, as decisões não são submetidas ao controle de outros poderes. Sendo assim, por ser uma atividade exclusiva do Estado, através da atividade jurisdicional, o juiz não pode negar-se a julgar ou solucionar um problema, ainda que não exista norma que trate do tema. Esse é o princípio da proibição do *non liquet*.

Esse princípio faz justiça à plenitude do princípio da proteção legal, que por sua vez, corresponde à competência universal do sistema jurídico para todas as questões de direito. Além disso, deve-se levar em consideração que não há como se prever positivamente todos os casos concretos. Desse modo, não existem lacunas no direito, mas sim, problemas de decisão não regulamentados por lei.

Desse modo, o sistema não pode operar somente com uma lógica puramente dedutiva. Não há jurisprudência mecânica. Os Tribunais devem, assim, interpretar, construir, e, se for a questão, distinguir os casos para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto à sua consistência frente ao direito vigente.

Em suma, o juiz vê-se coagido a tomar uma decisão e fundamentá-la (proibição *non liquet*). Portanto, torna-se imprescindível ao magistrado ter a liberdade de construção do direito e pela sua função interpretativa (criatividade judicial) vir a tomar uma decisão definitiva.

Sobre essa característica da função jurisdicional, importa destacar o pensamento de NIKLAS LUHMANN⁴³ sintetizado por DIDIER JR.⁴⁴ no sentido de que: *a) Somente os tribunais, no exercício da função jurisdicional, têm a obrigação de decidir todo e qualquer caso que lhe for submetido, haja ou não previsão legislativa expressa que o regule, sendo vedado o non liquet; b) A decisão do órgão jurisdicional é a última, porquanto não possa ser submetida ao controle de nenhuma outra função estatal – a jurisdição é a última forma de controle social; c) Porque é obrigado a*

⁴³ LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, 1990.

⁴⁴ DIDIER, Fredie Jr. *Direito Processual civil*. 5º ed. v. I. Salvador: Edições Juspodivm, 2005. p. 80.

decidir qualquer conflito, o órgão judicial tem o poder de criar a regra jurídica do caso concreto – tem, pois, poder de criação de norma jurídica; d) As decisões judiciais, porque últimas, precisam ser indiscutíveis (coisa julgada).

Contudo, nesse contexto de criatividade judicial, o eminente Professor INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO observa que cresce a necessidade de se designar mecanismos de controle e legitimação desta forma de produção do direito, por meio de *normas de vigilância*, como os métodos e os princípios da interpretação constitucional, indispensáveis à concretização da Justiça no seu sentido material.⁴⁵

1.6. Pressupostos da Jurisdição Constitucional

Dentre os pressupostos da jurisdição constitucional, a doutrina⁴⁶ aponta: a) a existência de uma Constituição formal; b) a existência de uma Constituição rígida e suprema; c) a previsão de um órgão competente para o exercício da atividade.

A fiscalização de constitucionalidade requer a existência de uma Constituição formal e escrita, compreendida como instrumento jurídico, posto que as denominadas Constituições costumeiras ou não-escritas não dispõem de um controle de constitucionalidade. Contudo, sobre as Constituições escritas adverte KONRAD HESSE, que *“a vinculação à Constituição escrita não exclui o Direito Constitucional não-escrito”*,⁴⁷ e conclui o mestre de Freiburg que *“a Constituição escrita ganha na vida da coletividade um significado muito superior do que em uma ordem sem jurisdição constitucional”*.⁴⁸

Contudo, HERMANN HELLER ressalta que *“la Constitución moderna no se caracteriza, sin embargo, propriamente por la forma escrita, sino por el hecho de la estructura total del Estado deba ser regulada em un documento escrito único”*.⁴⁹

⁴⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, e Celso Ribeiro Bastos in *Curso de Direito Constitucional*.

⁴⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 44.

⁴⁸ Idem, *Ibidem*, p. 419.

⁴⁹ HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica / CFE, 2002. p. 342-343.

Por Constituição formal ou escrita, entende-se aquele documento normativo superior, elaborado por um órgão exercente do Poder Constituinte. Já a Constituição costumeira, é aquela construída ao longo do tempo, difusamente por meio da força dos costumes e cristalizada pela história. MERLIN CLÈVE observa que a tendência das Constituições costumeiras, com o passar do tempo, é serem reduzidas à forma escrita, de “*modo que a expressão gráfica da normativa constitucional não evidencia critério suficiente para a discriminação de ambas as categorias*”.⁵⁰

A Constituição, portanto, deve ser compreendida como a norma jurídica fundamental, rígida e suprema.⁵¹ Por esse motivo, é impraticável o controle de constitucionalidade nos países que adotam as constituições flexíveis e inconcebível onde não se aplique o princípio da supremacia da constituição o qual depende da rigidez constitucional.⁵²

Desse modo, verifica-se que a Supremacia da Constituição é dependente do princípio da rigidez constitucional. Entretanto, tal princípio – por si só –, não é capaz de assegurar a Supremacia da Constituição.⁵³ Assim, a tarefa da jurisdição constitucional para HESSE, em casos de Direito Constitucional controvertido ou violado, consiste em “*se decidir autoritariamente sob recurso, seja na relação entre órgãos da federação, entre estados, entre federação e estados ou na relação entre estado e cidadão; jurisdição constitucional serve exclusivamente à conservação da Constituição*”.⁵⁴

Por último, para o exercício da jurisdição constitucional, é necessária a existência de um órgão fiscalizador. Esse órgão tanto pode exercer a fiscalização mediante a função jurisdicional, ou ainda, com a função política. No Brasil, inobstante qualquer juiz ou tribunal exercer, pela via difusa, o controle de constitucionalidade das leis, o poder de fiscalização é conferido constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal.

⁵⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000. p. 29-30.

⁵¹ Idem, Ibidem, p. 30.

⁵² Idem, Ibidem, p. 32.

⁵³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 420.

1.7. Conceito de Jurisdição Constitucional

Exsurge então a necessidade de se delimitar a questão da jurisdição constitucional. Nesse sentido, a jurisdição deve ser abalizada consoante a natureza do conflito. Portanto, quando o conflito cuidar de *matéria de natureza constitucional*, ou seja, aquele que tem por finalidade a guarda da Constituição através da fiscalização da constitucionalidade das leis ou atos normativos, certamente a jurisdição é Constitucional.

Consoante às lições de DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, a jurisdição constitucional “*é aquela função jurisdicional exercida para tutelar, manter e controlar a supremacia da Constituição, pouco importando o órgão jurisdicional que a exerça*”.⁵⁵ Nessa mesma linha de intelecção, BARACHO aduz que a jurisdição constitucional é entendida como a atividade jurisdicional que possui o escopo de verificar a consonância das normas de hierarquia inferior, leis e atos normativos, com a Constituição, “*desde que violaram as formas impostas pelo texto constitucional ou estão em contradição com o preceito da Constituição, pelo que os órgãos competentes devem declarar sua inconstitucionalidade e conseqüente inaplicabilidade*”.⁵⁶

Ao analisar a jurisdição constitucional no Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), KONRAD HESSE sustenta que a jurisdição da ordem constitucional caracteriza-se pelas amplas funções de proteção jurídica e controle de constitucionalidade conferidas ao Tribunal. Tal ampliação ultrapassa o tradicional quadro da jurisdição constitucional de forma a conferir ao Poder Judiciário, o poder de fiscalização, e o de manter o equilíbrio da ordem constitucional e entre as demais funções do Estado.⁵⁷

Desse modo a jurisdição constitucional consiste na atividade jurisdicional estatal que possui a finalidade de exercer o controle da constitucionalidade

⁵⁵ CUNHA JR. Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*, p. 376.

⁵⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 97.

⁵⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 419-420.

das leis e dos atos normativos, em caso de inconstitucionalidade por ação ou omissão, mantendo-se a Supremacia da Constituição.

1.8. Jurisdição Constitucional e Democracia

A implementação da jurisdição constitucional encontrou uma resistência histórica por força do princípio da soberania do monarca e posteriormente por força da soberania popular representada pelo Parlamento, que, na qualidade de representante do povo, não poderia estar submetido a qualquer tipo de controle externo.

Na Alemanha travou-se um intenso debate no intuito de se descobrir a quem caberia a guarda da Constituição. Em 1931 o eminente jurista CARL SCHMITT publicou um livro intitulado *O guardião da Constituição (Der Hüter der Verfassung)*,⁵⁸ nessa obra, defendeu-se a legitimidade exclusiva do Presidente do *Reich* – devido à sua representatividade –, para desempenhar o papel de guardião da Constituição, e, conseqüentemente negando tal função ao Judiciário.

Para SCHMITT, o reconhecimento de um Tribunal Constitucional, transformaria o Judiciário num órgão legislador, desequilibrando todo sistema constitucional do Estado. A conclusão encontra seus fundamentos justamente na concepção política⁵⁹ que o referido pensador alemão tinha de Constituição.

Todavia, ainda em 1931, KELSEN publicou uma resposta direta a SCHMITT, em artigo intitulado *Quem deve ser o guardião da Constituição? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?)*. Em tal estudo, afirma-se que todo o escrito de SCHMITT ignora solenemente a possibilidade de uma violação da Constituição pelo Chefe de Estado ou pelo governo. Então, procedeu-se a seguinte indagação: “*Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade?*”.⁶⁰

⁵⁸ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁵⁹ Sobre a concepção política de Constituição, conferir item 3 do presente estudo.

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 241-242.

Mas a história parece ter dado razão a KELSEN, pois com a ascensão de Hitler ao Poder em 1933 – sem qualquer lesão à legalidade existente no sistema político de *Weimar* –, demonstrou-se, da pior forma possível, como um sistema Constitucional pode ser completamente destruído. Nesse sentido, Hitler – escória da humanidade –, intituiu-se “o juiz supremo do povo alemão” sustentando ainda que “o verdadeiro líder (*Führer*) sempre é também juiz. Da liderança (*Führertum*) emana a judicatura (*Richtertum*)”.⁶¹

Portanto, para KELSEN a democracia só poderia ser garantida pelo Judiciário, como guardião da Constituição, por meio da jurisdição constitucional. Ressalte-se que a idéia kelseniana de democracia está relacionada com a *liberdade*, enquanto que para SCHMITT, a única idéia verdadeiramente democrática é a de *igualdade*. Tal discussão ganha relevo nos dias atuais, por conta das vantagens e riscos que jurisdição constitucional oferece à democracia.

De fato, a jurisdição constitucional não é essencial à democracia. Na Inglaterra e na Holanda, por exemplo, a democracia foi construída por conquistas históricas de seu povo, inexistindo, portanto, controle de constitucionalidade. Entretanto, a própria história mostra os riscos de um sistema sem um órgão neutro, capaz de decidir as questões mais relevantes, visto que os governos possuem uma tendência natural de usar o poder para impor as suas vontades políticas aos opositores. Daí a importância da garantia dos direitos fundamentais por um órgão neutro que exerça a jurisdição constitucional.

Um conceito de democracia não pode ser baseado tão somente na vontade da maioria, sob pena de se caracterizar um regime anti-democrático. Isso porque, numa democracia puramente majoritária, a vontade da maioria governa incondicionalmente, esmagando a vontade das minorias.

⁶¹ PORTO MACEDO JR., Ronaldo. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 220.

Por isso, determinadas liberdades públicas fundamentais não podem ser violadas, como por exemplo a liberdade de reunião⁶² e associação para fins lícitos, ou a liberdade de informação e manifestação do pensamento. Tais liberdades garantem, no mínimo, a possibilidade de mudança em determinados regimes pseudo-democráticos.

DIETER GRIMM, eminente Professor da Universidade de Berlim e ex-juiz do *Bundesverfassungsgericht*, observa que a jurisdição constitucional pode oferecer riscos à democracia, visto que o judiciário pode, em tese, afastar a vontade dos representantes do povo, eleitos para o Legislativo e Executivo, sem a mesma legitimidade democrática, e sem a mesma responsabilidade política perante o povo.⁶³

Após ponderar sobre os riscos e vantagens da jurisdição constitucional para a democracia, ressaltando, contudo, as vantagens da jurisdição constitucional, GRIMM conclui que o sistema judicial atua em condições diferentes, pois o seu distanciamento perante a sociedade em razão da não prestação de contas – em caso de decisões impopulares –, ou mesmo da falta de diálogo com a mesma, pode ser a maior virtude da jurisdição constitucional. Isso porque, o sucesso político não é parâmetro relevante aos juízes.

Desse modo, a autonomia do magistrado, acrescido de critérios profissionais, “*capacita a corte a insistir no respeito aos princípios das suas obrigações a longo prazo, pelo menos quando elas têm um fundamento constitucional*”.⁶⁴

Por tal razão, a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos – garantias inerentes à magistratura –, são fundamentais para garantir uma independência essencial à função jurisdicional.

⁶² “*La liberté de réunion est, de toutes les libertés collectives, la plus élémentaire*” in RIVERO, Jean. *Les Libertés Publiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1977. p. 356.

⁶³ “*O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso.*” in BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXXI, Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 286.

⁶⁴ GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Revista de Direito do Estado n. 4. BARROSO, Luiz Roberto. (coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 3-22.

Contudo, importa ressaltar o pensamento do Professor INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO ao observar o possível déficit de legitimidade democrática do Poder Judiciário na interpretação da Constituição, assevera, que em um Estado de Direito que se pretende social e democrático, “*torna-se imperioso que a leitura da Constituição se faça em voz alta e à luz do dia, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, do qual participem todos os atores sociais*”.⁶⁵

Como bem observou LUÍS ROBERTO BARROSO, o ideal da democracia se realiza não apenas pelo princípio majoritário, mas também pelo compromisso na efetivação dos direitos fundamentais.⁶⁶

Sobre a coexistência entre a democracia e *judicial review*, JOHN HART ELY, ressaltou a importância do Judiciário como instrumento de desbloqueio do processo democrático, garantindo, portanto, a participação das minorias.⁶⁷

Nesse contexto destaque-se as palavras do Professor MENELICK DE CARVALHO NETTO, no sentido de que,

“Sob as exigências da hermenêutica constitucional ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a texto, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a

⁶⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. *A dimensão política da jurisdição Constitucional*. Revista de Direito Administrativo. V. 225. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 42-43. No mesmo sentido: COELHO, Inocêncio Mártires. *Jurisdição constitucional e criação judicial do direito: Estado Constitucional de direito ou Estado Judicial de direito?* Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal. n. 7. Brasília: ESMADF, 2002. p. 181.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*, Rio de Janeiro: Renovar: 2003. p. 46-47.

⁶⁷ ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 115-119.

*doutrina e jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir.”*⁶⁸

Destarte, verifica-se que a jurisdição constitucional não é indispensável à democracia, no entanto, quando bem utilizada, apresenta-se como um poderoso instrumento capaz de fortalecer as instituições democráticas, impedindo que normas vinculadas à maioria, violem direitos fundamentais de minorias.

⁶⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série, nº 6, Brasília: Ed. UnB, 1998.

CAPÍTULO 2 – ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE.

SUMÁRIO: 2.1. O Sistema difuso da *judicial review of legislation* – 2.2. O Sistema concentrado de Kelsen.

2.1. O Sistema difuso da *judicial review of legislation*.

A fiscalização jurisdicional de constitucionalidade teve origem nos Estados Unidos, por meio de uma reflexão jurisprudencial a cerca da supremacia da Constituição sobre todas as leis ordinárias.⁶⁹

Alguns doutrinadores divergem no tocante à origem histórica do controle de constitucionalidade. RONALDO POLETTI sustenta que a origem do controle deu-se na Grécia, em seguida na Inglaterra, onde anulavam-se as leis contrárias ao *common law*⁷⁰ com base no Direito Natural. MAURO CAPPELLETTI, afirma que na legislação ateniense existia um conjunto de leis que não podiam ser modificadas, senão por um procedimento especial bastante complexo que lembra a revisão constitucional.⁷¹

Contudo, incontroverso é o fato de que o princípio da exigência de compatibilidade das leis ordinárias com o disposto na Constituição tem origem na jurisprudência norte-americana, em especial, na histórica decisão do Juiz JOHN MARSHALL no caso MARBURY v. MADISON, julgado em 1803, no espírito dos constituintes de Filadélfia que esculpíram a *supremacy clause* no inciso VI, cláusula 2ª, da Constituição de 17 de setembro de 1787, e em precedentes jurisprudenciais.⁷²

⁶⁹ Cf. ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Antecedentes históricos do controle difuso de constitucionalidade das leis (the lead case Marbury v. Madison)*. Jus Navigandi, Teresina-PI, v. Ano 8, n. 474, 2004.

⁷⁰ POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro, *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

⁷² “Eis, pois, em sucinta nomenclatura, as decisões da Suprema Corte americana anulando atos do congresso federal: 1 – *Questão Hayburn*. Ag. 1792. *Contra a Lei de 23 de março de 1792, que conferia autoridade aos tribunais em matéria de pensões*; 2 – *United States v. Yale Todd*. Fev. 1794. *Sentença contra a lei de 23 de março 1792, já aludida, que conferia à justiça poderes não judiciais*.” BARBOSA, Ruy. *Cartas de Inglaterra: o Congresso e a Justiça no Regimen Federal*. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C., 1929. p. 418.

A decisão de MARSHALL serviu como um marco fundamental para a teoria do controle de constitucionalidade das leis. Esta contribuição, no sentir de PAULO BONAVIDES, é tão importante quanto a do federalismo e do sistema presidencialista de governo, cujas fórmulas políticas também eram desconhecidas até o advento do sistema republicano nos Estados Unidos.⁷³

JOHN MARSHALL era o quarto *Chief Justice* dos Estados Unidos e Congressista do Estado da Virgínia, lugar de onde era nativo. Na Guerra Revolucionária, MARSHALL subiu ao grau de Capitão e, quando o conflito terminou, advogou em Richmond e tornou-se delegado do Estado da Virgínia, eleito por uma Assembléia Geral. Em 1799, ele foi ao Congresso, e posteriormente nomeado Secretário de Estado por JOHN ADAMS, então Presidente dos Estados Unidos pelo Partido Federalista. Em seguida, foi indicado para ser Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1801 onde permaneceu no cargo até a sua morte, em 1835, aos oitenta (80) anos de idade.

Todavia, elementos que cercam a histórica do caso evidenciam que MARSHALL estava politicamente contaminado quando proferiu a sua decisão, pois tinha interesse direto na lide.

