

**FRANCISCA JEANE PEREIRA DA SILVA MARTINS**

**O CONTROLE CONCENTRADO DE  
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS:  
LIMITES E POSSIBILIDADES**

VITÓRIA  
2005

**FRANCISCA JEANE PEREIRA DA SILVA MARTINS**

**O CONTROLE CONCENTRADO DE  
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS:  
LIMITES E POSSIBILIDADES**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora das Faculdades de Vitória (FDV), como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, sob a orientação do Professor Doutor Daury César Fabriz.

**VITÓRIA  
2005**

**FRANCISCA JEANE PEREIRA DA SILVA MARTINS**

**O CONTROLE CONCENTRADO DE  
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS:  
LIMITES E POSSIBILIDADES**

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz  
Orientador**

---

**Prof. Dr.**

---

**Prof. Dr.**

**VITÓRIA  
2005**

Dedico este trabalho às pessoas que mais amo na vida:

Meu adorado filho, Tiago Martins, a razão da minha vida e a materialização da minha felicidade.

Meu grande amor, Roberto Martins, aquele, que desde o primeiro encontro, me ensinou que é lutando pela concretização dos nossos sonhos que construiremos um mundo melhor.

Minha mãe, Terezinha da Silva, pela dedicação e pelo amor incondicional.

Meu pai, Francisco David, homem de grande sabedoria. Dele herdei a coragem e a determinação para enfrentar todos os desafios.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, pela vida e pela possibilidade de ter concluído mais uma etapa da minha jornada acadêmica.

À minha querida amiga Ruth Oliveira (minha sogra), responsável pelo meu primeiro passo na vida jurídica e por tantas outras coisas.

Aos meus colegas de trabalho da FDV, em especial à Elda Bussinguer, Isabela Castello Miguel, Paula Castello Miguel e Patrícia Pavesi.

Ao meu sempre mestre Daury César Fabriz, pelos ensinamentos e grandes contribuições que recebi durante as aulas no Mestrado e na elaboração deste trabalho.

Aos meus professores do Mestrado, especialmente, à professora Janete Magalhães, professor Geovany Jevaux e professor Carlos Henrique Bezerra Leite.

Aos meus colegas da segunda turma de Mestrado da FDV, principalmente às queridas amigas Andrêssa Alcuri e Juliana Magalhães que me ajudaram a tornar essa caminhada mais leve.

Ao meu amigo Américo Bedê, pelas orientações transmitidas durante o curso e na elaboração deste trabalho.

## RESUMO

Este estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de se alterar o atual sistema de jurisdição constitucional brasileiro, a fim de se permitir que as leis e os atos normativos municipais tenham sua legitimidade controlada por meio da ação direta de inconstitucionalidade. A insuficiência da utilização do sistema difuso como o principal mecanismo apto para controlar a constitucionalidade das leis municipais é o que justifica a referida alteração, considerando que os efeitos das decisões proferidas nesse tipo de controle se restringem às partes envolvidas no litígio, o que faz com que o conflito permaneça latente. Além disso, existem algumas leis municipais que, mesmo estando eivadas de vícios, não podem ter a sua constitucionalidade averiguada incidentalmente, pois o seu conteúdo não enseja lides concretas, como é o caso das leis que tratam de interesses ou direitos difusos. Por meio da pesquisa bibliográfica, procura demonstrar que o Município brasileiro ocupa um importante espaço na composição do atual Estado Federal brasileiro, uma vez que a Constituição Federal de 1988 elevou-o a ente federado, outorgando-lhe autonomia política, aumentando sua produção legislativa. Certamente, se não houver um controle de tal produção, objetivando garantir a supremacia da Constituição Federal, leis municipais inconstitucionais serão inseridas no ordenamento jurídico. No sentido de proteger a Constituição Federal, por tudo que ela representa para o Estado Democrático de Direito, propõe a inclusão das leis municipais como objeto da ação direta de inconstitucionalidade, bem como a autorização para que o Prefeito do Município e a Mesa de Câmara Municipal possam deflagrar a jurisdição da Suprema Corte para o exercício do controle de constitucionalidade de tais leis.

Palavras-chave: Estado Federal. Autonomia dos entes federados. O Município no federalismo brasileiro. Supremacia da Constituição. Controle de constitucionalidade. Lei municipal inconstitucional.

## **ABSTRACT**

This study intends to analyze the possibility of changing the current Brazilian constitutional jurisdiction system, with the purpose of permitting the municipal laws and normative acts to have their legitimacy controlled by a particular judicial action able to enforce their constitutionality. The insufficiency of the diffuse judiciary system as the main mechanism to control the constitutionality of the municipal laws is the first reason to justify the referred change, considering that the effects of such judicial pronouncement is restricted to the parts involved in the litigation, leading the conflict to remain latent itself. Although, some municipal laws full of vices cannot demand incidental constitutionality verification, simply because their contents don't include concrete circumstances of litigation. It happens often with those laws involving diffuse rights or interests. Working with bibliographical research, the present study tries to demonstrate that the Brazilian cities occupy an important place on the current structure of the Brazilian Federalism, once they became a federal entity under the Federal Constitution of 1988. Thus, assuming political autonomy, it is quite natural for the municipal legislation production to be increased. Of course, the absence of a control about the constitutionality of those municipal laws will result on their formal validity, fading the supremacy of Federal Constitution. In order to protect the harmony of the constitutional system, it is proposed to include the municipal laws among the cases that can be object of the action able to check the constitutionality of a normative act under the Supreme Court, also permitting the municipal Mayor and the members of the city House of Representatives to take the initiative of such an action.

Key words: Federal State. Autonomy of the federal entities. Treatment given to the cities on the Brazilian federalism. Supremacy of Constitution. Constitutionality judicial review. Unconstitutionality of municipal laws.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 O ESTADO FEDERAL E O MUNICÍPIO</b> .....	13
2.1 A ESTRUTURA DO ESTADO FEDERAL .....	13
<b>2. 1. 1 Considerações gerais</b> .....	13
<b>2. 1. 2 Características do Estado Federal</b> .....	16
2. 1. 2. 1 Autonomia dos entes federados .....	16
2. 1. 2. 2 A Constituição como fundamento jurídico do Estado Federal ...	17
2. 1. 2. 3 Inexistência do direito de secessão .....	18
2. 1. 2. 4 A repartição das competências e das rendas .....	18
2. 2 O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO .....	20
2. 3 O MUNICÍPIO NA FEDERAÇÃO .....	25
<b>2. 3. 1 O Município no Estado Federal brasileiro</b> .....	26
2. 3. 1. 1 A posição atual do Município no Federalismo brasileiro .....	31
<b>2. 3. 2 A competência legislativa municipal</b> .....	33
2. 3. 2. 1 Competência para elaborar a sua Lei Orgânica .....	34
2. 3. 2. 2 Competências exclusiva e suplementar .....	35
<b>3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	39
3. 1 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO .....	39
3. 2 PRECEDENTES HISTÓRICOS .....	46
<b>3. 2. 1 O sistema difuso ou “americano”</b> .....	53
<b>3. 2. 2 O sistema concentrado ou “austríaco”</b> .....	56
3. 3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO ..	61
<b>3. 3. 1 O atual sistema brasileiro de jurisdição constitucional</b> .....	67
3. 3. 1. 1 O sistema difuso .....	69



3. 3. 1. 2 O sistema concentrado .....	74
3. 3. 1. 2. 1 Aspectos relevantes do sistema concentrado .....	78
<b>4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS .....</b>	<b>87</b>
4. 1 A LEI MUNICIPAL EM DISSONÂNCIA COM A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL	88
<b>4. 1. 1 A ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal.....</b>	<b>88</b>
4. 2 A LEI MUNICIPAL EM DISSONÂNCIA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL..	98
<b>4. 2. 1 A argüição de descumprimento de preceito fundamental .....</b>	<b>99</b>
<b>4. 2. 2 O controle concentrado de inconstitucionalidade de lei municipal:     limites e possibilidades.....</b>	<b>108</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>120</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>125</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>133</b>
ANEXO A – Autógrafo de Lei nº 7.014 e opinamento nº 01/2005 .....	134
ANEXO B – Autógrafo de Lei nº 7.0006 e opinamento nº 07/2005 .....	141

# 1 INTRODUÇÃO

O Município tem uma grande tarefa no cumprimento dos ideais do Estado Democrático de Direito, uma vez que esse espaço territorial é um campo propício para se forjar a cidadania. Nele os munícipes têm maior possibilidade de participação na escolha das políticas públicas e na fiscalização da sua implementação, além de poderem acompanhar a atuação dos seus representantes e dirigentes e de exigir que eles cumpram os preceitos contidos na Constituição Federal.

A história política brasileira é recheada de exemplos capazes de demonstrar que os Municípios contribuíram sobremaneira para a formatação do atual Estado Federal brasileiro, uma vez que a vontade de se organizar a partir das necessidades da localidade, sem se limitar a esperar ordens vindas do Poder Central, já era uma realidade desde o período colonial brasileiro (1530 a 1815). Com maior ou menor autonomia, os Municípios foram ocupando espaço nos textos constitucionais brasileiros, culminando com a atual Carta Magna que os eleva à categoria de ente federado. Essa decisão do poder constituinte fez com que os Municípios passassem a ter autonomia política, financeira e administrativa e, como conseqüência da primeira, o legislador municipal teve o seu campo de atuação legislativa alargado. Nesse contexto, surgiu o interesse em estudar os reflexos dessa mudança diante da ausência de um controle concentrado de constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição Federal.

O que se pretende fazer a partir deste estudo é apresentar uma proposta de alteração do atual sistema de jurisdição constitucional brasileiro, inserindo o controle concentrado de constitucionalidade das leis municipais. Para tanto, necessário se faz alterar os arts. 102, I, “a” e 103, da Carta Política, objetivando incluir tais leis como objeto da ação direta de inconstitucionalidade, bem como conferir legitimidade ao Prefeito do Município e à Mesa de Câmara Municipal, para que possam deflagrar a jurisdição da Suprema Corte para o exercício do controle de constitucionalidade de suas leis.

A implementação da proposta apresentada preencherá um vazio deixado no sistema de jurisdição constitucional brasileiro desde as Constituições passadas, pois nenhuma delas previu o controle concentrado de constitucionalidade das leis municipais, tendo como parâmetro as normas da Constituição Federal. O pensamento defendido por Canotilho de que a instituição de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e demais atos normativos do Estado constitui um dos mais relevantes instrumentos de controle do cumprimento e observância das normas constitucionais será a tônica deste estudo. Sob esse marco teórico e, por meio da pesquisa bibliográfica, pretende-se demonstrar a insuficiência do sistema difuso como o principal mecanismo de controle de constitucionalidade das leis municipais e a necessidade de se incluir as referidas leis como objeto da ação direta de inconstitucionalidade, a fim de se ter um instrumento que assegure a integridade e a coerência do ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo desdobra-se em três capítulos, seguidos da conclusão. No primeiro, fez-se uma breve panorâmica do Estado Federal, apontando as principais características dessa forma de Estado, bem como os diferentes perfis do Estado Federal brasileiro, delineados nas Constituições Federais. A ênfase maior foi dada ao atual Federalismo brasileiro que, com o advento da Carta Política de 1988, passou a ser um Estado Federal de três níveis, ocupando o Município o lugar de ente federado. Essa alteração demanda uma reestruturação do atual sistema de jurisdição constitucional brasileiro que, atualmente, não permite que as leis municipais tenham sua legitimidade averiguada por meio da ação direta de inconstitucionalidade.

No segundo capítulo, foi feita uma retrospectiva histórica sobre o controle de constitucionalidade, apontando os diferentes sistemas existentes, a sua origem, as principais características, peculiaridades e críticas feitas a esses sistemas pela doutrina. Em seguida, fez-se uma análise de como o Brasil incorporou em seu ordenamento jurídico esse importante instrumento de fiscalização do cumprimento do princípio da supremacia da Constituição, optando inicialmente pelo sistema difuso, sob a influência do Direito norte-americano e, a partir da Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-65, implantando o sistema concentrado. A forma como a Constituição Federal de 1988 tratou o tema, bem como as alterações

trazidas pelas emendas constitucionais posteriores e pelas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99 também foram analisadas nesse capítulo.

No terceiro capítulo, fez-se um estudo acerca do controle de constitucionalidade das leis municipais. Mostrou-se nesse tópico que o sistema difuso, principal instrumento de controle de constitucionalidade dessas leis, é insuficiente para garantir a supremacia da Constituição e, conseqüentemente, controlar o cumprimento e a observância das normas constitucionais, seja pelos efeitos que as decisões proferidas nessa modalidade de controle produz (*inter parte*), seja porque não consegue fazer calar uma norma municipal inconstitucional que dispõe sobre interesses e direitos metaindividuais, uma vez que a indivisibilidade do bem a ser protegido e a indeterminação do titular do direito impedem que o controle difuso seja acionado, pois, nesse tipo de controle, o Judiciário só pode atuar a partir de um caso concreto.

## 2 O ESTADO FEDERAL E O MUNICÍPIO

### 2.1 A ESTRUTURA DO ESTADO FEDERAL

#### 2.1.1 Considerações gerais

O Estado Federal é um tipo de Estado descentralizado politicamente cuja competência dos entes jurídicos que o compõem decorre da própria Constituição. Nessa forma de Estado, o exercício do Poder Político encontra-se disperso e distribuído entre vários entes, fazendo brotar uma pluralidade de ordens jurídicas incidentes sobre um mesmo território estatal, posta cada ordem no âmbito de competências previamente definidas pela Constituição Federal. Há, portanto, uma ordem jurídica composta por normas centrais válidas para todo o território nacional, além de normas produzidas pelos demais entes locais que compõem a Federação. Georg Jellinek (2000, p. 368), ao discorrer sobre o território do Estado, assim se manifesta:

La tierra sobre la que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio en que el poder del Estado puede desarrollar su actividad específica, o sea, la del Poder Público. En este sentido jurídico, la tierra se denomina *territorio*. La significación jurídica de éste se exterioriza de una doble manera: negativa una, en tanto que se prohíbe a cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer funciones de autoridad en el territorio sin autorización expresa por parte del mismo; positiva la otra, en cuanto las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado. Las asociaciones comunales que forman parte del Estado tienen, en virtud del poder de autoridad que les está conferido por aquél, un territorio determinado sobre el cual ejercen funciones de autoridad, que, como sucede con el Estado, se exteriorizan de un modo positivo y negativo. Este poder falta a aquellas asociaciones que están dotadas de autoridad, pero que sólo pueden ejercerla sobre sus miembros, o a aquellas asociaciones que, de un modo excepcional, tienen autoridad también sobre terceros, pero siempre con un carácter independiente de todo fundamento territorial.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> A terra sobre a qual se levanta a comunidade Estado, considerada em seu aspecto jurídico, significa o espaço no qual o poder do Estado pode desenvolver sua atividade específica, ou seja, a do Poder Público. Nesse sentido jurídico, a terra se denomina território. A significação jurídica do território se exterioriza de duas maneiras: uma negativa, porquanto se proíbe a qualquer outro poder não submetido ao do Estado exercer funções de autoridade no território sem autorização expressa por parte dele; outra positiva, dado que as pessoas que se encontram no território ficam submetidas ao poder do Estado. As associações comunais que integram o Estado têm, em virtude do poder de autoridade que lhes está conferido pelo próprio Estado, um território determinado sobre o qual exercem funções de autoridade, que, como sucede com o Estado, se exteriorizam de um modo positivo e negativo. Esse poder falta às associações que estão dotadas de autoridade, mas somente podem exercitá-la sobre seus membros, ou às associações que, de modo excepcional, têm autoridade também sobre terceiros, mas sempre com caráter independente de todo o fundamento territorial (tradução nossa).

A Constituição Americana de 1787 é considerada por muitos doutrinadores como o berço do Estado Federal, apesar de Oliveira Baracho (1982, p.11), em sua importante obra “Teoria Geral do Federalismo”, lecionar que a idéia federal é apontada nas sociedades políticas mais antigas. Com efeito, encontram-se, desde a Antiguidade, nações independentes associando-se com o fito de protegerem-se de inimigos comuns ou para fortalecerem-se economicamente.<sup>2</sup> São vínculos mais elementares e menos consistentes, equivalendo antes à Confederação, que costuma ser um estágio anterior à Federação. Porém, nenhuma dessas associações constituiu um verdadeiro Estado Federal, com as características que lhes são peculiares e que serão abordadas adiante. Daí o consenso doutrinário em enxergar na experiência americana o delineamento da nova forma de Estado, o Federal, tal qual é conhecido contemporaneamente.

Torrecillas Ramos (2000, p. 47), ao escrever sobre a formação do Estado Federal, registra que ele pode surgir de duas maneiras diferentes: por agregação e por segregação. A agregação ocorre quando Estados que preexistiam reúnem-se, associam-se, surgindo daí o Estado Federado. São exemplos desse tipo de Estado a Alemanha, a Suíça e os Estados Unidos. A segregação, por sua vez, é o resultado da descentralização do Estado Unitário a nível tal que forma Estados a ele subpostos. Esse fato ocorre por necessidades políticas ou de eficiência. O autor afirma que o Brasil, exemplo de Estado Federal formado por segregação, passou por esse processo devido à imensidão do seu território, fator que desencorajava mantê-lo como Estado Unitário.

---

<sup>2</sup> O historiador Ciro Flamarion Cardoso (1987, p. 36-37) dá como exemplo de formulação do ideal federativo o da Grécia Antiga, conforme citação a seguir:

“Além da cidade-Estado: ligas e federações de cidades

Não obstante o particularismo estrito da *polis grega*, desde a Época Arcaica temos notícia da existência de associações que englobavam certo número de cidades-Estados [...]. Os gregos chamavam *simaquia* um acordo ou associação militar, em princípio para a defesa, o qual podia englobar diversas cidades que permaneciam independentes e dispor de um Conselho. A mais famosa foi a *simaquia peloponésia*, também conhecida como Liga do peloponeso, formada no século VI a.C. por iniciativa de Esparta, que se ligou à maioria das cidades oligárquicas peloponésias por tratados bilaterais, às vezes complementados por outros tratados das demais cidades entre si. [...] em 476 a.C., Atenas conseguiu formar à sua volta uma liga marítima com a finalidade de libertar as cidades gregas da Ásia Menor, ainda sob o jugo do império persa – o que foi conseguido em 449 a.C. –, e atacar e pilhar este último em represália pelas guerras médicas. A associação, cujo tesouro comum ficaria depositado na ilha de Delos, centro religioso dos jônios do Egeu, é conhecida como Liga dos Delos. Dela participavam a maior parte das ilhas Cíclades, a ilha Eubéia, algumas das ilhas costeiras da Ásia Menor, partes das costas da Trácia e do Mar de Mármara. As cidades maiores contribuíram com barcos de guerra, as menores com dinheiro. Atenas teria o comando, mas no Conselho da liga cada cidade disporia de um voto”.

A diferenciação apresentada, quanto à origem do pacto federativo nos Estados Unidos e no Brasil, implicou distintas formulações e dificuldades na consolidação da noção de federação. Nos Estados Unidos, o movimento de agregação deu-se com o amadurecimento dos seus ideais de emancipação, processo durante o qual as colônias inglesas sentiram necessidade de pactuar para buscar o próprio fortalecimento, sem perder de vista uma aptidão tradicional à autonomia preservada desde a colonização.

No Brasil, ao contrário, apesar da existência de representações políticas locais, a institucionalização do Governo Central colonial impediu a concepção democrática de um pacto federativo. Essa pretensão foi desenvolvida em meio ao embate entre o Estado monárquico centralizador, consolidado logo após a emancipação política, e as dificuldades de contenção dos interesses das oligarquias agrárias provinciais.

O pacto federativo brasileiro não surgiu de um amadurecimento democrático consistente, mas sim do atendimento ao poder agrário local, que reivindicava a partilha do poder, com a adoção de práticas de recrutamento político pouco condizentes com o regime democrático. O “voto de cabresto” e o “coronelismo”, praticados nos primeiros anos da República Federativa, chocavam-se com a formalidade liberal e democrática incorporada pela Constituição de 1891.

É oportuno registrar que, além do Estado Federal, outras figuras estatais existem, tais como: o Estado Unitário, o Unitário Descentralizado e o Constitucionalmente Descentralizado ou Regional. Como o objetivo deste trabalho não é apresentar um estudo profundo acerca das diversas formas de Estado, apenas a título de registro essas figuras estatais serão apresentadas, com o intuito de demarcar as diferenças existentes entre elas e o Estado Federal.

No Estado Unitário, a descentralização administrativa e a política dependem do Poder Central, ficando a critério deste manter, ampliar, restringir ou suprimi-las. Nessa forma de Estado, há um único centro produtor de normas, inexistindo outro órgão com atribuições de fazer leis nesta ou naquela parte do território. O Estado Unitário Descentralizado é uma modalidade do Unitário, e é assim chamado porque nele há uma certa descentralização política. Por fim, o Estado Constitucional

Descentralizado ou Regional,<sup>3</sup> cuja descentralização política vem expressa na Constituição, não podendo o Poder Central dela dispor.

## **2. 1. 2 Características do Estado Federal**

Certamente não se pode encontrar nas Constituições, desde as mais antigas até as mais recentes, um único modelo de Federalismo, uma vez que cada Poder Constituinte, ao optar pelo princípio federativo, leva em consideração os aspectos históricos e políticos de onde está sendo implantada essa forma de Estado. Cármem Rocha (1996, p. 178) entende que é a partir da decisão do Poder Constituinte que se traçam as demais características do modelo federativo adotado em um determinado Estado. Independente dos diferentes formatos de Federação existentes, as características abaixo apresentadas são próprias dessa forma de Estado.

### **2. 1. 2. 1 Autonomia dos entes federados**

Os Estados-membros da Federação não gozam de soberania, uma vez que essa é uma marca da própria Federação. Na verdade, eles passam a ter autonomia que, para Horta (2002, p. 364), é a “[...] revelação de capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos”. A palavra autonomia, etimologicamente falando, provém de *nómos* e designa a edição de normas próprias, que vão organizar e constituir determinado ordenamento jurídico.

A autonomia dos entes políticos constitui elemento essencial à configuração do Estado Federal e, por meio dela, esses entes adquirem a capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição e

---

<sup>3</sup> Dircêo Ramos (2000, p. 16) assevera que a Espanha, exemplo de Estado Regional, é por vezes confundida com os Estados que adotam o princípio federativo, dada a autonomia acentuada de suas regiões. As características que diferenciam esses dois tipos de Estado são as seguintes: nos Estados Regionais as regiões são organizadas com aprovação por lei nacional e não possuem Poder Constituinte; nos Estados Federais, a estrutura federativa é posta como cláusula pétrea e os Estados-membros têm o poder de auto-organização por meio de um poder constituinte próprio, além disso, participam do Poder Central por meio do Senado Federal.



isso significa a garantia de auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração, poderes esses exercitáveis sem subordinação hierárquica à União. No Estado Federal, tem-se, portanto, a descentralização política que, para Fernanda Almeida (2000, p. 26), “[...] além de ser fator de eficiência de governo, é também instrumento de limitação do poder, não servindo, assim, a propósitos autoritários”.

## 2. 1. 2. 2 A Constituição como fundamento jurídico do Estado Federal

O Estado Federal pressupõe, em sua origem, a existência de uma Constituição para instituí-lo, havendo uma relação de causalidade entre Constituição Federal e Estado Federal. Fernanda de Almeida (2000, p. 26) registra que a doutrina federalista se baseia na idéia de que, “[...] na Constituição se cristaliza o compromisso entre os interesse da unidade nacional e da autonomia regional, mantidas em proveito de todos os participantes”. Para se poder compreender a organização normativa de um determinado Estado Federal, a fim de contemplar as suas feições, o seu modo singular de ser, deve-se começar visualizando os mecanismos, as técnicas e as regras de sua autonomia delineados na sua Constituição.

Pode-se afirmar que o princípio federativo nasce de uma Constituição rígida, sendo vedado ao poder reformador alterá-lo. Na atual Constituição Federal brasileira, tal princípio é relacionado entre os conteúdos classificados como cláusulas pétreas.<sup>4</sup> Quis o legislador constituinte excluí-lo da incidência do poder de reforma, por entender que ele faz parte da estrutura basilar do edifício jurídico brasileiro.

Fernanda de Almeida (2000, p. 26) afirma que um traço característico que diferencia a Federação de uma Confederação é a base jurídica de uma e de outra. A primeira, como já explicitado, tem como base jurídica uma Constituição, instrumento legal que a institui. Já a segunda tem por fundamento um tratado que é, em regra, “[...] o

---

<sup>4</sup> Segundo Adriano Pedra (2004, p. 75), “As cláusulas pétreas constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais. Com isto, assegura-se que as conquistas jurídico-políticas essenciais não serão sacrificadas em época vindoura”. Ressalte-se, contudo, que as alterações ampliativas são permitidas.

instituto jurídico por meio do qual Estados soberanos oficializam acordos de vontade a que se vinculam, podendo, não obstante rompê-los a qualquer momento”.

#### 2. 1. 2. 3 Inexistência do direito de secessão

Com o objetivo de preservar os laços federativos, a Constituição que institui o Estado Federal prevê cláusula proibitiva do desligamento dos entes federados ou, ao menos, cláusula de que decorra implicitamente essa proibição, como é o caso do art. 1º da atual Constituição Federal brasileira que assim dispõe: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”

Fernanda de Almeida (2000) ressalta que, com vistas à preservação do Estado Federal contra movimentos separatistas, o constituinte criou um mecanismo de defesa que foi a intervenção federal nos Estados-membros, justificável basicamente para garantir a unidade nacional.

#### 2. 1. 2. 4 A repartição das competências e das rendas

A autonomia das entidades políticas que compõem a Federação é garantida pela existência de competências que, segundo Afonso da Silva (1998, p. 479), “[...] é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões”. As matérias que compõem os conteúdos dessas competências podem ser classificadas em *competência material*, que vem a ser a capacidade atribuída aos entes políticos para que eles exerçam atividades especificadas na Constituição Federal, e *competência legislativa*, que é a capacidade outorgada aos entes componentes da Federação para que esses legislem sobre determinada matéria. Essa última competência será tratada com mais detalhe no decorrer deste trabalho, considerando a sua importância para o desenvolvimento deste estudo.

A repartição de competências condiciona a feição do Estado Federal, determinando-lhe maior ou menor grau de descentralização. Nesse sentido, quando a União recebe mais poderes, restando pouco campo de atuação para os demais entes, a Constituição delinea um Estado Federal centralizado; ao contrário, quando os demais entes políticos recebem mais competências, há mais descentralização nesse Estado. Horta (2002) adverte que a centralização de poderes na União configura o Federalismo Centrípeto,<sup>5</sup> aquele que se dirige para o centro, enquanto a ampliação dos poderes dos demais entes políticos conduz ao Federalismo Centrífugo,<sup>6</sup> aquele que procura se afastar do centro. Na verdade, as atuais Constituições devem buscar, ao repartirem as competências entre os entes que compõem a Federação, um Federalismo de Equilíbrio, priorizando a conciliação entre integração e autonomia, entre a unidade e a diversidade.

Raul Horta (2000), ao tratar sobre as formulações constitucionais da repartição de competência, aponta dois modelos principais: o clássico, originário da Constituição Norte-Americana de 1787, e o modelo qualificado por ele de moderno, concebido a partir do constitucionalismo pós-guerra 1914-1918. O modelo clássico conferiu à União os poderes enumerados e reservou aos Estados-membros os poderes não enumerados; já no modelo moderno, o que se busca é o equilíbrio entre o exercício dos poderes federais e estaduais. Uma análise do Federalismo adotado pela atual Constituição Federal mostrará em qual modelo o Estado Federal brasileiro pode ser enquadrado.

Para se ter um Estado Federal com entes verdadeiramente autônomos, não basta o constituinte originário traçar de forma clara a repartição de competências na Constituição Federal. Além dessa medida, devem-se assegurar aos entes componentes da Federação recursos financeiros para que eles possam cumprir as competências que lhes foram outorgadas, uma vez que a autonomia política está diretamente relacionada com a capacidade econômico-financeira, conforme apregoa Cármem Rocha (1996, p. 185):

---

<sup>5</sup> Tipo de Federalismo em que há uma predominância de atribuições para União.

<sup>6</sup> Federalismo que permite que os Estados-membros tenham maior autonomia financeira, administrativa, política e jurídica.

Aliás, a garantia de recursos próprios a cada qual das entidades federadas tem sido apontada, sempre, como uma das notas fundamentais para a verificação da existência verdadeira de uma Federação. Pela subtração de recursos econômico-financeiros às entidades federadas, tem-se chegado à ruptura velada, mas não menos grave, e ao esvaziamento de algumas propostas de Federação. A falta de equilíbrio da equação político-financeira fragiliza a Federação, pois a autonomia política guarda estrita vinculação com a capacidade econômico-financeira. Inexiste autonomia sem independência mínima, o que exige capacidade de auto-suficiência. Sem recursos próprios, com encargos a cumprir, obrigado a ver-se a braços com pedidos de favores para o acatamento de seus interesses específicos, como poderia um Estado Federado fazer-se independente do poder nacional, como poderia assegurar o cumprimento de sua autonomia? E se tem como única via pedir favores econômico-financeiros ao poder nacional, como se desvencilhar do seu respectivo dever de a ele obedecer, com subordinação inconciliável com a autonomia?

Para que os entes federados sejam, de fato, autônomos e independentes, deve haver correspondência efetiva entre as competências atribuídas e a renda para satisfazer os encargos decorrentes de tais competências. Caso contrário, o princípio federativo estampado na Constituição Federal não passará de um simples texto legal, sem importância para a garantia do Estado Democrático de Direito.

## 2. 2 O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO

A história político-jurídica do Brasil traz traços do Federalismo desde a época colonial,<sup>7</sup> uma vez que a descentralização territorial do Poder Político já era uma realidade naquele momento histórico. Como se sabe, o território brasileiro foi dividido em capitanias hereditárias, sendo essas independentes e autônomas umas das outras. A decisão política da Metrópole em não centralizar o poder, evitando dessa forma a existência de um único centro e, a partir daí, o favorecimento da independência da colônia, contribuiu para a descentralização. Mesmo encontrando resquícios do ideal federativo desde o período colonial, a constitucionalização do

---

<sup>7</sup> Ao longo do período colonial brasileiro (1530 a 1815), observou-se, desde o advento da organização das Câmaras Municipais, manifestações inequívocas da organização dos luso-brasileiros em favor de seus interesses regionais, legítimos ou não. A partir de 1549, com a instalação do Governo Geral e seus agentes que colimavam o centralismo português, as ações de âmbito municipal dos colonos atingiam, muitas vezes, os interesses prioritários de controle administrativo da metrópole sobre seu domínio, tendo como exemplos notáveis a aclamação de Amador Bueno na Vila de São Vicente (1641); a Revolta da Cachaça, no Rio de Janeiro (1660); a Guerra dos Mascates, em Pernambuco (1710); a Sedição de Vila Rica (1720), entre outros. Por outro lado, a organização desses mesmos municípios rebeldes perpetraram episódios de cega obediência aos interesses do colonizador europeu, ainda que estes estivessem ocultos sob as necessidades primeiras dos colonos, a exemplo do que ocorreu nas lutas de resistência contra corsários e invasores franceses, ingleses e holandeses.

Estado Federal brasileiro deu-se com a Constituição de 1891, que contemplou expressamente essa forma de Estado em seu art. 1º,<sup>8</sup> que assim dispunha: “A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil”.

O Estado Federal brasileiro, implantado com a Constituição de 1891, passou a ter fisionomias diferentes, dependendo da vontade política dos grupos que estavam no comando dos Poderes constituídos. Essas novas formatações eram explicitadas no corpo das Constituições Federais que ora enfatizavam a autonomia dos entes federados, ora reduziam-na, ao conjugarem a repartição das competências e a distribuição das rendas. Com o objetivo de demonstrar essas diferentes faces do Estado Federal brasileiro, passa-se agora a uma breve análise do tema autonomia nas Constituições.

Horta (2002) assevera que a Carta de 1891 assinalou o início e o apogeu da atividade de auto-organização dos Estados-membros no direito constitucional brasileiro. Seguindo o modelo clássico de repartição de competências, o constituinte de 1891 enumerou, no art. 34, as competências federais privativas e, no art. 65, § 2º, atribuiu aos Estados os poderes residuais. No que toca à competência tributária, estabeleceu, nos arts. 7º e 9º, respectivamente, os tributos que caberiam à União e aos Estados-membros decretar, prevendo-se mais a possibilidade de se criarem outros, cumulativamente ou não, conforme disposto no art. 12. Segundo Horta, o constituinte estadual encontrou um quadro de competências enumeradas da União e um campo destinado ao desenvolvimento dos poderes reservados, o que apontava uma atuação autônoma dos Estados-membros. Ocorre que alguns constituintes estaduais não souberam exercer tal autonomia com prudência, passando a praticar atos<sup>9</sup> capazes de isolar os Estados-membros uns dos outros.

---

<sup>8</sup> Os artigos das antigas Constituições Federais brasileiras citados neste trabalho foram extraídos da obra “Constituições brasileiras de 1824 a 1988”, dos autores Vanuza Cavalcante e Antonio Becker, 2004.

<sup>9</sup> Cármem Rocha (1996) registra que cinco Constituições Estaduais declararam seus Estados soberanos; dez Estados atribuíram ao Chefe do Executivo local o título de Presidente e dezessete facultaram aos respectivos Governos competência para a celebração de convenções internacionais, sem necessidade, para tanto, de qualquer questionamento, aprovação ou autorização prévia do Congresso Nacional ou do Senado Federal. O Estado do Rio Grande do Norte chegou a criar uma Secretaria de Relações Exteriores.

A Constituição Federal de 1934 manteve a forma Federativa de Estado e abriu a fase de fortalecimento dos Poderes Federais e de amortecimento da autonomia dos Estados-membros, inserindo o sistema federal brasileiro na fase do *novo Federalismo*, cuja característica marcante é a plenitude dos Poderes Federais, invertendo a tendência registrada no funcionamento originário do sistema federal brasileiro. Segundo Cármem Rocha (1996, p. 225), dois motivos contribuíram para isso:

No plano interno, essa Constituição abrigava a tendência centralizadora do grupo detentor do poder, cujo acúmulo de competências se mostra na polarização daquela pessoa nacional; no plano geral, ela demonstra a nítida tendência, internacionalmente aceita, no sentido de maior intervenção do Estado nas atividades da sociedade, especialmente naquelas econômicas.

A Constituição de 1934 inaugura, também, outro modelo de repartição de competências, diferente da técnica clássica do Federalismo adotado na Constituição anterior, pois, além de prever, no art. 5º, a competência privativa da União e, no art. 7º, IV, a competência remanescente dos Estados-membros, estabelece uma esfera de competências legislativas concorrente, permitindo aos Estados desdobrarem as normas gerais editadas pela União, conforme previsão expressa no art. 7º, III. Horta (1995) ressalta que essa Constituição, elaborada sob o signo do intervencionismo no domínio econômico e social, preferiu técnica de repartição de competências favorável à União e à plenitude dos Poderes Federais. Para o autor, essa opção provocou correlativo amortecimento da autonomia do Estado, afetada duplamente: primeiro, pela transferência de matéria anteriormente colocada na área legislativa desse ente federado; segundo, pela limitação do seu campo normativo residual, em virtude da extensão dos poderes enumerados.

Quanto à partilha de rendas, a Carta de 1934 especificava os tributos que cabiam privativamente à União (art. 6º), aos Estados-membros (art. 8º) e aos Municípios (art. 13, § 2º). Previa, ainda, a competência concorrente da União e dos Estados para instituírem outros impostos, com proibição da bitributação, prevalecendo o que fosse decretado pela primeira, conforme art. 10º, VII c/c art. 11. O Federalismo constitucional de 1934 começou a se desestruturar com a crise do regime político brasileiro, que se iniciou no ano de 1935 e sofreu interrupção no curso de sua normalidade constitucional com a Emenda nº 1.

Influenciado pela conjuntura política internacional, o Governo brasileiro implantou, em 1937, um novo regime político, que correspondeu a um golpe de estado. A Carta Política de 1937 surgiu nesse momento histórico e, pela impossibilidade de se conciliar a nova ordem implantada com a forma Federal de Estado, o princípio federativo foi mantido nessa Constituição somente do ponto de vista formal, conhecido na doutrina como Federalismo Nominal. A autonomia dos Estados-membros ficou assegurada, formalmente, na competência privativa para decretar a Constituição e as leis por que deveria reger-se, bem como exercer todo e qualquer poder que lhe não fosse negado, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal.

Essa Constituição reconhecia a competência de legislar dos Estados-membros em dois casos: com aprovação do Governo Federal, em matérias de competência exclusiva da União, para regular a matéria ou preencher as lacunas da legislação federal, quando se tratasse de questão do interesse predominantemente de um ou de alguns Estados, prevista no art. 17; independente de autorização, para suprir as deficiências da lei federal e atender às peculiaridades locais ou, inexistindo lei federal, a lei estadual disporia livremente até que a lei federal viesse a regular a matéria, de acordo com o art. 18.

A Constituição de 1946 contemplou, em seu art. 1º, o princípio federativo e a autonomia dos Estados-membros constituiu um dos temas centrais dessa Carta. Horta (1995) assevera que a Constituinte de 1946 integrou na fisionomia constitucional do Federalismo brasileiro o princípio da cooperação. O autor ressalta que a compreensão dessa nova tendência do Estado Federal pelo constituinte de 1946 fez com que ele, ao invés de fragmentar o Poder Federal, o atraísse para o terreno novo da cooperação intergovernamental. Quanto à técnica de repartição de competência, a Carta Política enumerou os poderes da União no art. 5º, dispôs sobre os poderes remanescentes dos Estados no art. 18, § 1º e, no art. 6º, especificou os poderes legislativos concorrentes, cabendo aos Estados a competência supletiva e complementar. A técnica de repartição da competência tributária adotada deixou cada esfera com tributos próprios, conforme arts. 15, 19 e 29. A Constituição Federal de 1946 não tratou da autonomia dos Estados-membros como um tema exclusivamente formal, para exercício da limitação normativa prévia.

Manteve técnica de repartição de competência importante para a evolução do Federalismo brasileiro, como é o caso da legislação concorrente, e estabeleceu o convívio constitucional do princípio da cooperação.

A Carta Política de 1967, elaborada a partir de um Projeto de Constituição preparado pelo Poder Executivo, refletiu a tendência centralizadora que concentrou na União os grandes poderes legislativos e os dilatados recursos tributários, características marcantes do Federalismo implantado por esse texto constitucional. Horta (2002) ressalta que as relações de subordinação entre os Estados-membros e a União adquiriram predominância no Federalismo Constitucional de 1967 a 1969. Para o autor, esse momento histórico assinalou a crise mais profunda do Federalismo brasileiro e “[...] só encontrou correspondência com o período de vigência da Carta de 1937, quando a concepção federal se viu substituída pela estrutura unitária do Estado, sob o comando incontestável do Presidente da República” (p. 445).

Para se ter uma idéia de como a autonomia dos Estados-membros foi retraída, basta percorrer o enunciado dos poderes enumerados da União, abrangendo os dezessete incisos e as alíneas do art. 8º da Constituição Federal. A partir da análise desse dispositivo constitucional, pode-se constatar a grandeza dos Poderes Federais e o esvaziamento dos poderes reservados dos Estados. Segundo Horta (1995), a autonomia constitucional dos Estados-membros reduziu-se ao exercício passivo das normas de reprodução, por meio do processo mecânico de transplantação para a Constituição dos Estados das regras preexistentes na Constituição Federal.

A Constituição de 1988 nasceu num momento histórico que se contrapunha ao autoritarismo implantado no Brasil em décadas anteriores. Nesse sentido, a proposta da Carta de 1988 não era apenas restaurar o Federalismo brasileiro, mas sim recriá-lo. A tarefa fundamental do legislador constituinte era banir da Constituição qualquer resquício que lembrasse o modelo autoritário centralizador estampado na Constituição de 1967, o qual concentrava na União a possibilidade da produção legislativa e os recursos tributários e tornava os Estados-membros e os Municípios entes completamente dependentes e sem autonomia. O fortalecimento da autonomia política e financeira dos Estados-membros, bem como dos Municípios, fazia-se necessário, uma vez que a atuação autônoma desses entes federados seria



a condição necessária para se forjar a cidadania e, conseqüentemente, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 ter modificado drasticamente as feições do Estado Federal brasileiro, ao incluir instrumentos importantíssimos para a garantia dos direitos fundamentais, em matéria de repartição de competências, os avanços não foram tão significativos assim, uma vez que o texto constitucional continuou evidenciando o primado da União no campo da produção legislativa. Quadros de Magalhães (1999, p. 209), reforçando tal observação, adverte que a Carta Política de 1988 traz um modelo de Federação renovado, entretanto, “[...] no momento em que dispõe sobre as competências, distribuindo-as, cria uma federação extremamente centralizada, muito mais próxima do Estado Unitário descentralizado, do que efetivamente uma federação”. Arremata o autor que os arts. 21 a 24 da Carta Política indicam uma concentração de poderes da União, restando mínima a participação dos demais entes federados.

De fato, na distribuição das competências legislativas, algumas poderiam ter sido transferidas com proveito para a órbita das competências concorrentes ou para a órbita da competência privativa dos outros entes federados. Se o legislador constituinte tivesse delineado uma Federação de Equilíbrio, teria deixado que os demais entes componentes da Federação desenvolvessem legislações específicas, sempre observando as normas gerais federais, com o fito de dar tratamento diferenciado aos problemas sociais que se apresentam em cada localidade.

### 2. 3 O MUNICÍPIO NA FEDERAÇÃO

Conhecer a história dos Municípios brasileiros, bem como a posição que esses entes políticos ocuparam nas antigas Constituições Federais, culminando com o grande destaque dado a eles pela Carta Magna de 1988, é tarefa que precede ao estudo da viabilidade da criação do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais.

O Município tem uma grande tarefa no cumprimento dos ideais do Estado Democrático de Direito, uma vez que é nesse espaço territorial que se pode observar, a partir da análise da atuação dos Poderes constituídos, o desrespeito ou o cumprimento dos preceitos constitucionais. Outro fator que demonstra a importância do Município no cumprimento de tais ideais é que os cidadãos residentes nesse espaço territorial têm maior possibilidade de participação na escolha das políticas públicas e na fiscalização da sua implementação.

É essa a idéia que Sahid Maluf (1983, p. 153) transmite:

O Município é uma miniatura da pátria, uma imagem reduzida dela, e nas coisas políticas, o primeiro amor do cidadão. Esse amor, esse afeto ao torrão natal, ao círculo das relações de vizinhança, de contigüidade, de comunidade de interesses, engendra o espírito cívico. A autonomia local o desenvolve, o engrandece, o nobilita. E esse patriotismo local, de si mesmo sereno, intenso, duradouro, é a raiz do patriotismo nacional. É erro mesmo, pois, cercear essa autonomia. Seria mais do que erro mesmo, um verdadeiro atentado, se prevalecesse na República o sistema vesgo, desconfiado, tacanho, esterilizador, que na Monarquia atrofiou o elemento municipal. A história ensina que os países de liberdades municipais são os de maior resistência à tirania. É lição para aproveitar-se.

### **2. 3. 1 O Município no Estado Federal brasileiro**

As instituições municipais foram trazidas para o Brasil pelos portugueses, quando da colonização das nossas terras (1530 a 1815), nascendo com inspiração no Direito lusitano e organizando-se a partir das experiências jurídicas desse país. A idéia centralizadora das capitanias restringiu a expansão dos Municípios, porém, como observa Hely Lopes (1997), as municipalidades do Brasil colônia tiveram inegável influência na organização política que se ensaiava em nosso país. Os povoados formados e considerados vilas<sup>10</sup> passaram a ser regulados, de início, pelas Ordenações Manuelinas e, em seguida, pelas Filipinas. Foram os Municípios os verdadeiros detentores do poder estatal na época colonial, uma vez que eram os governos locais, representados pelos proprietários das fazendas de produção agropecuária, de plantação de café e de cana-de-açúcar, quem tomava as decisões

---

<sup>10</sup> Cármem Rocha (1996) ressalta que era imprescindível o povoado ser elevado à categoria de vila para que pudesse deter autonomia e instalar a sua Câmara Municipal.

políticas e econômicas, tais como: fixavam salários e preços, regulavam o curso e o valor das moedas, criavam tributos, etc.

Os chamados homens bons, condição atribuída aos cristão-velhos, livres, não praticantes de trabalhos manuais, ocupavam as Câmaras de Vereança e exerciam uma autoridade, ainda que sem o respaldo da legislação metropolitana, que primava pelo local, quando não, pelo pessoal. Ao longo do período colonial brasileiro, observaram-se manifestações inequívocas da organização dos luso-brasileiros em favor de seus interesses regionais, legítimos ou não. A partir de 1549, com a instalação do Governo Geral e seus agentes que colimavam o centralismo português, as ações de âmbito municipal dos colonos atingiram, muitas vezes, os interesses prioritários de controle administrativo da metrópole sobre seu domínio, tendo como exemplos notáveis rebeliões como: a Aclamação de Amador Bueno na Vila de São Vicente (1641); a Revolta da Cachaça, no Rio de Janeiro (1660); a Guerra dos Mascates, em Pernambuco (1710); a Sedição de Vila Rica (1720), entre outros.

Por outro lado, oportunidades não faltaram em que a organização desses mesmos munícipes rebeldes perpetraram episódios de cega obediência aos interesses do colonizador europeu. Ainda que movidas pelas necessidades primeiras dos colonos, a exemplo do que ocorreu nas lutas contra corsários e invasores franceses, ingleses e holandeses, a resistência de vilarejos do litoral contra a sanha dos adversários de Portugal foi decisiva para a manutenção do império colonial daquele reino na América.

A questão da autonomia das Câmaras Municipais e todo o corolário advindo da privatização do Poder Público naquelas instituições conduziram a Coroa a um drástico processo de centralização administrativa que, a partir da criação do Conselho Ultramarino (1641), levou à criação do Juizado de Fora, instância que pretendia coibir os excessos da atuação do Legislativo municipal.

Com relação ao tratamento constitucional dado aos Municípios ao longo da história do Brasil, observa-se que a Constituição Imperial de 1824 reservou um capítulo autônomo às Câmaras Municipais (Capítulo II, Título VII), porém essa mesma

Constituição autorizou a execução da Lei Regulamentar de 1828, tornando as Câmaras meras corporações administrativas dos Conselhos Provinciais. Para Castro (1986, p. 35), “[...] o Brasil, no Império, não chegou a ter governo municipal autônomo, pois que toda a evolução política e jurídica, na questão, direcionou-se para as Províncias”. Na vigência da Lei Regulamentar, que perdurou até a República, os Municípios representavam somente uma divisão territorial, sem autonomia na gestão de seus interesses, uma vez que a referida Lei declarava expressamente que as Câmaras eram corporações meramente administrativas. Comparando-se a organização dos Municípios coloniais com os do Império, concluiu-se que houve um retrocesso no âmbito de atuação desses, uma vez que aqueles desempenhavam relevantes atribuições de governo, de administração e de justiça.<sup>11</sup>

Contudo, são de inegável relevância episódios, ainda que isolados, que reforçavam a persistência do espírito autonomista das Câmaras Municipais. Durante o interregno regencial (1831-1840), podem ser observadas ações constitucionais que buscaram resgatar, durante o embate político entre as tendências progressistas e regressistas, a independência do Legislativo Municipal por meio de medidas expressas no Ato Adicional de 1834 à Constituição de 1824. Nesse mesmo período, revoltas provinciais emergiram no seio das elites locais, excluídas do processo decisório centrado na Região Sudeste, partindo de uma organização municipal espontânea, ao arrepio das disposições e limites legais.

Foi a Constituição Republicana de 1891 que, de forma pioneira, trouxe expressamente em seu texto o princípio da autonomia municipal, dispondo, no art. 68, o seguinte: “Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo o quanto respeite ao seu peculiar interesse”. Castro (1986) registra que a caracterização e a formulação do termo “peculiar

---

<sup>11</sup> Hely Lopes (1997, p. 34) registra que as municipalidades “[...] realizavam obras públicas, estabeleciam posturas, fixavam taxas, nomeavam juízes-almotacéis, recebedores de tributos, depositários públicos, avaliadores de bens penhorados, alcaides-quadrilheiros, capitães-mores de ordenanças, sargentos-mores, capitães-mores de estradas, juízes da vintena e tesoureiros-menores. Julgavam injúrias verbais e, não raras vezes, num incontido extravasamento de poder, chegaram essas Câmaras a decretar a criação de arraiais, a convocar ‘juntas do povo’ para discutir e deliberar sobre interesses da Capitania, a exigir que governadores comparecessem aos seus povoados para tratar de negócios públicos de âmbito estritamente local, a suspender governadores de suas funções, e até mesmo depô-los, como fez a Câmara do Rio de Janeiro com Salvador Coréia de Sá e Benevides, substituído por Agostinho Barbalho Bezerra”.

interesse” dos municípios ficava ao sabor dos Estados-membros e, como tais Estados, nesse período histórico, não respeitavam a autonomia municipal, os Municípios tornavam-se entes quase subalternos, situação essa que perdurou até a Reforma constitucional de 1926. Hely Lopes (1997), ao analisar a atuação dos Municípios durante os quarenta anos em que vigorou a Constituição de 1891, conclui que não houve, nesse período, autonomia municipal. Para ele,

[...] o hábito do centralismo, a opressão do *coronelismo* e a incultura do povo transformaram os Municípios em feudos de políticos truculentos, que mandavam e desmandavam em seus distritos de influência, como se o Município fosse propriedade particular e o eleitorado um rebanho dócil ao seu poder (Hely Lopes, 1997, P. 37).

Em que pese a Constituição de 1934 ter inserido o sistema federal brasileiro na fase do novo Federalismo, cuja principal característica é o fortalecimento dos Poderes Federais, foi nessa Constituição que o Município se revigorou, pois essa Carta, além de garantir a autonomia política e administrativa desse ente federado, discriminou as rendas que assegurariam a realização dos serviços públicos municipais. O art. 13 da Carta Política estabeleceu a eletividade do prefeito e dos vereadores da Câmara Municipal, podendo o primeiro ser eleito pelos segundos; fixou também a competência para a decretação de suas rendas, além de conceder aos Estados a possibilidade de criarem órgãos de assistência técnica municipal e de intervenção estadual em Municípios, para restaurar a legalidade em determinados casos.

Essa Constituição também previu a participação dos Municípios nas receitas tributárias da União e dos Estados. Estando a organização municipal acobertada pela Constituição Federal, restava a esses entes federativos consolidarem seus estatutos municipais para que pudessem atuar como entes descentralizados politicamente. Hely Lopes (1997, p. 38) ressalta que o pouco tempo de vigência dessa Constituição impediu uma apreciação segura dos resultados das inovações introduzidas na esfera municipal.

Conforme já registrado, a Carta Política de 1937 nasce em pleno golpe de Estado, trazendo reflexos desastrosos para o Município, pois a autonomia assegurada a esse ente pela Constituição anterior não combinava com o novo regime ditatorial implantado, cuja opção era reforçar o Poder Executivo central. Nesse período,

passou a vigorar um regime intervencionista nos Estados e nos Municípios, sendo o interventor um preposto do ditador, e os Prefeitos, prepostos do interventor. A subserviência ao Poder Central era um dos pré-requisitos para os Prefeitos se manterem no cargo, e a conseqüência desse comportamento era o aniquilamento da autonomia municipal.

Em 1946, uma nova Constituição foi promulgada e com ela a restauração da autonomia dos Municípios, sob o tríplice aspecto político, administrativo e financeiro, pois, além de eleger seus governantes e os membros do Poder Legislativo, teriam rendas próprias, a partir da instituição de seus próprios tributos, bem como a destinação específica de tributos federais e estaduais. Os legisladores constituintes distribuíram de forma eqüitativa os poderes e descentralizaram a administração entre a União, os Estados-membros e os Municípios, com o objetivo de não comprometer o princípio federativo.

Depois de ter passado por um golpe em 1964, o Brasil ganhou uma nova Constituição em 1967 que, logo em seguida, em 1969, foi emendada. A característica marcante desses documentos era o sentido centralizador das suas normas, o que permitiu o fortalecimento do poder do Presidente da República e o enfraquecimento dos Estados-membros e dos Municípios, muito embora a Emenda Constitucional de 1969 mantivesse, formalmente, o princípio da autonomia municipal.

A Carta Magna de 1988 revigorou o princípio da autonomia municipal no tríplice aspecto político, econômico e financeiro e, como conseqüência, houve alargamento da esfera das competências exclusivas e privativas desse ente político. A Constituição Federal outorgou ao Município o poder de elaborar a sua Lei Orgânica (art. 29), extinguiu a nomeação de Prefeitos para qualquer Município, manteve a eleição direta para Vereador (art. 29, I), conferiu competência privativa para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), além de competência comum com a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 23) e aumentou a participação do Município nos impostos partilhados (art. 158 e 159, § 3º).