Importa destacar as palavras do Professor RONALDO POLETTI que em poucas palavras esclarece a questão:

“Adams era o Presidente dos Estados Unidos e seu Secretário de Estado, John Marshall. Ambos pertenciam ao Partido Federalista, que foi fragorosamente derrotado por Jefferson e seus partidários. O novo Presidente e o Congresso deveriam ser empossados meses depois, tempo suficiente para que Adams efetivasse o seu testamento político. A fórmula encontrada pelos federalistas foi a de nomear os – digamos – correligionários para os cargos do Judiciário, onde usufruiriam das conhecidas garantias de vitaliciedade e de irredutibilidade de vencimentos. Um dos beneficiados disso foi Marshall,

⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed., p. 305.

nomeado, depois de aprovação pelo Senado, para Presidente da Suprema Corte, cargo que acumulou com o de Secretário de Estado até a véspera da posse do novo Governo. Neste ínterim, entre a derrota eleitoral e a posse do novo Governo, Marshall procurou desincumbir-se da missão, mas não conseguiu entregar todos os títulos de nomeação, não obstante já perfeitos, inclusive assinados pelo Presidente e selados com o selo dos Estados Unidos. Um dos títulos não entregues nomeava Willian Marbury para o cargo de Juiz de Paz, no condado de Washington, no Distrito de Columbia. Quando Jefferson assumiu, determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título da comissão a Marbury, por entender que a nomeação era incompleta até o ato de entrega da comissão. Marbury não tomou posse do cargo, e, por isso, requereu ao Tribunal a notificação de James Madison para que apresentasse suas razões, pelas quais não lhe entregava o título de nomeação para possibilitar-lhe a posse. Tais razões poderiam embargar um eventual pedido de writ of mandamus. Madison silenciou e não apresentou os embargos para o que fora notificado. Marbury, então, interpôs o mandamus.”⁷⁴

A questão só foi decidida anos mais tarde, causando enorme expectativa na opinião pública, que acusava a Suprema Corte de omissão. Então MARSHALL embora tenha reconhecido o direito de MARBURY à posse do cargo de Juiz, simplesmente denegou a ordem pleiteada em razão de uma preliminar de incompetência da Corte numa retirada estratégica.⁷⁵ Entretanto, ao reconhecer o direito de MARBURY, conseqüentemente, consolidava-se uma jurisprudência do *judicial review of legislation*, desconfortável para o Governo Republicano de JEFFERSON e cômoda para os Federalistas, que eram absoluta maioria no Poder Judiciário, devido à nomeação dos novos *judgeships* por ADAMS.

A originalidade lógica de MARSHALL teve inspiração na doutrina, como as lições de HAMILTON, no clássico *The Federalist*, escrito quinze anos antes do

⁷⁴ POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*, p. 31.

⁷⁵ HORTA, Raul. Machado. *O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar*. Belo Horizonte: UFMG, 1959. p. 54.

caso (MARBURY v. MADISON), em que se sustentava a competência do Poder Judiciário no controle das leis e a supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias.

“A função de todos os juizes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento; uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios ‘lex posterior derogat legi priori’, ‘lex specialis derogat legi generali’; mas, evidentemente, estes critérios não valem mais, e valem ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério ‘lex superior derogat legi inferiori’- quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja ‘rígida’ e não ‘flexível’, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante.”⁷⁶

Também nos precedentes jurisprudenciais,⁷⁷ como em 1780, onde a Justiça do Estado de New Jersey declarou nulidade de uma lei que contrariou a Constituição do Estado. Outro importante caso ocorreu em Rhode Island em 1786 (TREVETT v. WEEDEN), no qual os juizes declararam uma lei inválida, embora não tivessem conhecido o caso alegando ausência de pressuposto de jurisdição.⁷⁸

No ano seguinte, nos debates estaduais que precederam a Constituição Federal dos Estados Unidos de 17 de setembro de 1787, JONH MARSHALL sustentou, na Convenção de Virgínia, que se o congresso elaborasse uma lei não permitida por um

⁷⁶ In HAMILTON, Alexander, JAY, John, MADISON, James. *O Federalista* (Um comentário à Constituição americana) Trad. por Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito.

⁷⁷ “Eis, pois, em succinta nomenclatura, as decisões da suprema corte americana annullando actos do congresso federal: 1 – *Questão Hayburn*. Ag. 1792. *Contra a Lei de 23 de março de 1792, que conferia auctoridade aos tribunaes em matéria de pensões*; 2 – *United States v. Yale Todd*. Fev. 1794. *Sentença contra a lei de 23 de março 1792, já aludida, que conferia á justiça poderes não judiciaes*; 3 – *Marbury v. Madison*. Fev. de 1803. *Contra uma disposição da lei de 1789, concernente á organização judiciária, que dava jurisdição originária á corte suprema nos casos de ‘mandamus’*” in BARBOSA, Ruy. *Cartas de Inglaterra: O Congresso e a Justiça no Regimen Federal*, 2ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C., 1929. p. 418.

⁷⁸ EVANS, Lawrence B. *Cases on American Constitutional Law*, 6ª ed., Chicago, 1952. apud POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*, p. 25.

dos poderes, a mesma deveria ser considerada inconstitucional pelos juízes e consequentemente nula.⁷⁹

E justificou a sua decisão no referido caso ao asseverar que “*se, então, os tribunais estão a analisar a constituição, e a constituição é superior a qualquer ato ordinário da legislatura, a constituição, e não tal ato ordinário, deve reger o caso para o qual ambos se aplicam*”.⁸⁰

Na histórica decisão traduzida pelo “Águia de Haia”, MARSHALL fundamenta-se nas raízes do direito norte-americano, ao explicar que,

“Toda a construção do direito americano tem por base a noção de que o povo possui originalmente o direito de estabelecer, para o seu futuro governo, os princípios, que mais conducentes se lhe afigurem à sua utilidade. O exercício desse direito original é um insigne esforço: não pode, nem deve repetir-se freqüentemente. Os princípios, que destarte uma vez se estabeleceram, consideram-se, portanto, fundamentais. E, como a autoridade, de que eles dimanam, é suprema, e raro se exerce, esses princípios têm destino permanente. A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assinando-lhes os diferentes ramos, as respectivas funções. A isso pode cingir-se; ou pode estabelecer raias que eles não devam transpor. Nesta última espécie se classifica o governo dos Estados Unidos. Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre tais limites não ocorresse erro, ou desembranção, fez-se escrita a Constituição. Com que fim se estipularia essa estipulação a escrito, se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aqueles, que ela se propunha a coibir? Acabou-se a distinção entre governos de poderes limitados e o de poderes indefinidos, se confins, que se estabelecem, não circunscrevem as pessoas, a que se impõem, e ficam igualmente

⁷⁹ POLETTI, Ronaldo. Controle de Constitucionalidade das Leis, p. 24.

⁸⁰ “*If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply*” in DEWEY, Donald O. *Marshall v. Jefferson: The Political Background of Marbury v. Madison* (1970).

obrigados os atos permitidos e os atos defesos. Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio termo. Ou, a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza todos os que têm formulado constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseguintemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura ofensivo da Constituição é nulo. Esta doutrina está essencialmente ligada às constituições escritas, e portanto, deve-se observar como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade.”⁸¹

Assim, no curso dos trinta e quatro anos do exercício de sua função, MARSHALL estabeleceu a *Supreme Court of The United States* como a última instância a interpretar a Constituição Federal⁸² e consagrando a via de exceção no controle de constitucionalidade das leis.

Neste diapasão, o Poder Judiciário norte-americano tornou-se à época um super poder, a ponto de comprometer o equilíbrio constitucional das demais funções do Estado. Este período ficou conhecido como o “*governo de juízes*”. Entretanto, como assinala PAULO BONAVIDES, as palavras do Juiz HUGHES continuam a retratar a realidade atual do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade eis que

⁸¹ BARBOSA, Ruy. *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Poder Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 43-45.

⁸² HASKINS, George L. and JOHNSON, Herbert A. *Foundations of Power: John Marshall, 1801-1815* (1981).

“vivemos debaixo de uma Constituição, sendo a Constituição porém aquilo que os juizes dizem que é.”⁸³

Inspirado no *judicial review* norte-americano, RUY BARBOSA, mesmo na solidão do exílio, defendia arduamente a fiscalização da Constituição Federal pelos Tribunais, por meio de cartas escritas na Inglaterra e publicadas no Jornal do Comércio, causando arrepios ao poder repressivo da Ditadura Militar. Assim, disparou o mestre baiano:

“Se querem fundar a onnipotencia real do executivo, escudada na aparente onnipotencia real do congresso, principiemos por abolir virtualmente a constituição, fechando os tribunaes. Mais vala acabar-os do que deshonral-os, convertendo-os em rabadilha do poder irresponsável. Se as armas não se inclinarem á justiça, ao menos que a justiça não seja a cortezã das armas. Estas não precisam della, e, dispensando-lhes os serviços, poupariam, ao menos, a última das degradações Moraes a um povo resignado ao aniquilamento.”⁸⁴

Deste modo, incontroverso é o fato de que a histórica decisão de MARSHALL serviu como um marco fundamental para a teoria do controle de constitucionalidade das leis, sendo o sistema norte-americano da *judicial review* adotado por diversos países, dentre eles o Brasil.

2.2. O Sistema concentrado de Kelsen

Durante o século XX, o sistema difuso-incidental norte-americano cedeu espaço para o surgimento de um novo modelo de jurisdição constitucional, o concentrado. Neste sistema, o controle de constitucionalidade é concentrado em um único Tribunal ou Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshot*), ao revés do sistema

⁸³ “We are under a constitution, but the constitution is what the judges say it is” in BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 13ª ed., p.315.

⁸⁴ Esta carta foi escrita em Londres, em 21 de maio de 1895 in BARBOSA, Ruy. *Cartas de Inglaterra: O Congresso e a Justiça no Regimen Federal*, 2ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C., 1929, p. 423.

difuso⁸⁵ norte-americano, onde o controle é realizado via de exceção, por qualquer órgão do Poder Judiciário.

O grande idealizador deste sistema de jurisdição concentrada foi HANS KELSEN, que a pedido do governo austríaco elaborou a Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920 (denominada *Oktoberverfassung*).

Deste modo, o sistema concentrado expandiu-se especialmente na Europa continental, servindo de modelo para diversos países europeus, a exemplo da ex-Tchecoslováquia, Itália, Alemanha, Turquia, Iugoslávia, Espanha, Portugal, Bélgica, dentre outros.⁸⁶

Quanto às razões que levaram os referidos países a adotarem o sistema concentrado de jurisdição constitucional, isto se deve principalmente ao fato de que os países que adotaram o sistema kelseniano são de origem romanística, mais precisamente da *civil law*, onde não se admite o princípio do *stare decises*, característico do sistema da *common law*.

Assim, surgiria no sistema da *civil law* um grave problema, que é o conflito acerca da aplicabilidade das normas julgadas inconstitucionais por alguns juízes, e constitucionais por outros, devido à própria natureza difusa da *judicial review*.⁸⁷

Ressalte-se que o problema da importação do modelo difuso norte-americano para o Brasil em 1981 sem o *stare decisis* forçou o contituente de 1934 a criar o instituto de suspensão de execução da lei pelo Senado, para justamente atribuir eficácia *erga omnes* à decisão da Suprema Corte declaratória de inconstitucionalidade. Tema cuidadosamente examinado a seguir, no Capítulo 6 do presente estudo.

⁸⁵ “O controle difuso significa que todo juiz ordinário, não importa seu grau hierárquico, tem competência numa demanda para examinar e julgar a constitucionalidade de uma lei” in BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed., p. 309.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 420-421.

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

Com efeito, no sistema difuso norte-americano da *comum law* não havia este problema, devido à “força dos precedentes”, decorrente do princípio do *stare decises*, em que as decisões da *Supreme Court* vinculam todos os órgãos do poder judiciário assumindo eficácia *erga omnes*, ao revés da *Civil Law*. Daí a grande importância do controle concentrado, o qual propiciou a criação de um Tribunal Constitucional, que decidiria a constitucionalidade das leis com eficácia *erga omnes*.

GILMAR FERREIRA MENDES,⁸⁸ na senda de OBERNDORFER, assevera que a anulação da lei inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Austríaco (*Verfassungsgerichtshot*) pode ser total ou parcial, sendo que o modelo austríaco não reconhece o caráter meramente declaratório à pronúncia de inconstitucionalidade, exercendo o Tribunal Constitucional o papel de legislador negativo (*negativer gesetzgeber*). E conclui que, a pronúncia de inconstitucionalidade possui eficácia *ex nunc* a contar da data da publicação do julgado, exceto se o Tribunal estabelecer prazo para a entrada em vigor da cassação (art. 140, § 5º, da Constituição).

Por outro lado, adverte que “*de qualquer forma, esse prazo não poderá exceder de um ano (art. 140, par. 5º, 2º período). Não obstante, reconhece-se eficácia retroativa à decisão proferida no caso concreto.*”⁸⁹

Já no sistema norte-americano, os efeitos da decisão operam-se *ex nunc*, causando tão somente a anulabilidade da lei. Entretanto, o sistema concentrado “austríaco” de jurisdição constitucional mostra-se muito mais completo do que o sistema difuso “norte-americano”, pois abrange o controle *principal* por *via de ação* de maneira abstrata, e o *incidental* por *via de exceção* vinculado a um caso concreto.

⁸⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 12.

⁸⁹ Idem. Ibidem.p. 13

CAPÍTULO 3 – A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL.

SUMÁRIO: 3.1. A Constituição de 1824 – 3.2. A Constituição de 1891 – 3.3. A Constituição de 1934 – 3.4. A Constituição de 1937 – 3.5. A Constituição de 1946 – 3.6. A Constituição de 1967/69 – 3.7. A Constituição de 1988.

3.1. A Constituição de 1824

A Constituição Política do Império do Brasil, outorgada de 25 de março de 1824, não admitia laços de união ou federação que fizessem oposição à sua independência. Fora elaborada pelo Conselho de Estado, modelada nas idéias francesas e inglesas com forte influência da Constituição Portuguesa. Previa, além dos três poderes clássicos, um quarto poder, o *moderador*, conferindo amplos poderes ao Imperador, a quem cumpria resolver os conflitos envolvendo os Poderes, e não ao Judiciário.⁹⁰

Com inspiração francesa, atribuía-se ao Poder Legislativo “*fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las*”, assim como “*velar pela guarda da Constituição*” *ex vi* (art. 15, n. 8º e 9º). Por estes motivos, a Constituição de 1824 não conheceu a jurisdição constitucional.

3.2. A Constituição de 1891

A Constituição de 1891, promulgada, discutida e aceita pela Assembléia Constituinte eleita em 15 de setembro de 1890, teve como principal modelo a *judicial review* norte-americana, posto que fora quase inteiramente elaborada pelo inigualável jurista baiano RUY BARBOSA, profundo conhecedor do Federalismo Americano. Mister se faz trazer a lume o valioso depoimento do professor BATISTA PEREIRA, prefaciador da 2ª edição de *Cartas da Inglaterra* do saudoso RUY:

⁹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 81.

“Ruy redigira todo o projecto da Constituição de seu próprio punho, em dois dias. A pressa era tal que o auxiliar de Ruy, Rodolpho Tinoco, que foi incumbido de calligraphar de seu punho, a nanquim, o texto constitucional, que deveria ser apresentado á assinatura de todo o gabinete, teve de trabalhar ininterruptamente durante 19 horas. Ao acabar a tarefa, teve de ser carregado, pois nem se podia erguer da cadeira, com os músculos contraídos e retesados por aquela posição forçada durante tão longo tempo.”⁹¹

Nessa mesma linha de intelecção WILSON ACCIOLI afirma que:

“A despeito de alguns publicistas discordarem, o fato é que há fundamento justificado na assertiva de que teria Ruy Barbosa redigido, quase por inteiro, a Constituição de 1891. Em verdade, ingente foi o esforço do grande brasileiro, não só na elaboração do Estatuto Básico como também na defesa e interpretação do seu texto. Procurou ele, por todos os modos – conforme patenteamos – preservar o espírito republicano de que era reflexo a nova Constituição, explicando ao povo, através da tribuna e dos jornais, sua essência e escopo.”⁹²

A Constituição Provisória de 1890 estabeleceu o controle de constitucionalidade das leis estaduais e federais, em seu art. 58, § 1º, **a e b**, admitiu-se a possibilidade de ser fiscalizada a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público pelo Supremo Tribunal Federal.⁹³ Assim, o texto constitucional de 1891 transferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para exercer o controle de constitucionalidade das leis, o que representou um enorme avanço no plano da evolução jurisdicional brasileira.

A Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, explicitou ainda mais o controle jurisdicional de constitucionalidade, quando no art. 13, § 10º, dispôs que “os

⁹¹ BARBOSA, Ruy. *Cartas de Inglaterra: O Congresso e a Justiça no Regimen Federal*, 2ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C., 1929. p. 27.

⁹² ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

⁹³ BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Revista de Direito Público 4. p. 37.

juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Deste modo, estreava no Brasil, o sistema do controle difuso de constitucionalidade das leis.

3.3. A Constituição de 1934

Promulgada e elaborada pela Assembléia Constituinte eleita em 03 de maio de 1933, foi influenciada pela Constituição de *Weimar*. Era extremamente nacionalista, instituiu o voto direito, proporcional e secreto, pela primeira vez, bem como o feminino. Criou o Mandado de Segurança para a defesa dos direitos e liberdades individuais, manteve o controle de constitucionalidade das leis pela via difusa.

Contudo, neste campo, trouxe três importantes inovações: a) a ação direta de inconstitucionalidade interventiva federal; b) a regra de que no segundo grau a inconstitucionalidade só pode ser declarada pela maioria absoluta dos seus membros; c) a competência do Senado para suspender a lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo.⁹⁴

No tocante às inovações introduzidas pela Constituição de 1934, anota-se as lições de GILMAR FERREIRA MENDES:

“Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à ‘declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal’, tal como a denominou Bandeira de Mello, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, a, a h, da Constituição. Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa

⁹⁴ ANJOS FILHO, Robério Nunes. *Direito Constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2003. p. 147.

do Senado (art. 41, §3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, §2º).”⁹⁵

Sobre a referida Carta, MANOEL JORGE E SILVA NETO, observa que a mesma constitui um marco na evolução histórica do Direito Constitucional brasileiro, tendo em vista que inovou, ao estabelecer o “*constitucionalismo social como instrumento à consecução do bem-estar geral, como programa a ser desenvolvido pelo administrador e obedecido pelo legislador, mitigando as tensões oriundas entre o capital e o trabalho*”.⁹⁶

Destarte, mesmo sendo a Constituição de 1934, inspirada no modelo austríaco,⁹⁷ o Poder Judiciário tinha uma grande limitação disposta no art. 68 que vedava “*ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas*”, o que representava lastimável atraso na jurisdição constitucional.

3.4. A Constituição de 1937

A Constituição Polaca, elaborada por FRANCISCO CAMPOS, foi outorgada no mesmo dia do golpe, em 10 de novembro de 1937. Centralizava o poder, criando um Estado autoritário e unitário. A malfadada Constituição apresentava características ditatoriais fascistas, prevendo até mesmo a pena de morte em seu art. 122.

GILMAR FERREIRA MENDES anota que

“A Carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art.

⁹⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 24.

⁹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. p.54.

⁹⁷ “*Na fundamentação da proposta referia-se diretamente ao Referat de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional (Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit)*” in MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 26.

101, III, b e c), preservando-se, inclusive, a exigência de quorum especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.”⁹⁸

Assim, a Carta de 1937 manteve a essência do controle de constitucionalidade introduzido no Brasil em 1891. Entretanto, retrocedeu, eis que enfraqueceu a supremacia do Poder Judiciário quando possibilitou ao Poder Executivo a tornar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal,⁹⁹ bem como vedou expressamente ao judiciário de conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94).

3.5. A Constituição de 1946

A Constituição de 18 de setembro de 1946 restaura o tradicional controle de constitucionalidade brasileiro, restabelece o regime republicano, federativo, presidencialista e representativo, bem como a doutrina norte-americana da *judicial review*.

Na vigência desta Carta, a Emenda Constitucional 16 de 1965¹⁰⁰ introduziu mais duas inovações ao controle, quais sejam:

⁹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 26.

⁹⁹ Neste sentido, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2004. p. 440.

¹⁰⁰ Observa CLÉMERSON MERLIN CLÈVE que “*ser curioso o fato da representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais*” in *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 176.

a) a ação direta de inconstitucionalidade, por iniciativa do Procurador-Geral da República, para ataque à lei *in abstracto*, nos moldes do modelo Kelseniano;

b) possibilidade da lei conferir competência aos Tribunais de Justiça para julgar a inconstitucionalidade das leis municipais ante a Constituição Estadual, *ex vi* artigo 124, inciso XIII da referida EC nº 16/65, que outorgava ao legislador a faculdade de “estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado”.

Nesse sentido, IVES GANDRA MARTINS acentua que a Constituição de 1946 emprestou novo significado à ação direta de inconstitucionalidade, inicialmente introduzida na Constituição de 1934, pois se atribuiu ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos princípios da forma republicana representativa; da independência e harmonia entre os poderes; da temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; da proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; da autonomia municipal; da prestação de contas da administração; das garantias do Poder Judiciário (art. 8º § único c/c art. 7º, VII).¹⁰¹

Desse modo, já se combinavam os sistemas *incidental-difuso* e o *principal-concentrado* de controle de constitucionalidade das leis, definindo-se como um modelo *misto* ou *eclético*.

3.6. A Constituição de 1967/69

A Constituição outorgada de 24 de janeiro de 1967 trouxe pequenas alterações no que tange às Constituições passadas. Entre essas, omitiu o dispositivo que permitia a instituição do processo de competência dos Tribunais de Justiça dos Estados para apreciar a constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais contrários às

¹⁰¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10/11/1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

Constituições Estaduais. Entretanto, a Carta de 1967 manteve o controle difuso de constitucionalidade.

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, mesmo não alterando o modelo de 1967, admitiu a instituição da representação interventiva pelos Estados (art. 15, § 3º, **d**). Por outro lado, na representação interventiva, a competência para suspender o ato estatal passou a ser do Presidente da República e não mais do Poder Legislativo (art. 11, § 2º).

Todavia, de fundamental importância para o nosso tema, é notar que não foi incorporado por esta Carta, o disposto na Emenda nº 16, o qual permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunais Estaduais para exercer a fiscalização da constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais em desconformidade com as Constituições Estaduais. Contudo, a Emenda nº 1, previu em seu art. 15, § 3º, **d**, o controle de constitucionalidade da lei municipal em face da Carta Estadual, para fins de intervenção no município.

Por fim, a Emenda nº 7 de 1977, trouxe algumas inovações no sistema de controle de constitucionalidade, como a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando no art. 119, I, **e**, legitimidade ao Procurador-Geral da República para convocar o pronunciamento do Pretório Excelso, no intuito de evitar o aumento das demandas. Ademais, a referida emenda veio a solucionar a controvertida questão sobre o cabimento de liminar em representação de inconstitucionalidade, quando reconheceu expressamente em seu art. 119, I, **p**, a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer de pedido cautelar quando formulado pelo Procurador-Geral da República.¹⁰²

3.7. A Constituição de 1988

¹⁰² MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 44.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988,¹⁰³ houveram inúmeras inovações que aperfeiçoaram de forma significativa o controle jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis.

Com efeito, dentre as principais inovações trazidas pela Constituição de 1988, podemos destacar a ampliação do rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); criação da figura do Advogado-Geral da União (art. 103, § 3º); instituição da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e do mandado de injunção (art. 102, I, **q**), além de se prever a possibilidade de os Estados-membros instituírem a ação direta de inconstitucionalidade para fiscalizarem a constitucionalidade das leis e atos normativos municipais e estaduais em face das Constituições Estaduais *ex vi* do art. 125, § 2º, temas devidamente abordados nos capítulos seguintes.

Destarte, com a ampliação e aperfeiçoamento do sistema *concentrado-principal* pela Constituição de 1988, o sentido do modelo *difuso-incidental* tornou-se bastante reduzido. Nesse sentido, GILMAR FERREIRA MENDES observa que a Constituição Federal de 1988,

“reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”.¹⁰⁴

Desse modo, o sistema brasileiro combinou os métodos *difuso-incidental*, que permite o controle de constitucionalidade a qualquer juízo independentemente da instância ou grau de jurisdição, pela via de exceção e o

¹⁰³ Consoante LEWANDOWSKI, “a Constituição de 1988, com seu núcleo republicano derivou de um sentimento de repulsa ao regime de exceção passado pelos governos militares, bem como de repúdio ao passado histórico de autoritarismo político e de exclusão social, consubstanciando um projeto de desenvolvimento nacional que busca a superação das desigualdades, a efetivação dos direitos fundamentais e a consolidação da democracia” in LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Reflexões em Torno do Princípio Republicano*. Revista Justiça & Cidadania. Edição 74. Setembro de 2006. p. 6-11.

¹⁰⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 62.

concentrado-principal para exercer a fiscalização abstrata da constitucionalidade de leis ou atos normativos.

CAPÍTULO 4 – O MUNICÍPIO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.

*“Ninguém vive na União ou no Estado, as pessoas vivem no Município”
(Franco Montoro)*

SUMÁRIO: 4.1. A evolução histórica da autonomia municipal – 4.2. O Município na Constituição Federal de 1988.

4.1. A evolução histórica da autonomia municipal

A estrutura dos municípios brasileiros foi instituída pelos portugueses no ano de (1.500) mil e quinhentos, ainda no Brasil-Colônia, sob a vigência das Ordenações *Afonsinas, Manuelinas e Filipinas* que regeram o Brasil até a sua independência em 1822. A expansão municipalista nesta época ficou restrita à centralização das Capitanias. Conforme anota JOSÉ NILO DE CASTRO, *“O Município precedeu ao próprio Estado, no Brasil, daí ser o fundamento de nossa nação”*.¹⁰⁵

CARRÉ DE MALBERG, ensina que *“el municipio tiene, al igual que el Estado, su territorio, sus súbditos, sus órganos que expresan no ya la voluntad del Estado, sino su voluntad propia y que son para él órganos de auto-administración”*.¹⁰⁶

A Constituição Imperial de 25 de março de 1824 instituiu câmaras municipais em todas as cidades e vilas existentes, com caráter eletivo, e presidida pelo vereador mais votado. Assim, no Brasil-Império poucos ou quase nenhum, foram os atos de autonomia praticados pelos Municípios, devido ao centralismo provincial que desprestigiava as câmaras devido à ânsia de poder do Império. Com a lei de 1º de outubro de 1828, as municipalidades não passavam de mera divisão territorial, com corporações meramente administrativas e sem autonomia.

Entretanto, a fumaça da autonomia adveio com a Lei nº 18, de 11 de abril de 1835, que criou na Província de São Paulo, o cargo de prefeito, cuja nomeação

¹⁰⁵ In Direito municipal positivo. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 31.

¹⁰⁶ MALBERG, R. Carré de. Teoría General del Estado. México: Facultad de Derecho / UNAN, Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 177

competia ao presidente da Província. Este sistema estendeu-se a todas as Províncias do Império.

Com a proclamação da República, a Constituição de 1891 em seu artigo 68 prescrevia que os Estados se organizariam *“de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”*. Entretanto, como anota HELY LOPES MEIRELLES:

*“Durante os 40 anos em que vigorou a Constituição de 1891 não houve autonomia municipal no Brasil. O habito do centralismo, a opressão do coronelismo e a incultura do povo transformaram os Municípios em feudos de políticos truculentos, que mandavam e desmandavam nos ‘seus’ distritos de influencia, como se o Município fosse propriedade particular e o eleitorado um rebanho dócil ao seu poder. (...) E, nessa atmosfera de opressão, ignorância e mandonismo, o Município viveu quatro décadas, sem recurso, sem liberdade, sem progresso, sem autonomia.”*¹⁰⁷

A tentativa de modificação dessa nefasta situação adveio com a Constituição de 1934, que passou a discriminar as rendas pertencentes aos Municípios, dando, assim, os lineamentos de autonomia. Contudo, com o golpe ditatorial de 10 de novembro de 1937, o *Estado Novo* feriu de morte a autonomia municipal, dando poderes ditatoriais ao Executivo, que interveio nas municipalidades de forma jamais vista, posto que até mesmo no Brasil-Colônia, ou no Brasil-Império, os interesses locais eram debatidos nas Câmaras.

Com a queda da ditadura militar em 29 de outubro de 1945, a reconstitucionalização do Brasil trouxe para o país os ideais democráticos. Na Constituição de 1946, o Município foi refletido sobre o triplice aspecto *político, administrativo e financeiro*, consoante os artigos 28, I: *“pela eleição do prefeito e dos vereadores”*; art. 28, II, *“pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e especialmente à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência*

¹⁰⁷ In Direito administrativo brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 31-32.

e à aplicação das suas rendas, bem como à organização dos serviços públicos locais”. No tocante as rendas, a Constituição de 1946 lhe conferiu rendas exclusivas por força do art. 29, e participação em alguns tributos estaduais e federais (arts. 15, §§ 2º e 4º, 20, 21 e 29).

Com a Constituição de 04 de janeiro de 1967 e na Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969, novamente houve sensível limitação à autonomia municipal nos planos político, administrativo e financeiro, somente restabelecida e ampliada com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

4.2. O Município na Constituição Federal de 1988

A nomenclatura de República Federativa do Brasil significa que a forma de governo é a republicana, e a estrutura do Estado é a federativa. O Estado Federal, “*é um tipo de Estado composto, onde se encontra a União de comunidades públicas dotadas de autonomia constitucional e política*”.¹⁰⁸

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º dispõe o seguinte:

"A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político". O art. 18 da Carta Maior aduz que: "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição."

No tocante à autonomia municipal, HELY LOPES MEIRELLES aduz que a atual Constituição Federal, além de inscrever a autonomia como prerrogativa

¹⁰⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Controle da constitucionalidade das leis municipais. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 53.

intangível do município, capaz de autorizar até mesmo a intervenção federal, para mantê-la ou restaurá-la, quando postergada pelo Estado-membro (art. 34, VII, c), enumerou, dentre os princípios asseguradores dessa mesma autonomia: a eletividade do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores e legislação sobre assuntos de interesse local; a administração própria, organização dos serviços públicos locais e ordenação do território municipal; a decretação de tributos e aplicação das rendas municipais (arts. 29 e 30). Concluído que “*aí está, em síntese, a tríplice autonomia política, administrativa financeira do Município*”.¹⁰⁹

Assim, a Constituição Republicana de 1988 reparte as competências entre os entes federativos (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal) tendo como critério a predominância do interesse, qual seja: nacional, regional ou local.

Deste modo os Municípios receberam o reconhecimento constitucional de sua autonomia e capacidade de auto-organização, mediante a elaboração de lei orgânica própria, a capacidade de auto-governo, auto-legislação¹¹⁰ e auto-administração.

¹⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 83.

¹¹⁰ “CF/88. Art. 30. Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;”

CAPÍTULO 5 – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL EXERCIDO PELOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO

SUMÁRIO: 5.1. Generalidades do controle político – 5.2. O controle político na Constituição Federal de 1988.

5.1. Generalidades do controle político

A fiscalização de constitucionalidade das leis e atos normativos não é monopólio da função jurisdicional. Em determinados países o a exemplo da França, o controle de constitucionalidade é exercido preventivamente por um órgão de natureza política o *Conseil Constitutionel*. Entretanto, o controle desempenhado por esse órgão político possui natureza eminentemente preventiva. Assim, após a promulgação do ato normativo, não existe o controle da constitucionalidade no Direito francês.¹¹¹

A exclusão do controle jurisdicional de constitucionalidade do sistema francês encontra as suas razões em questões históricas. É que o controle jurisdicional era exercido pelos juizes do *ancien régime*, que representavam um dos maiores obstáculos à Revolução Francesa. Ademais, as interferências dos juizes nas funções executiva e legislativa eram uma constante. Nesse sentido MAURO CAPPELLETTI lembra que “*não foi à toa que aqueles juizes estiveram, quase sempre, entre os adversários mais implacáveis de qualquer, mesmo mínimo, reforma em sentido liberal, e, então, implacabilíssimos adversários da Revolução que, nas terras das guilhotinas, fez, afinal, larga messe de suas veneráveis cabeças*”.¹¹²

A doutrina de SIEYÈS e MONTESQUIEU foi fundamental para a criação do *Conseil Constitutionel*, SIEYÈS apresentou um projeto de criação do *Jurie Constitutionaire*, órgão representativo com poder para anular atos inconstitucionais, o qual foi rejeitado por conceder poderes quase absolutos ao mesmo. Na doutrina de MONTESQUIEU, em sua obra “*do espírito das leis*” o juiz seria tão somente a boca

¹¹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Edições JusPodivm, 2006. p. 94-95.

¹¹² CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2 ed. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris Editor, 1992. p. 26.

que pronunciava a palavra da lei. Assim, após várias tentativas de se estabelecer um órgão político para exercer o controle de constitucionalidade das leis, a Carta de 4 de outubro de 1958 criou o *Conseil Constitutionel*, transformando o controle político em uma realidade naquele Estado.

5.2. O Controle político na Constituição Federal de 1988

No Brasil, o controle político ou não-jurisdicional é exercido preventivamente por meio das comissões, dos pareceres das casas legislativas ou ainda por veto dos chefes do Poder Executivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O art. 58 da Constituição Federal de 1988 estabelece o seguinte:

“Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

*§ 1º - Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.*¹¹³

*§ 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:*¹¹⁴

¹¹³ "Mandado de segurança impetrado conta ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que indeferiu, para fins de registro, candidatura ao cargo de 3º Secretário da Mesa, alegação de violação do art. 8º do Regimento da Câmara e do § 1º do art. 58 da Constituição. 1. Ato do Presidente da Câmara que, tendo em vista a impossibilidade, pelo critério proporcional, defere, para fins de registro, a candidatura para o cargo de Presidente e indefere para o de membro titular da Mesa. 2. Mandado de Segurança impetrado para o fim de anular a eleição da Mesa da Câmara e validar o registro da candidatura ao cargo de 3º Secretário. 3. Decisão fundada, exclusivamente, em norma regimental referente à composição da Mesa e indicação de candidaturas para seus cargos (art. 8º). 3.1 O fundamento regimental, por ser matéria interna corporis, só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário. 3.2 Inexistência de fundamento constitucional (art.58, § 1º), caso em que a questão poderia ser submetida ao Judiciário. 4. Mandado de segurança não conhecido, por maioria de sete votos contra quatro. Cassação da liminar concedida." (MS 22.183, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 12/12/97).

¹¹⁴ "Art. 187 da Constituição do Estado do Espírito Santo. Relatório de impacto ambiental. Aprovação pela Assembléia Legislativa. Vício material. Afronta aos artigos 58, § 2º, e 225, § 1º, da Constituição do Brasil. É inconstitucional preceito da Constituição do Estado do Espírito Santo que submete o Relatório

*I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;*¹¹⁵

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;

IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

§ 4º - Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última

de Impacto Ambiental - RIMA - ao crivo de comissão permanente e específica da Assembléia Legislativa. A concessão de autorização para desenvolvimento de atividade potencialmente danosa ao meio ambiente consubstancia ato do Poder de Polícia - ato da Administração Pública - entenda-se ato do Poder Executivo." (ADI 1.505, Rel. Min. Eros Grau, DJ 4/3/2005).

¹¹⁵ *"O procedimento instituído por lei complementar estadual, que confere poder decisório a Comissão da Assembléia Legislativa, para o efeito de criação de municípios, subverte os postulados disciplinadores do processo de formação das leis, pela transgressão do princípio geral da reserva de Plenário, que comete a este órgão colegiado a competência exclusiva para, enquanto instância legislativa suprema, discutir, apreciar e votar os Projetos de Lei. O princípio da reserva de Plenário, 'que sempre se presume', só pode ser derogado, em caráter de absoluta excepcionalidade, nas situações previstas pelo texto constitucional. O novo direito constitucional positivo admite, é certo, a possibilidade de se afastar a incidência desse princípio sempre que, na forma do regimento — e não de qualquer outro ato normativo —, se outorgar às Comissões das Casas Legislativas, em razão da matéria de sua competência, a prerrogativa de discutir, votar e decidir as proposições legislativas." (ADI 652-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 2/4/1993).*

sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária.”