### 2. 3. 1. 1 A posição atual do Município no Federalismo brasileiro

Ao longo da história política e constitucional brasileira, o Município assumiu contornos diferentes, ora atuando com uma certa liberdade política e financeira, ora sendo reduzido à categoria de corporação meramente administrativa. Para Hely Lopes (1997, p. 43), a posição atual dos Municípios brasileiros é bem diversa da que ocuparam nos regimes anteriores:

No regime monárquico o Município não a teve, porque a descentralização governamental não consultava aos interesses do Imperador; na primeira República não a desfrutou, porque o *coronelismo* sufocou toda a liberdade municipal e falseou o sistema eleitoral vigente, dominando inteiramente o governo local; no período revolucionário (1930-34) não a teve, por incompatível com o discricionarismo político que se instaurou no país; na Constituição de 1934 não a usufruiu, porque a transitoriedade de sua vigência obstou à consolidação do regime; na Carta Outorgada de 1937 não a teve, porque as Câmaras permaneceram dissolvidas e os Prefeitos subordinados à intervenção dos Estados. Somente a partir da Constituição de 1946 e subsequente vigência das Cartas estaduais e Leis Orgânicas é que a autonomia municipal passou a ser exercida de direito e de fato.

A Constituição de 1988 modifica o formato dual do Estado Federal ao incluir o Município na composição da República Federativa brasileira. Tal alteração vem estampada nos arts. 1º e 18. No art. 1º, o legislador constituinte estabelece que “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, no art. 18, dispõe que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o distrito Federal e os Municípios, todos autônomos [...]”. Mesmo não sendo objetivo deste estudo analisar a posição ocupada pelo Distrito Federal no Federalismo brasileiro, é importante registrar que este é um ente anômalo e, como leciona José Afonso da Silva (1998), não é Estado e não é Município. Para o autor, em certo aspecto, o Distrito Federal é mais do que o Estado, porque lhe cabem competências legislativas e tributárias reservadas aos Estados e Municípios; sob outros aspectos, é menos do que os Estados, porque algumas de suas instituições fundamentais são tuteladas pela União.

Voltando para a inovação trazida pelos arts. 1º e 18 da Constituição Federal, Fabriz (2002, p. 104) assinala que eles colocam o sistema federativo brasileiro na condição de exceção à regra, pois “[...] teremos, na esfera federativa, três graus de governo: o

federal (União), os estaduais (Estados-membros) e os municipais (Municípios)”. Nilo de Castro (1996, p. 51) entende que, ao configurar-se no plano da Federação brasileira, com todas as peculiaridades que o circunscrevem, “[...] o Município brasileiro posiciona-se em patamares ímpares aos demais Municípios de todas as outras Federações do mundo”. Em que pese tal afirmativa, o autor rejeita a tese que considera o Município detentor das mesmas características do Estado-membro na organização federativa brasileira, pois, para ele, a Federação não é de Municípios e sim de Estados e a caracterização desta se perfaz por meio da autonomia e da participação. Para Castro (1986, p. 45),

Não se vê participação dos Municípios na formação da Federação. Os Municípios não têm representação no Senado Federal, como possuem os Estados federados, não podem propor emendas à Constituição Federal (art. 60, CR), como o podem os Estados, nem possuem Poder Judiciário, Tribunais de Contas (salvo São Paulo e Rio) e suas leis ou atos normativos não se sujeitam ao controle concentrado do STF [...].

Sem Estados-membros, não há que se falar em Federação. Sem Municípios, não se pode afirmar o mesmo, evidentemente.

[...]

É o Município entidade condômina de exercício de atribuições constitucionais. É dizer: possui o Município dignidade constitucional. É autônomo na Carta Magna de hoje quanto na anterior e anteriores, desde 1934. Falecia-lhe apenas a auto-organização. Não detém a autonomia federativa. E a autonomia é a medida constitucional da soberania, que é poder insubmetido. Não se confunde com a autonomia municipal, pois os Municípios não são entes federativos, a despeito de integrarem, como membros, a República. Integram-na, a Federação, mas não a formam.

Esse autor reconhece os avanços introduzidos pela Constituição de 1988, em favor do Município, porém não o considera como entidade política que forma a Federação, sendo somente parte integrante desta.

Juristas renomados entendem que o Estado Federal brasileiro é formado por três entes políticos autônomos que, no exercício de suas atribuições, atuam em absoluta igualdade de condições, o que tornaria a organização federativa brasileira peculiar se comparada com a organização de outros países. Posição de destaque assumem os juristas Lopes Meireles e Quadros de Magalhães.

Lopes Meireles (1997) entende que o Município é peça essencialíssima na atual Federação brasileira e que, desde a Constituição de 1946, esse ente federado foi considerado entidade estatal de terceiro grau, integrante e necessário ao sistema federativo brasileiro. Para esse autor, “A Federação brasileira não dispensa nem



prescinde do Município na sua organização constitucional. Segue-se daí que o Município é entidade político-administrativa de terceiro grau, na ordem decrescente da nossa Federação” (p. 44).

Quadro de Magalhães (1999, p. 118), por sua vez, afirma que o Estado brasileiro tem uma federação em três níveis, considerando como terceiro nível os Municípios. Leciona, ainda, que o Município se vincula aos Estados-membros em determinadas circunstâncias, como no caso de intervenção e representação no parlamento da União, mas constituem-se espaços políticos autônomos em relação à União e aos Estados, com competências próprias que devem ser ampliadas. Para o autor, a única forma de descaracterizar o Município como ente federado seria a exclusão da autonomia política conferida a ele pela Constituição de 1988, ou seja, se o Município perdesse a capacidade de elaborar a sua Lei Orgânica, aí sim, poder-se-ia, segundo o autor, afirmar que ele não é um ente federado.

A discussão apresentada acima encontrava campo fértil antes da Constituição Federal de 1988. A partir da consagração dos arts. 1º e 18 da Carta Magna, não se pode negar que o legislador constituinte implantou um Federalismo de três níveis, ocupando o Município lugar de destaque, o que torna a República Federativa do Brasil diferente de muitas outras.

### **2. 3. 2 A competência legislativa municipal**

Conforme dito outrora, a autonomia dos entes políticos constitui elemento essencial à configuração do Estado Federal. Ela é uma prerrogativa política outorgada pela Constituição aos entes federados para que esses possam organizar seu Governo e promover a sua administração segundo o disposto no ordenamento jurídico vigente. A idéia é descentralizar o poder para garantir o efetivo cumprimento das políticas públicas, que atendam às necessidades de cada localidade, considerando a extensão geográfica do nosso país e as diferentes demandas de cada Estado-membro e dos Municípios brasileiros. A descentralização permite, ainda, a vinculação do cidadão ao poder estatal, uma vez que ele estará mais próximo do centro das decisões políticas, que é o seu Estado ou o seu Município.

Os Municípios, entes integrantes da Federação, possuem autonomia política, administrativa e financeira. A autonomia política é manifestada no poder de auto-organização do Município, com a permissão de elaborar sua própria Lei Orgânica (art. 29, Constituição Federal de 1988), bem como as demais leis (art. 30, I e II) e com a possibilidade que os eleitores têm de eleger seus representantes no Executivo e no Legislativo. A autonomia administrativa diz respeito à capacidade que os Municípios têm de se organizar e executar os serviços públicos locais. A autonomia financeira, por sua vez, constitui-se no poder que os Municípios têm de instituir<sup>12</sup> e arrecadar tributos de sua competência (art. 30 da Constituição Federal de 1988), bem como aplicar suas rendas.

Também já ficou registrado que nem todas as Constituições brasileiras respeitaram a autonomia dos Municípios, que ora era alargada, ora era comprimida. Embora todas as Constituições brasileiras tenham contemplado em seus textos a autonomia municipal, até a Constituição de 1946 tal autonomia foi apenas nominal.

A atual Constituição Federal contempla, nos arts. 29 e 30, I e II, a autonomia política dos Municípios e analisá-la é tarefa fundamental para se atingir o objetivo principal deste estudo. Como se sabe, é no Município que os indivíduos convivem diariamente, realizam seus negócios, relacionam-se com o Poder Público e com os particulares. Tudo isso necessita de leis que disciplinem tais relacionamentos e, com uma produção legislativa tão intensa, a chance de se produzir leis municipais inconstitucionais é uma realidade. Daí o interesse em estudar a possibilidade de se incluir as leis municipais no rol de normas sujeitas ao controle concentrado de constitucionalidade, por meio da ADIn.

### 2. 3. 2. 1 Competência para elaborar a sua Lei Orgânica

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, os Estados-membros eram os entes políticos responsáveis pela elaboração da Lei Orgânica dos Municípios que se encontravam dentro de seu espaço territorial. Com o advento da atual

---

<sup>12</sup> Em que pese o disposto no art. 30, III da Carta de 1988, a competência dos Municípios em matéria tributária já vem definida na Constituição Federal, no art. 156.

Constituição, o legislador constituinte permitiu que os componentes das Câmaras Municipais elaborassem a Lei Orgânica dos seus Municípios, conforme o disposto no art. 29:

O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e dos seguintes preceitos [...]

O processo legislativo da Lei Orgânica Municipal tem características diferenciadas, se comparado com a feitura das demais leis municipais. O legislador constituinte exigiu que fosse elaborada e votada, em dois turnos, por quorum especial de 2/3 dos Vereadores e promulgada pelo próprio Poder Legislativo. A Lei Orgânica rege o Município e o seu texto deve contemplar todas as matérias relativas à organização dos poderes municipais, o relacionamento entre eles, as atribuições e competências de cada um, os princípios fundamentais que norteiam a administração pública, a atuação de seus agentes e a definição das áreas de atuação desse ente político.

### 2. 3. 2. 2 Competências exclusiva e suplementar

O legislador constituinte de 1988 reservou ao Município um campo de atuação legislativa disposto no art. 30, I e II. A primeira parte, referente ao inciso I, dispõe sobre a competência exclusiva desse ente político e tem como critério de definição o conceito de interesse local. Já o inciso II diz respeito à competência legislativa complementar. Os dois incisos serão tratados em momentos separados, para uma melhor compreensão da matéria.

Para que se possa medir a extensão do poder outorgado pela atual Constituição ao Município, faz-se necessário buscar o significado do termo interesse local.<sup>13</sup> Os assuntos abarcados pelo referido termo não são aqueles exclusivos dos Municípios, pois o critério da exclusividade não auxilia na busca do significado desse conceito,

---

<sup>13</sup> Ribeiro Bastos (2002, p. 267) registra que “O direito constitucional anterior já utilizava a técnica de partilha de competências consistente em conferir ao Município uma competência privativa, mas de natureza um tanto vaga ou indeterminada, sem as características das competências expressamente enunciadas. O que houve de novo foi o abandono da expressão *peculiar interesse*, cláusula-chave para determinação da competência constitucional de 1891, pela expressão equivalente *assuntos de interesse local*”.

haja vista ser impossível existir interesse municipal que não ressoe regional e nacionalmente. O assunto é de interesse local porque atinge diretamente e não exclusivamente uma determinada localidade. Carrazza (2002) registra que o interesse local não se confunde com o privativo. Aquele é o próprio, o especial, o particular de uma determinada localidade. Ressalta, ainda, que interesse exclusivo não existe, pois tudo o que serve ao Município, também serve para todo o País.

Os assuntos que se amoldam no termo interesse local são os que atendem, de modo imediato, às necessidades da população que reside naquele Município, ainda que de forma reflexa tais assuntos repercutam no Estado em que o Município está localizado ou no próprio país. Interesse local é, pois, aquele no qual prevalece de modo preponderante o interesse dos Municípios sobre as demais ordens normativas – a nacional e a estadual.

Em que pese a vagueza do termo em análise, não se pode deixar de afirmar que o constituinte de 1988 agiu corretamente ao elegê-lo para expressar o grau de alcance da competência legislativa dos Municípios. Isso porque são muitas as demandas dos municípios e, se o legislador tivesse optado por enumerar de forma exaustiva tais competências, o texto constitucional já estaria defasado.

O que deve existir, por parte dos responsáveis pela elaboração das leis municipais, é o compromisso de buscar, constantemente, na doutrina e na jurisprudência, as diversas interpretações elaboradas acerca do conceito interesse local, antes de produzirem novas leis. Agindo assim, estarão evitando ultrapassar a esfera de atuação legislativa municipal delineada pela Constituição Federal e, conseqüentemente, não produzirão leis municipais inconstitucionais.

Como a proposta inicial foi compreender o significado do conceito interesse local para, a partir daí, mensurar a extensão do poder outorgado pela atual Carta Política aos Municípios, resta uma pergunta: houve, de fato, um alargamento da competência dos Municípios com o advento da Constituição Federal de 1988? Horta (2002) compreende que a repartição de competências da atual Constituição Federal

representa uma tentativa de implantação do Federalismo de Equilíbrio.<sup>14</sup> Quadros de Magalhães (1999, p. 209) posiciona-se de forma diversa, quando diz que o texto atual

Enumera várias competências para a União, deixando para os Estados e Municípios outras competências extremamente limitadas, também enumeradas no texto, estabelecendo algumas vezes como absoluta exceção à regra a legislação estadual que venha regulamentar as especificidades de cada região. Quanto aos Municípios, a situação se agrava, pois, em face da grande enumeração de competências para a União e de forma limitada para os Estados, muito pouco resta para os Municípios.

Arremata, ainda, o autor afirmando:

Os arts. 21 a 24 da Constituição Federal estabelecem a distribuição de competências entre os entes federados. Esses dispositivos indicam, inequivocadamente, uma concentração de poderes para a União, sendo exceção a competência dos entes federados nas duas outras esferas, seja estadual ou municipal.

Não se pode negar a grande contribuição trazida pela atual Carta Política aos Municípios, quando esta os elevou à qualidade de entes componentes da Federação. Foi um feito de grande importância, inclusive, para o Federalismo brasileiro que, a partir dessa inovação, diferenciou-se dos demais federalismos, seguidores do modelo dual. Porém, o critério utilizado pelo legislador constituinte para repartir as competências entre os entes federados não ficou à altura dessa importante inovação, haja vista a grande quantidade de poderes outorgada à União.

A competência legislativa suplementar dos Municípios, prevista no inciso II do art. 30, é o poder que esses entes receberam da Constituição Federal de produzir normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissões destas. Como afirma Nilo de Castro (1996, p. 167), a competência suplementar será exercitada quando os legisladores municipais atuarem “[...] preenchendo o branco das legislações federal e estadual, afeiçoando-se às particularidades e às peculiaridades locais”.

---

<sup>14</sup> O **Federalismo Centrípeto** é aquele que se dirige para o centro, ou seja, em que há uma predominância de atribuições para a União, uma centralização; o **Federalismo Centrífugo** é aquele que procura se afastar do centro, isto é, permite que os Estados-membros tenham maior autonomia financeira, administrativa, política e jurídica; o **Federalismo de Equilíbrio**, por sua vez, prioriza a conciliação entre integração e autonomia, entre unidade e diversidade, como uma resposta às aspirações de independência e solidariedade dos homens, isto é, permite que os Estados-Membros tenham maior autonomia financeira, administrativa, política e jurídica.

O legislador constituinte procurou delimitar a área de atuação do legislador municipal, quando o assunto fosse a competência suplementar prevista no inciso II, do art. 30 da Constituição Federal, por meio do termo “*no que couber*”. Para Ribeiro Bastos (2002, p. 270) “[...] a um primeiro exame, a expressão parece até óbvia e vazia, dado que, para haver uma legislação, ela tem necessariamente que caber. Se não couber, evidentemente legislação não haverá”. Conforme o autor, torna-se necessário procurar outras significações para a expressão, sendo a melhor aquela que aponta o seguinte sentido: *no que couber* dentro da sistemática constitucional, uma vez que não caberá a atuação suplementar do Município, por exemplo, nas matérias constantes do art. 22 da Constituição Federal.

É importante registrar que o Município só poderá exercer a competência prevista no art. 30, II, da Carta Magna, se as matérias a serem legisladas forem de competência concorrente, sendo vedado tal exercício em matérias de competência exclusiva e privativa da União e dos Estados-membros. A partir de uma interpretação sistemática, pode-se concluir que as matérias enumeradas no art. 24 da Constituição Federal podem ser manuseadas pelo legislador municipal, mesmo não tendo a Constituição Federal de 1988 contemplado o Município como competente para legislar concorrentemente sobre elas, isso porque o art. 30, II, o legitima a assim proceder.

É nesse contexto que se insere a problemática central deste estudo, qual seja, a de pesquisar os limites e as possibilidades de o Supremo Tribunal Federal controlar a constitucionalidade das leis municipais, considerando que a Constituição Federal de 1988 deixou um grande espaço para a atuação legislativa dos Municípios. A vagueza do conceito que estabelece o critério de definição da competência exclusiva do Município e a possibilidade de uma atuação legislativa concorrente, complementando *no que couber* à legislação federal e estadual faz com que as matérias passíveis de regulação pelo Município sejam *ad infinitum*, já que seus contornos, como diz Jair Santana (1998, p. 122), “[...] são os limites que o próprio entendimento da locução *interesse local* pressupõe”.

## 3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 3.1 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Os princípios do Governo limitado e da supremacia da lei já eram conhecidos na Antiguidade e na Idade Média, embora os próprios significados da lei e do Direito fossem diversos do entendimento que se tem hoje. Já o princípio da supremacia constitucional é fruto da conjuntura revolucionária liberal dos séculos XVII e XVIII, responsável pela afirmação do constitucionalismo moderno, não sendo possível aplicá-lo aos ordenamentos anteriores.

A idéia da existência de uma lei fundamental, conjunto de princípios orgânicos característicos de certo ordenamento estatal, considerada hierarquicamente superior, pode ser encontrada desde a Antiguidade. Ferreira Filho (1999) leciona que Aristóteles, na *Política*, já distinguia as leis de organização do Governo das demais leis, como as que hoje se denominariam de ordinárias. O filósofo advertia para o perigo do triunfo do discurso demagógico na democracia, considerando que a plena validação do consenso decisório, alcançado pela via do debate político nas Assembléias dos cidadãos, podia ser fraudada, ou pelo menos prejudicada pelos discursos dos demagogos. Chegava mesmo a considerar a democracia sem supremacia da lei, caucada mais no discurso demagógico, como uma forma de despotismo popular, equivalente à tirania no que concerne à monarquia aristocrática. Tal ordenamento político, a seu ver, ameaçaria a tradição e os bons costumes, o que representaria, na essência, o próprio Direito Natural. O instrumento corretivo para esse abuso estaria na afirmação da soberania da lei, na limitação da decisão majoritária das Assembléias pelo consenso tradicional, firmado nas leis.

Na Idade Média, também vigoravam os princípios do Governo limitado e da supremacia do Direito Natural. A visão jusnaturalista do Direito, na sua adaptação teológico-agostiana, esteve impregnada no pensamento jurídico medieval. Quadros de Magalhães (2000, p. 32) adverte que o papel da Igreja, em sua relação com o Governo, levará São Tomás de Aquino, assim como grande parte dos pensadores medievais, a dar ao Direito Natural uma importância decisiva, pois só com uma

norma de caráter mais geral, situada acima do Direito Positivo, poderia haver alguma esperança de realização da justiça cristã. Para São Tomás de Aquino, essa Lei Natural deveria ser completada com direções mais particulares dadas por Deus, acerca do modo pelo qual os homens deveriam se conduzir, e quem cumpriria tal função seria a Lei Divina, que é revelada por Deus nas Sagradas Escrituras.

Como se vê, o princípio do governo limitado durante a Idade Média buscou fundamento no Direito natural. Nesse sentido, é significativa a contribuição teórica de Charles Howard McIlwain, citada por Norberto Bobbio (2000, p. 253):

McIlwain tinha certamente razão ao afirmar que o princípio da limitação do Governo mercê do direito era a característica mais antiga e autêntica do Constitucionalismo. Dessa tese ele parte para uma revalorização do pensamento político medieval, que a muitos poderá parecer desconcertante. Escreve: 'Quem tentar relacionar o termo 'medieval' com algo reacionário, como se habituaram a fazer hoje pessoas desmioladas, que medite bem antes. O absolutismo político é fruto dos tempos modernos; a Idade Média não queria saber disso'. Na Idade Média, encontramos, de fato, não só as mais claras apologias do Governo limitado, como também, em consonância com elas, a mais explícita reivindicação do primado da função judiciária. A base sacral do poder do rei consiste unicamente no dever de administrar aos seus súditos 'uma justiça reta e imparcial', porquanto, 'a tarefa de julgar pertence a Deus, não ao homem'; nesse sentido, o rei, juiz supremo, era apenas um ministro e servo de Deus [...].

Essa abordagem limitava consideravelmente o Poder Político do rei e guardava profunda harmonia com as estruturas econômico-sociais do sistema feudal. Efetivamente, o rei governaria conforme um sistema que assegurasse a autonomia administrativa dos senhores feudais e a supremacia moral da Igreja. Nesse contexto, é perceptível a desvinculação entre a limitação do Governo e a efetiva afirmação dos direitos humanos. Os abusos cometidos pelos senhores, representantes do poder local, submetendo os servos às condições de trabalho aviltantes, ou ainda pelos Tribunais eclesiásticos do Santo Ofício, censurando e punindo o direito à liberdade de pensamento, são exemplos consagrados do quanto esse sistema era frágil na perseguição da liberdade. A limitação do Governo não representa uma condição isolada da afirmação dos direitos, mas depende também do desenvolvimento de institutos ou órgãos criados para esse fim, o que se concretizará nos Governos constitucionais modernos.



Durante a Baixa Idade Média, iniciou-se o período de transição feudo-capitalista e uma de suas características evidentes foi o processo de formação das Monarquias Nacionais Modernas. Do confronto entre o Direito aristocrático medieval, em decadência, e o Direito cidadão burguês, em ascensão, emergiu um equilíbrio que sustentou o fortalecimento do poder real. É nesse contexto que se encaixa a *Magna Carta*, de 1215, um documento que buscava resgatar a tradição de limitação do poder real. Não se tratava de um documento revolucionário, na concepção liberal, contrário ao absolutismo do rei, até porque o absolutismo ainda não havia triunfado na Inglaterra. Era mais uma reafirmação da nobreza aristocrática contra o próprio processo de formação da monarquia absoluta. Para Quadros de Magalhães (2000, p. 34), a Magna Carta “[...] é um texto muito mais de garantia dos direitos dos Barões, proprietários de terra do que de uma ampla garantia dos direitos de todo o povo”. Seja como for, esse documento terá profundas repercussões históricas na política inglesa, servindo, inclusive, posteriormente, na referência jurídica da revolução liberal do século XVII.

Conforme se observa, algumas características do Constitucionalismo podem ser encontradas desde a Antiguidade, porém é com o Constitucionalismo do século XVIII que nasce a idéia de Constituição rígida, lei fundamental, que estrutura e organiza politicamente o Estado e que limita o Poder Político em benefício dos direitos fundamentais conquistados ao longo da história. Nas palavras de Lênio Streck (2004, p. 289),

O constitucionalismo, pelas suas características contratualistas, vai se firmar como uma teoria que tem a Constituição como lei fundamental apta a limitar o poder, mas, mais do que isto, limitar o poder em benefício de direitos, os quais, conforme a evolução histórica, vão se construindo no engate das lutas políticas (direitos de primeira, segunda e terceira dimensões), que demonstram as diversas fases pelas quais passou o Estado de Direito a partir da revolução francesa até os dias atuais.

O que se via antes era o reconhecimento da existência da supremacia das leis que organizavam os Governos e limitavam o poder ou, como bem assevera Jorge Miranda (1996, p. 32), “[...] a Constituição, que porventura tenha existido antes do século XVIII, era uma simples Constituição em sentido institucional, ou seja, aquilo que dava a configuração essencial da sociedade, distinguido cada uma das restantes”. Miranda ressalta, ainda, que a Constituição que emerge do

constitucionalismo “[...] traduz algo de diverso e original. Traz consigo uma limitação nova e envolve todo um modo de ser concebido o poder” (p. 32).

Registre-se que o conceito<sup>15</sup> de Constituição utilizado neste estudo busca respaldo naquele formulado por Jorge Miranda (1996, p. 30), que assim estabelece:

Chama-se Constituição em sentido formal, porque se insiste no nome, imprime-se-lhe caráter, o nome arrasta uma ideologia e as normas materializam-se num documento solene. Chama-se Constituição em sentido formal ainda, porque é o texto jurídico que encerra intencionalmente os elementos do ordenamento político, da ordem constitucional. As três facetas do conceito, que sobressaem, são: 1º) *A Constituição como acto* (o acto constituinte) – aquele pelo qual um povo (a Nação, na acepção revolucionária da palavra), se dota de organização, tendo adquirido uma convicção jurídica de necessidade e exercendo por si poderes de soberania. Constrói-se, aprova-se, cria-se a Constituição e toda a ordem jurídica assenta ou parte deste acto, porque é por ele que o povo se obriga e obriga os seus representantes livremente eleitos. 2º) *A Constituição como lei* – pura consequência da faceta anterior e a que surge mais nítida no aspecto formal. Em primeiro lugar, a Constituição, agregado de preceitos jurídicos, revela-se de modo decisivo e explícito, preside à sua formação uma vontade normativa particularizada e refletida de órgãos diferenciados, e não uma vontade normativa diluída e espontânea da colectividade. No plano das fontes de Direito, a Constituição surge como lei e não como costume. Em segundo lugar, a Constituição redundando na Constituição escrita e é nela, como tal, que se apóiam as pretensões de direitos. 3º) *A constituição como norma* – norma da totalidade das relações jurídico-públicas ou, quanto mais não seja, do que há de capital a contemplar nessas relações. Não se quer deixar em branco, ao arbítrio dos governantes ou à lei ordinária, qualquer aspecto que pareça mais delicado na regulamentação do poder político.

Ao conceito de Constituição em sentido formal, segundo Jorge Miranda (1996, p. 33), corresponde, assim, uma idéia material, isso porque, para o autor, uma Constituição formal não é neutra, e a idéia de Constituição “[...] é de uma garantia [...], de uma direcção de garantia. [...] o fim está na protecção que se conquista em

---

<sup>15</sup> Segundo Taveira Bernardes (2004, p. 8), os conceitos clássicos de Constituição foram formulados a partir de três perspectivas: **a perspectiva sociológica**, elaborada por Lassalle, que qualifica a Constituição como “a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação”, sem a concorrência dos quais a Constituição não passaria de uma “folha de papel”. Esses fatores reais de poder, segundo Lassalle, é que são “a Constituição real” de um país. Numa **perspectiva política**, Schmitt definiu a Constituição como a síntese da “decisão política fundamental”, da qual emana a unidade política concreta representada pelo Estado. Toda normatividade reside numa decisão política do titular do poder constituinte e se estabelece por vontade dele. Não vale a Constituição em virtude de sua justiça normativa ou de sua hermética sistemática, senão por decorrência da vontade política existencial daquele que a concebe. O fundamento da Constituição está na decisão política que nela subjaz, e não nas normas constitucionais. Na **perspectiva jurídica**, após explicar a necessidade de conceber uma norma fundamental “pressuposta”, cuja validade não pode ser derivada de nenhuma norma superior, Kelsen refere-se à Constituição como o nível mais alto dentro do direito nacional, pois é ela que regula a produção das demais normas jurídicas estatais.

favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir”.