Assim, a Constituição Federal de 1988 instituiu as Comissões permanentes e temporárias para a apreciação e controle preventivo da constitucionalidade das leis. Quanto ao poder de veto, aduz o artigo 66 da Constituição:

*“Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.”*¹¹⁶

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º - O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º - Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

*§ 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.”*¹¹⁷

¹¹⁶ *“Inconstitucionalidade formal reconhecida em face do vício de iniciativa da Lei impugnada, de origem parlamentar, que não é convalidado nem mesmo pela sanção do Chefe do Poder Executivo.” (ADI 1.963-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 7/5/99); A sanção a projeto de lei que veicule norma resultante de emenda parlamentar aprovada com transgressão a cláusula inscrita no art. 63, I, da Carta Federal não tem o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade formal, eis que a só vontade do Chefe do Executivo — ainda que deste seja a prerrogativa institucional usurpada — revela-se juridicamente insuficiente para convalidar o defeito radical oriundo do descumprimento da Constituição da República.” (ADI 1.070-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/9/1995).*

¹¹⁷ *“Se para a apreciação do veto é exigido o voto da maioria absoluta (CF, artigo 66, § 4º) e o seu exame ocorreu na vigência da atual ordem constitucional, não poderia a Assembléia Legislativa valer-se daquele fixado na anterior Carta Estadual para determiná-lo como sendo o de dois terços. O modelo federal é de observância cogente pelos Estados-membros desde a data da promulgação da Carta de 1988. Precedente.” (Rcl 1.206, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18/10/2002); “Processo legislativo: veto mantido pelo Legislativo: decreto legislativo que, anos depois, sob fundamento de ter sido o veto intempestivo, desconstituiu a deliberação que o mantivera, e declara tacitamente sancionada a parte vetada do projeto de lei: inconstitucionalidade formal do decreto legislativo, independentemente da*

§ 5º - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. (Redação da EC nº 19/98)

§ 7º - Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.”

Destarte, a Carta Maior confere ao Chefe do Poder executivo o poder de vetar um projeto de lei, no todo ou parcialmente no caso de se considerar a norma inconstitucional. Nesse sentido, GILMAR MENDES afirma que esse poder de veto do Chefe do Executivo é uma manifestação da fiscalização de constitucionalidade das leis.¹¹⁸

Por fim, importante destacar que o Congresso Nacional pode exercer o controle político de forma repressiva, quando o Poder Executivo exorbite o poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa *ex vi* do art. 49, V, da Constituição. Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que,

"O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder

indagação acerca da validade material ou não da norma por ele considerada sancionada: aplicação ao processo legislativo — que é verdadeiro processo — da regra da preclusão — que, como impede a retratação do veto, também obsta a que se retrate o Legislativo de sua rejeição ou manutenção: preclusão, no entanto, que, não se confundindo com a coisa julgada — esta, sim, peculiar do processo jurisdicional —, não inibe o controle judicial da eventual intempestividade do veto.” (ADI 1.254, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17/3/00).

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade*. Revista de Informação Legislativa 134, 1997. p.12.

regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra a lei ou praeter legem, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite ‘sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)’. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). Plausibilidade jurídica da impugnação à validade constitucional da Instrução Normativa STN n. 01/2005" (AC 1.033-AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/6/2006).

Outra forma repressiva de controle político do Congresso Nacional está na hipótese de rejeição de Medidas Provisórias por força do art. 62, § 5º, da Constituição ao estabelecer que “*a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais*”.

Desse modo, o controle de constitucionalidade por um órgão político no Brasil pode ser exercido tanto *preventivamente* (art. 58 e 66, § 1º, da Constituição), quanto *repressivamente* (art. 49, V, e 62, § 5º, da Constituição).

CAPÍTULO 6 – O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL

SUMÁRIO: 6.1. Generalidades do controle difuso – 6.2. O papel do Senado Federal no controle difuso – 6.3. Efeito vinculante e eficácia *erga omnes* no Controle Difuso.

6.1. Generalidades do controle difuso

A fiscalização difusa de constitucionalidade, como visto anteriormente teve origem na jurisprudência norte-americana, em especial na celebre decisão do *Chief Justice* JONH MARSHALL no *leading case* MARBURY v. MADISON, julgado em 1803.

O controle *difuso-incidental* pode ser exercido *via de exceção* por todo e qualquer juiz de qualquer tribunal ou instância, em decorrência de um caso ou situação jurídica *in concreto*, com o intuito de garantir direitos subjetivos, face a Constituição Federal ou do Estado. Os efeitos da decisão são, em regra, *inter partes* e *ex tunc*.

Para PAULO BONAVIDES, a fiscalização de constitucionalidade por via de exceção ocorre exclusivamente quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar.¹¹⁹

Por outro lado, como bem observou EDVALDO BRITO, o controle difuso no Brasil foi implantado no bojo de uma ruptura institucional que acabou por provocar a manifestação do poder constituinte, cujo titular é o povo, no sentido de assegurar o princípio federativo permitindo, portanto a descentralização do poder. E conclui o eminente jurista baiano que, “o controle difuso, no sistema brasileiro, é uma

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 302.

*das garantias fundamentais com a qual o indivíduo preserva o seu direito fundamental de cidadania”.*¹²⁰

RUY BARBOSA, com a sua precisão lógica assim definiu as condições para o exercício do controle *via de exceção*:

“1. Que o direito, cuja offensa se accusa, assente em disposição constitucional, se o acto impugnado é o poder legislativo, em disposição constitucional, ou legislativa, se o acto acoimado fôr da administração.

2. Que a intervenção judicial seja provocada por interessado.

3. Que essa intervenção se determine por acção regular, segundo as fórmulas técnicas do processo.

4. Que a acção não tenha por objecto directamente o acto inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira à inconstitucionalidade delle apenas como fundamento, e não alvo, do libello.

5. Que a decisão se circunscreva ao caso em litígio, não decretando em these a nullificação do acto increpado, mas subtrahindo simplesmente à sua autoridade à espécie em questão.

*6. Que o julgado não seja exequendo senão entre as partes, dependendo os casos análogos, enquanto o acto não fôr revogado pelo poder respectivo, de novas acções, processadas cada uma nos termos normaes.”*¹²¹

A provocação do controle *incidenter tantum* é feita pela via de exceção, ou de defesa. Pode ser feita pelas partes em qualquer tipo de acção ou processo. Nesse sentido, DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR observa que o controle incidental pode ser provocado:

¹²⁰ BRITO, Edvaldo. *Aspectos inconstitucionais da acção declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*. in MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. (coord). *Acção Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 47.

¹²¹ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933. Vol. IV, p. 178-9.

“a) pelo autor, na inicial de qualquer ação, seja de que natureza for (civil, penal, trabalhista, eleitoral e, principalmente, nas ações constitucionais de garantia, como mandado de segurança, habeas corpus, habeas data, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública), qualquer que seja o tipo de processo e procedimento (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar) ou b) pelo réu, nos atos de resposta (contestação, reconvenção e exceção) ou nas ações incidentais de contra-ataque (embargos à execução, embargos de terceiros, etc).”¹²²

Em regra, a decisão do controle *difuso-incidental* produz efeitos *inter partes*, até que o Senado suspenda a sua execução, por força do artigo 52, X, da Constituição¹²³. Note ainda, que este tipo de controle não só pode como também deve, ser declarado *ex officio* pelo juiz ou Tribunal.

Assim, como anotou RUY BARBOSA o juiz não possui o arbítrio de deixar a questão constitucional que as partes ou os membros do Ministério Público suscitar, “é missão sua. É dever seu. Ele mesmo as pode suscitar e resolver. Rigorosamente, é obrigado a isso. A Constituição é lei, e não lhe é dado desconhecer as leis”.¹²⁴

A jurisdição constitucional brasileira prevê ainda, instrumentos especiais para o controle incidental de constitucionalidade. São conhecidos como *remédios constitucionais*, pois estão à disposição de qualquer cidadão para sanar ou prevenir

¹²² CUNHA JR. Dirley. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Edições JusPodivm, 2006. p. 101.

¹²³ “Assim, independentemente da preclusão maior, lançou-se ao mundo jurídico a determinação de que fosse comunicado o Legislativo municipal sobre a inconstitucionalidade declarada. Ora, tal decisão conflita com a ordem natural das coisas e, mais do que isso, com o preceito do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, de observância obrigatória nos Estados federados, por encerrar verdadeiro princípio, segundo o qual, enquanto não fulminada em definitivo a lei, ante a pecha de inconstitucional, continua ela sendo de observância obrigatória. (...) Tratando-se de hipótese em que a competência para julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade é do Tribunal de Justiça, não cabe a comunicação à Casa Legislativa. Esse é o sistema que decorre da Carta Federal. Declarada a inconstitucionalidade de ato normativo no abstrato, em processo objetivo e não subjetivo, a decisão irradia-se. Vale dizer que fulminada fica a lei, não cabendo providência voltada à suspensão” (RE 199.293, voto do Min. Marco Aurélio, DJ 6/08/2004).

¹²⁴ In PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967.

ilegalidades. São eles: o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação popular, o habeas corpus, o habeas data e a ação civil pública.

6.2. O papel do Senado Federal no controle difuso

Com a promulgação da nossa primeira Constituição republicana em 1891, o Brasil adotou o modelo difuso norte-americano, sem, contudo adotar o princípio do *stare decises*, tendo em vista a tradição romanística do nosso direito. Tal princípio confere força vinculante às decisões das Cortes Superiores.

Entretanto, a ausência do *stare decises* no Brasil criou um grave problema para a jurisdição constitucional, uma vez que as decisões da Suprema Corte operava efeitos somente entre as partes. Assim sendo, crescia o número de decisões conflitantes sobre a mesma matéria nos diversos tribunais do país.

Para atenuar o problema, o Constituinte de 1934 inovou ao atribuir competência ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Judiciário (art. 91, IV, e 96). Tal fórmula foi mantida pelas Constituições de 1946 (art. 64), de 1967/69 (art. 42, VII). No mesmo sentido, o artigo 52, X, da Carta de 1988 dispõe que “*competete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

Sobre a natureza do instituto, o Supremo Tribunal Federal infirmou a possibilidade de o Senado restringir ou ampliar o alcance da decisão proferida pelo STF. Estabeleceu ainda, que uma vez editado o ato de suspensão, o mesmo não poderia ser revogado.

Cuidava-se do MS 16.512, de relatoria do Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, onde o Supremo, seguindo proposta do Procurador-Geral da República, Dr. ALCINO SALAZAR, conheceu do mandado de segurança como *representação de inconstitucionalidade* pronunciando a inconstitucionalidade da Resolução 93, de

14/10/1965, que revogou a Resolução 32, de 25/3/1965 pela qual o Senado suspendeu a execução de preceito do Código Paulista de Impostos e Taxas.

Contudo, nada impede que o Supremo Tribunal Federal reveja posição anteriormente firmada, mesmo que o Senado tenha sido regularmente comunicado. Pois, assim como o Senado não se está obrigado a suspender o ato declarado inconstitucional pelo STF, a jurisprudência da Corte não pode vincular-se, na espécie, aos atos do Senado.

GILMAR FERREIRA MENDES ensina, com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal, que,

“O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão qualquer infração a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pela Excelsa Corte”.¹²⁵

Contudo, grave questão coloca-se quando o Senado Federal deixa de suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo STF. Sobre a questão LENIO LUIZ STRECK observou que a não suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional cria seriíssimos problemas no sistema, uma vez que as referidas leis continuam a ser aplicadas pelos tribunais, *“acarretando mais e mais Recursos Extraordinários, que vão entulhando as prateleiras do Supremo Tribunal Federal”*.¹²⁶

Com o advento da Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, inaugurou-se no Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais, seguindo o modelo kelseniano, por meio da

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1029.

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 484.

representação genérica de inconstitucionalidade (ADI), cuja iniciativa era reservada exclusivamente ao Procurador-Geral da República.

Entretanto, o primeiro caso de dispensabilidade da intervenção do Senado Federal nas decisões do Supremo, ocorreu em 1977. À ocasião, o Ministro MOREIRA ALVES, proferiu parecer condutor nos autos do Processo Administrativo 4.477-72, sustentando que a comunicação ao Senado fosse dispensável nas representações de inconstitucionalidade. Assim pronunciou-se o ministro:

“Sou dos que entendem que a comunicação do Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente e, não, quando decorrente de ação direta, caso em que, se relativa a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente a declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia erga omnes e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos.”¹²⁷

Com efeito, operou-se redução teleológica no inciso VII do artigo 42 da Constituição de 1967/69, e, por conseguinte, conferiu-se eficácia *erga omnes* as declarações de inconstitucionalidade de lei proferida em sede abstrata pelo Supremo.

6.3. Efeito vinculante e eficácia *erga omnes* no controle difuso

A ampliação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso consiste em uma das questões mais importantes do controle de constitucionalidade em debate no STF.¹²⁸

É inegável que a Constituição Federal de 1988 redesenhou a relação entre os poderes no sentido de fortalecer o Supremo Tribunal Federal, dotando suas

¹²⁷ Cf. Parecer do Ministro Moreira Alves no Processo Administrativo 4.477-72, *DJ* de 16/5/1977. p. 3.123-3.124.

¹²⁸ *Rel* 4.335/AC, *Rel. Min. Gilmar Mendes*.

decisões em controle abstrato, de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* por força do artigo 102, § 2º, da Constituição.¹²⁹

Com efeito, a convivência entre os modelos difuso e concentrado apresenta uma tensão devido à proximidade entre os sistemas. Assim, esses sistemas não devem ser tratados como compartimentos absolutamente estanques, pois eles se comunicam com certa frequência.

Por causa da multiplicação de recursos extraordinários idênticos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acabou por ampliar a eficácia das decisões do Plenário proferidas em sede de controle incidental.

Tal fenômeno é denominado pela doutrina de *objetivação dos recursos extraordinários*. Sobre o tema, LUIZ GUILHERME MARINONI afirma o seguinte:

“se por um lado as ações de controle abstrato são seguramente processos objetivos, por outro se pode afirmar, novamente, que existe um processo irreversível de objetivação do controle concreto da constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal”.¹³⁰

No mesmo sentido, FREDIE DIDIER JÚNIOR observa que *“nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial”*.¹³¹

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal dispensou a cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição, na hipótese de já existir

¹²⁹ “Art.102, § 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 67.

¹³¹ DIDIER JR., Fredie, *Transformações do recurso extraordinário*. Rio de Janeiro: Revista Forense v. 389, jan/fev de 2007. p. 491-500

pronunciamento do Plenário sobre a lei questionada.¹³² Tal orientação foi incorporada no artigo 481, parágrafo único do Código de Processo Civil.¹³³

Como bem ressaltou o Ministro GILMAR MENDES, nos autos da Rcl 4.335/AC:

“Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida incidenter tantum.”

Ainda nesse sentido, o legislador ordinário estabeleceu que nas hipóteses de recurso em confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, o relator pode negar seguimento ou dar provimento aos recursos especial e extraordinário com base no artigo 557, *caput* e § 1º-A, do Código de Processo Civil.

Mesmo na declaração de inconstitucionalidade incidental proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, e no caso do Senado não suspender a execução da referida lei, com base no art. 52, X, da Constituição, está o relator, autorizado a aplicar tal decisão em casos semelhantes.

Importa destacar, que o controle de constitucionalidade das leis municipais, assume papel fundamental para a evolução da jurisprudência do STF. Isso

¹³² RE 190.728, Relator para o Acórdão Min. Ilmar Galvão; AI 168.149-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio.

¹³³ Art. 481. Parágrafo único. “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeteram ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

porque a Suprema Corte tem conferido certo efeito vinculante à decisão do Plenário que declara a inconstitucionalidade de leis municipais em controle difuso.

Sobre tal ponto, GILMAR MENDES observou que,

*“nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos em que o Supremo Tribunal tem estendido, com base no art. 557, caput e § 1º-A, do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário”.*¹³⁴

Assim sendo, o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, ao julgar o RE 228.844/SP, onde discutia-se sobre a ilegitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto/SP, valeu-se de fundamento fixado pelo Plenário do STF, em precedente do Estado de Minas Gerais, que declarou a inconstitucionalidade de lei do Município de Belo Horizonte, que instituiu alíquota progressiva do IPTU.

Eis os fundamentos da supracitada decisão monocrática:

“O Tribunal Pleno, na Sessão de 20.11.96, ao julgar o RE nº 153.771-0/MG (Relator para o acórdão o Ministro MOREIRA ALVES, DJU de 05.09.97), que cuidava do IPTU progressivo exigido pelo Município de Belo Horizonte, pacificou exegese segundo a qual a progressividade do IPTU, que é imposto de natureza real em que não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte, só

¹³⁴ Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes.

é admissível, em face do disposto no artigo 182, § 2º, da Constituição Federal, para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade, obedecidos os requisitos previstos no § 4º do referido artigo. Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 9.756/98, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento. Invertidos os ônus da sucumbência.”¹³⁵

No mesmo sentido, em situações idênticas, o STF tem aplicado esse procedimento como no caso da ilegitimidade do IPTU progressivo,¹³⁶ ou de taxas de iluminação e limpeza públicas.¹³⁷

Com efeito, determinados processos subjetivos possuem natureza eminentemente objetiva. Exemplo claro dessa afirmativa, é o caso do recurso extraordinário interposto de acórdão que julgou procedente ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal. Isso porque, a decisão do Supremo Tribunal Federal, produzirá, na realidade, efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, independentemente da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal.

O Ministro GILMAR MENDES, é o grande defensor da teoria da equiparação dos efeitos das decisões do STF no controle difuso e concentrado. O tema é debatido nos autos Reclamação 4.334, ajuizada pela Defensoria Pública da União contra decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC que indeferiu pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos.

Alega-se, no caso, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82.959/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, que reconheceu a inconstitucionalidade do

¹³⁵ RE 228.844/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 16/6/1999.

¹³⁶ RE 153.771/MG, Relator para o acórdão o Ministro Moreira Alves; RE 221.795, Rel. Min. Nelson Jobim; RE 384.521, Rel. Min. Celso de Mello.

¹³⁷ RE 485.248-9/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE 364.160, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 345.048, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, o qual proibia progressão de regime a condenados pela prática desses crimes.

A liminar foi concedida, de ofício, em 21 de agosto de 2006, pelo Relator Ministro GILMAR MENDES concedeu medida liminar, para que fosse afastada a vedação legal de progressão de regime até o julgamento final da reclamação constitucional.

No julgamento da Rcl 4.335/AC, na Sessão Plenária de 1º/2/2007, o relator ao julgar procedente a reclamação, apresentou magnífico voto, sustentando, em síntese, mutação constitucional no artigo 52, X, da Constituição, no sentido da ampliação dos efeitos da decisão do STF em controle difuso, formulando a seguinte questão central:

“Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?”.

Assim, concluiu o Ministro GILMAR MENDES que o instituto da suspensão pelo Senado *“assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica”*, capaz de autorizar uma mutação constitucional no artigo 52, X, da Constituição. Com base, inclusive, na posição sustentada por LÚCIO BITTENCOURT para quem a finalidade da decisão do Senado era *“apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”*.¹³⁸

Em 19/4/2007, o Ministro Eros Grau apresentou voto-vista acompanhando o Relator. À ocasião, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE proferiu voto julgando improcedente a reclamação, mas concedendo o *habeas corpus* de ofício. No mesmo sentido, o Ministro JOAQUIM BARBOSA não conheceu da reclamação,

¹³⁸ BITTENCOURT. Lúcio, *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1977. p.145.

mas também concedeu o *habeas corpus* de ofício. Com o pedido de vista do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, o julgamento permanece empatado.

Sobre a questão dos efeitos das decisões preferidas no Supremo Tribunal Federal, ANDRÉ RAMOS TAVARES sustenta que

“não há motivos para que estas, em sede de recurso extraordinário, continuem a ter validade restrita às partes do processo do qual tenha emergido. Isto só se explica, no sistema brasileiro atual, em virtude de uma indevida recomendação e reverência históricas. Há uma repetição imotivada de um regime próprio de um sistema constitucional que só trabalhava com o modelo concentrado-difuso de controle, como ocorrera na Constituição de 1934, momento em que surgiu, no Direito pátrio, aquela regra limitativa dos efeitos”.¹³⁹

Nessa linha de intelecção, DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, aduz que,

“é absolutamente incompreensível se aceitar o efeito erga omnes de uma decisão do Supremo que, por simples liminar deferida em ação direta, suspende a eficácia de uma lei ou ato normativo, e não se admitir idêntico efeito quando, em decisão definitiva, declara a inconstitucionalidade no controle difuso ou concreto”.¹⁴⁰

O grande precedente da Suprema Corte foi o paradigmático RE 197.917, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, onde o Plenário do STF fixou o número de vereadores proporcionalmente à população no município de Mira Estrela/SP declarando a inconstitucionalidade da lei municipal com efeitos *pro futuro* e, na prática, eficácia *erga omnes* em acórdão assim ementado:

¹³⁹ TAVARES, André Ramos. *Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário*, in TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius. (org.) *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil*: Rio de Janeiro: Forense, 2003. 53-54. No mesmo sentido: VELOSO, Zeno. *Senado precisa ser retirado do Controle Difuso de Constitucionalidade*. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 5, n. 8-9, jan/dez de 2005. p. 157-179.

¹⁴⁰ CUNHA JR., Dirley da. *O Princípio do stare decisis e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade*, in CAMARGO, Marcelo Novelino. (org.) *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c.

2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.

3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.

4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.

5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios

brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).

6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º).

7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.

8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.”

Indubitavelmente tais procedimentos reforçam a idéia da força vinculante dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade incidental, bem como a proximidade entre os modelos difuso e concentrado.

Por outro lado, observe-se que o enunciado da súmula vinculante será, em regra, deduzido a partir de reiteradamente decisões prolatadas no âmbito do controle difuso.

Assim sendo, acho importante utilizarmos referido instituto para ampliar o alcance das decisões em controle difuso de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, ferir de morte a competência do Senado Federal para participar do controle difuso de constitucionalidade, competência essa conferida pelo diploma magno.

Com efeito, não é razoável que uma determinada norma declarada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no controle difuso, continue a causar lesão à direitos, ate que o Senado Federal, eventualmente, suspenda a execução da norma, pois não está obrigado a fazê-lo, ou então, que a mesma questão seja hipoteticamente decidida pelo Plenário da Suprema Corte, pela via abstrata.

No caso dos municípios, a situação é ainda mais grave, pois inobstante a possibilidade do controle concentrado via ADPF pelo Plenário do STF, tal foto é inédito na Suprema Corte. Assim sendo, no caso das leis ou atos normativos municipais inconstitucionais, a questão somente será apreciada pelo STF pela via penosa do recurso extraordinário, que entulha as prateleiras do Pretório Excelso.

Portanto, todas essas idéias reforçam a necessidade da atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões do Plenário o STF no controle difuso.

CAPÍTULO 7 – O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL

SUMÁRIO: 7.1. Generalidades do controle *concentrado* – 7.2. A lei ou ato normativo municipal que contraria a Constituição Federal – 7.3. A lei ou ato normativo municipal que contraria a Constituição Estadual – 7.4. A lei ou ato normativo municipal que contraria a Lei Orgânica Municipal – 7.5. Peculiaridades da ação direta de inconstitucionalidade da lei municipal.

7.1. Generalidades do controle concentrado

Introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965, ao lado da *representação interventiva*, o controle de constitucionalidade, consoante o modelo concentrado, gera uma fiscalização abstrata ou *via de ação* das leis perante o Supremo Tribunal Federal. Neste modelo, não existe uma lide propriamente dita ou caso *in concreto*, mas um processo ou ação que ataca a lei ou ato normativo *em tese*.

Os seus instrumentos, no que tange ao Supremo Tribunal Federal, são a ação direta de inconstitucionalidade (ADI),¹⁴¹ a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Note que a fiscalização *in abstracto* da lei ou do ato normativo municipal ou estadual em face da Constituição Estadual, consiste em inovação da Constituição Federal de 1988, cuja competência para julgar foi conferida aos Tribunais de Justiça dos Estados. Deste modo, a apreciação desse controle encontra-se *concentrado* junto ao Supremo Tribunal Federal ou aos Tribunais de Justiça Estaduais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 enfatizou o controle *concentrado-principal*, ao passo que alargou o rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, *ex vi* do artigo 103, quais sejam: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de

¹⁴¹ Cf. ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *A ação direta de inconstitucionalidade da lei municipal*. Revista da Associação Mato Grossense de Magistrados - Amamjus, Cuiabá-MT, v. 19, 2004.

Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal,¹⁴² o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, passando assim, da competência exclusiva do Procurador-Geral da República. Deste modo, a *contrario sensu* o legislador constituinte acabou por restringir a amplitude do controle *difuso-incidental* de constitucionalidade.¹⁴³ Não é demais lembrar, que é exigido ao advogado subscritor da petição inicial procuração com poderes específicos para impugnar, em tese, a lei ou ato normativo.¹⁴⁴

A ação direta de inconstitucionalidade, consoante o mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA, compreende três modalidades: a *genérica* (art. 102, I, a; 103, incisos I a IX, e §§ 1º e 3º da Constituição), que possui o escopo de expurgar do ordenamento jurídico a lei inconstitucional, conseqüentemente mantendo o princípio da supremacia constitucional; a *supridora da omissão* (art. 103, § 2º, da Constituição), que visa a controlar a omissão do legislador ou administrador que não cria a norma necessária à eficácia e aplicabilidade da Constituição Federal; e a *interventiva* (art. 36, IV, da Constituição), cuja finalidade é restabelecer a ordem constitucional pela via interventiva, obtendo para tanto a declaração de inconstitucionalidade.¹⁴⁵

Válido é ressaltar a reflexão de GILMAR FERREIRA MENDES, acerca da importância jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

“(...) o maior mérito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob o império das Constituições de 1946 (Emenda n. 16, de 1965) e de 1976/69, está relacionado com a definição da natureza jurídico-processual do processo de controle abstrato. A identificação da natureza objetiva desse processo, a caracterização da iniciativa do Procurador-Geral da República como simples impulso processual e o reconhecimento da eficácia erga omnes das decisões de mérito

¹⁴² Redação da EC nº 45/04

¹⁴³ Idem, ibidem, p. 80.

¹⁴⁴ “É de exigir-se, em ação direta de inconstitucionalidade, a apresentação, pelo proponente, de instrumento de procuração ao advogado subscritor da inicial, com poderes específicos para atacar a norma impugnada.” (ADI 2.187-QO, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12/12/03)

¹⁴⁵ In Curso de direito constitucional positivo, 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 55.

proferidas nesses processos pelo Supremo Tribunal Federal configuraram, sem dúvida, conquistas fundamentais para o mais efetivo desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil.”¹⁴⁶

Destarte, na senda da reforma tributária, introduziu-se no Brasil a ação declaratória de constitucionalidade com a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, firmando a competência do Supremo Tribunal Federal para o seu julgamento com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Executivo e Judiciário. Tratam da (ADC), a Constituição Federal em seus artigos 102, I, *a*, e § 2º, bem como a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999,¹⁴⁷ que dispõe sobre o processo e julgamento da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Como pressuposto da ação declaratória de constitucionalidade, deve existir *efetiva controvérsia judicial* em torno da constitucionalidade de dispositivo de lei federal, posto que não pode a ADC, ser instrumento de consulta ao Pretório Excelso.

O efeito da decisão na ação declaratória de constitucionalidade é vinculante e cabe inclusive em liminar.¹⁴⁸ Ressalte-se que a vinculação ocorre, mesmo quando a ação é julgada improcedente e conseqüentemente reconhecida a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo questionado.

No tocante ao controle de constitucionalidade por meio de argüição de descumprimento de preceito fundamental prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei 9.882/99, será analisada ao final do presente estudo.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 não distingue de forma explícita o procedimento para a fiscalização de constitucionalidade em tese, de leis municipais perante a Constituição Estadual, daquele efetuado no caso de leis estaduais.

¹⁴⁶ In *Jurisdição Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 77.

¹⁴⁷ Lei 9.868/99 em anexo I.

¹⁴⁸ O Supremo Tribunal Federal reconheceu o efeito vinculante em sede de liminar no julgado do dia 05 de fevereiro de 1998, relativo à ADC nº 4.

Todavia, alguns aspectos deveram ser analisados detidamente, como a lei ou ato normativo municipal em confronto com a Constituição Federal, Estadual e a Lei Orgânica Municipal, devido as suas peculiaridades.

7.2. A lei ou ato normativo municipal que contraria a Constituição Federal.

A Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 conferiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originalmente a ação direta de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual *ex vi* do seu Artigo 102, I, **a**, que dispõe:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originalmente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.”

Conforme se vê, o referido dispositivo silencia a respeito da fiscalização *in abstracto* ou em tese, das leis ou atos normativos municipais em confronto com a Constituição Federal. Entretanto, a Carta Maior permitiu paralelamente que os Estados-membros instituíssem igual mecanismo para aferir a constitucionalidade de lei ou ato normativo **estadual** e **municipal** perante o seu próprio Estatuto Político, *ex vi* do art. 125, § 2º, o qual dispõe que *“cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”*.

Com base neste dispositivo, diversos Estados como Rio Grande do Sul e São Paulo, entenderam que poderiam disciplinar por seus Órgãos Especiais o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade das leis municipais e estaduais tanto em face da Constituição Estadual quanto da Federal, ampliando, assim, a competência dos Tribunais de Justiça Estaduais.

Entretanto, analisando a questão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADI 409-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, ajuizada pelo então Governador do Estado do Rio Grande do Sul, concedeu, por unanimidade, medida liminar para suspender a execução do art. 95, XII, **d** da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul em decisão assim ementada:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PRECEITO QUE DEFERE COMPETÊNCIA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO DIRETA DE LEI OU ATO NORMATIVO MUNICIPAL QUESTIONADO PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUSPENSÃO CAUTELAR DEFERIDA.

É irrecusável a plausibilidade jurídica da tese segundo a qual os Estados-Membros não dispõem de competência para instituir, no âmbito de seu ordenamento positivo, sistema de controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, contestados em face da Carta Federal. Esta questão assume inegável relevo, pois reintroduz, uma vez mais, perante a Suprema Corte, a discussão em torno da possibilidade jurídica de o Estado-Membro criar, por autônoma deliberação, um sistema próprio de fiscalização e tutela "in abstracto" do direito objetivo positivado no texto constitucional federal, e processualizar, em conseqüência, uma forma instrumental - a ação direta - que viabilize, no plano das normas municipais, o seu controle em tese em face de nossa lei fundamental.

Debate doutrinário em torno da questão. Precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal no regime constitucional anterior.

A Constituição de 1988, ao prever o controle concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados-Membros, erigiu a

exclusivo de verificação da validade das leis ou atos normativos locais (art. 125, parágrafo 2º). Precedente da Corte (Medida Liminar)."

Ainda na ADI 409-MC, o eminente Relator. Ministro CELSO DE MELLO salientou em seu voto, o problema da eficácia da coisa julgada, no tocante as decisões dos Tribunais Locais,

“Das múltiplas e delicadas questões de ordem constitucional que podem emergir do preceito impugnado, há uma que se afigura de notável relevância. Refiro-me ao problema da coisa julgada e da universalidade de sua eficácia. Atente-se à circunstância de que uma decisão eventualmente proferida pelo Tribunal de Justiça, ao apreciar, em sede jurisdicional concentrada, a legitimidade constitucional de lei ou ato normativo municipal perante a Constituição Federal, nos termos preconizados pela Carta estadual, geraria, essencialmente pelos efeitos subordinantes e excludentes que pertinem à própria natureza da jurisdição constitucional concentrada, situação jurídica de todo incompatível com a posição institucional do Supremo Tribunal federal, que se submeteria, inobstante sua condição de órgão maior incumbido do controle dos atos estatais em face da própria Carta Federal, à imperatividade dos pronunciamentos emanados de um órgão judiciário inferior.”

No julgamento do mérito da ADI 409, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 26/4/2002, o Tribunal Pleno, por unanimidade, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da expressão “e a Constituição Federal”, contida no art. 95, XII, **d**, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul em acórdão assim ementado:

“CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS LOCAIS (CF, ART. 125, § 2º): CABIMENTO RESTRITO À FISCALIZAÇÃO DA VALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS LOCAIS – SEJAM ESTADUAIS OU MUNICIPAIS -, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL:

INVALIDADE DA DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL ESTADUAL QUE OUTORGA COMPETÊNCIA AO RESPECTIVO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS MUNICIPAIS EM FACE TAMBÉM DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: PRECEDENTES”.

Destarte, sob o pálio da Constituição pretérita, o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento¹⁴⁹ de que inexistia a possibilidade jurídica de aferir competência aos Tribunais de Justiça, para julgar a constitucionalidade da lei ou do ato normativo municipal em face da Constituição Federal. Tudo com base em importantes precedentes da Corte como no Recurso Extraordinário 92.169/SP, DJ 18/12/1981, onde o Ministro MOREIRA ALVES pôs uma pá de cal na questão,

“Pode-se propor ação direta de inconstitucionalidade perante Tribunal de Justiça Estadual, contra lei municipal em face da Constituição Federal? Não tenho dúvida alguma em responder negativamente.

(...)

Aliás, se fosse possível aos Tribunais de Justiça dos Estados o julgamento de representações dessa natureza, com relação a leis municipais em conflito com a Constituição Federal, poderia ocorrer a seguinte situação esdrúxula. É da índole dessa representação – isso hoje é matéria pacífica nesta Corte – que ela, transitando em julgado, tem eficácia erga omnes, independentemente da participação do Senado Federal, o que só se exige para a declaração incidenter tantum. O que implica dizer que, se transitasse em julgado a decisão nela proferida por Tribunal de Justiça, esta Corte Suprema estaria vinculada à declaração de inconstitucionalidade de Tribunal que lhe é inferior, mesmo nos casos concretos futuros que lhe chegassem por via de recurso extraordinário. O absurdo da consequência, que é índole do instrumento, demonstra o absurdo da premissa.”

¹⁴⁹ O Ministro ALFREDO BUZAID no RE 93.313-SP declarou em seu relatório, a inconstitucionalidade do art. 54, I, e, da Constituição do Estado de São Paulo: “*não há, no sistema constitucional brasileiro, ação direta de argüição, em tese, de lei ou de ato normativo municipal por contrariedade à Constituição da República, mediante representação do Chefe do Ministério Público local ao Tribunal de Justiça*”.

Entretanto, o Relator Ministro CUNHA PEIXOTO, no mesmo RE 92.169/SP, reconheceu que a omissão constitucional deveria ser colmatada, afirmando o seguinte:

“É que nossa Constituição, embora postulando a independência e harmonia dos poderes, fez do Judiciário um Super-Poder, pela prerrogativa que lhe concedeu de considerar inconstitucionais e, portanto, sem efeito, as leis e os atos dos demais Poderes. A forma pela qual este Super-Poder é exercido constitui uma determinação da própria Constituição e, conseqüentemente, não se pode dizer que, fixados dois sistemas pela Constituição, um é o normal e o outro excepcional. Ambos estão colocados no mesmo pé de igualdade e, se pudesse considerar anormal um deles, seria, sem dúvida, a nosso ver, o método difuso, pois nele se permite que um juiz de primeiro grau decrete a inconstitucionalidade de um ato do Chefe do Poder Executivo, enquanto que, no sistema concentrado, esta atribuição pertence à cúpula do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal.

A expressão literal da norma constitucional que estabelece o controle constitucional pelo método concentrado (art. 119, inciso I, letra I) é, sem dúvida, lacunosa, ao omitir referência à lei ou ato normativo municipal.

Acontece, porém, que os municípios são entidades político-administrativas e, conseqüentemente, parte integrante da União, e que o Supremo Tribunal Federal foi erigido em guardião da Constituição.

Não seria lógico que os desvios constitucionais das leis e atos normativos federais e estaduais estejam sob o crivo direto do Supremo Tribunal Federal, através de representação do Procurador-Geral da República, e os municípios fiquem sobranceiros a esta espécie de censura.

Assim, o silêncio da Constituição relativamente às leis municipais obriga o STF a enfrentar o problema, preenchendo a lacuna pela interpretação integradora da plenitude do sistema. E este impõe que as normas constitucionais sejam controladas pelo mais Alto Poder Judiciário do País, sejam elas federais, estaduais ou municipais.

Na verdade, as leis contrárias à Constituição são absolutamente nulas, e não seria possível que uma lei municipal, maculada de tal vício, pudesse prevalecer para sempre, apenas porque os municípios não a impugnaram.

Por outro lado, tem, hoje, foros de cidade, entre os doutores, que qualquer autoridade está obrigada a zelar pela constitucionalidade das leis e, assim, um Prefeito tem o poder-dever de negar cumprimento a uma lei inconstitucional, defendendo, desta maneira, a Constituição.