Mas, como justificar a supremacia dessa lei? Os estudiosos foram buscar a resposta teorizando sobre o poder que cria a Constituição, o Poder Constituinte. Outros justificam tal supremacia a partir de uma construção teórica que coloca a Constituição no nível mais alto no âmbito normativo estatal.

Com relação à primeira justificativa, os constitucionalistas lecionam que a doutrina do Poder Constituinte foi de autoria do Abade Emmanuel Josph Sieyès, exposta em sua obra “Qu’est-ce le tiers État?”.<sup>16</sup> Segundo Sieyès (2001, p. 48), as leis constitucionais

[...] são chamadas fundamentais não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do Poder Constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais.

Ferreira Filho (1999) adverte que a idéia de Constituição está ancorada na existência de um Poder Constituinte e que tal Poder é a justificativa da supremacia da Constituição. Se a Constituição deriva desse Poder, não pode ser modificada pelos poderes que ele constitui. Para que a manifestação dos poderes constituídos seja válida, deve estar em total consonância com a Constituição. Ora, se a Constituição é obra do Poder Constituinte, superior aos demais, justificada está a relação de supremacia desse documento em relação às normas infraconstitucionais.

---

<sup>16</sup> Ferreira Filho (1999, p. 11) registra que, nesse panfleto, Sieyès já começava a expor as suas idéias sobre o Poder Constituinte. Na verdade, “[...] esse livro foi o manifesto da Revolução Francesa; está como manifesto para ela assim como está o de Marx para a Revolução Russa. Nele, o autor consubstancia as reivindicações do Terceiro Estado, o Povo”. E continua dizendo que, “[...] o livro tem uma estrutura interessante. Seu título é uma pergunta – *Que é o terceiro Estado?* – e em três perguntas se desenvolve: ‘Quem tem sido o terceiro Estado?’ – a resposta é: *nada*; porque o terceiro Estado se caracteriza por não contar com privilégios, e não contar com privilégios, naquela estrutura jurídica, era a mesma coisa que nada. ‘Que é?’ – a resposta: *tudo*; porque o terceiro Estado desempenha todas as tarefas que são necessárias à vida de uma comunidade; é ele uma comunidade perfeita; se desaparecessem a Nobreza e o Clero, o terceiro Estado daria conta da vida da mesma forma. ‘Que pretende ser?’ – a resposta: *alguma coisa*. E nesse ‘alguma coisa’ vem o programa de reivindicações da Revolução: primeiro, quanto à própria estrutura da convocada assembléia dos Estados Gerais; depois, quanto à reorganização da França etc”.

Com referência ao segundo fundamento, que objetiva justificar a supremacia da Constituição, entende-se que a superioridade das leis constitucionais faz surgir uma hierarquia entre as normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico, estando a Constituição no ápice do escalonamento. Para Kelsen (1998), há uma relação hierárquica de fundamentação e derivação entre as normas jurídicas e, segundo ele, a unidade do ordenamento estatal é produto da conexão de dependência das normas em relação às que as apóiam, ocupando a Constituição o nível mais alto no âmbito normativo estatal.

Raul Horta (1995, p. 138) assegura que “[...] o poder constituinte confere superioridade e permanência formais a determinada categoria de regras, imprimindo na superfície jurídica estatal dupla categoria de normas: a constitucional e a ordinária”. Essa distinção confere maior permanência às leis constitucionais, que, para serem modificadas, precisam passar por um procedimento diferenciado, preestabelecido pela própria Constituição, ganhando, portanto, rigidez. Para Jorge Miranda (1996, p 37), se a Constituição se coloca acima das leis ordinárias, “[...] num plano hierárquico superior, e encerra características próprias, considera-se rígida”, porém, se esta se encontrar no mesmo nível das demais leis, “[...] sem um poder ou uma forma que a suportem em especial, é flexível”. Para Miranda, “[...] apenas as Constituições rígidas, e não também as Constituições flexíveis, são limitativas, porque ultrapassam as leis e prevalecem sobre as suas estatuições”.

Note-se que não basta o simples reconhecimento teórico da supremacia constitucional, pois juntamente com ele precisa-se reconhecer as conseqüências dessa rigidez, quais sejam, permanência jurídica da Constituição e superioridade das leis constitucionais sobre as ordinárias, o que gerará a necessidade de se estabelecer ritos diferenciados para a alteração do texto constitucional e exclusão do ordenamento jurídico de toda norma que esteja em dissonância com ela, por meio de um controle de constitucionalidade.

Como se vê, a rigidez não transforma a Constituição em lei imutável, porém, para salvaguardar a própria feição dada a ela pelo Poder Constituinte, esse mesmo Poder estabelece mecanismos especiais para a sua modificação, além de instrumentos de controle de constitucionalidade das demais leis que serão produzidas a partir dela.

Em se tratando de inconstitucionalidade, toda vez que uma norma for produzida em dissonância com a Constituição, ela deverá ser declarada inválida para reger aquela situação específica apresentada diante do julgador, quando o controle de constitucionalidade for difuso, ou extirpada do ordenamento jurídico, sendo proclamada inválida para reger qualquer situação concreta, quando se estiver diante do controle abstrato, objetivando, em ambos os casos, garantir o acatamento integral do texto constitucional.

A posição de supremacia que a Constituição ocupa é ancorada, conforme registrado anteriormente, na idéia da existência de um Poder Constituinte e porque ela é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, consubstanciadora da própria atividade político-estatal. Além disso, é nela que estão garantidos os direitos fundamentais conquistados ao longo da história, bem como os instrumentos para fazer valer tais direitos.

Na esteira do que foi defendido anteriormente por Sieyès, Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 43) aponta dois argumentos elaborados, no plano da teoria constitucional moderna, para a justificação da supremacia da Constituição:

Para um primeiro grupo as Constituições formuladas num determinado momento histórico jamais se sobrepõem às gerações futuras, mas sim aos seus delegados e representantes que compõem o governo. Da mesma forma, não se está limitando a vontade da maioria do povo, mas apenas a de seus representantes. Sendo a Constituição uma decisão que decorre da vontade popular – diferentemente das decisões políticas cotidianas, que decorrem da vontade do governo ou do Parlamento – a primeira encontra-se numa posição qualitativamente diferenciada e naturalmente superior às segundas. Não se trata, portanto, de uma superioridade da decisão popular sobre as decisões governamentais.

Um segundo argumento, associado ao primeiro, seria o de que as decisões constitucionais do passado se encontram numa posição de supremacia em face das decisões legislativas e governamentais do presente e do futuro não apenas por sua origem popular, mas em consequência do processo de deliberação constitucional, que, sendo diferente da prática política cotidiana – em que imperam os interesses particulares do grupo majoritário -, é capaz de produzir instituições republicanas e, neste sentido, mais próximas de paradigmas de justiça aceitos consensualmente. A distinção qualitativa entre procedimento constituinte e procedimento legislativo ordinário é o que garante que a Constituição incorporará procedimentos justos e direitos fundamentais que resultam não de uma crença transcendente no direito natural, mas de uma razão ética

A superioridade material de uma Constituição pode ser explicada pelo fato de suas normas estabelecerem as competências estatais. Sendo assim, tais normas são

superiores às autoridades que por elas foram investidas. Se essas autoridades produzem normas inconstitucionais, estão destruindo o fundamento jurídico de sua autoridade. Palu (1999, p. 15) ressalta que “[...] é da Constituição que os legisladores retiram seus poderes; como poderiam alterá-la sem destruir o fundamento de sua autoridade?”.

Nas Constituições rígidas, aquelas que não podem ser mudadas ou derogadas por meio de leis ordinárias, mas eventualmente por procedimentos especiais de revisões, pode-se vislumbrar com mais nitidez o princípio da supremacia da Constituição. A opção pela rigidez constitucional aponta a idéia de que as normas contidas naquele documento são mais importantes do que as demais que compõem o ordenamento jurídico, daí a alteração dessas normas terem que obedecer a um procedimento especial. E como fazer para que a supremacia não seja simplesmente uma intenção? A resposta encontra-se no modo como essa Lei Maior traz no seu corpo formas de controlar a constitucionalidade das normas inferiores.

### 3. 2 PRECEDENTES HISTÓRICOS

O controle de constitucionalidade das leis, segundo Cappelletti (1984, p. 45), é um instituto que vem sendo utilizado há tempos e “[...] a necessidade de impor um limite ao próprio legislador, e de torná-lo efetivo através de um controle judicial, é uma necessidade radicada na história, mesmo antiga, da civilização humana”. Para Cappelletti, embora não exatamente configurada como supremacia da Constituição, existiu, em alguns antigos sistemas jurídicos, uma espécie de supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis em relação às outras leis.<sup>17</sup>

Jorge Miranda (1996, p. 35), por sua vez, registra que “[...] a inconstitucionalidade não se concebe a não ser num Estado Constitucional”. Segundo o autor, é possível encontrar na história situações de contradição entre a norma de grau superior e uma

---

<sup>17</sup> Cappelletti (1984, p. 49) apresenta como exemplo de sistema jurídico antigo o Direito da grande civilização ateniense. No Direito ateniense havia o *nomos*, a lei em sentido estrito ou, nos dias atuais, as leis constitucionais, e o *pséfisma*, que modernamente se chamaria de decreto. As *nómoi* eram assim consideradas porque diziam respeito à organização do Estado e porque só podiam ser modificadas por meio de um procedimento especial.

outra inferior, porém, “[...] como conceito utilizável numa construção sistemática, a inconstitucionalidade tem de ser ligada tão-somente à Constituição [...]”. É a partir desse pensamento que será apresentada a evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis. Antes, pois, de se cumprir tal propósito, convém precisar a noção de inconstitucionalidade e oferecer um panorama a respeito de sua tipologia.

É inconstitucional um ato normativo quando o seu conteúdo ou a forma como ele foi produzido se contrapõem, expressa ou implicitamente, à norma constitucional. Para Clèmerson Clèves (1995, p. 30), a inconstitucionalidade “[...] é a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional”.

Vários são os motivos que podem fazer com que uma norma seja tida como inconstitucional e, concordando com a tipologia apresentada por Clèmerson Clèves (1995), os vícios podem gerar a:

a) *inconstitucionalidade formal (orgânica)* – quando uma lei for elaborada por um órgão incompetente. Ressalte-se que no Brasil a inconstitucionalidade orgânica é uma questão problemática, uma vez que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, de forma detalhada, a competência de cada ente federativo. Logo, se não houver um controle de constitucionalidade eficiente, o princípio federativo poderá se fragilizar, uma vez que os legisladores poderão extrapolar ou invadir os limites estabelecidos para a atuação de cada ente componente da Federação.

b) *inconstitucionalidade formal propriamente dita* – ocorrerá esse tipo de inconstitucionalidade se o legislador, no momento da elaboração da lei, seguir um procedimento diverso daquele fixado na Constituição. Um exemplo de inconstitucionalidade formal propriamente dito acontecerá se o Presidente da República, no momento em que for editar uma medida provisória, não atender aos pressupostos elencados no art. 62, quais sejam, *relevância e urgência*. Caso o Chefe do Executivo resolva editar o referido ato legislativo, mesmo estando ausentes os pressupostos constitucionais, o ato elaborado será inconstitucional, pois se encontra eivado de vício formal.

c) *inconstitucionalidade material* – a inconstitucionalidade material ocorrerá quando o conteúdo da lei produzida estiver em dissonância com o conteúdo da Constituição. Paulo Bonavides (2004, p. 299) assevera que o controle material de constitucionalidade é delicadíssimo, em razão do elevado teor de politicidade de que se reveste, pois incide sobre o conteúdo da norma. Para o autor, esse controle “[...] desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito [...]”. Sendo assim, havendo contradição entre o conteúdo da norma e o conteúdo da Constituição, caracterizada estará a inconstitucionalidade material.

d) *inconstitucionalidade total ou parcial* – será total quando a irregularidade cometida pelo legislador contaminar todo o ato; e parcial, quando a irregularidade incidir apenas sobre parcela da lei. Regra geral, a inconstitucionalidade formal (formal propriamente dita e orgânica) implica a invalidação total do ato normativo. Assim, se um ato for produzido por uma autoridade incompetente ou se, no momento de sua elaboração, o legislador não observou pressuposto obrigatório exigido pelo texto constitucional ou, ainda, se desrespeitou a norma constitucional disciplinadora do procedimento para a sua elaboração, em princípio, o referido ato será totalmente inconstitucional. A inconstitucionalidade material poderá ser total ou parcial, dependendo do conteúdo de cada dispositivo da lei produzida. Pode ser que só um artigo esteja em dissonância com a Lei Maior e, nesse caso, a inconstitucionalidade será proclamada parcialmente, porém, pode ser que uma inconstitucionalidade parcial gere uma invalidação total do ato normativo e isso ocorrerá quando o dispositivo contaminado for proclamado inconstitucional e o restante da lei deixar de ter significado autônomo.

e) *inconstitucionalidade por ação e por omissão* – a inconstitucionalidade por ação se manifesta nos tipos apresentados anteriormente, ou seja, quando os legisladores produzem um ato normativo em desconformidade com a Constituição, podendo esse vício ser formal (orgânico ou formal propriamente dito) e/ou material. Já a inconstitucionalidade por omissão se manifesta quando o legislador, tendo o dever constitucional de legislar, permanece inerte. Para Canotilho (2002, p. 1023), a omissão legislativa não é um simples não fazer, “[...] omissão em sentido jurídico-



constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado”.

A partir das explicações preliminares, passa-se agora a apresentar o histórico do controle de constitucionalidade, pois, comungando com os ensinamentos de Ivo Dantas (2001, p. 73), “[...] uma correta compreensão de qualquer instituto jurídico impõe que seja conhecida a sua evolução histórica, a maneira pela qual surgiu, desenvolveu-se e tomou a sua forma atual”.

Muitos foram os órgãos e os sistemas criados ao longo da história para se controlar a constitucionalidade dos atos normativos. Alguns optaram pelo controle político, atribuindo ao Parlamento essa nobre tarefa; outros adotaram a solução judicial, atribuindo ao Poder Judiciário comum ou a órgãos específicos – os Tribunais Constitucionais – o exercício de tal controle.

A França é um grande exemplo de país que confiou, desde 1789, o controle de constitucionalidade ao Parlamento. Essa opção, segundo Cappelletti (1984), tem, sobretudo, razões históricas, que é a permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução, os juízes franceses muito freqüentemente perpetravam na esfera dos outros Poderes. Para esses juízes, o ofício judiciário era entendido como um “droit de propriété, un droit patrimonial”. É de se considerar, também, que as idéias de Rousseau sobre a direta manifestação da vontade popular influenciaram a opção pelo controle político, uma vez que, sendo os Atos das Assembléias Parlamentares verdadeiras manifestações da soberania popular, não se justificaria que fossem submetidos ao controle judicial.

Além das razões históricas, somam-se as de natureza ideológica, que buscam fundamento na doutrina da separação dos poderes, idealizada por Montesquieu. Segundo Cappelletti (1984), essa doutrina, em sua mais rígida formulação, foi considerada incompatível com toda possibilidade de interferência dos juízes na esfera do Poder Legislativo, que era tido como a direta manifestação da soberania popular. Daí a hostilidade em torno da idéia de se confiar aos juízes a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis ordinárias em face da Constituição. Ivo Dantas (2001), também, entende que o sistema francês de controle de

constitucionalidade, de natureza política, é, dentre os modelos contemporâneos, o mais significativo. O constituinte francês de 1793 já começava a pensar na possibilidade de se controlar os atos que, porventura, pudessem violar as conquistas inscritas na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*.

É Sieyès (2001) quem vai colocar em prática idéias mais precisas de controle de constitucionalidade, propondo a criação de um poder especial, um tribunal, dotado de atribuição para anular atos e leis contrárias à Constituição. Na Constituição de 1799, o constituinte previu que, dentre as atribuições do Senado, estaria a de verificar a constitucionalidade das leis. Ocorre que, por questões políticas, o Senado não cumpriu a missão que recebeu, pois tolerou as inconstitucionalidades praticadas por Napoleão Bonaparte. Até os dias atuais ainda vigora a opção francesa em confiar a um órgão de natureza não judiciária, o *Conseil Constitutionnel*, sempre em via preventiva, o controle de constitucionalidade das leis ordinárias em relação à norma constitucional.

No que se refere ao controle judicial, pode-se afirmar que o marco inicial encontra-se na experiência inglesa, pois, no ano de 1610, o Chief Justice Edward Coke, ao proferir a famosa sentença do Dr. Bonham's Case,<sup>18</sup> já admitiu a possibilidade de o Judiciário controlar os atos do parlamento. Ressalte-se que os motivos encorajadores da doutrina de Edward Coke – sobre a autoridade do juiz como árbitro entre o Rei e a nação – tinham ligação com o momento político que a Inglaterra estava atravessando no princípio do século XVII, quando havia uma onda de mutação do papel do Parlamento com a passagem da dinastia dos Tudors para a dos Stuarts. Sob a dinastia dos primeiros, durante o século XVI, a soberania do rei era indiscutível, tendo em vista o seu caráter nacional, e exercia-se no Parlamento. O século XVII, ao contrário do anterior, é um tempo de discussão sobre a soberania, da cisão entre Monarquia e Parlamento. É nesse contexto que a sentença de Coke sobre o caso Bonhams deve ser interpretada, ou seja, é um momento de crise política no qual a soberania real resiste e quer expressar-se por meio de todo e

---

<sup>18</sup> O doutor Bonhams recorreu à *Court of Common Pleas*, presidida por Coke, para que essa Corte se pronunciasse diante da decisão do *Royal College of Physicians*, que o proibia de praticar a Medicina, determinava a sua prisão e aplicava-lhe multa. O referido Conselho ordenava, ainda, que parte da multa aplicada fosse revertida em seu favor. Coke entendeu que tal decisão tornaria esse órgão juiz e parte no caso ao mesmo contrariava a *common law* e era, portanto, inválida.

qualquer processo de produção legal no Parlamento. Cappelletti (1984, p. 58) adverte que,

Contra o Rei, que afirmava ser dotado de inteligência como os juízes, seus delegados, e pretendia, conseqüentemente, poder exercitar pessoalmente o poder judiciário, Coke respondia que tão-só os juízes podiam exercitar aquele poder, sendo instruídos na difícil Ciência do Direito [...]. E contra o parlamento, ele afirmava, por outro lado, a tradicional supremacia da *common law* sobre a autoridade do Parlamento [...]. Mas quem devia garantir, afinal de contas, a supremacia da *common law* contra os arbítrios do Soberano, de um lado, e do Parlamento, de outro? É esta a indagação essencial; e a resposta de Coke era firme e decidida: aquele controle, aquela garantia eram *função dos juízes!*

A doutrina de Coke predominou na Inglaterra por longos anos. Porém, a Revolução de 1688 fez prevalecer a supremacia do Parlamento, idéia válida até hoje.

Já em solos americanos, antes da famosa decisão de 1803, proferida por *J. Marshall*, no caso *William Marbury v. James Madison*, Hamilton (1979, p. 161), no Capítulo LXXVIII da obra “O Federalista”, preconizava que a Constituição devia ter para os juízes a importância de uma lei fundamental, cabendo a eles declarar nulos os atos normativos produzidos em dissonância com a Constituição. Eis uma importante passagem escrita por Hamilton:

Algumas dúvidas se têm suscitado sobre o direito atribuído aos Tribunais de Justiça de declarar nulos, como contrários à Constituição, atos do corpo legislativo; porque se pensa que de semelhante doutrina resultaria a superioridade do Poder Judiciário sobre a legislatura, visto que uma autoridade não pode declarar nulos os atos de outra sem que lhe seja necessariamente superior [...].

A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preferida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à de seus agentes.

Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo: segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que o não são.

Em que pese a importância da experiência inglesa, bem como a notável contribuição de Hamilton para o desenvolvimento da idéia de controle judicial de constitucionalidade, nada se compara à decisão proferida por *J. Marshall* no caso

*William Marbury v. James Madison*, de fevereiro de 1803, que mudaria sobremaneira os rumos do controle de constitucionalidade, entregue antes nas mãos do Parlamento, conferindo agora ao Poder Judiciário a atribuição de supremo intérprete do texto constitucional. Cappelletti (1984) chega a dizer que, antes de ter sido posto em prática o sistema norte-americano de *judicial review*, nada de semelhante tinha sido criado em outros Estados da Europa.

O caso *Marbury v. Madison* teve origem na recusa dos republicanos de empossar juízes de paz nomeados pelos federalistas. Raul Horta (1995), ao narrar de forma brilhante e concisa o caso, afirma que Adams, já no final de seu mandato presidencial, nomeou algumas dezenas de juízes de paz. Nos últimos dias que antecederam a transmissão do cargo a Jefferson, eleito pelo partido adversário, o Secretário Marshall não providenciou o expediente necessário para proceder a todas as nomeações. O Secretário sucessor, Madison, atendendo ao pedido do novo Presidente, expediu apenas 25 atos, inutilizando os demais. Entre os juízes de paz que não foram empossados, encontrava-se Marbury que, recorrendo à Suprema Corte, juntamente com Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe e William Harper, pleiteou um *writ of mandamus* contra o Secretário Madison, para que ele o empossasse no cargo. Marshall admitiu a justiça da pretensão, porém, preocupado com a possibilidade de a decisão não ser cumprida, considerando a forte oposição do Executivo, estabeleceu no julgado que Marbury e os demais interessados tinham o direito de serem empossados, pois as nomeações não seriam revogáveis. Entretanto, invocou a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei de 1789, que deferia à Corte a faculdade de expedir, diretamente, *writ of mandamus*, em desacordo com o art. III, Seção II, do texto constitucional, que lhe conferiu, em princípio, jurisdição de apelação, contemplando expressa e excepcionalmente os casos de jurisdição originária. De acordo com a decisão, Marbury e os demais pleiteantes deveriam postular seu direito perante uma das Cortes de Direito, para, depois, em grau de recurso, levar o caso até a Suprema Corte.

Marshall, com essa decisão, alcançou dois objetivos: o de neutralizar possível reação desfavorável do Governo Federal e firmar valioso precedente jurisprudencial, atribuindo ao Judiciário o poder de invalidar os atos legislativos produzidos em desacordo com a Constituição. Embora a Constituição norte-americana não

estabelecesse expressamente o controle judicial de constitucionalidade, *Marshall* soube extraí-lo, num trabalho de pura interpretação das normas constitucionais, e incorporá-lo ao Direito Constitucional americano. E o argumento principal utilizado por ele fundamenta-se na idéia de que todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento, ou seja, devem os juízes, no exercício jurisdicional, proteger a Constituição.

No controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, existem dois sistemas: o difuso e o concentrado. Por meio do sistema difuso, modelo de origem americana, qualquer membro do Poder Judiciário está autorizado a não aplicar uma lei infraconstitucional, diante de um caso concreto, se ela estiver em desacordo com o texto constitucional. No modelo concentrado, de origem austríaca, a competência para controlar a constitucionalidade das leis é conferida a um órgão especial e, uma vez proclamada a inconstitucionalidade por esse órgão, o ato viciado é extirpando, em definitivo, do ordenamento jurídico. A análise de cada um deles, de forma pormenorizada, será desenvolvida a seguir.

### **3. 2. 1 O sistema difuso ou “americano”**

Conforme dito, o sistema difuso teve sua consagração em solos americanos, inicialmente, com importantes formulações teóricas de Alexander Hamilton, em “O Federalista”, e de forma definitiva, por *Marshall*, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison*. É chamado de difuso porque qualquer juiz de direito ou tribunal, no exercício jurisdicional, poderá fiscalizar a constitucionalidade de determinado ato normativo em face de casos concretos que lhes forem apresentados e, para que ele possa ser exercido, é preciso haver uma lide, uma ação judicial.

Esse tipo de controle traz à tona uma questão fundamental, qual seja, o dever do magistrado de examinar, preliminarmente, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição, fazendo valer o princípio da supremacia da Constituição e o reconhecimento de que a obra do Poder Constituinte não pode ser

desrespeitada pelos poderes constituídos. Para Cappelletti (1984, p. 75), o raciocínio que se faz ao utilizar o sistema difuso é o seguinte:

A função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em que 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', etc.;  
Mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, 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 [...].  
Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja 'relevante' uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira, ao invés, a segunda.

No controle difuso, o objeto da ação não é o juízo de compatibilidade da norma, mas uma relação jurídica regida por uma lei cuja validade está sendo contestada em face da Constituição. O julgador, então, analisará primeiramente se há ou não o conflito entre a lei e a Constituição para, depois, decidir a questão principal, pondo fim a um litígio concreto e individualizado. Se, no julgamento da questão prejudicial, a lei for considerada inconstitucional, o juiz não a aplicará ao caso que está sendo examinado. Todavia, a lei rechaçada não será invalidada perante terceiros, pois a decisão tem o condão de afastar, apenas, a sua incidência naquele caso específico. A produção de efeitos *inter partes*, característica do controle difuso, busca fundamento no limite subjetivo da coisa julgada que, como se sabe, só se forma para quem foi parte no processo.

Conforme dito, o sistema difuso é obra do direito norte-americano, país pertencente à família *common law*, onde vige o fundamental princípio do *stare decisis*, segundo o qual os juízes devem seguir os precedentes das decisões anteriores. Nesse país, quando os órgãos judiciários superiores e, em particular, a *Supreme Court*, decidem a questão de constitucionalidade, a decisão passa a ser, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Note-se que a idéia original do controle difuso, que era permitir que todos os juízes, no exercício jurisdicional, protegessem a Constituição, deixando de aplicar uma lei infraconstitucional produzida em desacordo com a Carta Maior, passa a ter eficácia *erga omnes* e,

conforme leciona Cappelletti (1984, p. 82), “[...] torna-se uma verdadeira eliminação, final e definitiva, válida para sempre e para quaisquer outros casos [...] acaba, em suma, por tornar-se uma verdadeira anulação da lei, com efeito, em geral, retroativo”.