Não é possível, assim, que, dentro da sistemática brasileira, se negue ao Procurador-Geral da República o direito de acionar o STF para, diretamente, invalidar uma lei que traga tal defeito, apenas porque é da órbita municipal e a ela não se referiu a Constituição.”

Nesse mesmo sentido, e na mesma oportunidade, o Min. RAFAEL MAYER, consignou o seguinte:

“Tenho por válida a tese do douto Relator no sentido de ser implícita a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, - e exercitável pelo Procurador-Geral da República, - a ação direta para a declaração da inconstitucionalidade de leis municipais em tese, pois a interpretação construtiva faria compreender no âmbito do estadual os seus componentes municipais.

Dir-se-ia, em detrimento da tese, que o propósito do constituinte corresponderia ao limite verbal, pois aí confinaria com a própria Federação, que somente ela está em causa, e não os municípios que não comparecem à sua composição.

Todavia, ao formal se deve sobrepor a realidade de exigências incontornáveis. Pela sua autonomia, também, constitucionalmente reconhecida, o Município tem atividade legiferante significativa, que pode interessar à própria Federação como um todo, bastando ver a sua integração no Sistema Tributário e as possíveis repercussões que, neste, as suas normas possam causar.”

Para o notável GILMAR FERREIRA MENDES o dispositivo Constitucional do art. 102, I, **a**, não contém lacunas ou omissões, foi intuito do legislador “*silenciar eloqüentemente*”, no tocante aos municípios, e a interpretação constitucional não pode violar ou alterar o texto Magno.¹⁵⁰

CLÈMERSON MERLIM CLÈVE observa que a Constituição Federal de 1988, conferiu expressamente aos Estados-membros – mas não ao Distrito Federal – competência para a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual por força do art. 125, § 2º, da Constituição. E conclui que “*encontra-se, hoje, portanto, superada a questão. A lei municipal pode ser impugnada, em tese, por via de ação direta que toma como parâmetro a Constituição Estadual.*”¹⁵¹

Na mesma linha de intelecção a Professora PATRÍCIA TEIXEIRA DE REZENDE FLORES assevera o seguinte:

“Denota-se, pois, que, a exemplo da ordem constitucional anterior, não há no direito brasileiro, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal tendo como

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Lei municipal. Controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito Público 80, p. 79-85.

¹⁵¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 392.

parâmetro a Constituição Federal. Equivale dizer, a invalidade de um ato local, em face da Carta Magna, só pode ser decretada via controle difuso, exercitável incidenter tantum. As normas de constituições estaduais que instituíram o controle de constitucionalidade de leis municipais em confronto com o Texto Maior tiveram sua eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal. Para esta Corte, a ausência de previsão constitucional de aferição concentrada de validade dos atos locais não constitui lacuna e/ou esquecimento do constituinte federal. Ao contrário, trata-se de deliberada, consciente e proposital restrição. Em outras palavras, evidencia um silêncio eloqüente e não um vácuo legislativo que possa ser preenchido por meio de interpretação construtiva dos pretórios e/ou pelos constituintes estaduais.”¹⁵²

Desse modo, a doutrina predominante e a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, afastam a possibilidade do controle em tese, da lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal por meio de ação direta de inconstitucionalidade, permitindo, entretanto, a multifacetada via de exceção e o controle abstrato por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental – inédito no âmbito municipal – adiante analisada.

7.3. A lei ou ato normativo municipal que contraria a Constituição Estadual.

Consoante o disposto no art. 125, § 2º da Constituição Federal, “*cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada à atribuição da legitimação para agir a um único órgão*”.

Assim, de maneira inequívoca a Lei Fundamental estabelece a ação direta de inconstitucionalidade como mecanismo de fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Estadual.

¹⁵² Idem, ibidem, p. 113.

Entretanto, nova discussão surge quando a lei ou ato normativo representado for mera reprodução, total ou parcial, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, mesmo sendo normas de repetição, tal quadro não altera a competência dos Tribunais de Justiça locais.¹⁵³

Ademais, é cediço que as Constituições Estaduais devem obedecer aos princípios da Constituição da República, *ex vi* do art. 25, o qual dispõe que “*os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição*”.

Assim sendo, o Tribunal de Justiça local pode processar e julgar a ação direta de constitucionalidade contra lei ou ato normativo municipal ou estadual, em face da Constituição estadual, ainda que a norma parâmetro seja mera reprodução da Constituição Federal.¹⁵⁴

Entretanto, esse nem sempre foi o entendimento do Pretório Excelso. No tocante ao conflito entre a lei municipal e a norma estadual de repetição. Na Reclamação 370, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, *DJ* 29/6/2001, julgada em 21/5/1992, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os Tribunais Locais não teriam competência para conhecer de representação de inconstitucionalidade de lei municipal ou estadual quando a norma for formalmente estadual, mas substancialmente constitucional federal.

No mesmo sentido, ZENO VELOSO, aduz que os Tribunais Locais estariam usurpando uma competência que nem mesmo é atribuída ao Supremo Tribunal Federal, afirmando que se nem mesmo o STF está autorizado a julgar a inconstitucionalidade das leis municipais, em tese, em face da Constituição Federal, não se pode admitir que os Tribunais locais a exerça, de forma indireta ou reflexa, pois

¹⁵³ “*Competência. Ação direta de inconstitucionalidade. Norma local impugnada em face de Constituição Estadual. Preceito atacado que se revela como pura repetição da Constituição Federal. Irrelevância. Julgamento afeto ao Tribunal de Justiça respectivo*” (Rcl 588/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 4/4/1997).

¹⁵⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 403.

“estaria tomando o lugar do Supremo Tribunal Federal de guardião principal da Lei Fundamental”.¹⁵⁵

Se esses entendimentos viessem a se tornar preponderantes até os dias atuais, seria totalmente impraticável o controle de constitucionalidade pelos Tribunais Estaduais disposto no artigo 125, § 2º, da Constituição, posto que, em toda representação, dever-se-ia verificar se o texto normativo estadual confrontado seria ou não, mera norma de repetição da Constituição Federal.

Ora, as conseqüências do entendimento do Supremo Tribunal Federal na Rcl 370, seriam extremamente danosas. Isso porque, as normas constitucionais estaduais, de reprodução da Constituição Federal são normas jurídicas que possuem uma eficácia no seu âmbito de atuação. Logo, a tese da ociosidade da reprodução de normas constitucionais federais obrigatória nas Constituições Estaduais, confronta os denominados *princípios sensíveis*, os quais obrigam aos Estados, sob pena de instauração da representação interventiva, que seja observado o disposto do art. 34, VII, da Constituição Federal que dispõe:

“Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na

¹⁵⁵ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, p. 389.

manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”

Dentre as classificações desses postulados adotamos a do Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA: a) “*princípios constitucionais sensíveis, extensíveis e estabelecidos*” os quais possuem observância obrigatória *ex vi* do art. 34, VII da CF/88; b) “*princípios constitucionais extensíveis*” que são as regras de organização dada aos Estados pela Constituição; c) “*princípios constitucionais estabelecidos*” os quais limitam a autonomia organizatória dos Estados-Membros consoante o art. 37, da Constituição de 1988.¹⁵⁶

Importa destacar o posicionamento do eminente Professor RICARDO LEWANDOWSKI, em estudo denominado “*Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*”:

*“No que tange aos postulados de observância obrigatória pelas comunas, registra-se que a autonomia municipal, por força do que dispõe o art. 129, caput, da Lei Maior, em particular no concernente à capacidade de auto-organização, encontra-se limitada não só pelos princípios estabelecidos na Constituição Federal, como também por aqueles consignados na Carta do respectivo Estado. Na hipótese em apreço, a intervenção somente poderá ser desencadeada se o Tribunal der provimento a representação que pleiteie a medida”.*¹⁵⁷

Recentemente, ao analisar o tema na Reclamação 4.432/TO, DJ 10/10/2006, o eminente Relator Ministro GILMAR MENDES, observou que a prevalecer a orientação firmada na Reclamação 370, esvaziaria completamente a cláusula contida no art. 125, § 2º, da Constituição, “*uma vez que, antes de qualquer decisão, deveria o Tribunal de Justiça verificar, como questão preliminar, se a norma constitucional estadual não era mera reprodução de direito constitucional federal*”.

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

¹⁵⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 120.

Por essas razões, o Plenário do Supremo Tribunal Federal evoluiu no seu entendimento, quando do julgamento da Rcl 383/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 21/5/1993, cuja ementa possui o seguinte teor:

“RECLAMAÇÃO COM FUNDAMENTO NA PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA QUAL SE IMPUGNA LEI MUNICIPAL SOB ALEGAÇÃO DE OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS FEDERAIS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELOS ESTADOS. EFICÁCIA JURÍDICA DESSES DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS ESTADUAIS. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS ESTADOS-MEMBROS. ADMISSÃO DA PROPOSITURA DA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, COM POSSIBILIDADE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO SE A INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL ESTADUAL, QUE REPRODUZ A NORMA CONSTITUCIONAL FEDERAL DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELOS ESTADOS, CONTRARIAR O SENTIDO E O ALCANCE DESTA. RECLAMAÇÃO CONHECIDA, MAS JULGADA IMPROCEDENTE”

A transcrição dos argumentos proferidos no Voto do eminente Relator Ministro MOREIRA ALVES são imprescindíveis à compreensão do tema:

“É petição de princípio dizer-se que as normas das Constituições estaduais que reproduzem, formal ou materialmente, princípios constitucionais federais obrigatórios para todos os níveis de governo na federação são inócuas, e, por isso mesmo, não são normas jurídicas estaduais, até por não serem jurídicas, já que jurídicas, e por isso eficazes, são as normas da Constituição Federal reproduzidas, razão por que não se pode julgar, com base nelas, no âmbito estadual, ação direta de inconstitucionalidade, inclusive, por identidade de razão, que tenha finalidade interventiva.(...)”

Essas observações todas servem para mostrar, pela inadmissibilidade das conseqüências da tese que se examina, que não é exato pretender-se que as normas constitucionais estaduais que reproduzem as normas centrais da Constituição Federal (e o mesmo ocorre com as leis federais ou até estaduais que fazem a mesma reprodução) sejam inócuas e, por isso, não possam ser consideradas normas jurídicas. Essas normas são normas jurídicas, e têm eficácia no seu âmbito de atuação, até para permitir a utilização dos meios processuais de tutela desse âmbito (como o recurso especial, no tocante ao artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, e as ações diretas de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual). Elas não são normas secundárias que correm necessariamente a sorte das normas primárias, como sucede com o regulamento, que caduca quando a lei regulamentada é revogada. Em se tratando de norma ordinária de reprodução ou de norma constitucional estadual da mesma natureza, por terem eficácia no seu âmbito de atuação, se a norma constitucional federal reproduzida for revogada, elas, por terem eficácia no seu âmbito de atuação, persistem como normas jurídicas que nunca deixaram de ser. Os princípios reproduzidos, que, enquanto vigentes, se impunham obrigatoriamente por força apenas da Constituição Federal, quando revogados, permanecem, no âmbito de aplicação das leis ordinárias federais ou constitucionais estaduais, graças à eficácia jurídica delas resultante.”

No Direito Constitucional Alemão vigora o princípio de que “o direito federal tem prioridade sobre o direito estadual” (*Bundesrecht bricht Landesrecht*) ex vi do art. 30 da Constituição Alemã. Entretanto, a Corte Constitucional Federal Alemã, em 29/1/1974 decidiu que esse princípio não se aplica às normas constitucionais estaduais de reprodução obrigatória. Note-se que na Alemanha não existe o controle difuso de constitucionalidade. Tal decisão resolveu o problema do esvaziamento do conteúdo das constituições estaduais.

A propósito, observou ainda o Ministro MOREIRA ALVES:

“No Brasil – onde a Constituição federal declara solenemente que “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição” (art. 25, caput); que subordina a lei orgânica dos municípios também aos princípios contidos na Constituição do Estado em cujo território se localizam (art. 29, caput); que permite a intervenção nos municípios pelos Estados quando o tribunal de Justiça der provimento a representação de inconstitucionalidade em face de princípios indicados na Constituição estadual (inciso IV do artigo 35); e que dá aos Estados competência para a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual -, é inadmissível, com a devida vênia, pretender-se que tudo isso se declara para praticamente nada, que a tanto leva a afirmação de que as normas de reprodução dos preceitos que a Constituição federal impõe aos Estados, e que vão dos direitos e princípios fundamentais até minudências de direito administrativo, não são normas jurídicas, e, portanto, não integram a Constituição Estadual, que é inclusive o parâmetro, sem restrições, da jurisdição constitucional estadual de ações diretas de inconstitucionalidade, inclusive interventivas. E isso sem levar em consideração as conseqüências inadmissíveis a que conduz a tese de que norma de reprodução não é norma jurídica, só o sendo a reproduzida.

É por não haver esse princípio “Bundesrecht bricht Landesrecht” no direito brasileiro – e pelo qual as normas de reprodução, e não apenas as de contradição, não têm eficácia jurídica – que, já no início de nossa história constitucional republicana, Amaro Cavalcanti (Regime Federativo e a República Brasileira, pág 172, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1900), comentando o artigo 63 da Constituição de 1891 (‘cada Estado reger-se-á pela constituição e pelas leis que adotar, respeitados os princípios constitucionais da União’), salientava que o pensamento fundamental ‘fora estabelecer o governo nacional e os governos locais, como dois aparelhos inteiramente distintos’, tendo a advertência respeitados os princípios constitucionais

da União por finalidade expressar – o que estaria subentendido – que ‘os direitos reconhecidos a cada um deles não podiam ir além ou achar-se em contradição com a sua qualidade fundamental de membro da federação(...)

Isto implica dizer que as normas que a Constituição Federal, explícita ou implicitamente, impõe à observância do Estado devem ser transplantadas (normas de reprodução) para as Constituições Estaduais, ao passo que as outras podem, ou não, ser copiadas (normas de imitação) por estas. E é óbvio que esse transplante não se faria necessário se essas normas de reprodução fossem inócuas, por não serem sequer jurídicas. São elas eficazes também no ordenamento jurídico estadual, permitindo, obviamente, que aí atuem como normas estaduais, nos limites da competência dos Estados de aplicá-las e fazê-las respeitar.

A essa eficácia, que tradicionalmente é reconhecida no direito brasileiro – jamais se negou, no âmbito do recurso extraordinário, que questão discutida em face de norma estadual de reprodução obrigatória pelos Estados (e várias das normas gerais de direito tributário o são) era exclusivamente estadual, a essa eficácia, repito, a única objeção que se lhe pretende opor como intransponível é a de que o Supremo Tribunal Federal, assim, poderá perder sua posição de guardião da Constituição. E isso porque, neste caso, as decisões em ação direta estadual, por se tratar de processo objetivo, ou não admitiriam sequer recurso extraordinário, ou, se admitindo este, a declaração de inconstitucionalidade da norma local, no âmbito do Estado-membro, impediria que esta Corte reexaminasse, em controle difuso, em face da Constituição Federal(...)

De efeito, se o Supremo é expressamente o guardião da Constituição Federal, e se esta, ao contrário do que ocorre com relação aos atos normativos estaduais e federais em face dela, não lhe dá competência para processar e julgar ação direta de

inconstitucionalidade contra ato normativo municipal, competência que, se existisse, seria dele, não se pode evidentemente – ao contrário do que chegou a ser sustentado por forte corrente doutrinária – pretender que aquilo que foi negado ao próprio Supremo Tribunal Federal possa ser atribuído aos Tribunais de Justiça, por construção doutrinária e jurisprudencial que aberram do sistema constitucional brasileiro, até porque – e aí o argumento de que usei obviamente – eles julgam a causa diretamente em face da Constituição Federal, e sob o fundamento de defendê-la melhor (era esta a razão de se dar aos Tribunais locais, em substituição ao Supremo, a ação direta), poderiam violá-la irremediavelmente, pois o Supremo Tribunal Federal, se essa decisão ficasse irrecurável, sofreria sua eficácia erga omnes, porque o vencido não quisera recorrer extraordinariamente.”¹⁵⁸

Após a Rcl 383, assentou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a competência dos Tribunais locais para apreciar em tese, a constitucionalidade de leis e atos normativos municipais perante normas formalmente estaduais, mas substancialmente federais e de reprodução obrigatória.

Outro ponto a ser abordado é a questão das normas constitucionais estaduais de caráter remissivo. Sobre o problema das normas remissivas, figurando como parâmetro de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão no julgamento no RE 213.120/BA, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 2/6/2000. À ocasião, entendeu o Pretório que as normas remissivas não poderiam compor o parâmetro de controle abstrato, em julgado assim ementado:

“EMENTA: CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. PRESSUPOSTOS. HIPÓTESE DE NORMAS QUE FAZEM MERA REMISSÃO FORMAL AOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A simples referência aos princípios estabelecidos na Constituição Federal não autoriza o exercício do

¹⁵⁸ Neste sentido: Rcl 337/DF, Rel. Min. Paulo Brossard; Pet 1.120/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

controle abstrato da constitucionalidade de lei municipal por este Tribunal. 2. O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante esta Corte só é permitido se a causa de pedir consubstanciar norma da Constituição Estadual que reproduza princípios ou dispositivos da Carta da República. 3. A hipótese não se identifica com a jurisprudência desta Corte que admite o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo municipal quando a Constituição Estadual reproduz literalmente os preceitos da Carta Federal. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar o autor carecedor do direito de ação.”

Contudo, esse posicionamento foi parcialmente alterado na Rcl 733/PI, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 28/4/2000, onde o Tribunal, por unanimidade, entendeu que as normas constitucionais estaduais remissivas à Constituição Federal, podem servir de parâmetro de controle concentrado de constitucionalidade, no âmbito dos Tribunais de Justiça locais.

No caso em questão, a norma remissiva prevista no art. 5º, caput, da Constituição do Estado do Piauí, possuía o seguinte teor: “*O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país*”. O acórdão assim foi ementado:

“RECLAMAÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O CONTROLE DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL.

Se o objeto da ação direta de inconstitucionalidade encaminhada ao Tribunal de Justiça do Estado do Piauí é apenas a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual em face da Carta estadual, que reproduz dispositivo da Constituição Federal, não ocorre usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, desautorizando a via da reclamação. Reclamação que se julga improcedente.”

Ao examinar o tema, quando do julgamento da Reclamação 4.432/TO, o emitente Relator Ministro GILMAR MENDES fundamentou a sua decisão da doutrina de LEO LEONCY, *in verbis*:

“Com isso, se uma norma estadual ou municipal viola ou não uma proposição constitucional estadual remissiva, é circunstância que apenas se saberá após a combinação entre norma remissiva e norma remetida, que é o que vai determinar o alcance normativo do parâmetro de controle a ser adotado. Entretanto, uma vez determinado esse alcance, a anulação da norma estadual ou municipal por violação a tal parâmetro nada mais é do que uma consequência da supremacia da Constituição Estadual no âmbito do Estado-membro. Em outras palavras, as consequências jurídicas decorrentes de eventual violação à proposição remissiva constante da Constituição Estadual derivam da própria posição hierárquico-normativa superior desta no âmbito do ordenamento jurídico do Estado-membro, e não da norma da Constituição Federal a que se faz referência.

*Assim, se as proposições remissivas constantes das diversas Constituições Estaduais, apesar de seu caráter dependente e incompleto, mantêm sua condição de proposições jurídicas, não haveria razão para lhes negar a condição de parâmetro normativo idôneo para se proceder, em face delas, ao controle abstrato de normas perante os Tribunais de Justiça.”*¹⁵⁹

Deste modo, acertou o Supremo Tribunal Federal na Rcl 733/PI, nesse novo entendimento, considerando que as normas constitucionais estaduais remissivas, são normas jurídicas, logo, podem figurar como parâmetro de controle abstrato de constitucionalidade perante os Tribunais de Justiça dos Estados.

¹⁵⁹ LEONCY, Leo. *Controle de Constitucionalidade Estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Conclui-se, portanto, que uma lei municipal pode violar tanto a Constituição Federal quanto as Cartas Estaduais, sendo que na primeira hipótese é completamente inadmissível o controle abstrato ou concentrado perante o STF via ação direta de inconstitucionalidade, restando, assim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou a via difusa.

Todavia, na segunda hipótese, ou seja, no caso de uma lei ou ato normativo municipal violar uma Constituição Estadual, ainda que sejam normas de repetição ou remissão das normas constitucionais federais, admite-se a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, mantendo-se a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados para o julgamento, tanto a inconstitucionalidade por ação quanto por omissão.

7.4. A lei ou ato normativo municipal que contraria a Lei Orgânica Municipal.

A antinomia de lei ou ato normativo municipal contrário a Lei Orgânica Municipal é tema praticamente inexistente em sede doutrinária devido à omissão do legislador constituinte federal e estadual. Logo, a forma de exercício deste controle demanda estudo mais aprofundado, todavia, algumas considerações podem ser inicialmente desenvolvidas.

Considerando que a Constituição Federal de 1988 ampliou a autonomia do Município, classificando-o como um ente federativo, poder-se-ia dizer que a Lei Orgânica do Município é verdadeira Constituição Municipal, eis que ocupa o ápice da pirâmide do ordenamento jurídico municipal.

Notáveis juristas como CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS sustentam que não há que se falar em inconstitucionalidade por lesão a Lei Orgânica Municipal, alegando que esta teria natureza de lei, e não de Constituição. Assim, os referidos autores sustentam que não pode haver ação de inconstitucionalidade por lesão à lei orgânica do município, *“uma vez que, nada obstante a simetria de que*

ela desfruta com as Constituições Estaduais e Federal, a sua natureza é de lei e não de Constituição. O vício é de mera legalidade e não de inconstitucionalidade”.¹⁶⁰

Entretanto observa-se, *permissa vênia*, que o caráter constitucional que permeia a Lei Orgânica Municipal decorre da sua superioridade hierárquica dentro do ordenamento jurídico municipal, que goza da autonomia federativa legitimamente conferida pelo titular do poder constituinte originário de 1988.

Assim, uma lei ou ato normativo municipal em dissonância com a Lei Orgânica, deve ser expurgada do ordenamento, em nome da coerência e hierarquia do sistema normativo municipal.

Nesse sentido, ANDRÉ RAMOS TAVARES, observa o seguinte:

“o que parece fora de questão é que se pode atribuir à Lei Orgânica um caráter constitucional, não em função de instituir uma entidade estatal, mas por ser a norma maior reguladora da atividade política do município, mantendo, assim, superioridade hierárquica em relação a todo o restante do ordenamento municipal”.¹⁶¹

Ocorre, que este controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em confronto com a Lei Orgânica Municipal não está previsto pelo constituinte federal ou estadual. Por tal razão, o supracitado autor conclui o seguinte:

“No silêncio legislativo a respeito do controle da incompatibilidade entre leis orgânicas municipais e normas inferiores, não pode subsistir outra conclusão senão a de que, devido à imperatividade de eliminar do ordenamento jurídico positivo antinomias e outros vícios que venham lhe tolher a coerência, é necessário que seja

¹⁶⁰ In BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra, Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1997. No mesmo sentido: LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 185.

¹⁶¹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.354.

permitido aos órgãos do Judiciário conhecer tais normas incompatíveis e impedir que produzam efeitos sobre relações jurídicas legalmente constituídas. Não há no sistema jurídico pátrio, no entanto, forma de proceder a esse efeito senão por meio do controle difuso, caso a caso.”¹⁶²

Assim, a resta claro, que a forma de exercício deste controle seria *incidenter tantum* pela via difusa.

7.5. Peculiaridades da ação direta de inconstitucionalidade da lei municipal.

Na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, não se discute situações jurídicas individuais, pois trata-se de processo objetivo, para dirimir conflitos de ordem constitucional em face da Constituição Estadual.

Dentre as peculiaridades que envolvem a ADI municipal, algumas devem ser examinadas mais detidamente, devido a sua relevância no plano jurídico-processual.

Devido à sua natureza objetiva, uma vez proposta a ação direta, não se admite desistência, eis que é indisponível. O regimento interno do Supremo Tribunal Federal, em seu art. 169, § 1º, aduz que “*proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência*”. Da mesma forma, este princípio aplica-se a ADI municipal.

Outro aspecto a ser analisado trata da eficácia *erga omnes* ou *inter partes* da sentença proferida em ação direta de inconstitucionalidade da lei municipal, bem como da necessidade de se remeter a decisão à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal.

¹⁶² Idem. Ibidem. p. 355

Para GILMAR FERREIRA MENDES, a comunicação à Assembléia Legislativa e à Câmara Municipal mostra-se dispensável, tendo a decisão, portanto, eficácia *erga omnes*, fundamentando que:

“Trata-se de reconhecer que o controle abstrato de normas do direito estadual e municipal em face da Constituição, tal como autorizado no art. 125, § 2º, da Constituição Federal e disciplinado em diversas Constituições estaduais, não se compatibiliza com fórmulas limitadoras da eficácia da decisão, como a prevista no art. 52, X, da Constituição. A decisão proferida em controle abstrato há de ter eficácia erga omnes, sob pena de se subverter ou de se descaracterizar por completo o próprio sistema judicial de controle de constitucionalidade, subordinando-se a eficácia do pronunciamento judicial definitivo a uma decisão tipicamente política de um órgão legislativo.

*Não há dúvida, pois, de que as disposições contidas nas diversas Constituições que condicionam a eficácia da decisão proferida em sede de controle abstrato, no âmbito estadual, à decisão de um órgão político estadual ou municipal parecem afrontar a própria Constituição Federal, que autoriza a instituição de um controle de constitucionalidade exercido por órgão jurisdicional e não por órgão político.”*¹⁶³

Conclui-se que as decisões proferidas em sede de ADI de lei ou ato normativo municipal possuem eficácia *erga omnes*, sendo dispensável a comunicação à Assembléia Legislativa, Câmara Municipal ou ainda ao Prefeito, para que se alcance a eficácia para todos.

¹⁶³MENDES. Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade de direito estadual e municipal na Constituição Federal de 1988. Revista Jurídica Virtual 3. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/rev-03/const-dir-mun-est.html>> acesso em 29/9/2004.

Questão de fundamental especificidade exsurge quando da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça em sede controle abstrato, e o cabimento de recurso extraordinário, instrumento de controle concreto da constitucionalidade das leis.

O Min. MOREIRA ALVES responde a questão de forma clara e precisa:

“Ocorre, porém, que não é correto afirmar-se que, em ação direta de inconstitucionalidade estadual, por ser processo objetivo, dada a natureza de seu objeto, não é admissível recurso extraordinário.

Tanto na ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal perante o Supremo Tribunal Federal quanto na ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição estadual perante Tribunal de Justiça, pode surgir a questão – que é sempre federal – de a norma constitucional federal ou estadual, que levará a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, seja inconstitucional. Com efeito, em ação direta proposta perante esta corte em face da Constituição Federal, não poderá ela declarar incidentalmente que a emenda constitucional que introduziu na Constituição Federal o preceito que é incompatível com o ato normativo atacado é que é inconstitucional, por defeito formal no processo legislativo observado, ou por violação da cláusula pétrea? É claro que poderá, pois seria inadmissível que o Supremo Tribunal Federal, para impor a observância da Constituição, não pudesse declarar inconstitucional o que realmente o seria (o princípio nela introduzido inconstitucionalmente), e tivesse de ter como inconstitucional a norma infraconstitucional que, em verdade não infringiu a Constituição.

Ora, se essa questão raramente surgirá em ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal perante esta corte dada a limitação dessas causas de inconstitucionalidade, o mesmo não se poderá dizer com relação às ações diretas de inconstitucionalidade em face das Constituições estaduais. Haja vista a frequência com que esta Corte tem declarado inconstitucionais normas

constitucionais estaduais. E, se levantada questão dessa natureza no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade estaduais, não terá ela de ser julgada pelo Tribunal local, com recurso extraordinário a esta Corte, com base, conforme o caso, nas letras a ou c do III do art. 102 da Constituição Federal? É evidente que sim, pois a ação direta de inconstitucionalidade não é incompatível com recurso – no âmbito desta Corte, os embargos infringentes sempre foram admitidos - e não há como sustentar-se que as lides objetivas não sejam causas para efeito de recurso extraordinário, que visa a preservar a observância da Constituição Federal.

Assim sendo, nas ações diretas de inconstitucionalidade estaduais, em que a lei municipal ou estadual seja considerada inconstitucional em face de preceito da Constituição estadual que reproduza preceito central da Constituição Federal, nada impede que nessa ação se impugne, como inconstitucional, a interpretação que se dê ao preceito de reprodução existente na Constituição do Estado por ser ela violadora da norma reproduzida, que não pode ser desrespeitada, na federação, pelos diversos níveis de governo. E a questão virá a esta Corte, como, aliás, tem vindo, nos diversos recursos extraordinários interpostos em ações diretas de inconstitucionalidade de leis locais em face da Constituição Federal ajuizadas nas Cortes locais, a questão da impossibilidade jurídica dessas argüições.”¹⁶⁴

Tendo em vista a possibilidade de recurso extraordinário contra decisão dos Tribunais estaduais, exsurge outra indagação: Caso não haja recurso extraordinário, a decisão cuja eficácia é *erga omnes* vinculará o Supremo Tribunal Federal, ou, em outras palavras, transitará em julgado?

Do mesmo modo, o Min. MOREIRA ALVES elucida a questão fundamentando que:

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, IBDC, 2000. p. 601-602.

“(...) na hipótese de não interposição de recurso extraordinário (ou de não oferecimento de reclamação como acima observei), se a decisão do Tribunal de Justiça, na ação direta, for pela sua improcedência – que vale dizer que a lei municipal ou estadual foi tida como constitucional – embora tenha ela também eficácia erga omnes, essa eficácia se restringe ao âmbito da Constituição estadual, ou seja, a lei então impugnada, aí, não poderia mais ter sua constitucionalidade discutida em face da Constituição estadual, o que não implicará que não possa ter sua inconstitucionalidade declarada, em controle difuso ou em controle concentrado (perante esta Corte, se se tratar de lei estadual), em face da Constituição Federal, inclusive com base nos mesmos princípios que serviram para a reprodução. E isso se explica, não só porque a causa petendi (inconstitucionalidade em face da Constituição Federal, e não da estadual) é outra, como também por ter a decisão desta Corte eficácia erga omnes nacional, impondo-se, portanto, aos Estados.

Se, porém, a decisão do Tribunal de Justiça, na ação direta, for pela procedência – o que implica a declaração de nulidade da norma municipal ou estadual impugnada – a sua retirada do mundo jurídico, com eficácia retroativa à data do início de sua vigência, se faz no âmbito mesmo em que ela surgiu e atua – o estadual –, o que impede que, por haver a norma deixado de existir na esfera do ordenamento que integrava, que seja reavivada, em face da Carta Magna federal, questão cujo objeto não mais existe.”¹⁶⁵

Dessa forma conclui-se que no caso de improcedência da ação (com a declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo municipal), o Supremo Tribunal Federal não está vinculado à decisão do Tribunal de Justiça Estadual, posto que a questão pode ser conhecida tanto em sede de controle difuso, quanto abstrato quando houver ofensa à Carta Maior. Entretanto, no caso de procedência (com a

¹⁶⁵ Idem, Ibidem p. 603.

declaração de nulidade com efeitos *ex tunc* da norma), o STF não pode conhecer de ação cuja norma é inexistente.

Destarte, de forma clara e impositiva, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a ADI municipal em seu art. 125, § 2º. GILMAR MENDES entende que a ação direta de inconstitucionalidade genérica e a ação de inconstitucionalidade por omissão possuem como ponto em comum a omissão parcial, e conseqüentemente como o legislador admite a instituição da primeira pelos Estados, está abrangendo também a categoria da omissão.¹⁶⁶

Os legitimados ativos para proporem a ação direta de inconstitucionalidade, são os mesmos da ADI por omissão. Isto porque, a finalidade da ação de inconstitucionalidade por omissão e da ação direta de inconstitucionalidade é exatamente a defesa da Constituição Federal. Ademais, estas ações possuem a mesma natureza.¹⁶⁷ Assim, as Constituições Estaduais podem dispor a respeito da fiscalização abstrata por omissão.

Entretanto, no caso das leis municipais, a questão apresenta uma lacuna normativa, uma vez que o rol de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal não possui disciplina normativa.

Sobre o ponto, ANDRÉ RAMOS TAVARES observa o seguinte:

“No caso de atos normativos municipais, os instrumentos processuais, o órgão controlador (Tribunal de Justiça) e os agentes com legitimação para argüir a inconstitucionalidade desses atos perante a Constituição estadual são os mesmos envolvidos na inconstitucionalidade de lei estadual, com a ressalva evidente de que, tratando-se de lei municipal, consideram-se sujeitos ativos juridicamente interessados na apresentação da ação de inconstitucionalidade o

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade de direito estadual e municipal na Constituição Federal de 1988*. Revista Jurídica Virtual 3, p. 23.

¹⁶⁷ “a ação de inconstitucionalidade seja de ato normativo, seja por omissão, possui a mesma natureza” CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 339.

*Prefeito e a Câmara dos Vereadores do município em questão, bem como entidades de classe de atuação municipal”.*¹⁶⁸

Ora, tendo em vista a autonomia dos municípios, sustenta-se no presente estudo, que o rol de legitimados para a propositura da ADI municipal, deve ser, à luz do princípio da simetria: a) o Prefeito; b) a mesa da Câmara de Vereadores; c) o Ministério Público local; d) a OAB local; e) o Partido Político com representação na Câmara de Vereadores; f) Entidade de classe de âmbito local (art. 103 da Constituição).

¹⁶⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 351.

CAPÍTULO 8 – A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DO DIREITO MUNICIPAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

SUMÁRIO: 8.1. Considerações gerais – 8.2. Origens da argüição de descumprimento de preceito fundamental – 8.3. O significado da expressão *descumprimento de preceito fundamental* – 8.4. Processamentos da ADPF – 8.5. A ADPF como mecanismo de controle de constitucionalidade em tese, da lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal.

8.1. Considerações gerais

É cediço que a fiscalização abstrata de constitucionalidade da lei ou ato normativo municipal, só era permitida em face da Constituição Estadual pelo disposto no art. 102, I, que silencia no tocante aos Municípios, combinado com art. 125, § 2º da Constituição, que confere competência aos Tribunais de Justiça locais para fiscalizar a lei municipal em confronto com a Constituição Estadual, ainda que seja a norma impugnada mera repetição da Constituição Federal.

Contudo, exsurge por meio da argüição de descumprimento de preceito fundamental a possibilidade do controle abstrato da lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, incrementando, portanto, o sistema de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos Municipais.

8.2. Origens da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

O Instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental é uma criação do direito brasileiro,¹⁶⁹ introduzida pela Constituição-cidadã de 1988, que em seu artigo 102, § 1º,¹⁷⁰ da Constituição o qual dispõe que, “a argüição de

¹⁶⁹ A nossa ADPF possui muita proximidade com o instituto da *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão, que traduzido ao literalmente significa agravo constitucional ou recurso constitucional.

¹⁷⁰ Parágrafo único convertido em § 1º pela Emenda Constitucional 3, de 17 de março de 1993.

descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Entretanto, como o supracitado artigo utilizou o termo *na forma da lei*, o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de que esta norma tinha eficácia limitada à lei regulamentadora.¹⁷¹

Somente em 1997 foi designada uma Comissão composta por eminentes juristas,¹⁷² especialmente para apresentar um anteprojeto de regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Os trabalhos da Comissão Especial presidida por CELSO RIBEIRO BASTOS terminaram em novembro de 1997, quando a proposta foi apresentada ao Congresso Nacional.

Após quase dois anos de discussão, a proposta foi aprovada apesar dos vetos e modificações que, notadamente limitaram os seus efeitos. Assim, em 3 de dezembro de 1999, foi promulgada e publicada a Lei nº 9.882,¹⁷³ que *“dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal”* conferindo-lhe a natureza de *Lei de Ritos*.

Dentre as principais inovações que a ADPF trouxe ao sistema de controle de constitucionalidade do direito brasileiro, possibilitando colmatar lacunas do nosso sistema, pode-se destacar a permissão do controle *concentrado* perante o Supremo Tribunal Federal tanto de normas pré-constitucionais, quanto das leis ou atos normativos municipais.

Entretanto, cumpre enfatizar no presente estudo, em razão da relevância da matéria, a possibilidade do controle abstrato de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁷¹ Pet 1.140-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, *“(...) enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la.”* Neste mesmo sentido: AI 145.860-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio; AI 144.834-AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão.