O mesmo efeito não ocorre com os países da *civil law*, que resolvem adotar o sistema difuso, no qual o princípio do *stare decisis* não tem aplicabilidade.<sup>19</sup> Nesses países, os jurisdicionados podem se deparar com verdadeiros contrastes nos julgados, pois uma determinada lei pode não ser aplicada por alguns juízes, sob argumento de inconstitucionalidade, enquanto outros juízes, de opinião contrária, podem entendê-la aplicável, gerando uma situação de grave conflito entre órgãos.

As conseqüências mais graves para os países de derivação romanística que resolvem adotar o sistema difuso é a incerteza do direito e o desperdício de atividade jurisdicional. A incerteza do direito se materializa quando indivíduos atingidos pelo mesmo problema procuram a tutela jurisdicional e recebem decisões diferentes; já o desperdício jurisdicional ocorre quando os juízes e tribunais, mesmo tendo clareza de que a lei é inconstitucional, desenvolvem a mesma atividade toda vez que são provocados, pois, no sistema difuso, o efeito da decisão só faz coisa julgada para as partes. Esta última conseqüência, segundo Gustavo Binenbojm (2004, p. 41), “[...] além de emperrar o funcionamento da máquina judiciária, representa um foco recorrente de conflitos sociais e descrédito das instituições do Estado de Direito”.

O Brasil, desde a Constituição Federal de 1934 (com exceção da Carta de 1937), tenta resolver os inconvenientes acima mencionados por meio da atuação do Senado Federal, quando este é chamado a suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, que foram declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, concedendo efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, a grande discussão doutrinária acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Senado suspender a lei considerada inconstitucional faz com que se retorne ao ponto de partida. Dada a relevância do

---

<sup>19</sup> Não se pode negar que a Emenda Constitucional nº 45, ao incluir o *caput* do art. 103-A, bem como o seu § 1º, positivando no texto constitucional o efeito vinculante, relativizou esse entendimento.

tema para o controle de constitucionalidade no Direito brasileiro, essa questão será detalhada mais adiante.

### **3. 2. 2 O sistema concentrado ou “austríaco”**

O sistema concentrado, fruto de importante labor intelectual de juristas europeus, teve sua primeira materialização na Constituição austríaca de 1920-1929 e, posteriormente, foi adotado em vários países da Europa continental e em países de outros continentes. Diz-se concentrado porque o controle de constitucionalidade das leis é atribuído a um único órgão dentro do sistema (não necessariamente integrante da estrutura do Poder Judiciário), criado especificamente para esse fim, a Corte Constitucional.

Louis Favoreu (2004) assevera que a história das Cortes Constitucionais não é longa, pois teve início em 1920, com a criação da primeira Corte, que foi a da Tchecoslováquia (Constituição de 29 de fevereiro de 1920), e da Alta Corte Constitucional da Áustria (Constituição de 1º de outubro de 1920). Para o autor, as Cortes Constitucionais têm características comuns capazes de identificá-las, além de apresentarem algumas peculiaridades oriundas do meio institucional e sociológico.

Dentre as características comuns, o autor ressalta as seguintes: a) as Cortes Constitucionais são implantadas nos Estados dotados de um regime parlamentarista ou semiparlamentarista nos quais é aplicado um sistema de dualidade ou de pluralidade de jurisdições e de ordens jurídicas; b) a Justiça Constitucional é confiada a uma Corte ou Tribunal Constitucional independente de qualquer outra autoridade estatal; c) é dada às Cortes Constitucionais um monopólio do contencioso constitucional, não sendo permitido aos juízes ordinários conhecer do contencioso reservado a ela; d) há a indicação de juízes não magistrados pelas autoridades políticas para compô-las; e) a Corte Constitucional deve ser uma verdadeira jurisdição, ou seja, deve afirmar o direito com autoridade de coisa julgada e as pronúncias de inconstitucionalidade devem produzir efeitos *erga omnes*; f) a existência de uma jurisdição fora do aparelho jurisdicional, formando um Poder



independente, cujo papel consiste em assegurar o respeito à Constituição; g) a competência central comum, o controle concentrado da constitucionalidade das leis.

Além dos traços comuns já apresentados, as Cortes Constitucionais têm particularidades e, nas palavras de Kelsen, citadas por Louis Favoreu (2004, p. 37), “não podemos [...] propor uma solução uniforme para todas as Constituições possíveis: a organização da jurisdição constitucional deverá moldar-se às particularidades de cada uma delas”.

Voltando para o sistema concentrado, o raciocínio utilizado nele é totalmente diferente daquele empregado no sistema difuso, uma vez que a verificação da conformidade da lei infraconstitucional com a Constituição é da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim, não sendo tarefa de qualquer membro do Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional. No modelo concentrado, pensado por Hans Kelsen, a lei é válida até a sua anulação pelo processo próprio e pelo órgão competente, que é definido pela Constituição. São de Cappelletti (1984, p. 84) as significativas palavras abaixo, acerca do sistema concentrado:

Com efeito, é obvio que no sistema ‘concentrado’ não vale mais o clássico raciocínio de Hamilton e de Marshall, que resolvia o problema da lei inconstitucional e do seu controle judicial, em plano de interpretação e de conseqüente aplicação ou não da lei. Em lugar daquele raciocínio, vale aqui, antes, a doutrina da supremacia da lei e/ou da nítida separação dos poderes, com a exclusão de um poder de controle da lei por parte dos juízes comuns. Na verdade, no sistema de controle ‘concentrado’, a inconstitucionalidade e conseqüente invalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei não pode ser acertada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito ‘válido’ nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional. Ao contrário, os juízes comuns são incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum* e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da validade das leis. Eles devem sempre [...] ter como boas as leis existentes, salvo, eventualmente, o seu poder de suspender o processo diante deles pendentes, a fim de argüir, perante o Tribunal especial Constitucional, a questão de constitucionalidade surgida por ocasião de tal processo. De modo que [...] alguns estudiosos acreditaram poder falar, a este respeito, de uma verdadeira presunção de validade das leis que tem efeito para todos os juízes com a única exceção da Corte Constitucional: uma presunção que, obviamente, não pode absolutamente ser configurada, ao invés, nos sistemas que adotaram o metido de controle ‘difuso’ de constitucionalidade.

As justificativas que fizeram os juristas europeus optarem pelo sistema concentrado são, segundo Cappelletti (1984), os inconvenientes causados aos países de derivação romanística, ao adotarem o sistema difuso, tendo em vista a não aplicação do princípio *stare decisis* e a estrutura do ordenamento judiciário europeu que é, usualmente, constituído por juízes de carreira que entram jovens na magistratura e só em idade avançada chegam a funções ligadas à atividade das Cortes Supremas. Esses juízes utilizam a hermenêutica clássica voltada para a interpretação exegética e positivista das normas infraconstitucionais, destacadamente, dos códigos, enquanto a hermenêutica constitucional, necessária diante das Constituições modernas, não faz parte do labor diário desses julgadores.

Para Cappelletti (1984), a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional é uma atividade mais próxima, às vezes, da atividade do legislador e do homem de Governo que da dos juízes comuns. Daí a opção dos “pais” do sistema concentrado em criar órgãos especiais inteiramente novos, plenamente independentes e autônomos, compostos de juízes não de carreira, nomeados *ad hoc* em escolha feita pelos supremos órgãos legislativos ou executivos do Estado. A escolha política dos juízes do Tribunal Constitucional é justificada pela necessidade de se garantir a legitimidade de seus membros, já que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo voto popular.

Lênio Streck (2004) apresenta uma justificativa diferente para a criação do sistema concentrado pelos países europeus. Para ele, a adoção do controle concentrado não pode ser explicada somente por meio da tese de que os países europeus não adotam o princípio da “*stare decisis*”, uma vez que as razões são muito mais motivadas por questões políticas e em especial na discussão acerca da noção de soberania popular. Portanto, a exclusão do juiz ordinário ou dos Tribunais ordinários na tarefa de controlar a constitucionalidade das leis tem raízes históricas, ligadas às razões que levaram a França a optar pelo controle político, qual seja, a desconfiança do Judiciário e a importância que se dava ao respeito à vontade popular. O que se buscou nos países europeus foi um órgão que pudesse intervir nas disputas entre os poderes do Estado e, nas palavras de Streck (2002, p. 304), “[...] surge, assim, um tribunal que, não sendo parte do Poder Judiciário, assume a moderação do sistema, a partir do controle acerca da interpretação da Constituição”.

O controle concentrado destina-se a verificar, de forma abstrata, a conformidade, ou não, das normas jurídicas com a Constituição, por meio de uma ação especial, independente de um caso concreto. O objetivo desse sistema não é mais garantir os direitos subjetivos e sim proteger o próprio ordenamento jurídico, pois dele retirará uma norma que esteja em dissonância com a Constituição Federal, em respeito ao princípio da Supremacia da Constituição. Sendo assim, o órgão que exerce o poder de controle invalidará a lei que, até o momento daquela pronúncia, era tida como válida e eficaz.

A partir da afirmação exposta acima, pode-se perceber a nítida diferença existente entre o sistema difuso e o concentrado, pois, enquanto naquele a decisão proferida tem natureza declaratória, ou seja, há um acatamento de uma nulidade que já existia, operando, portanto, efeitos *ex tunc*, com eficácia *inter partes*, no sistema concentrado, se for considerado o raciocínio de Hans Kelsen, a decisão tem natureza constitutiva, operando efeitos *ex nunc*, além de eficácia *erga omnes*.

A versão original do sistema concentrado, estampada na Constituição austríaca de 1920, limitava sobremaneira o controle de constitucionalidade das leis, pois a legitimidade para instaurar o processo de controle perante a Corte Constitucional pertencia a poucos sujeitos, e mais, os órgãos legitimados para provocar a Corte austríaca, a fim de que esta atuasse no controle das leis, eram todos políticos, ficando de fora os órgãos judiciários. Para os juízes, restava aplicar a lei, mesmo tendo clareza de que ela estava eivada de vícios. Cappelletti (1984) sustenta que a reforma de 1929 alterou o art. 140 da Constituição austríaca e aumentou o rol de legitimados para instaurar perante a Corte Constitucional o processo de controle das leis, incluindo dois órgãos judiciários ordinários – a Corte Suprema (Oberster Gerichtshof) para as causas civis e penais e a Corte Suprema (Verwaltungsgerichtshof) para as causas administrativas.

O modelo de jurisdição concentrada foi adotado, também, na Alemanha. Nesse país, segundo Ives Gandra e Gilmar Mendes (2001), a jurisdição constitucional está a cargo do *Bundesverfassungsgericht*, órgão jurisdicional composto por juízes federais e outros juristas, eleitos, em partes iguais, pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e pelo Conselho Federal (*Bundesrat*). Os autores afirmam que a Constituição alemã

define, no art. 93, a competência desse órgão, cabendo-lhe apreciar: a) as chamadas *Verfassungsstreitigkeiten*,<sup>20</sup> b) o controle de norma (*Normenkontrolle*), no qual se afere a constitucionalidade ou a legitimidade de uma norma; c) os recursos constitucionais formulados por qualquer cidadão (*Verfassungsbeschwerde*); d) as denúncias concernentes aos abusos de direito e à inconstitucionalidade dos partidos políticos que ameacem os fundamentos da ordem democrática ou coloquem em risco a existência da República Federativa da Alemanha; e) o controle das eleições (*Wahlprüfung*) exercido pelo Parlamento, mediante recurso dos órgãos expressamente legitimados. Ressalte-se que as decisões do Bundesverfassungsgericht são vinculantes para todos os órgãos da Federação e dos Estados, bem como para todos os tribunais e autoridades

Um dos defeitos do sistema concentrado apontado pelos estudiosos<sup>21</sup> é que, enquanto os legitimados não provocarem a Corte Constitucional para que esta se pronuncie acerca da constitucionalidade da lei que está sendo questionada, todos os juízes estarão obrigados a aplicá-la, sem poder abster-se mesmo que a considere manifestamente inconstitucional. No sistema difuso, tal fato não ocorre, uma vez que uma das partes, ou o próprio julgador, pode arguir a inconstitucionalidade da lei que está sendo analisada naquele caso concreto e, por meio de um incidente de inconstitucionalidade, a mesa pode ser considerada inconstitucional e deixar de aplicada àquele caso.

Outra observação que se faz ao sistema concentrado é que os trabalhos realizados pelos órgãos responsáveis em exercer o controle de constitucionalidade das leis podem receber uma conotação excessivamente política, ao invés de judicial. Não se

---

<sup>20</sup> Segundo Pestalozza, citado por Ives Gandra e Gilmar Mendes (2001), são as controvérsias entre órgãos federais superiores ou entre outros interessados dotados de direitos próprios pela Lei Fundamental ou pelo regulamento interno de um órgão federal supremo, bem como no caso de dissenso quanto aos direitos e deveres da União e dos Estados e outras controvérsias entre União e Estado, entre diferentes Estados, ou até no interior de um Estado, sempre que não houver outra via judicial.

<sup>21</sup> Cappelletti (1984, p. 108) é um dos doutrinadores que aponta esse defeito e acrescenta que ele foi evitado tanto no sistema italiano, como também pelo sistema alemão. Assim Cappelletti se posiciona: “Os juízes comuns são, na Itália e na Alemanha, assim como na Áustria, *incompetentes* para efetuar o controle de constitucionalidade, que é reservado à competência exclusiva das Cortes Constitucionais dos dois Países. Contudo, na Itália como na Alemanha, diferentemente da Áustria, todos os juízes comuns, mesmo aqueles inferiores, encontrando-se diante de uma lei que eles consideram contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (dever) de submeter a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta, com eficácia vinculatória [...]”.

pode negar, contudo, que o controle de constitucionalidade tem em sua essência, seja no sistema difuso, seja no concentrado, uma questão política envolvida, uma vez que os operadores do direito que atuam analisando a conformidade das leis com a Constituição (quer sejam os juízes monocráticos, quer sejam os juízes dos Tribunais – no sistema difuso; ou os órgãos que têm como missão primordial a guarda da Constituição – no sistema concentrado) estarão sempre atuando a partir do que foi produzido por um dos Poderes que compõem a estrutura do Estado.

### 3. 3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO

Os modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil sofreram modificações ao longo da história constitucional brasileira, refletindo o momento histórico em que cada Constituição foi elaborada, pois, como assevera Ivo Dantas (2001), os textos constitucionais não são elaborados de forma isolada, sem vinculação com as *idéias* e os *modelos* antecedentes, tanto em nível interno como externo.

A primeira Constituição brasileira, de 1824, não contemplou em seu texto um sistema de controle de constitucionalidade das leis tal qual se conhece atualmente. É que o Direito brasileiro, durante o Império, sofreu influências das concepções européias, especialmente aquelas defendidas na Inglaterra (o princípio da supremacia do parlamento) e na França (a concepção da lei como “expressão da vontade geral”, ou seja, a lei como expressão da soberania popular). Como consequência dessas influências, essa Constituição delegava ao Poder Legislativo, conforme disposto no art. 15, VIII e XI, a tarefa de elaborar as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, além de velar pela Constituição e promover o bem da nação. Tinha-se, pois, um sistema político de controle de constitucionalidade de leis.

Além da grande importância dada ao Parlamento, outro fator que muito contribuiu para inviabilizar a implementação de um controle de constitucionalidade confiado ao Poder Judiciário na época do Brasil Império foi a existência do Poder Moderador. O art. 98 da Carta Política de 1824 assim dispunha:

O Poder Moderador é a chave de toda a organização política e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Como se vê, o imperador, como detentor desse poder, exercia uma função de coordenação, cabendo a ele solucionar os conflitos envolvendo os Poderes e não ao Judiciário. Esse aspecto, somado à influência dos direitos francês e inglês, explica a inexistência de um modelo de fiscalização da constitucionalidade das leis exercida pelo Judiciário na época do Império.

Foi a partir da proclamação da República, com a Constituição Federal de 1891, que uma nova ordem institucional instaurou-se no País, pois o Brasil republicano adotou o Presidencialismo, o Legislativo bicameral com um Senado composto por representantes dos Estados, a Federação, o modelo de organização judicial, além de incorporar no texto constitucional o controle judicial de constitucionalidade. Agora, o constitucionalismo brasileiro, sob a influência do direito norte-americano,<sup>22</sup> traz para o seu ordenamento jurídico o controle difuso, conforme disposto no art. 60: “Aos Juízes e Tribunais Federais compete processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal”.

Em nível infraconstitucional, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, veio confirmar, ainda mais, a opção brasileira pelo sistema judicial de controle de constitucionalidade. É o que se pode depreender da leitura do art. 13, § 10, que assim determinava:

Os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União.

§ 10 – os 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.

---

<sup>22</sup> Gilmar Mendes (1998) ressalta que a influência do Direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1º, *a e b*).

A adoção do controle difuso no Direito brasileiro, a partir da Constituição de 1891, representou um avanço, se comparado à falta de previsão do controle judicial de constitucionalidade das leis *stricto sensu* no Império. Porém, restava um problema: como dar efeito *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal? Ora, o Brasil, mesmo tendo optado pelo controle incidental e difuso, pertence à família romano-germânica e, como tal, não adota o princípio *stare decisis*. Logo, é um dos países incluído no rol daqueles que enfrentam todos os inconvenientes já mencionados anteriormente, quando da análise das críticas formuladas ao referido controle.

Foi a Carta de 1934 que, além de manter o controle difuso em nosso sistema, apresentou uma solução para o problema, ao atribuir ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando fossem declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, concedendo efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme previsto nos art. 91, VI e 96:

Artigo 91 – Compete ao Senado Federal:

IV – Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

Artigo 96 – Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do artigo 91, IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

Para Lênio Streck (2004), a ausência de um controle abstrato na Constituição Federal de 1934, dando efeito *erga omnes* às decisões, demonstrava a índole liberal-individualista do sistema jurídico, materializada pela importância primordial dada à legislação infraconstitucional, relegando a Constituição a um plano secundário. O controle de constitucionalidade difuso mantido pela Constituição de 1934, segundo o autor, não acompanhou o viés social constante no corpo da Constituição, inspirada na Constituição de Weimar, pela falta de um mecanismo que desse efeito *erga omnes*, obstaculizando o cumprimento das metas da Constituição de 1934.

Outras importantes inovações foram trazidas pela Constituição de 1934, como a prevista no art. 179, cujo conteúdo determinava que os Tribunais só poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes; no art. 113, nº 33, consagrou o mandado e segurança. Foi na Constituinte de 1934 que, segundo Gilmar Mendes (1998, p. 236), se cogitou a idéia de implementar uma Corte Constitucional no Brasil, nos moldes austríacos. Para o autor, “[...] na fundamentação da proposta referia-se diretamente ao *Referal* de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional”.

Merece destaque, também, a inovação trazida no art. 12, V, que regulava a intervenção da União em negócios peculiares dos Estados, para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados no art. 7º, *a a h*, da Constituição. A intervenção seria decretada por lei federal e só se efetivaria depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador da República, tomasse conhecimento da lei federal que a tivesse decretado e lhe declarasse a constitucionalidade.

Refletindo o momento histórico vivido pelo Brasil, a Carta de 1937<sup>23</sup> representou um verdadeiro retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade, pois o autoritarismo e a superconcentração do poder nas mãos do Executivo não permitiam que o Poder Judiciário agisse em defesa da Constituição. Em que pese o legislador constituinte ter mantido o controle difuso, conforme previsto no art. 101, III, *b e c*, o controle de constitucionalidade judicial implementado no Brasil desde a Constituição de 1891 ficou fragilizado, uma vez que a decisão que declarava a inconstitucionalidade da lei ficava submetida a um reexame do Parlamento. É o que dispõe o parágrafo único do art. 96:

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, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento;

---

<sup>23</sup> O período marcado pelo Estado Novo é denominado por Ivo Dantas (2001, p. 94) de *Constitucionalismo aparente*, em virtude do não cumprimento da exigência determinada no art. 187 da Constituição Federal de 1937, que assim dispunha: “[...] esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em Decreto do Presidente da República”.



se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Como se percebe, a Constituição Federal do Estado Novo não inovou em nada o sistema de controle de constitucionalidade; ao contrário, por meio do parágrafo único do art. 96, diminuiu o papel do Judiciário. Esse preceito constitucional confirmava o caráter autoritário da Constituição de 1937<sup>24</sup> e reafirmava o enorme poder do Presidente da República, uma vez que o indicava como único controlador da constitucionalidade das leis.

A Constituição Federal de 1946 restaura os ideais democráticos que foram abandonados com a implantação do golpe de estado, trazendo nesse bojo a tradição do controle judicial brasileiro. Mantido o controle difuso, o Poder Judiciário voltou a atuar como guardião da Constituição, pois, conforme disposto no art. 101, III, *a*, *b* e *c*, competia ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes, quando a decisão fosse contrária a dispositivo da Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; quando se questionasse sobre a validade de lei federal em face da Constituição, a decisão recorrida negasse aplicação à lei impugnada e, por fim, quando se contestasse a validade de lei ou ato de Governo local em face da Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgasse válida a lei ou o ato. O Senado Federal voltou a ser competente para suspender a execução de lei declarada inconstitucional, porém, diferente do disposto no artigo 91, IV,<sup>25</sup> da Constituição de 1934, o art. 64<sup>26</sup> da Carta Magna de 1946 deixou claro que tal suspensão se daria diante de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e não de qualquer juízo ou Tribunal.

---

<sup>24</sup> Não se pode esquecer que foi essa Constituição que vedou expressamente ao Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94). Também foi a partir dela que o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária.

<sup>25</sup> Art. 91 – Compete ao Senado Federal:

IV – Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

<sup>26</sup> Art. 64 – Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1946, além de trazer novamente para o Direito brasileiro a representação interventiva, introduz significativos avanços ao regulamentar o instituto e, nas palavras de Zeno Veloso (2003, p. 33),

O Supremo Tribunal Federal não examinava, apenas, a lei federal interventiva. No caso do conflito entre a União e os Estados, decorrente do descumprimento, por estes, dos princípios constitucionais enumerados no artigo 8º, VII, alíneas a a g, da Carta de 46, a lei ou ato normativo estadual argüidos de inconstitucionalidade teriam de ser submetidos, pelo Procurador-Geral da República, ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarasse, seria decretada a intervenção (artigo 8º, parágrafo único). Para efeito de intervenção federal, tratava-se de uma ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual que contrariasse os princípios constitucionais sensíveis. O objetivo, como se vê, não era o de estabelecer um verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade, pois a manifestação do STF [...] não operava *erga omnes* [...]. Mas a solução da Constituição de 1946 significou um novo e vigoroso passo para a instituição do controle concentrado.

A fiscalização abstrata da constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais, mecanismo apto a garantir a observância de todos os dispositivos da Constituição, veio a ser uma realidade no sistema jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-1965. Essa Emenda alargou a competência originária da Suprema Corte e, ao dar nova redação à alínea k, do art. 101, I, da Constituição Federal de 1946, determinou que o Supremo Tribunal Federal poderia processar e julgar “[...] a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. Também autorizou a instituição, pelos Estados-membros, de processo, de competência dos Tribunais de Justiça, para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município em conflito com a Constituição do Estado, conforme art. 19, que acrescentou o inciso XIII ao art. 124 da Constituição de 1946. A partir da Emenda 16/95, o sistema brasileiro passa a garantir a supremacia da Constituição por meio de um sistema de controle de constitucionalidade misto, conjugando o controle difuso e o controle abstrato, além da representação interventiva.

O texto constitucional de 1967 não inovou em matéria de controle de constitucionalidade, haja vista ter mantido a ação direta de inconstitucionalidade, conforme delineada na Emenda Constitucional 16/65, e o controle difuso. Fez, todavia, duas alterações: a) na representação interventiva, alterou a competência para suspender o ato estadual, passando do Legislativo para o Presidente da

República; b) não conservou a autorização de representação de inconstitucionalidade genérica no âmbito do Estado.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, previu, em seu art. 15, § 3º, *d*, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no Município. A Emenda Constitucional nº 7/59, por sua vez, possibilitou ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar em representação de inconstitucionalidade.

### **3. 3. 1 O atual sistema brasileiro de jurisdição constitucional**

Antes de discorrer sobre este tópico, faz-se necessário registrar que o conceito de jurisdição constitucional não está restrito à idéia de controle de normas; ele abrange outras formas e procedimentos de controle, por exemplo, o procedimento de *impeachment* do Presidente da República por violação de normas constitucionais e a intervenção federal nos Estados-membros, e destes nos Municípios. Neste trabalho, jurisdição constitucional estará associada tão-somente ao controle de constitucionalidade judicial concentrado e difuso.

A Constituição de 1988 representou um grande avanço em matéria de controle de constitucionalidade. Manteve o controle abstrato e o difuso e, se antes a apreciação jurisdicional quanto à constitucionalidade da lei era exercida predominantemente pelo primeiro, a Carta Magna de 1988, ao ampliar a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, conforme previsto no art. 103, fez com que as questões constitucionais passassem a ser dirimidas muito mais pelo controle abstrato. Gilmar Mendes (2000, p. 15) salienta que a atual Constituição Federal reduziu o significado do controle difuso, permitindo que “[...] praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”. São de Gilmar Mendes (1998, p. 253) as considerações acerca da ampliação do rol de legitimados a propor a ação direta de constitucionalidade:

À particular conformação do processo de controle abstrato de normas confere-se, também, novo significado como instrumento federativo,

permitindo a aferição da constitucionalidade das leis federais mediante requerimento de um governador do Estado e a aferição da constitucionalidade as leis estaduais, mediante requerimento do presidente da República. A propositura de ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a idéia de defesa das minorias, uma vez que se assegura até às frações parlamentares menos representativas a possibilidade de argüir a inconstitucionalidade de lei.

Foi a Carta de 1988 que, no bojo das inovações, autorizou o constituinte estadual a instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, conforme estabelece o art. 125, § 2º. Modificando ainda mais as feições do sistema brasileiro de jurisdição constitucional, o constituinte introduziu o controle abstrato contra omissão normativa inconstitucional, previsto no art. 103, § 2º, e o mecanismo para a tutela de direitos subjetivos lesados em decorrência da omissão normativa, o mandado de injunção, estampado no artigo 5º, LXXI. Em que pese tais mecanismos representarem uma grande inovação, digna de inserir o sistema constitucional brasileiro dentre aqueles que se preocuparam em encontrar um remédio contra a omissão legislativa, estes, conforme ressalta Gustavo Binbenbim (2004, 131), “[...] não se revelaram aptos a remediar o crônico problema da mora legislativa no cumprimento de obrigações positivas impostas pela Constituição”.

A Carta Política de 1988 trouxe, também, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, vindo a ser regulamentada pela Lei nº 9.882/99. No texto original da Constituição de 1988, tal argüição era prevista no parágrafo único do art. 102 e, a partir da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, passou a ser disposta no art. 102, § 1º.

A mesma Emenda introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, que tem por objetivo fazer com que o Supremo Tribunal Federal reafirme, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. A partir de tal pronúncia, a presunção de constitucionalidade da lei, que era relativa, passa a ser absoluta, o que significa que os membros do Poder Judiciário, bem como os do Executivo, não poderão deixar de observá-la, sob o argumento de que

ela é inconstitucional. Ao contrário do que ocorre com a ADIn, o provimento é constitutivo positivo de modificação do *status* da lei.

Considerando as significativas inovações trazidas pela Carta Política de 1988, com suas respectivas Emendas, pelas Leis nºs 9.868 e 9.882/99, bem como pela Emenda Constitucional nº 45, serão tratados de forma separada os principais mecanismos de controle de constitucionalidade previstos no ordenamento jurídico brasileiro, sempre na perspectiva de se mostrar a necessidade de se inserir o controle abstrato de leis e atos normativos municipais, via ADIn, para que, de fato, as normas constitucionais sejam respeitadas em qualquer esfera da produção legislativa brasileira.

### 3. 3. 1. 1 O sistema difuso

O controle de constitucionalidade no Brasil, efetivado pelo sistema difuso, espelha-se na idéia defendida por Alexander Hamilton, em “O Federalista”, e por *Marshall*, na decisão proferida no caso *Marbury v. Madison*, pois qualquer juiz ou tribunal, no exercício da função jurisdicional, está autorizado a verificar se as leis que regulam as situações concretas apresentadas em juízo estão em conformidade com a Constituição Federal. O referido sistema sofreu poucas alterações ao longo da história constitucional brasileira, sendo a mais arbitrária a prevista na Constituição de 1937, que sujeitava a decisão proferida pelos Tribunais, em sede de controle, a um reexame pelo Parlamento, e a que mais modificou as feições do controle jurisdicional brasileiro, aquela introduzida no art. 103 da atual Carta Magna, que ampliou o rol dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, pois tal ampliação fez com que as questões constitucionais passassem a ser dirimidas muito mais pelo sistema concentrado do que pelo difuso.

Na Carta Magna atual, o controle difuso pode ser deduzido do art. 5º, XXXV, que consagra o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, e do artigo 102, III, “a”, “b”, “c” e “d”, que regula as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário. Como se vê, a Carta Política atual não reservou nenhum dispositivo legal que tratasse exclusivamente desse controle. É no Código de Processo Civil, nos arts. 480, 481 e

482, que se pode encontrar uma breve disciplina do controle de constitucionalidade *incidenter tantum*, exercido por órgãos fracionários dos tribunais.

Por meio do controle difuso, a desconformidade de uma lei com a Constituição Federal pode ser declarada em qualquer processo<sup>27</sup> e em qualquer grau de jurisdição, uma vez que os membros do Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, poderão decidir a questão constitucional incidentalmente suscitada. Ressalte-se, contudo, que tal questão deve ter conexão com o objeto da demanda, sendo indispensável para o julgamento do pleito.

A argüição de inconstitucionalidade, perante o juiz ou tribunal, pode ser suscitada por aqueles que integram, na qualidade de parte ou de terceiros, a relação jurídica processual; pelo Ministério Público;<sup>28</sup> bem como pelo juiz ou Tribunal, *ex officio*, uma vez que este não está sujeito à invocação da inconstitucionalidade por uma das partes. No controle difuso, o objeto da ação não é o juízo de compatibilidade da norma, mas uma relação jurídica regida por uma lei cuja validade está sendo contestada em face da Constituição. De acordo com Gilmar Mendes (1998, p. 353), a característica fundamental desse tipo de controle é “[...] o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo”.

Nas decisões proferidas pelos Tribunais de Segunda instância, em sede de controle difuso, há a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade da lei impugnada, a partir dos seguintes procedimentos: primeiro, instala-se o incidente de inconstitucionalidade e, se a Turma entender que a lei é inconstitucional, ocorre a suspensão do processo e a questão constitucional é remetida ao órgão especial do Tribunal.<sup>29</sup> A decisão proferida por esse órgão, que exige maioria absoluta dos

---

<sup>27</sup> Zeno Veloso (2003) adverte que a argüição de inconstitucionalidade pode se dar, inclusive, no *habeas corpus*, no mandado de segurança e no *habeas data*.

<sup>28</sup> É de Zeno Veloso (2003, p. 43), também, as seguintes palavras sobre a atuação do Ministério Público quando da apreciação da conformidade de leis tendo como parâmetro à Constituição Federal: “[...] sempre que for argüida a inconstitucionalidade, no curso de uma ação, mesmo que o processo fosse daqueles em que o Ministério Público não tivesse de intervir, há necessidade de convocá-lo, para que se manifeste sobre a questão prejudicial”. Para o autor, “[...] tanto no controle difuso quanto no direto ou em tese, a intervenção do Ministério Público é essencial, já que incumbe ao *parquet*, nos termos do artigo 127, *caput*, da Constituição, a defesa da ordem pública”.

<sup>29</sup> Nem todos os Tribunais de Justiça da Federação possuem órgãos especiais. Nesses casos, o incidente é apreciado pelo Pleno do Tribunal.

membros do Tribunal ou órgão especial, declara a inconstitucionalidade do texto normativo.

Se a matéria chegar ao Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário, e se essa Corte pronunciar a inconstitucionalidade da lei que assim já foi considerada por algum juiz ou tribunal, os efeitos dessa decisão também serão restritos às partes. Para que tal decisão tenha eficácia *erga omnes*, a Suprema Corte deve comunicar a existência ao Senado Federal, para que este, por meio de resolução, suspenda a sua execução, conforme previsto no art. 52, X da Constituição Federal: “Compete privativamente ao Senado Federal: X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Com certeza, essa foi a forma que o legislador constituinte adotou, desde a Constituição Federal de 1934 (exceção feita na de 1937), para resolver o problema enfrentado pelo Brasil, país que não pertence à família *common law* e, conseqüentemente, não adota o fundamental princípio do *stare decisis*. Quis o constituinte, com isso, emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade. Porém, longe de resolver o problema, a saída encontrada pelo legislador gerou polêmica doutrinária, pois a interpretação dada ao artigo supra não é unânime, uma vez que, para alguns autores,<sup>30</sup> o Senado Federal não exerce atividade discricionária, mas vinculada, estando obrigado a editar a resolução suspensiva. Outros doutrinadores<sup>31</sup> têm entendimento diverso e argumentam que o Senado Federal não está obrigado a editar tal resolução, sendo esta uma atividade discricionária, de natureza política.

Diferente das duas posições anteriores é a defendida por Ribeiro Bastos e Ives Gandra (1995) ao comentarem o art. 52, X da Carta Magna, uma vez, que para os constitucionalistas, o Senado tem uma contribuição significativa, mas de conteúdo meramente formal, restando para ele o papel de examinar se ocorreram os pressupostos constitucionais para a declaração de inconstitucionalidade, tratando-se

---

<sup>30</sup> FERREIRA FILHO (1995, p. 35).

<sup>31</sup> CLÈMERSON CLÈVE (1995, p. 95).

de atividade vinculada, de exame dos requisitos formais para a suspensão da lei ou ato.

Não se pode perder de vista que a norma do art. 52, X da Carta Magna é aplicável, exclusivamente, ao controle difuso, uma vez que a decisão proferida no controle concentrado não precisa da atuação do Senado para produzir efeitos *erga omnes*. Gilmar Mendes (2000, p. 44) ressalta que esse entendimento é defendido pelo STF, desde 18-6-1977, data em que o Presidente do STF, o Ministro Thompson Flores, “[...] determinou que as comunicações ao Senado Federal [...] se restringissem às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum*”.

Como se vê, o problema da falta de efeito *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, por meio do controle difuso no Brasil, está longe de ser resolvido. Gilmar Mendes (1998, p. 377), ao analisar o assunto, assim se posiciona:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência.

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal Federal 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?

Para Gilmar Mendes (1998, p. 377), a norma do art. 52, X da Constituição Federal, que teve origem na Constituição de 1934, “[...] assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica” e com justificativa que atualmente não mais se sustenta, qual seja, a falta de previsão de um controle abstrato de constitucionalidade, realizada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, produtora de efeitos *erga omnes*.



Por derradeiro, deve-se tratar de questão não menos polêmica, referente aos efeitos que o ato praticado pelo Senado Federal produz. A pergunta que se deve fazer é a seguinte: o ato de suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, tal qual prevista no art. 52, X da Constituição Federal, gera efeito *ex tunc* ou *ex nunc*?

Mais uma vez, podem-se encontrar na doutrina opiniões em sentidos opostos, uma vez que alguns<sup>32</sup> estudiosos entendem que a decisão do Senado tem eficácia *ex nunc*, ou seja, só produz efeitos unicamente a partir de sua edição, não alcançando as situações pretéritas. Para outros,<sup>33</sup> a suspensão da execução da norma, nos termos do art. 52, X da Constituição Federal, tem eficácia *ex tunc*, atingindo a lei tida por inconstitucional desde o seu nascedouro, tornando sem efeito todos os atos praticados sob o manto do ato normativo impugnado. Gilmar Mendes (1998), assevera que o entendimento contrário se chocaria com as premissas basilares da declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro, no qual a pronúncia de inconstitucionalidade opera efeitos *ex tunc*. Os autores que defendem esse posicionamento não podem esquecer que, em algumas situações jurídicas, a eficácia *ex tunc* deve ser relativizada, tais como, a ocorrência da coisa julgada, da preclusão, da decadência ou da prescrição e, ainda, se decorrer o prazo da ação rescisória e o interessado não impugnar a decisão proferida com base em lei produzida em desacordo com a Constituição Federal.

Em todo caso, acredita-se que o ato praticado pelo Senado, objetivando dar efeitos *erga omnes* às decisões definitivas proferidas pelo STF no controle difuso, tem eficácia *ex nunc* e a consequência é que todos os atos praticados sob o amparo da lei impugnada continuarão surtindo efeitos até que o Senado faça valer a norma do artigo 52, IX da Constituição.

---

<sup>32</sup> Segundo Clèmerson Clève (1995, p. 96), defendem essa opinião Themistocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Nagib Slaibi Filho, Anna Cândida da Cunha Ferrar e Regina Macedo Nery. Também Lênio Streck entende que suspender a vigência ou a execução de uma lei é como revogá-la. Essa suspensão, segundo o autor, somente pode gerar efeitos *ex nunc*, pela simples razão de que a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada da eficácia.

<sup>33</sup> Gilmar Mendes (1998, p. 373) entende que “[...] a suspensão constitui ato político que retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos”. Clèmerson Clève (1995) aponta outros doutrinadores adeptos à segunda corrente, dentre eles: Paulo Napoleão Nogueira da Silva e Marcello Caetano.

Depois de apresentar as várias discussões doutrinárias travadas em torno do art. 52, X da Constituição Federal, não se pode deixar de registrar que a Emenda Constitucional nº 45, ao acrescentar o *caput* do art. 103-A, pode ter alterado todos esses entendimentos. O novo artigo dispõe que

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Ora, se a Constituição Federal brasileira, a partir da citada emenda, autoriza o STF a criar sumulas com efeitos vinculantes, as decisões sobre matérias constitucionais que forem proferidas reiteradamente não precisarão mais da atuação do Senado Federal para terem sua eficácia estendida. A manifestação do Senado será necessária, contudo, quando a decisão do Supremo Tribunal Federal recair sobre uma lei que regula atos de particulares, como é o caso da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, uma vez que o efeito vinculante do artigo supra refere-se ao Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, não atingindo diretamente particulares que continuariam obrigados a cumprir a lei.

### 3. 3. 1. 2 O sistema concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade, conforme já mencionado, ingressou no Direito brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-65, e tem por escopo proteger a integridade do ordenamento jurídico, mantendo afastados os atos normativos produzidos em dissonância com a Lei Maior. Diferente do que ocorre com o controle difuso, aqui não há um direito substancial imediato a ser tutelado; o direito em questão é a própria concordância, ou não, da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal.

No atual Direito brasileiro, são quatro as ações do controle judicial concentrado de constitucionalidade sujeitas à competência do Supremo Tribunal Federal: a) a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn); b) a ação direta de inconstitucionalidade por

omissão (ADInO); c) a ação declaratória de constitucionalidade (ADC); e d) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Nesse item, as três primeiras ações serão brevemente abordadas e, em seguida, serão tratados os seus aspectos mais relevantes, ficando a ação de descumprimento de preceito fundamental reservada para o capítulo referente ao controle de constitucionalidade das leis municipais, uma vez que tal deslocamento é importante para o desfecho deste trabalho.

A ação direta de inconstitucionalidade está prevista no art. 102, I, a, da Constituição Federal e a Lei nº 9.868/99 dispõe sobre o seu processo e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. A referida ação visa a alcançar a pronúncia de inconstitucionalidade, *em tese*, de lei ou ato normativo federal ou estadual. Nessa ação, o Supremo Tribunal Federal, órgão competente para conhecer a questão em primeira e única instância, não julga uma relação jurídica específica, e sim analisa se uma norma, *in abstracto*, foi produzida em dissonância com a Constituição Federal.

São legítimos para propor a referida ação, conforme disposto no art. 103, I a IX da Carta Política atual, o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Para Zeno Veloso (2003, p. 281) “[...] o objetivo desta ação é prestigiar e garantir a supremacia da Lei das leis, corrigindo a incompatibilidade vertical entre a norma infraconstitucional e a Carta Magna”. Sendo assim, a ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto a regra jurídica, em si mesma, sem considerar sua aplicação a um caso concreto.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi prevista no art. 103, § 2º, da Constituição Federal. Esse artigo prevê que, “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. De inspiração portuguesa, a inconstitucionalidade por omissão se refere à falta de medidas legislativas e

administrativas necessárias para tornar exeqüíveis as normas constitucionais. Como se vê, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão está ligada diretamente à aplicabilidade das normas constitucionais.<sup>34</sup>

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão poderá ser manipulada pelos legitimados sempre que o legislador ordinário não elaborar a norma jurídica para tornar efetivo o comando constitucional de eficácia limitada. Os órgãos e pessoas autorizados para intentar a ação direta de inconstitucionalidade por ação (art. 103, I a IX da Carta Magna) estão legitimados para requerer a fiscalização por omissão inconstitucional. Zeno Veloso (2003, p. 253) adverte que, mesmo não tendo sido mencionada expressamente no art. 102, I, a, da Constituição Federal a competência do STF para julgar a ação de inconstitucionalidade por omissão, cabe a essa Corte processar e julgar a referida ação, “[...] até por ser o Excelso Pretório o guardião-máximo da Carta Magna”.

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 03, de 17-3-1993. Atualmente, encontra-se prevista no art. 102, I, a, *in fine*, da Constituição Federal, e a Lei nº 9.868/99 dispõe sobre o seu processo e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Antes da Emenda Constitucional nº 45, havia uma redução do número de legitimados para propor a ação declaratória de constitucionalidade, estando autorizados a propô-la somente o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados ou o Procurador-Geral da República. A partir da referida emenda, as pessoas e as entidades constantes do art. 103 da Constituição Federal também têm legitimidade para propor a ação declaratória de constitucionalidade.

---

<sup>34</sup> Sérgio Moro (2004, p. 267) adverte que “Há uma divisão básica quanto ao tratamento conferido por nossos tribunais à normas constitucionais. Pela técnica prevalente, o resultado do julgamento de casos constitucionais depende da qualidade da norma invocada segundo classificação que leva em conta a linguagem do texto pertinente. Se a norma é reputada de ‘aplicabilidade imediata’, os tribunais resolvem o caso mediante aplicação da norma [...] Se a norma é reputada de ‘aplicabilidade mediata’, eles se recusam a decidir o caso sob a égide dessa norma, invocando a necessidade de regulação legislativa”.

Para que a ação declaratória de constitucionalidade seja proposta, os legitimados deverão demonstrar a dúvida, ou controvérsia relevante que está afetando a presunção de constitucionalidade do dispositivo normativo. Por certo, a dúvida ou controvérsia somente poderá se verificar, quando houver divergência jurisprudencial sobre a constitucionalidade, ou não, da lei apreciada. Nesse caso, poderão os legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o Supremo Tribunal Federal para que ponha fim à controvérsia. Resta afirmar que, se a dúvida não for configurada, faltará ao autor da ação o interesse de agir e, portanto, será ele carecedor da ação.

Ressalte-se que, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 3, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, declarava a constitucionalidade da norma impugnada.<sup>35</sup> Gilmar Mendes (2000, p 138) adverte que o controle abstrato de normas no direito brasileiro foi concebido e desenvolvido como processo de natureza dúplice ou ambivalente:

Se o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade, poderia provocar o Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade. Se, ao revés, estivesse convicto da legitimidade da norma, então poderia instaurar o controle abstrato com finalidade de ver confirmada a orientação questionada.

O que se pretende com a ação declaratória de constitucionalidade é tornar mais rápida a definição do Poder Judiciário, *in abstracto*, sobre a validade, ou não, de lei ou ato normativo federal, evitando-se que se prolonguem as dúvidas sobre a constitucionalidade de uma norma. Ressalte-se que a ação declaratória de constitucionalidade não é um instrumento colocado à disposição dos legitimados para dirimir dúvidas em torno da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Assim é o posicionamento adotado pela Suprema Corte, quando do julgamento da ADC n. 1-DF,<sup>36</sup> ocasião em que o relator, ministro Moreira Alves, assim se manifestou:

21. A ação declaratória de constitucionalidade não é o meio adequado para dirimir qualquer dúvida em torno da constitucionalidade de lei ou ato

---

<sup>35</sup> O Regimento Interno do STF, ao tratar da ação direta de inconstitucionalidade, em seu art. 173, assim previa: “Efetuando o julgamento, com o ‘quorum’ do artigo 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num noutro sentido se tiveram manifestado seis Ministros”.

<sup>36</sup> Disponível em: < [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) >. Acesso em: 24 fev. 2005.

normativo federal, mas somente para corrigir uma situação particularmente grave de incerteza, suscetível de desencadear conflitos e de afetar, pelas suas proporções, a tranqüilidade geral.

22. Nessas hipóteses restritas, a espera da uniformização da jurisprudência, pela reiterada aplicação ou recusa de aplicação da lei ou ato normativo aos casos concretos, prolongaria indefinidamente o estado de incerteza e é precisamente na correção preventiva dessa situação que a inovação apresenta maior transcendência. Considerou o legislador constituinte, segundo critérios de valoração jurídica e política, preponderante o interesse geral na solução imediata da controvérsia em torno da legitimidade constitucional da lei ou ato normativo e, portanto, na defesa da integridade da ordem jurídica, para impedir a ocorrência de danos irreparáveis, prevenir a ocorrência de lesões a direitos subjetivos, que poderiam resultar irremediáveis pelo decurso do tempo, e, ainda, assegurar o mesmo tratamento jurídico a situações idênticas, devendo lembrar-se que, sem esse instrumento, o próprio pronunciamento judicial encontraria, não raro, o obstáculo dos interesses criados e dos fatos consumados, à sobra de uma interpretação equivocada da controvérsia constitucional.

Recepciona-se aqui a idéia defendida por Zeno Veloso (2003, p. 282), quando este afirma que “[...] o mérito da EC 3/93 foi *autonomizar* a ação declaratória de constitucionalidade, conferindo-lhe uma disciplina própria, embora a figura já existisse em nosso controle abstrato”. Em que pese o argumento defendido pelo autor, não se pode perder de vista que a inclusão de tal ação no texto constitucional tem o condão de facilitar a resolução de grandes controvérsias que extrapolam a esfera dos conflitos individuais, uma vez que a decisão da Corte Suprema, ao julgar uma ação declaratória de constitucionalidade, resolve de forma definitiva a dúvida sobre a legitimidade constitucional de uma lei, tendo tal decisão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

### 3. 3. 1. 2. 1 Aspectos relevantes do sistema concentrado

Os aspectos relevantes do sistema concentrado serão trabalhados a partir da análise de alguns artigos da Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

## A legitimidade ativa

A relevância deste item diz respeito à significativa ampliação feita pela Carta Política de 1988 no rol de legitimados das ações do controle concentrado. É que a Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-1965, ao instituir no ordenamento jurídico brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade, atribuiu legitimidade ativa ao Procurador-Geral da República, de forma exclusiva. Essa opção do legislador brasileiro não modificou, de forma significativa, as feições do sistema de jurisdição constitucional, uma vez que o controle difuso continuou sendo o mais utilizado.

Foi a atual Carta Magna que, por meio do seu art. 103, promoveu uma grande mudança no sistema de jurisdição constitucional brasileiro, tornando-o mais democrático, uma vez que a ampliação do número de autoridades, órgãos ou entidades legitimados para propor a ação de inconstitucionalidade permitiu que vários segmentos sociais submetessem questão constitucional de seu interesse ao Supremo Tribunal Federal. Ocorre que, a partir dessa ampliação, houve uma multiplicação das ações diretas de inconstitucionalidade, o que forçou o STF, por meio dos seus julgados,<sup>37</sup> a restringir a utilização da referida ação. Medeiros Queiroz Neto (2003) afirma que o STF procurou, por diversas formas, restringir a legitimidade ativa que fora alargada pelo texto constitucional de 1988, interpretando literalmente os conceitos de confederação sindical e entidade de classe; aplicando critérios restritivos ao conceito de entidade de classe, entre estes, a aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, e criando o instituto da pertinência temática.

A opção da Suprema Corte foi afirmar em seus julgados que alguns legitimados ativos – o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, as Mesas do

---

<sup>37</sup> Zeno Veloso (2003) assevera que o STF, reiteradamente, vem negando legitimidade para que as **federações sindicais** proponham ação direta. Na ADIn 1.795/PA (rel. min. Moreira Alves), ficou consignado: “Esta Corte já firmou orientação de que das entidades sindicais apenas as Confederações que estão organizadas nos moldes exigidos pela CLT é que têm legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, não a tendo, portanto, as Federações ou os Sindicatos, ainda que nacionais, por não serem entidades sindicais de grau máximo”. **Com relação ao caráter nacional da entidade de classe**, o STF tem decidido que isso não decorre de mera declaração formal constante em seu estatuto ou ato constitutivo, exigindo-se uma atuação transregional da entidade e, ainda, que ela tenha membros ou associados em, pelo menos, nove Estados da Federação, usando o Pretório Excelso, aqui, um critério objetivo e curiosa analogia com a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (precedente: ADIn 386, rel. min. Sydney Sanches); quanto aos **Governadores de Estado e às Mesas das Assembléias Legislativas**, o STF só admite que eles proponham a ADIn se a lei impugnada disser respeito às respectivas unidades federadas (ADIn 138).

Senado e da Câmara dos Deputados, os partidos políticos e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – têm interesse em preservar a supremacia da Constituição por força de suas próprias atribuições institucionais; enquanto os demais legitimados precisam atender a certas exigências para que as ações propostas por eles sejam conhecidas e julgadas.

Clèmerson Clève (1995), diante do tratamento diferenciado recebido pelos legitimados do art. 103 da Constituição Federal, adverte que a jurisprudência do STF criou os *legitimados universais* – Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partidos políticos com representação no Congresso Nacional – e os *legitimados especiais* – Governador de Estado, Mesa de Assembléia Legislativa, Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Os legitimados universais podem impugnar qualquer norma, independentemente do seu conteúdo material. Já os legitimados especiais só poderão impugnar determinada norma se esta tiver relação com as suas finalidades institucionais.

Após a Constituição Federal de 1988, duas alterações significativas aconteceram no sistema de legitimidade ativa das ações do controle concentrado. A primeira veio disposta no art. 30 da Lei nº 9.868/99, que modificou o art. 8º da Lei 8.185/91, reconhecendo expressamente a legitimação do Governador e da Câmara Legislativa do Distrito Federal para a propositura da ADIn. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido o direito de propositura do Governador do Distrito Federal na ADIn nº 645, “[...] por via de interpretação compreensiva do texto do art. 103, V, da Constituição Federal de 1988, c/c o art. 32, § 1º da Mesma Carta”.<sup>38</sup>

Aqui vale um questionamento que fortalece a proposta de alteração do atual sistema de jurisdição constitucional brasileiro que será apresentada adiante: por que a Lei nº 9.868/99 não inseriu os Prefeitos dos Municípios e as Câmaras Municipais como legitimados da ação direta de inconstitucionalidade, a exemplo do que fez com o Governador e com a Câmara Legislativa do Distrito Federal? Ora, o Município

---

<sup>38</sup> ADIn 645-MC, Relator: ministro Ilmar Galvão. Disponível em: < [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) >. Acesso em: 23 fev. 2005.



também é ente federado, conforme disposto nos arts. 1º e 18 da Carta Magna e, como tal, deveria receber o mesmo tratamento.

A segunda alteração introduzida no sistema de legitimidade ativa das ações do controle concentrado veio por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Essa Emenda alterou o *caput* do art. 103 da Constituição Federal de 1988, permitindo que os legitimados, para propor a ADIn, também tenham legitimidade para propor a ADC. Com certeza, a restrição da legitimidade para a propositura da ADC, a partir do disposto no art. 23 da Lei nº 9.868/99,<sup>39</sup> não tinha mais razão de existir, afinal, se uma ação declaratória de constitucionalidade for julgada improcedente, produzirá os mesmos efeitos de uma ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

O controle concentrado de normas identificado como um processo objetivo

O controle concentrado de normas no Brasil sempre teve por escopo defender a ordem jurídica. A outorga exclusiva da legitimidade para desencadear o processo de controle abstrato de normas ao Procurador-Geral da República reforçava esse entendimento, pois, ao provocar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, não agia na qualidade de alguém que defendia interesse próprio, mas, sim, atuava na defesa do interesse coletivo, com o fim de preservar o ordenamento constitucional.

Gilmar Mendes (2000) ressalta que o controle abstrato de normas, tal como concebido pelo constituinte e desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, desde o Texto Magno de 1967/1969 e incorporado pela jurisprudência desenvolvida após o advento da Constituição Federal de 1988, configura processo objetivo, não contraditório, destinado, exclusivamente, à defesa da ordem constitucional. O voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, na Representação nº 1.0016/SP, julgada em 20-9-1979, foi fundamental para firmar, no Direito brasileiro, a noção de que o controle concentrado de constitucionalidade tratava-se de instrumento processual revestido de atributos de um processo objetivo:

---

<sup>39</sup> O referido artigo estabelece o duplo efeito para as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

A representação de inconstitucionalidade, por sua própria natureza, se destina tão-somente à defesa da Constituição vigente quando de sua propositura. Trata-se, em verdade, de ação de caráter excepcional com acentuada feição política pelo fato de visar ao julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese, razão por que o titular dela – e árbitro da conveniência de sua propositura – é um órgão político (o Procurador-Geral da República), e a competência exclusiva para processá-la e julgá-la cabe ao Supremo Tribunal Federal, como cúpula de um dos Poderes da União. Tais características estão a mostrar que não é ela uma simples ação declaratória de nulidade, como qualquer outra, mas, ao contrário, um instrumento especialíssimo de defesa da ordem jurídica vigente estruturada com base no respeito aos princípios constitucionais vigentes. Não se destina à tutela de Constituições já revogadas, até porque a observância delas pelas leis ordinárias elaboradas sob seu império é questão que interessa exclusivamente à disciplina das relações jurídicas concretas – e, não à harmonia da ordem jurídica vigente, pois a lei ordinária anterior, ainda que em choque com a Constituição vigente quando de sua promulgação, ou está em conformidade com a Constituição atual, e, portanto, não está em desarmonia com a ordem jurídica vigente, ou se encontra revogada pela Constituição em vigor, se com ela é também incompatível.