¹⁷² CELSO RIBEIRO BASTOS, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, ARNOLDO WALD, OSCAR DIAS CORRÊA e GILMAR FERREIRA MENDES todos nomeados pelo então Ministro da Justiça IRIS REZENDE.

¹⁷³ Lei 9.882, de 1999 em anexo.

Assim, a argüição de descumprimento de preceito fundamental consiste num poderoso instrumento da jurisdição constitucional para tutelar os preceitos mais importantes da Constituição Federal, garantindo a sua supremacia por meio de um controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal.

8.3. O significado da expressão *descumprimento de preceito fundamental*

O conceito de *descumprimento* na Lei nº 9.882/99 compreende os atos do Poder Público sejam estes normativos ou não.¹⁷⁴ No intuito de esclarecer o que vem a ser *preceito fundamental* mister se faz, trazer à lume, as lições do saudoso CELSO RIBEIRO BASTOS:

*“(...) não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão-somente aos grandes princípios e regras basilares deste diploma. Dentre estes, podemos de antemão frisar alguns que, dada sua magnitude e posição ocupada na Carta, não deixam dúvidas quanto à caracterização de fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.”*¹⁷⁵

Assim, o sentido e alcance da expressão *descumprimento de preceito fundamental*, está justamente em atos do Poder Público, por meio de suas ações ou omissões de que ofendam ou descumpram preceitos considerados fundamentais pela Constituição Federal.

8.4. Processamentos da ADPF

¹⁷⁴ “(...) compreendendo, inclusive, o que é fundamental para os propósitos desde trabalho, as suas omissões.” in CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2004. p. 572.

¹⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatória*. Revista Jurídica Virtual 8. p. 2.

Os legitimados para o ajuizamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, *ex vi* do art. 2º da Lei 9.882/99.

Duas são as modalidades de argüição de descumprimento de preceito fundamental. A primeira é a argüição direta ou autônoma que representa tipicamente uma ação direta de controle concentrado de constitucionalidade a qual é proposta perante o Supremo Tribunal Federal objetivando a defesa dos preceitos constitucionais fundamentais. A segunda forma de processamento é a argüição incidental, suscitada ao Pretório Excelso em razão de um processo judicial.¹⁷⁶

8.5. A ADPF como mecanismo de controle de constitucionalidade em tese, da lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal.

Contudo, por meio da argüição de descumprimento de preceito fundamental, abriu-se a possibilidade do controle em tese de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, antes só admitido pela via difusa. Sobre o tema GILMAR FERREIRA MENDES anota que:

“Essa solução é superior, sem dúvida, a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.”¹⁷⁷

¹⁷⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2004. p. 655.

¹⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade de direito estadual e municipal na Constituição Federal de 1988*. Revista Jurídica Virtual 3. p. 27.

Sobre a fiscalização de constitucionalidade das normas municipais pré-constitucionais, o Ministro GILMAR MENDES, quando do julgamento da ADPF 33, consignou o seguinte:

“A questão ganhou, porém, novos contornos com a aprovação da Lei no 9.882, de 1999, que disciplina a argüição de descumprimento de preceito fundamental e estabelece, expressamente, a possibilidade de exame da compatibilidade do direito pré-constitucional com norma da Constituição Federal.

*Assim, toda vez que se configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual **ou municipal**, anteriores à Constituição, em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade propor argüição de descumprimento.*

Também essa solução vem colmatar uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro, permitindo que controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional sejam solvidas pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante“ (grifei).

ALEXANDRE DE MORAIS sustenta que *“o único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o difuso, exercido incidenter tantum, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto”*,¹⁷⁸ em seguida defende a inconstitucionalidade da Lei 9.882/99 no que tange ao controle abstrato das leis municipais perante o Pretório Excelso.¹⁷⁹

Entretanto, com a devida *vênia*, tal posição incorre em equívoco uma vez que a Constituição Federal de 1988 jamais vedou implícita ou explicitamente o controle abstrato das leis municipais perante o Supremo Tribunal Federal, mas tão somente

¹⁷⁸ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 664.

¹⁷⁹ Idem Ibidem. p. 705-706.

proibiu este tipo de controle se exercido especificamente em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Ora, considerando o disposto no art. 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988, o qual confere competência ao Supremo Tribunal Federal para apreciar a argüição de descumprimento de preceito fundamental e o art. 1º da Lei nº 9.882/99, *in verbis*:

*“Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de **ato do Poder Público**.*

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

*I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou **municipal**, incluídos os anteriores à Constituição”* (grifei).

Resta evidente, portanto, a competência direta do Supremo Tribunal Federal para apreciar, em sede de controle abstrato, a constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais, até mesmo anteriores a própria Constituição de 1988 por meio da argüição de descumprimento de preceito fundamental, o que reforça ainda mais o sistema da fiscalização de constitucionalidade das leis municipais, no sentido de proteger e fortalecer a Supremacia da Constituição.

CAPÍTULO 9 – CONCLUSÃO

O presente estudo procurou desvendar a problemática do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos municipais, partindo do postulado da supremacia da Constituição, até adentrar na jurisdição constitucional, de modo que por todo o exposto ao longo do trabalho, podemos dele haurir e expor as considerações finais a seguir esquadrihadas.

A rigidez constitucional é conditio sine qua non para a aplicabilidade e eficácia do postulado da Supremacia da Constituição, sob o qual se fundamenta toda a teoria geral do controle de constitucionalidade das leis.

Dentre os sentidos de Constituição, a concepção cultural é sem dúvida a melhor que desponta na doutrina, tendo em vista que reúne e explora aspectos relevantes das concepções política, sociológica, e jurídica da Constituição que em verdade são partes de um todo, não podendo jamais ser tratadas como compartimentos estanques. Isso porque a ciência jurídica não é auto-suficiente, como pensou o Mestre de Viena. O Direito como objeto cultural, necessita de investigações *zetéticas*, isto é, no âmbito de outras ciências.

A inconstitucionalidade, também decorrente do princípio da supremacia da Constituição, consiste no resultado do conflito de uma norma ou ato hierarquicamente inferior com a Lei Fundamental, a qual pode advir de *ação*, quando resulta de ato que viola no todo ou em parte a Constituição, ou por *omissão*, quando os órgãos do poder público ficam inertes à vontade da Lei Maior.

A função jurisdicional como última forma de controle social deve decidir e definir todo e qualquer caso que lhe seja submetido, ainda que haja omissão legislativa – criatividade judicial –, por força do princípio da proibição do *non liquet*.

São pressupostos da jurisdição constitucional, a existência de uma Constituição formal, rígida e suprema, bem como a previsão de um órgão competente para o exercício da fiscalização de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Nesse sentido, conclui-se que a jurisdição constitucional consiste na atividade jurisdicional estatal que possui a finalidade de exercer o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, em caso de inconstitucionalidade por ação ou omissão, mantendo-se a Supremacia da Constituição.

A jurisdição constitucional não é indispensável à democracia, no entanto, quando bem utilizada, apresenta-se como um poderoso instrumento capaz de fortalecer as instituições democráticas, impedindo que normas vinculadas à maioria, violem direitos fundamentais de minorias.

O controle de constitucionalidade das leis é oriundo dos Estados Unidos da América, fruto da reflexão jurisprudencial acerca da Supremacia da Constituição no século XVII, quando se consagrou o controle difuso de constitucionalidade das leis.

No Brasil, excetuando-se a Constituição Imperial, todas as outras consagraram a jurisdição constitucional, iniciando-se com o controle *difuso-incidental* norte-americano, até a emenda nº 16 de 1965 que trouxe duas importantes inovações: a ação direta de inconstitucionalidade e a competência do Tribunais de Justiça locais para julgar a inconstitucionalidade das leis municipais em face da Constituição Estadual. Combinando-se, portanto, o controle de constitucionalidade *difuso* e o *abstrato*.

A Constituição Federal de 1988 veio reforçar a jurisdição constitucional brasileira, ampliando o rol de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, criando o Advogado-Geral da União, instituindo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, e possibilidade dos Estados-Membros proporem a ação direta de inconstitucionalidade para fiscalizarem a constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição Estadual.

A autonomia municipal brasileira foi conquistada ao longo da história, até a presente Constituição, que deu forma republicana ao governo e estrutura federativa ao Estado. E inscreveu, ainda, a autonomia municipal como prerrogativa intangível, capaz de autorizar, em caso de violação, a intervenção federal. Deste modo a Constituição Federal de 1988 reparte as competências entre os seus entes federativos

(União, Estados, Municípios e o Distrito Federal), reconhecendo a autonomia política, legislativa e organizacional dos Municípios.

A fiscalização de constitucionalidade das leis e atos normativos não é monopólio da função jurisdicional. Com efeito, o controle de constitucionalidade brasileiro pode ser exercido por um órgão político, tanto *preventivamente* (art. 58 e 66, § 1º, da Constituição), quanto *repressivamente* (art. 49, V, e 62, § 5º, da Constituição).

O controle *difuso-incidental* pode ser exercido *via de exceção* por todo e qualquer juiz de qualquer tribunal ou instância, em decorrência de um caso ou situação jurídica *in concreto*, com o intuito de garantir direitos subjetivos, face a Constituição Federal ou do Estado. Os efeitos da decisão são, em regra, *inter partes* e *ex tunc*.

A jurisdição constitucional brasileira prevê ainda, instrumentos especiais para o controle incidental de constitucionalidade. São conhecidos como *remédios constitucionais*, pois estão à disposição de qualquer cidadão para sanar ou prevenir ilegalidades. São eles: o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação popular, o habeas corpus, o habeas data e a ação civil pública.

Com a importação do modelo difuso norte-americano na Constituição de 1891, sem, contudo adotar o princípio do *stare decises*, criou-se um grave problema para a jurisdição constitucional, uma vez que, as decisões da Suprema Corte operava efeitos somente entre as partes. Assim sendo, crescia o número de decisões conflitantes sobre a mesma matéria nos diversos tribunais do país.

A fórmula encontrada para atenuar o problema pelo Constituinte de 1934, consistente na atribuição de competência ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Judiciário (art. 52, X, da Constituição de 1988), perdeu o seu próprio sentido com a ampliação dos efeitos das decisões em controle concentrado em 1977, sem a necessária intervenção do Senado. Tal fórmula sobrevive hoje, por questões exclusivamente históricas.

A convivência entre os modelos difuso e concentrado apresenta uma tensão devido à proximidade entre os sistemas. Assim, esses sistemas não devem ser tratados como compartimentos absolutamente estanques, pois eles se comunicam com certa frequência.

Com efeito, não é razoável que uma determinada norma declarada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no controle difuso, continue a causar lesão à direitos, até que o Senado Federal, eventualmente, suspenda a execução da norma, pois não está obrigado a fazê-lo, ou então, que a mesma questão seja hipoteticamente decidida pelo Plenário da Suprema Corte, pela via abstrata.

No caso dos municípios, a situação é ainda mais grave, pois inobstante a possibilidade do controle concentrado via ADPF pelo Plenário do STF, tal fato é inédito na Suprema Corte. Assim sendo, no caso das leis ou atos normativos municipais inconstitucionais, a questão somente será apreciada pelo STF pela via penosa do recurso extraordinário, que entulha as prateleiras do Pretório Excelso, o que reforça a necessidade da atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões do Plenário do STF no controle difuso.

A doutrina predominante e a jurisprudência uníssona do Supremo Tribunal Federal afastam a possibilidade do controle abstrato da lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal por meio de ação direta de inconstitucionalidade. Todavia, se a lei municipal violar a Carta Estadual, ainda que seja uma norma de repetição da Carta Federal, admite-se a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por ação ou por omissão, mantendo-se a competência dos Tribunais Estaduais para o seu julgamento. Entretanto, com o advento da Lei nº 9.882, de 1999, possibilitou-se o controle de constitucionalidade abstrato das leis ou atos normativos municipais diretamente ao Supremo Tribunal Federal, por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Deste modo, chega-se ao fim do presente estudo, que buscou tão somente sistematizar e discutir a fiscalização de constitucionalidade das leis municipais, no afã de poder contribuir com a nova dogmática constitucional brasileira, a qual se revela *progressista e emancipatória*, bem como lutar pela evolução e aperfeiçoamento do

municipalismo, efetivando-se a *força normativa da Constituição (Die normative kraft der verfassung)*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *A ação direta de inconstitucionalidade da lei municipal*. Revista da Associação Mato Grossense de Magistrados - AMAMJUS, Cuiabá-MT, v. 19, 2004.

_____. *Antecedentes históricos do controle difuso de constitucionalidade das leis (the lead case Marbury v. Madison)*. Jus Navigandi, Teresina-PI, v. Ano 8, n. 474, 2004.

ANJOS FILHO, Robério Nunes. *Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Revista de Direito Público 4.

BARBOSA, Ruy. *Cartas de Inglaterra: O Congresso e a Justiça no Regimen Federal*. 2ª edição, São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C., 1929.

_____. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933.

_____. *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Poder Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXXI, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *A Nova Interpretação Constitucional: Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____; MARTINS, Ives Gandra, *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____; VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. *A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatória*. Revista Jurídica Virtual 8. p. 2. disponível em <<http://planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev-08/arg/descump-Celso.html>>. Acesso em 29 de setembro de 2004.

BITTENCOURT. Lúcio, *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1977.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____; *Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*. in MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. (coord). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CARNELLUTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série, nº 6, Brasília: Ed. UnB, 1998.

CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. trad. Paulo Capitânio, Campinas: Bookseller, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *A dimensão política da jurisdição Constitucional*. Revista de Direito Administrativo. v. 225. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Jurisdição constitucional e criação judicial do direito: Estado Constitucional de direito ou Estado Judicial de direito?* Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal. n. 7. Brasília: ESMADF, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Edições JusPodivm, 2006.

_____. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O Princípio do stare decisis e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade*. in CAMARGO, Marcelo Novelino. (org.) *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

DIDIER JR. Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2005.

_____. *Transformações do recurso extraordinário*. Rio de Janeiro: Revista Forense v. 389, jan/fev de 2007.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1985.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución – de los antiguos a los modernos*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Revista de Direito do Estado nº 4. BARROSO, Luiz Roberto. (Coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da constitucionalidade das leis municipais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. *Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HAMILTON, Alexander, JAY, John, MADISON, James. *O Federalista (Um comentário à Constituição americana)* Trad. Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

HASKINS, George L. and JOHNSON, Herbert A. *Foundations of Power: John Marshall, 1801-1815* (1981).

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Trad. Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica / CFE, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. *O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar*. Belo Horizonte: UFMG, 1959.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEONCY, Leo. *Controle de Constitucionalidade Estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos no Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Globalização Regionalização e Soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *Reflexões em Torno do Princípio Republicano*. Revista Justiça & Cidadania. Edição 74. Setembro de 2006, p. 6-11.

_____. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intelectos, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Abinarte. 2. ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1970.

LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, 1990.

MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado*. México: Facultad de Derecho / UNAN, Fondo de Cultura Econômica, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O controle de constitucionalidade de direito estadual e municipal na Constituição Federal de 1988*. Revista Jurídica Virtual 3. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/rev-03/const-dir-mun-est.html>> acesso em 29 de setembro de 2004.

_____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

_____. *Lei municipal. Controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito Público 80, p. 79-85.

_____. *O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade*. Revista de Informação Legislativa 134, 1997.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1985.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. “*Coisa Julgada Inconstitucional*” in *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.
- PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PORTO MACEDO JR., Ronaldo. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- RIVERO, Jean. *Les Libertés Publiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1977.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México: Nacional, 1996.
- _____. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SICHES, Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*, 6ª ed. México: Editorial Porrúa, 1978.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

U.S.A. *James Madison University*. Disponível em: <http://www.jmu.edu/madison/center/main_pages/madison_arquivos/era/judicial/marbury.htm> Acesso em 21 de julho de 2004.

_____. *Supreme Court of United States of America*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/outreach/marburyvmadison.htm>> Acesso em 21 de julho de 2004.

_____. *Government of United States of America*. Disponível em: <<http://www.usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/democrac/9.htm>> Acesso em 21 de julho de 2004.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

XIMENES ROCHA, Fernando Luiz. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ANEXO I

LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999

Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO II DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Seção I Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: (Vide artigo 103 da Constituição Federal)

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

CAPÍTULO III DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Seção I
Da Admissibilidade e do Procedimento da
Ação Declaratória de Constitucionalidade

Art. 13. Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa da Câmara dos Deputados;

III - a Mesa do Senado Federal;

IV - o Procurador-Geral da República.

Art. 14. A petição inicial indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;

II - o pedido, com suas especificações;

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.

Art. 15. A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 16. Proposta a ação declaratória, não se admitirá desistência.

Art. 17. (VETADO)

Art. 18. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 19. Decorrido o prazo do artigo anterior, será aberta vista ao Procurador-Geral da República, que deverá pronunciar-se no prazo de quinze dias.

Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II Da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

CAPÍTULO IV DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Art. 25. Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.

Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

CAPÍTULO V DAS DISPOSIÇÕES GERAIS E FINAIS

Art. 29. O art. 482 do Código de Processo Civil fica acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 482...

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades."

Art. 30. O art. 8º da Lei no 8.185, de 14 de maio de 1991, passa a vigorar acrescido dos seguintes dispositivos:

"Art.8º ...

I -

.....

n) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica;

.....

§ 3º São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade:

I- o Governador do Distrito Federal;

II - a Mesa da Câmara Legislativa;

III - o Procurador-Geral de Justiça;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal;

V - as entidades sindicais ou de classe, de atuação no Distrito Federal, demonstrando que a pretensão por elas deduzida guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais;

VI - os partidos políticos com representação na Câmara Legislativa.

§ 4º Aplicam-se ao processo e julgamento da ação direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios as seguintes disposições:

I - o Procurador-Geral de Justiça será sempre ouvido nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade;

II - declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Lei Orgânica do Distrito Federal, a decisão será comunicada ao Poder competente para adoção das providências necessárias, e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias;

III - somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial, poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou de

ato normativo do Distrito Federal ou suspender a sua vigência em decisão de medida cautelar.

§ 5º Aplicam-se, no que couber, ao processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal."

Art. 31. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de novembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Carlos Dias

ANEXO II

LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999

Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II - (VETADO)

Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - (VETADO)

§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

§ 2º (VETADO)

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

IV - o pedido, com suas especificações;

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.

Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

§ 4º (VETADO)

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 8º A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de dezembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Carlos Dias