Os legitimados atuais, bem como o de outrora, quando desencadeiam o processo de controle abstrato de normas, não alegam a existência de lesão a direitos, próprios ou alheios; ao contrário, agem como representantes do interesse público objetivo de preservação da supremacia constitucional. Logo, inexistem partes propriamente ditas, pois as pessoas ou órgãos que polarizam a relação processual são apenas figurantes processuais.

Também não se pode afirmar que, nesse tipo de controle, existe lide, pois todos os agentes públicos, tanto os legitimados ativos, quanto os que eventualmente possam figurar no pólo passivo da relação processual compartilham, segundo Juliano Tavares (2004, p. 288), “[...] desse comum interesse substancial de preservação da ordem constitucional”. O processo objetivo de controle de constitucionalidade tem forma jurisdicional, mas, na verdade, é o exercício de uma função política do Supremo Tribunal Federal.

O indeferimento liminar da petição inicial manifestamente improcedente e o princípio da reserva de plenário

A Lei nº 9.868/99 estabelece, em seu art. 4º que “A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferida pelo

relator”. Aqui, interessa analisar a convivência pacífica dessa norma com o disposto no art. 97 da Constituição Federal, que assim dispõe: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Se o relator, com o fito de atender ao disposto no art. 4º da Lei nº 9.868/99, analisar os aspectos formais da petição e somente se contentar em “[...] verificar se o autor da ação desenvolveu argumentação confusa, que não corresponde à conclusão pretendida”, conforme ressaltado por Ives Gandra e Gilmar Mendes (2001, p. 155), não há que se falar em desrespeito ao texto constitucional que prevê o princípio da reserva de plenário. Porém, se a atuação do relator extrapolar os aspectos formais, adentrando no mérito da causa, estará decidindo sozinho se a lei está, ou não, em consonância com a Carta Magna, o que fere frontalmente o disposto no art. 97 da Carta Magna.

Como se vê, a constitucionalidade do art. 4º, da Lei nº 9.868/99, dependerá do entendimento que o Supremo Tribunal Federal, por meio do relator, dará no momento em que estiver analisando a petição inicial. Se a atuação se restringir às formalidades, não haverá afronta ao art. 97 da Constituição Federal, porém, se o relator analisar o mérito da causa, julgando monocraticamente se o pedido é ou não improcedente, o artigo em análise terá ferido norma constitucional sendo, portanto, inconstitucional.

O efeito repristinatório a partir da concessão da medida cautelar no julgamento das ações do controle concentrado

O § 2º, do art. 11, da Lei nº 9.868/99, traz para o debate questão interessante que diz respeito à possibilidade de, após a concessão da medida cautelar, uma norma anterior ter sua vigência e eficácia restaurada, ou seja, a possibilidade de o referido parágrafo autorizar o fenômeno da repristinação no ordenamento jurídico brasileiro. Ives Gandra e Gilmar Mendes (2001), ao comentarem o referido parágrafo, afastam o fenômeno da repristinação e afirmam que, com a concessão da medida cautelar, a

Corte restabelece uma norma que não poderia ter sido revogada por um diploma suspeito do vício maior de inconstitucionalidade. Para Taveira Bernardes (2002), que também compartilha com esse entendimento, quem compara o fenômeno trazido pelo art. 4º, da Lei nº 9868/99, com o instituto da repristinação comete equívoco, uma vez que este último pressupõe a válida revogação da norma revigorada. Para o autor, “[...] se a validade da norma constitui o antecedente lógico-jurídico de sua própria vigência e eficácia, reconhecidamente inconstitucional uma lei, não se têm sequer por revogados os dispositivos anteriores que lhe eram contrários” (p. 41).

Em sentido contrário, Canotilho (2002, p. 1006) assevera que o efeito *ex tunc* atribuído à sentença de declaração de inconstitucionalidade faz surgir, automaticamente, o fenômeno da repristinação. Para o autor, “[...] trata-se de evitar o ‘vazio jurídico legal’ resultante do desaparecimento, no ordenamento jurídico, de normas consideradas inconstitucionais”.

Considerando que o art. 27, da Lei nº 9.868/99, prevê a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões proferidas nos processos objetivos do controle de constitucionalidade, a lei declarada inconstitucional poderá ter sua vigência e eficácia garantidas por um determinado período. Como a repristinação constitui o fenômeno pelo qual se restaura o vigor da norma revogada em razão da perda de vigência da norma que anteriormente a havia revogado, pode-se afirmar que a Lei em comento trouxe, em seu art. 11, § 2º, o fenômeno da repristinação.

A modulação dos efeitos das decisões proferidas no controle concentrado

A última questão relevante que será analisada diz respeito aos efeitos da decisão proferida no controle concentrado. Inicialmente, faz-se necessário ressaltar que o direito brasileiro, com base na jurisprudência norte-americana, firmou-se no sentido de atribuir efeitos retroativos ou *ex tunc* às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Ives Gandra e Gilmar Mendes (2001) afirmam que significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*, sob o argumento de que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou

parcial da Constituição. É oportuno registrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é visivelmente favorável à tese do efeito *ex tunc* das decisões proferidas nas ações do controle concentrado.

Ao lado dessa corrente de pensamento, convivem mais duas: uma, fulcrada nas idéias de Kelsen, que entende ser *ex nunc*<sup>40</sup> o efeito produzido pela decisão proferida no julgamento das ações do controle abstrato. Por ser caso de anulabilidade da lei inconstitucional, ela somente perderá seu efeito quando for decretada como tal. A outra, com base no princípio da proporcionalidade, afirma não ser possível, de antemão, estabelecer qual será o efeito da decisão proferida no controle concentrado, devendo o julgador analisar cada situação para constatar qual efeito preservará melhor as garantias constitucionais e a ordem jurídica. E foi essa a posição abraçada pela Lei nº 9.868/99, ao dispor, em seu art. 27, o seguinte:

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.

A Lei nº 9.868/99 optou pela flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional ao manter a regra geral da eficácia *ex tunc* das decisões declaratórias de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e permitir que o Pretório Excelso mitigue ou tempere a retroatividade de tais decisões. Essa inovação coloca o sistema de jurisdição constitucional pátrio em sintonia com as contemporâneas correntes de pensamento doutrinário e jurisprudencial do Direito Constitucional.

Em que pese a inegável importância da expressa regulamentação dos efeitos temporais das decisões no controle de constitucionalidade, vale analisar se a norma

---

<sup>40</sup> Em que pese a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se manifestar majoritariamente favorável à tese de que a decisão proferida nas ações do controle concentrado opera efeito *ex tunc*, o Ministro Leitão de Abreu, quando do julgamento do RE 79.343, posicionou-se de forma diferente, defendendo o seguinte: “[...] acertado se me afigura, também, o entendimento de que não se deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, importando-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos”.

que trata de tal tema padece do vício da inconstitucionalidade. Para Bedê Freire (2000, p. 22), a predominância do aspecto constitucional do art. 27, da Lei nº 9.868/99, indica que essa matéria só poderia ter sido positivada por meio de uma norma constitucional. Arremata o autor dizendo o seguinte:

Filiamo-nos, do ponto de vista teórico, à corrente materializada no artigo 27 da novel lei que regula o processo (*rectius* procedimento) e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, todavia, pela predominância do caráter constitucional dessa norma, entendemos ser formalmente inconstitucional tal artigo.

Entende-se que a posição defendida acima prestigia o princípio da supremacia da Constituição, uma vez que exige do legislador uma atuação de acordo com os limites impostos pelo Poder Constituinte. Matérias constitucionais com esse grau de importância, consideradas por Jorge Miranda (1997) como hipótese de reserva constitucional, devem sempre ser regulamentadas por meio de emendas constitucionais, espécie normativa que passa por um rito mais dificultoso, sendo a constitucionalmente indicada para positivar tal matéria.

## 4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS

Conforme aqui tratado, a descentralização do Poder Político, que é uma das características do Estado Federal, faz surgir um ordenamento composto por ordens jurídicas distintas: as normas federais, as estaduais e, considerando a especificidade do Federalismo brasileiro, as municipais. A convivência harmônica entre essas diversas normas só é possível graças à existência de uma Lei Maior, que organiza o Estado e distribui entre os componentes da Federação as competências de cada um.

Ora, se essa Lei Máxima é o fundamento de validade das demais leis e, principalmente, o instrumento de garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, o próprio sistema precisa garantir a sua integridade. E foi com a intenção de preservá-la que o legislador constituinte dedicou o art. 102, I, a, à ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual:

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

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Com uma simples leitura do citado artigo, constata-se que as leis municipais foram excluídas de tal controle. Ocorre que a autonomia política outorgada aos Municípios pela Constituição Federal de 1988 os autoriza a legislar de forma exclusiva, em tudo o que interessar predominantemente à localidade e, ainda, de forma suplementar, quando a lei federal ou estadual for omissa ou insuficiente para regular aquela situação particular. Sendo assim, a produção legislativa municipal pode acontecer de forma intensa e se a Corte guardiã da Constituição não puder exercer diretamente o controle de constitucionalidade, extirpando do ordenamento jurídico leis municipais eivadas de vícios, o desrespeito à Lei Maior será uma constante. Ademais, nenhum ato jurídico praticado num Estado Constitucional pode ser contrário à Constituição, e essa regra deve, também, ser aplicada às leis e aos atos normativos municipais.

Sabe-se que a principal preocupação daqueles que se manifestam contrários à idéia de se permitir que as leis municipais sejam fiscalizadas via ação direta de inconstitucionalidade é garantir o funcionamento viável da Corte Maior, pois, a partir dessa mudança no atual sistema de jurisdição constitucional, haveria um aumento significativo do número de ações ajuizadas diretamente no Supremo Tribunal Federal, o que comprometeria o seu regular funcionamento. A preocupação é procedente, porém a missão do pesquisador é não desanimar diante das dificuldades e, de forma responsável e comprometida, apontar novos caminhos.

Se o legislador constituinte não apresentou expressamente uma forma de se controlar a constitucionalidade das leis municipais, por meio de um processo objetivo, apto a proteger todas as normas constitucionais, cabe aos juristas encontrar alternativas viáveis para solucionar tal problema. Com o fito de colaborar com a discussão, pretende-se apresentar uma proposta para viabilizar a inclusão das leis municipais como objeto da ação direta de inconstitucionalidade, prevista no art. 102, I, “a” da Constituição Federal. Antes, pois, de expor a proposta, faz-se necessário apresentar os mecanismos já existentes no sistema, aptos a controlar a constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição dos Estados-membros e da Constituição Federal.

#### 4. 1 A LEI MUNICIPAL EM DISSONÂNCIA COM A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

##### **4. 1. 1 A ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal**

Os Estados-membros foram autorizados a elaborar suas Constituições, conforme disposto no art. 25 da Magna Carta: “os Estados organizam-se e regem-se pela Constituição e leis que adotarem, observado os princípios desta Constituição”. Registre-se que, na elaboração de tais Constituições, ocorre a manifestação de um Poder Constituinte, que se difere do Poder Constituinte Nacional. Celso Bastos (1999, p. 306), inclusive, chega a dizer que “[...] as diferenças que apresenta com o Poder Constituinte nacional é de tal monta que parece impróprio conservar-se o mesmo nome para realidades tão díspares” e segue apontando as diferenças mais



marcantes entre eles: o Poder Constituinte Nacional é exercido sem qualquer limitação jurídica, enquanto o Estadual atua dentro de um espaço prefixado pela Lei Maior; o Poder Constituinte Estadual só é validamente exercido dentro da área que lhe deferiu a Constituição Federal, enquanto o Nacional é o fundamento de validade de todas as normas produzidas por qualquer dos entes federados, válida, portanto, em todo o território nacional.

Uma vez elaborada, a Constituição Estadual passa a ser a Lei Máxima do Estado, dotada de supremacia e, conseqüentemente, hierarquicamente superior às leis infraconstitucionais, que nela retiram seu fundamento de validade, desde que compatível com as prescrições da Constituição Federal. É de se ressaltar que não existe na Carta Magna uma regra explícita consagradora do princípio da supremacia da Constituição Estadual, uma vez que este decorre da idéia de rigidez constitucional.

Para garantir a integridade da Lei Máxima Estadual, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 125, § 2º, autorizou o constituinte estadual a criar mecanismos de defesa de sua Constituição:

Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 2º – 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.

Esse artigo possibilita que as leis estaduais e municipais, produzidas em dissonância com a Constituição Estadual, sejam proclamadas inconstitucionais e, segundo Regina Ferrari (2003, p. 92), por meio dele foi implantado em nosso sistema, “[...] no âmbito do Estado-membro, a via de defesa e a via de ação, representando os métodos difuso e concentrado”. A autora ainda ressalta que o poder outorgado aos Estados-membros autorizando-os a instituir o controle de constitucionalidade das leis estaduais e municipais em frente à sua Constituição, “[...] representa o modo mais característico de asseguramento da autonomia estadual”.

Conforme analisado, o sistema brasileiro adota o método difuso e o concentrado para garantir a integridade do seu ordenamento. Por meio do método difuso, a alegação de inconstitucionalidade surge como um incidente material; a parte que argüiu a inconstitucionalidade visa à não aplicação da lei incompatível com a Constituição àquele caso. Pela via de ação direta, a pronúncia de inconstitucionalidade é o objeto da ação, não havendo vinculação com qualquer lesão de direito individual. Nesse tópico específico, interessa discorrer sobre a pronúncia de inconstitucionalidade, por via de ação direta, da lei municipal em frente à Constituição Estadual.

Os Municípios, por serem entes autônomos, são autorizados, pelo art. 29 da Lei Fundamental Federal, a elaborarem sua própria Lei Orgânica. Também receberam do legislador constituinte federal competências próprias previstas no art. 30, I e II, ou seja, autorização para legislar sobre os assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual quando estas forem omissas ou não regularem as especificidades daquela municipalidade.

Em que pese o reconhecimento da autonomia política acima registrada, o legislador constituinte federal deixou claro que os Municípios são entidades criadas dentro dos Estados-membros e, portanto, sujeitos às normas destes, pois é assim que dispõe o art. 29 da Carta Magna: “O Município reger-se-á por Lei Orgânica, [...] atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado [...]”. A partir daí, pode-se constatar a relação de hierarquia existente entre a Constituição dos Estados-membros e a lei municipal. Porém, vale frisar a observação feita por Regina Ferrari (2003, p. 93), quando a competência do município for exclusiva:

[...] em relação às matérias de competência exclusiva do Município conferidas pela Constituição Federal não há que falar em hierarquia da lei estadual frente à municipal, visto que cada uma dessas pessoas componentes da Federação brasileira tem seu campo de autonomia próprio.

Em decorrência da hierarquia existente entre a Constituição Estadual e as leis municipais, se houver conflito entre elas, serão extirpadas do ordenamento jurídico as normas inferiores produzidas em dissonância com a Carta Magna Estadual, por meio do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, as leis municipais passíveis

de serem objeto de ação direta<sup>41</sup> são as seguintes: a Lei Orgânica, as leis ordinárias, os decretos legislativos e as resoluções. Patrícia Flores (2002, p 169) ressalta que os atos de efeitos concretos não estão incluídos nesse rol, porque são “[...] destituídos de qualquer normatividade ou generalidade, não podendo, em sede de ação direta, ser verificada sua validade constitucional”. É nesse sentido a decisão<sup>42</sup> proferida pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade – Ato materialmente administrativo. Os atos estatais de efeitos concretos, despojados do requisito ‘generalidade abstrata’, não são passíveis de ataque pela via da ação direta de inconstitucionalidade. Processo julgado extinto sem análise do mérito. Conclusão: a unanimidade, acolher a preliminar de carência de ação.

Esse entendimento encontra-se, também, pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento proferido pelo Tribunal Pleno, ao julgar a ADIn nº 643/SP.<sup>43</sup>

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ESTADO DE SAO PAULO - LEI N. 7.210/91 - DOAÇÃO DE BENS INSERVIVEIS E/OU EXCEDENTES A ENTIDADE DE DIREITO PRIVADO - ATO MATERIALMENTE ADMINISTRATIVO - IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - NÃO CONHECIMENTO. - Objeto do controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte, são, em nosso sistema de direito positivo, exclusivamente, os atos normativos federais ou estaduais. Refogem a essa jurisdição excepcional de controle os atos materialmente administrativos, ainda que incorporados ao texto de lei formal. - Os atos estatais de efeitos concretos - porque despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata - não são passíveis de fiscalização jurisdicional, ‘em

<sup>41</sup> Na Constituição Estadual do Espírito Santo, que será utilizada como modelo de Carta Política Estadual, o controle de constitucionalidade está previsto no art. 112, que assim dispõe:

“São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais em face desta Constituição:

I – O Governador do Estado;

II – a Mesa da assembléia Legislativa;

III – o Procurador-Geral de Justiça;

IV – o partido político com representação na Assembléia Legislativa;

V – a secção regional da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI – a federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual, e municipal quando se tratar de lei ou ato normativo local;

VII – o Prefeito Municipal e a Mesa da Câmara, em se tratando de lei ou ato normativo local.

§ 1º O Procurador-Geral de Justiça será sempre ouvido nas ações diretas de inconstitucionalidade.

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal para suspensão, no todo ou em parte, da execução da lei ou do ato impugnado.

§ 3º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao Poder competente para a adoção das providências necessárias à prática do ato que lhe compete ou início do processo legislativo, em se tratando de órgão administrativo, para a sua ação em trinta dias, sob pena de responsabilidade”.

<sup>42</sup> ADIn – processo nº 100980011215; órgão julgador: Tribunal Pleno; data do julgamento: 19-8-1999; Relator: Desembargador Predro Valls Feu Rosa. Disponível em: < [www.tj-es.gov.br](http://www.tj-es.gov.br) >. Acesso em: 16 out. 2004.

<sup>43</sup> ADIn nº 643. Data do julgamento: 19-12-91; Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) >. Acesso em: 16 out. 2004.

tese', quanto à sua compatibilidade vertical com o texto da Constituição. Lei estadual, cujo conteúdo veicule ato materialmente administrativo (doação de bens públicos à entidade privada), não se expõe a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta.

Logo, os atos normativos municipais ensejadores da ação direta de inconstitucionalidade são aqueles que detêm os atributos da generalidade e da abstração,<sup>44</sup> ficando de fora os atos administrativos concretos, uma vez que a referida ação visa a tutelar a ordem constitucional, sendo justificável, portanto, a exclusão de qualquer situação jurídica de caráter concreto.

Os atos normativos regulamentares, aqueles que objetivam regulamentar as normas constitucionais de eficácia limitada ou de eficácia contida, não podem ser objeto da ação de inconstitucionalidade, pois não são atos normativos autônomos. Sendo assim, quando uma lei municipal estiver em dissonância com uma lei regulamentadora de uma norma constitucional estadual de eficácia limitada ou contida, não será o caso de inconstitucionalidade e sim de ilegalidade e, nesse caso, não será cabível a ação em estudo, pois o confronto a ser analisado é com a lei e não diretamente com a Carta Magna Estadual.

Em que pese não haver parte, propriamente dita, no controle concentrado de constitucionalidade,<sup>45</sup> o legislador constituinte outorgou a algumas autoridades e/ou órgãos<sup>46</sup> a possibilidade de instaurar essa espécie de processo, levando em consideração a função que eles exercem, e são eles que figurarão no pólo ativo. Registre-se que o art. 125, § 2º, da Carta Magna vedou aos Estados-membros a atribuição de legitimação para agir a um único órgão quando da instituição da ação

---

<sup>44</sup> Norberto Bobbio (2001, p. 180-181) esclarece que “[...] normas ‘gerais’ são as universais em relação aos destinatários e normas ‘abstratas’ são as universais em relação à ação. Assim, aconselhamos falar em normas gerais quando nos encontramos frente a normas que se dirigem a uma classe de pessoas; e em normas abstratas quando nos encontramos frente a normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações). Às normas gerais se contrapõem as que têm por destinatário um indivíduo singular, e sugerimos chamá-las de normas individuais; às normas abstratas se compõem as que regulam uma ação singular, e sugerimos chamá-las de normas concretas”.

<sup>45</sup> Tema já explorado no item 3. 3. 1. 2. 1 do segundo capítulo deste trabalho.

<sup>46</sup> Como se registrou, os legitimados para propor ação de inconstitucionalidade na Constituição Estadual do Espírito Santo são os seguintes: o Governador do Estado, a Mesa da assembléia Legislativa, o Procurador-Geral de Justiça, o partido político com representação na Assembléia Legislativa, a seção regional da Ordem dos Advogados do Brasil, a federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual e municipal, quando se tratar de lei ou ato normativo local.

direta de inconstitucionalidade nos textos das Constituições Estaduais. No que se refere ao pólo passivo da ação direta de inconstitucionalidade, ocupará esse lugar o órgão responsável pela edição do ato impugnado.

O pedido a ser formulado na ação direta de inconstitucionalidade deve restringir-se ao reconhecimento da invalidade da norma impugnada que, como se vê, é o próprio objeto do processo. O autor apresentará na petição os fundamentos jurídicos do pedido, indicando a norma que deve ser expurgada do ordenamento jurídico estadual, além de apontar em que medida ela fere a Constituição Estadual. A causa de pedir, nas palavras de Patrícia Flores (2002, p. 214), “[...] é a existência de uma lei incompatível com o Texto Constitucional, pois é esse o fato que dá causa ao ajuizamento da ação”.

Como a opção brasileira foi no sentido de entregar ao Poder Judiciário a tarefa de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos emanados pelo Estado, competente para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais produzidas em dissonância com a Constituição Estadual é o Tribunal de Justiça do Estado. Para Patrícia Flores (2002, p. 345),

No caso de improcedência da ação, não está o Supremo Tribunal Federal vinculado à decisão do Tribunal de Justiça, já que pode conhecer da questão tanto em sede de controle direto como pelo controle difuso, se ofensa houver à Constituição Federal. O mesmo não ocorre, contudo, quando o Tribunal de Justiça declara a inconstitucionalidade do ato local, já que, aqui, transita em julgado a decisão, não poderá haver recurso para o Supremo Tribunal Federal.

Interessante é analisar agora de quem é a competência para julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em dissonância com dispositivo constitucional estadual que apenas reproduz dispositivo da Carta Magna, se é do Tribunal de Justiça do Estado ou do Supremo Tribunal Federal. O entendimento doutrinário e jurisprudencial em relação ao tema não é pacífico, haja vista a existência de farta divergência entre os principais constitucionalistas brasileiros, além de julgados em direções contrárias.

Para alguns doutrinadores, como é o caso de Gilmar Mendes (1999, p.12), a reprodução de normas previstas na Constituição Federal pelas Constituições

Estaduais não modifica a competência do Tribunal de Justiça para julgar as questões de inconstitucionalidade de leis municipais. Em sentido contrário, outros doutrinadores afirmam que a competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais que ferem normas constitucionais estaduais que reproduzem o texto da Lei Magna é do Supremo Tribunal Federal, objetivando resguardar a uniformidade na interpretação da Constituição Federal.

No âmbito dos Tribunais, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Reclamação 370,<sup>47</sup> era no sentido de que os Tribunais de Justiça dos Estados-membros não teriam competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal, quando o parâmetro de controle fosse norma constitucional estadual que repetisse comando constitucional federal. O fundamento desse entendimento é que a Constituição Estadual apenas estaria reproduzindo normas obrigatórias, em obediência à exigência constitucional federal de que os legisladores constituintes estaduais devem atuar respeitando os princípios da Carta Magna. O entendimento atual do STF está estampado na decisão que julgou a Reclamação 588,<sup>48</sup> de 5-2-1997, cujo relator foi o ministro Marco Aurélio:

A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade em que impugnada norma local contestada em face de Carta Estadual é o Tribunal de Justiça respectivo, ainda que o preceito atacado revele-se como pura repetição de dispositivos da Constituição Federal de observância obrigatória pelos Estados [...]. A competência para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade é definida pelas balizas objetivas do pedido formulado: uma vez dizendo respeito ao conflito de norma estadual com a Carta do próprio Estado, a competência, a teor do disposto no artigo 125, § 2º da Constituição Federal, é do próprio Tribunal de Justiça do Estado.

A partir das posições apresentadas, conclui-se que o órgão judicial competente para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade das leis municipais em dissonância com o texto constitucional estadual que reproduz normas da Carta Magna é o Tribunal de Justiça do Estado em que o município está localizado, uma

---

<sup>47</sup> Gilmar Mendes (1999, p. 8) ressalta que “[...] anteriormente, julgando a Reclamação 370, afirmara o Supremo Tribunal Federal que faleceria aos Tribunais de Justiça estaduais competência para conhecer de representação de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal em face de parâmetro – formalmente – estaduais, mas substancialmente integrantes da ordem constitucional federal. Considerou-se então que a reprodução na Constituição estadual de normas constitucionais obrigatórias em todos os níveis da federação ‘em termos estritamente jurídicos’ seria ‘ociosa’. Asseverou-se que o texto local de reprodução formal ou material, não obstante a forma de proposição normativa do seu enunciado, vale por simples explicitação da absorção compulsória do preceito federal, essa, a norma verdadeira, que extrai força de sua recepção pelo ordenamento local, exclusivamente, da supremacia hierárquica absoluta da Constituição Federal”.

<sup>48</sup> Disponível em: < [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) >. Acesso em: 28 fev. 2005.

vez que o legislador constituinte estadual, ao reproduzir dispositivos da Lei Maior na sua Constituição, age no estrito espaço delineado pela própria Constituição Federal, qual seja, “[...] os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

Os Estados-membros têm o Poder Constituinte decorrente, sujeito a limites jurídicos impostos pela Carta Magna Federal. Gilmar Mendes (1999) adverte que essas limitações são de duas ordens, as negativas – significando que as Constituições Estaduais não podem contrariar a Constituição Federal; as positivas – nesse caso, as Constituições Estaduais devem concretizar no âmbito territorial de sua vigência os preceitos, o espírito e os fins da Constituição Federal.

Reconhecendo que os limites de atuação do legislador constituinte estadual estão previstos na própria Lei Magna, o Tribunal de Justiça do Estado é competente para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais em dissonância com a Constituição Estadual. Se assim não fosse, não restaria quase nenhuma matéria constitucional estadual para ser protegida pelos Tribunais Estaduais, quando esses agissem como guardiões da Carta Política, isso porque os Estados-membros não estão autorizados a inovar e a atuar fora dos limites impostos pela Constituição Federal.

Ficou registrado anteriormente que não é cabível recurso extraordinário contra as decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados, quando estes julgarem ações diretas de inconstitucionalidade de leis municipais em dissonância com a Constituição Estadual, sendo tais decisões definitivas. Segundo Regina Ferrari (2003, p. 97), dessas decisões não caberá recurso extraordinário, pois “[...] tais conflitos serão dirimidos pelos Tribunais locais, em última instância. Diante de ofensa à Lei Maior do Estado-membro, a decisão do Tribunal de Justiça é definitiva”. Porém, quando os Tribunais pronunciam-se sobre a inconstitucionalidade, ou não, de leis municipais que afrontam dispositivo da Carta Política Estadual que reproduz norma constitucional Federal, o entendimento não é o mesmo. Nesse caso, a parte interessada poderá interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal para que este dê a palavra final acerca da controvérsia. É esse o entendimento do constitucionalista Gilmar Mendes (1999, p. 15):

Ora, se existem princípios de reprodução obrigatória pelo Estado-membro, não só a sua positivação no âmbito do ordenamento jurídico estadual, como também a sua aplicação por parte da administração ou do Judiciário estadual pode-se revelar inadequada, desajustada ou incompatível com a ordem constitucional federal. Nesse caso, não há como deixar de reconhecer a possibilidade de que se submeta a controvérsia constitucional estadual ao Supremo Tribunal a Federal, mediante recurso extraordinário.

Quanto ao procedimento para processamento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidades das leis municipais em dissonância com a Constituição Estadual, entende-se que o próprio art. 125, § 2º, da Carta Magna, ao autorizar os Estados-membros a instituírem o referido controle, também reserva a eles a possibilidade de discipliná-lo. Para tanto, deverá o legislador estadual buscar fundamento na lei que disciplina o processo e o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que é a Lei de nº 9.868/99, a fim de evitar disparidade entre os parâmetros de julgamento da referida ação em nível estadual e federal. Patrícia Flores (2002, p. 270), ao discorrer sobre esse tema, assim se posiciona:

[...] os Estados, a fim de seguirem a moldura legislativa federal (Lei 9.868/99), podem alterar a disciplina sobre o procedimento das ações diretas que tramitam junto aos Tribunais Estaduais, já que é matéria sujeita à sua esfera de competência [...].

Quanto aos efeitos que essa sentença produz, assunto que aqui também já foi trabalhado, deve-se levar em consideração o disposto no art. 27, da Lei nº 9.868/99, norma esta que flexibilizou o dogma da nulidade da lei inconstitucional ao manter a regra geral da eficácia *ex tunc* das decisões declaratórias de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e permitir que o Pretório Excelso mitigue ou tempere a retroatividade de tais das decisões.

Questão não menos importante, quando se estuda o controle de constitucionalidade das leis em face da Constituição Estadual, é a que diz respeito à possibilidade de se introduzir no ordenamento jurídico estadual a ação declaratória de constitucionalidade de lei e ato normativo estadual e municipal, com fulcro na Emenda Constitucional nº 3/93, uma vez que ela, ao instituir essa nova modalidade de controle concentrado em nosso sistema, só permitiu que as leis federais



produzidas em desacordo com a Constituição Federal fossem objeto dessa ação, excluídas as leis estaduais e as municipais.

Regina Ferrari (2003, p. 149) entende que a Emenda Constitucional nº 3/93, ao considerar somente as leis federais como objetivo da ação declaratória de constitucionalidade, não deixou lacuna patente ou oculta. Para a autora, ocorreu, *in casu*, um silêncio eloqüente, no qual “[...] o silêncio do legislador constitucional há, portanto, de ser entendido como expressa vontade de restringir o controle abstrato de normas ao modelo por ele previsto”. Sendo assim, a autora afirma que não pode a Constituição Estadual criar mecanismos de controle da constitucionalidade por meio da ação declaratória de constitucionalidade.

Entendimento contrário apresenta Gilmar Mendes (1999), ao afirmar que, se a Constituição de 1988 autorizou o constituinte estadual a criar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual e municipal em face da Carta Magna Estadual, e restando evidente que ação declaratória de constitucionalidade possui caráter dúplice e ambivalente, logo, estarão os Estados-membros legitimados a instituir, também, a ação declaratória de inconstitucionalidade no âmbito estadual.

Se a análise for feita a partir do que determina o art. 125, § 2º, da Constituição Federal, de fato o constituinte estadual não poderá instituir uma outra modalidade de controle concentrado de constitucionalidade das leis estaduais e municipais, a não ser a ação direta de inconstitucionalidade. Além disso, se uma das tarefas fundamentais do Poder Constituinte decorrente é criar mecanismos de controle, com o fito de proteger a supremacia da Carta Maior Estadual, e se a ação direta de inconstitucionalidade for rigorosamente delineada no corpo da Constituição Estadual, nos limites impostos pela Carta Magna, não haverá prejuízo algum se a ação declaratória de constitucionalidade não puder ser instituída, isso porque, como leciona Gilmar Mendes (1999, p. 27), essa ação “[...] tem a mesma natureza da ação direta de inconstitucionalidade, podendo-se afirmar até que ela nada mais é do que uma ADIn com o sinal trocado”.

#### 4. 2 A LEI MUNICIPAL EM DISSONÂNCIA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A discussão sobre o controle de constitucionalidade concentrado de lei ou ato normativo municipal produzido em desacordo com a Constituição Federal é antiga, tendo merecido as atenções de constitucionalistas brasileiros e do Supremo Tribunal Federal ainda quando da vigência da Carta Política pretérita. A polêmica continuou com o advento da Carta Magna de 1988, porque o legislador constituinte, mesmo conhecendo a controvérsia que se formara em torno da matéria, silenciou sobre o tema. Esse silêncio fez com que se questionasse se, na palavra estadual, estariam abrangidos as leis e os atos normativos municipais;<sup>49</sup> também chegou a ser admitido que os Estados-membros estariam autorizados a estabelecer, em suas Cartas Políticas, o controle concentrado das leis municipais, tendo como parâmetro de controle a Constituição Federal<sup>50</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, marcando posição acerca do assunto, reproduziu entendimento anterior consolidado, ainda à luz da Carta Política de 1967, no sentido de que inexistia possibilidade jurídica de aferição de validade constitucional de atos locais em face da Constituição Federal. A decisão proferida no RE 94.039,<sup>51</sup> de 2 de junho de 1981, cujo relator foi o ministro Moreira Alves, resume o entendimento do Pretório Excelso sobre o tema:

Não há que se falar, portanto, nesse terreno, de omissão da Constituição Federal que possa ser preenchida – principalmente quando se trata, como no caso, de meio de controle para preservação da obediência dela – por norma supletiva de Constituição Estadual. Se nem o Supremo Tribunal Federal pode julgar da constitucionalidade ou não, em tese, de lei ou ato normativo municipal diante da Constituição Federal, como admitir-se que as Constituições estaduais, sob pretexto de omissão daquela, dêem esse poder, de natureza, como disse, eminentemente

---

<sup>49</sup> Nesse sentido, ver Ximenes Rocha (2002, p. 797). Também corrobora com tal entendimento a Representação de Inconstitucionalidade nº 1.252-ES, citada por Patrícia Flores (2002), na qual o Procurador Geral da República, com fulcro em precedentes do Supremo Tribunal Federal, arguiu que o legislador constitucional, ao consignar ato normativo estadual, subentendeu as normas municipais.

<sup>50</sup> Com fulcro no art. 125, § 2º, da Constituição Federal de 1988, alguns Estados introduziram em suas Constituições o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal, ampliando a competência dos Tribunais de Justiça.

<sup>51</sup> Gilmar Mendes (2000, p. 519) RE 94.039-SP, rel. Ministro Moreira Alves: “[...] argüição de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou de ato normativo municipal por contrariedade à Constituição Federal, mediante representação a Tribunal de Justiça do Estado. Sua inadmissibilidade em face do sistema constitucional vigente (RE 92. 169, Plenário, 20.04.1981). Recursos Extraordinário conhecido e provido, para, tendo em vista a impossibilidade jurídica do pedido, julgar extinto o processo”.

política, aos Tribunais de Justiça locais, e, portanto, ao próprio Supremo Tribunal Federal, por via indireta, em grau de recurso extraordinário?

Um posicionamento doutrinário significativo também levantado foi no sentido de se considerar implícita a competência do Supremo Tribunal Federal para controlar a constitucionalidade das leis municipais produzidas em desacordo com a Carta Magna, fundamento utilizado no aresto *Marbury versus Madison*. Ocorre que o próprio Supremo Tribunal Federal<sup>52</sup> se manifesta contrário, ao considerar que a legitimidade das leis e dos atos normativos municipais, em face da Constituição Federal, não pode ser questionada por meio da ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista a ausência de previsão legal.

Como se vê, o debate desperta interesse ainda hoje e os estudiosos do Direito continuam questionando por que as leis municipais ficaram de fora do controle concentrado, previsto no art. 102, I “a” da Carta Magna. Chegou-se a acreditar que a regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamental, por meio da Lei nº 9.882/99, preencheria o vazio deixado pelo legislador constituinte. Porém, pelos motivos que serão apresentados abaixo, conclui-se que a utilização da ADPF, como único mecanismo do controle concentrado, é insuficiente e que a melhor saída é a alteração do atual sistema de jurisdição constitucional brasileiro, no sentido de se incluir as leis e os atos normativos municipais como objeto da ação direta de inconstitucionalidade, quando o parâmetro de validade for a Constituição Federal.

#### **4. 2. 1 Argüição de descumprimento de preceito fundamental**

A argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é mais um tipo de ação judicial que compõe o complexo sistema de controle concentrado de constitucionalidade do Direito brasileiro, sendo o único instrumento processual, nessa modalidade de controle, apto a averiguar a compatibilidade das leis

---

<sup>52</sup> “Argüição de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo municipal por contrariedade à Constituição Federal, mediante representação a Tribunal de Justiça do Estado. Sua inadmissibilidade em face do sistema constitucional vigente”. (RE 92.169, Plenário, 20-5-1981). Disponível em: < [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) >. Acesso em: 24 fev. 2005.

municipais produzidas em dissonância com certas normas constitucionais (os preceitos fundamentais).

Essa ação será tratada neste tópico do trabalho, para facilitar a compreensão da necessidade de se implementar o controle concentrado de constitucionalidade das leis municipais, via ação direta de inconstitucionalidade. Isso porque a utilização da ADPF, como único instrumento processual capaz de controlar a constitucionalidade das leis municipais, por meio do controle concentrado, não é suficiente para garantir a supremacia da Constituição, quando o assunto é a produção legislativa municipal. Vários são os argumentos que justificam tal afirmativa e, no decorrer deste trabalho, cada um deles será analisado.

Prevista atualmente<sup>53</sup> no § 1º do art. 102 da Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por escopo proteger os preceitos maiores da Carta Magna. Mas, qual o significado da expressão *preceitos fundamentais*? Com efeito, o legislador constituinte não ousou especificar o significado da referida expressão, quando instituiu ADPF, tampouco o legislador ordinário assim procedeu, ao regulamentar o § 1º do art. 102 da Carta Política, por meio da Lei 9.882/99. Reputa-se acertada essa decisão, uma vez que a Constituição, conforme apregoa Zeno Veloso (2003, p. 295), “[...] apesar do ideal de estabilidade, é um documento histórico-cultural do povo. Embora lenta, as transformações são inevitáveis [...]”.

O fato é que alguns princípios ou regras,<sup>54</sup> que hoje estão inseridos no rol dos preceitos fundamentais, podem ter a sua densidade normativa diminuída no decorrer do tempo e, por conta disso, passarem a ser somente normas formalmente constitucionais e, se o legislador tivesse apresentado um rol taxativo de preceitos

---

<sup>53</sup> A ADPF ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio do parágrafo único do art. 102 da Constituição Federal de 1988 e, por intermédio da Emenda Constitucional nº 3/93, foi renumerada para o § 1º do mesmo artigo.

<sup>54</sup> Para os fins deste trabalho, entende-se que os princípios e as regras são espécies do gênero norma e, segundo André Ramos Tavares (2001), vários são os elementos apontados como seus distintivos, a saber: **a) o grau de abstração da norma:** os princípios são dotados de maior grau de abstração que as regras; **b) o grau de aplicabilidade da norma:** os princípios são dependentes de uma concretização, verdadeira integração, por parte dos operadores do Direito (principalmente o legislador, mas também o magistrado), enquanto as regras são imediatamente aplicáveis aos casos concretos. Os princípios caracterizam-se por serem a base do sistema jurídico, os seus fundamentos últimos. Nesse sentido, é que se compreende a sua natureza normogénica, ou seja, o fato de serem fundamento das regras.

fundamentais, a Carta Política correria o risco de ficar imobilizada, diante de uma realidade subjacente evoluída. Não tendo o texto constitucional, tampouco a Lei 9.882/99, especificado o conteúdo de preceito fundamental, cabe, portanto, ao Supremo Tribunal Federal estabelecer o parâmetro constitucional do controle a ser exercido no âmbito do novo instituto processual, ou seja, será necessária uma construção jurisprudencial em torno da matéria para que se possa definir, com segurança, quais são esses preceitos. Mesmo concordando com tal afirmação, consideram-se preceitos fundamentais decorrentes da Constituição Federal os seguintes arts. da Carta Magna: 1º; 4º; 34, VII; 5º e 60, § 4º.

Da análise do art. 1º da Lei 9.882/99, verifica-se que o parâmetro do controle empreendido na argüição de descumprimento é mais restrito do que o da ação direta de inconstitucionalidade, pois nesta o parâmetro é qualquer norma formalmente constitucional; enquanto naquela somente as normas da Constituição Federal qualificadas, por sua estrutura axiológica, como preceitos fundamentais, poderão servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade. Eis um dos argumentos que será utilizado neste trabalho para demonstrar que a ADPF não pode ser utilizada como único instrumento processual capaz de controlar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos municipais, via controle concentrado, uma vez que normas formalmente constitucionais que não são abarcadas pela expressão *preceito fundamental*, mas que resguardam direitos importantes, continuarão dependendo, única e exclusivamente, da proteção do controle difuso para ter sua supremacia assegurada.

Ainda analisando o art. 1º da Lei 9.882/99, constata-se que ele ampliou significativamente o objeto da ADPF, pois, além dos atos do Legislativo, pode ser objeto da argüição qualquer ato do Poder Público que importem lesão ou ameaça a preceito fundamental da Constituição. Por meio dessa ação, qualquer comportamento estatal que esteja em dissonância com os preceitos fundamentais da Carta Magna pode ser impugnado. Incluiu o legislador, também, os atos normativos municipais e os atos normativos anteriores à Constituição, como objeto da ADPF, o que não se admitia até então em sede de controle concentrado. André Ramos Tavares (2001, p. 282) adverte:

Teoricamente, a argüição está vocacionada, por visar ao 'descumprimento', a atender violações não normativas da Constituição Federal, vale dizer, atos administrativos e até materiais que sejam contrários à Constituição. De outra parte, admite-se a argüição quanto aos atos normativos, inclusive os municipais [...].

A inclusão do controle dos atos administrativos, dentro desse contexto, não causa qualquer estranheza. Realmente, dada a transcendência de referidos princípios, tem-se como decorrência lógica a necessidade de se admitir o controle concentrado do maior número de tipos de atos estatais capazes de, em tese, descumprir a Constituição em seus pontos basilares.

A ampliação do objeto da ADPF poderia sugerir que o silêncio do legislador constituinte, quanto à possibilidade de se controlar os atos normativos municipais por meio do controle concentrado, teria sido quebrado e que, a partir da Lei 9.882/99, o STF garantiria a supremacia do texto constitucional diante da produção legislativa municipal. Não é essa a opinião defendida neste trabalho, pois, muito embora o legislador tenha ampliado os atos atingidos pela argüição de descumprimento de preceito fundamental, as normas constitucionais que servirão de parâmetro para esse controle, conforme dito anteriormente, foram extremamente restringidas, ficando de fora do controle concentrado, via ADPF, normas formalmente constitucionais importantes e que continuam dependendo somente do controle difuso para terem sua supremacia assegurada.

No que se refere à legitimidade ativa na argüição, duas questões devem ser analisadas: a primeira diz respeito às pessoas e entidades legitimadas para manejarem o novo instituto. De acordo com o previsto no art. 2º, I, da Lei 9.882/99, os legitimados são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade. Como se pode observar, o referido artigo não conferiu legitimidade aos Prefeitos Municipais, às Mesas de Câmaras Municipais ou a qualquer entidade pública ou privada de âmbito municipal e, conforme afirma Gustavo Binenbojm (2004, 213), “[...] resta saber a quem interessará deflagrar, via argüição de descumprimento de preceito fundamental, a jurisdição da Suprema Corte para o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais”. Em que pese a Lei 9.882/99 ter incluído a lei municipal como objeto da ADPF, a falta de legitimidade das pessoas e entidades interessadas em questionar a legitimidade das normas municipais produzidas em dissonância com a Carta Magna pode ser um empecilho para a utilização desse instrumento processual. Daí ser esse fator um outro argumento para justificar a necessidade de se permitir que os atos normativos

municipais tenham sua legitimidade averiguada via ação direta de inconstitucionalidade, a partir da inclusão dessas pessoas no rol de legitimados do art. 103 da Constituição Federal.

A segunda questão a ser analisada, ainda no item legitimidade, diz respeito à idéia inicial do legislador, prevista no inciso II, § 2º, do art. 2º da Lei 9.882/99, o qual conferia legitimidade para propor a argüição de descumprimento de preceito fundamental a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. O referido inciso foi vetado pelo Presidente da República, uma vez que este se preocupava com o acesso individual e irrestrito ao STF e, de acordo com os argumentos apontados nas razões do veto,<sup>55</sup> o que o chefe do Executivo pretendia era preservar a viabilidade funcional do Excelso Pretório. Ora, se a preocupação do Presidente da República era evitar o acesso individual irrestrito ao Supremo Tribunal Federal, garantindo, dessa forma, a viabilidade funcional da Suprema Corte, não foi o veto que resolveu o problema, uma vez que o próprio legislador ordinário, ao regulamentar a ADPF, já havia restringido sobremaneira o seu campo de incidência. Zeno Veloso (2003, p. 303) assim se posiciona acerca dessa questão:

Ocorre que o acesso individual jamais seria irrestrito, e nem o proponente estaria dispensado de ostentar qualquer requisito específico. Em primeiro lugar, a argüição tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, o que já significa uma rigorosa restrição. Em segundo lugar, não será admitida a argüição quando

---

<sup>55</sup> Zeno Veloso (2003, p. 302) transcreve na íntegra as razões do veto: “A disposição (art. 2º, II) insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público’. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes sociais e juridicamente legitimados para a promoção do controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento”.

houver qualquer outro meio capaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99), o que representa distinta e importante limitação.

A idéia inicial do legislador, quando elaborou o dispositivo vetado, era de disponibilizar aos cidadãos um instrumento para o pleno exercício da cidadania, a exemplo do que ocorre na Alemanha, com a queixa constitucional, e na Espanha, com o recurso de amparo. Nesses países, qualquer pessoa pode fazer usos dos institutos apontados para restabelecer ou preservar direitos e liberdades ameaçados ou violados. O veto do Presidente da República esvaziou o instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental que, em solos brasileiros, seria um sucedâneo desses instrumentos estrangeiros.

Quanto ao cabimento da ADPF, a doutrina majoritária<sup>56</sup> entende que o legislador ordinário, ao regulamentar o § 1º do art. 102 da Constituição Federal, consagrou dois tipos de ações: a primeira, de caráter processual autônomo, funcionando como verdadeira ação sumária (argüição autônoma), tendo por objeto “[...] evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, conforme disposto no *caput* do art. 1º da Lei 9.882/99, e a segunda, equivalendo a um incidente processual de inconstitucionalidade (argüição incidental), cabível “[...] quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, de acordo com o previsto no art. 1º, parágrafo único do inciso I, da Lei 9.882/99.

Todavia, alguns doutrinadores<sup>57</sup> entendem ser inconstitucional o parágrafo único, inciso I, do art. 1º da Lei 9.882/99, que traz para o ordenamento jurídico brasileiro a argüição incidental, sob o argumento de que o legislador ordinário ampliou de forma irregular as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, ao criar a argüição incidental, sem fazer uso de emenda à Constituição. Com efeito, não é esse o entendimento defendido neste trabalho, uma vez que o referido parágrafo não está eivado de qualquer vício, pois o próprio legislador constituinte, ao criar a ADPF, entregou nas mãos do legislador ordinário a regulamentação da referida argüição, sem fazer nenhuma ressalva.

---

<sup>56</sup> Essa idéia é defendida por Juliano Taveira Bernardes (2004), André Ramos Tavares (2001) e Gustavo Binenbojm (2004), dentre outros.

<sup>57</sup> Dentre eles, Pedro Lenza (2003, p. 214) e Alexandre de Moraes (2002, p. 646).



Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADInMC 2.231-DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, contra a íntegra da Lei 9.882/99 e, em especial, contra o parágrafo único, inciso I, do art. 1º, cujo relator foi o ministro Néri da Silveira, entendeu ser inconstitucional a argüição incidental, conforme consta na decisão abaixo:

O Min. Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1º, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da argüição autônoma de caráter abstrato, a argüição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo (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;). Conseqüentemente, o Min. Néri também votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, por estar relacionado com a argüição incidental em processos em concreto (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 argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.). ADInMC 2.231-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 5-12-2001(ADI-2231).

Sem dúvida, a decisão acima exposta restringe a utilização da ADPF, pois, se o parágrafo único, inciso I, do art. 1º da Lei 9.882/99 não tivesse sido considerado inconstitucional, os legitimados a manipularem esse instrumento poderiam encaminhar ao STF as controvérsias constitucionais já postas em juízo, sempre que o seu fundamento fosse relevante e, considerando a eficácia e o efeito da decisão, o Supremo Tribunal Federal estaria inibindo a produção de leis municipais com o mesmo conteúdo.

Questão não menos polêmica enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência, e que reforça a idéia de se implementar a fiscalização abstrata das normas municipais produzidas em dissonância com a Carta Magna via ADIn, diz respeito à consagração do princípio da subsidiariedade no ordenamento jurídico brasileiro a partir do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, cujo conteúdo é o seguinte: “[...] não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Isso porque se, de fato, prosperar a incidência de tal princípio, a ADPF terá pouca utilidade e, mais uma vez,

as leis e atos normativos municipais produzidos em dissonância com a Carta Política Maior serão raramente averiguados por meio do controle concentrado.

Gilmar Mendes (2000, p. 01) entende que esse dispositivo legal consagrou sim o princípio da subsidiariedade no ordenamento jurídico brasileiro e, para o autor, toda vez que outra ação prevista no sistema concentrado de constitucionalidade for cabível, deve a argüição ceder espaço:

[...] tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral e imediata, há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental (grifos do autor).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, quando do julgamento da ADPF nº 3, entendeu que mesmo a argüição “autônoma” guarda estrita subsidiariedade, inclusive com os meios ordinários, quer de controle de constitucionalidade, quer de defesa dos direitos fundamentais. Essa posição reconhece a aplicabilidade do princípio da subsidiariedade:

É incabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade (Lei 9.882/99, art. 4º, §1º). Com esse entendimento, o Tribunal não conheceu de argüição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Governador do Estado do Ceará, contra ato do Tribunal de Justiça do mesmo Estado que deferira reclamação em mandado de segurança para determinar o pagamento de gratificações, sem a observância do preceito constitucional que proíbe a sua concessão ‘em cascata’ (CF, art. 37, XIV - redação dada pela EC 19/98). ADPF (QO) 3-CE, rel. Ministro Sydney Sanches, 18-5-2000. (ADPF-3)

É importante ressaltar que nem os membros da Corte têm entendimento pacífico quanto ao caráter subsidiário da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Para o Ministro Carlos Velloso (2002), a questão não está solucionada em definitivo pelo STF e este deverá voltar a discutir o tema.

Em sentido contrário, Flávia Piovesan e Renato Stanzola (2003, p.115) entendem que a argüição de descumprimento de preceito fundamental não é subsidiária das

ações diretas, do controle concentrado de constitucionalidade. Para os autores, o instituto processual tem a função de tutelar, e “[...] pioneiramente, *prima facie*, não situações objetivas, em que se cuida tão-somente de situações puramente de direito [...] preocupa-se a argüição em garantir o direito fundamental dos cidadãos”. Também se posicionando de forma contrária ao entendimento de que a ADPF é um instituto subsidiário aos demais instrumentos do controle concentrado, André Ramos Tavares (2001, p. 237) assim leciona:

De outra parte, o instituto não se contém em área residual porque a compreensão da Lei Maior não oferece qualquer indício para que se possa interpretar dessa maneira a posição do instituto no sistema. Se assim fosse, por que não atribuir caráter residual à ação direta de inconstitucionalidade? Afina, tanto esta quanto a argüição de descumprimento são formulações do mesmo poder constituinte e estão incorporadas a um mesmo documento, do que decorre sua idêntica estatura jurídica.

Diante de tamanha controvérsia doutrinária e, principalmente, da posição que vem prevalecendo no Supremo Tribunal Federal<sup>58</sup> quanto à implementação do princípio da subsidiariedade na ADPF, duas alternativas poderiam ser adotadas: a primeira seria uma mudança de postura dos juristas – especificamente os julgadores – no momento de interpretar o art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, dando a ele máxima efetividade e abrindo mão de uma interpretação estritamente legalista; a segunda seria a implementação da fiscalização abstrata das leis e dos atos normativos municipais produzidos em desacordo com a Carta Magna, por meio de instrumentos hábeis a garantir a supremacia da norma constitucional. A preferência é dada à segunda alternativa, considerando que o parâmetro empreendido nas ações do controle concentrado é mais amplo.

---

<sup>58</sup> Tendo em vista a eficácia e o efeito da decisão proferida pelo Pretório Excelso em sede de controle concentrado, as decisões que estão sendo proferidas em sede de ADPF apontam qual o caminho o instituto trilhará no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **4. 2. 2 O controle concentrado de constitucionalidade das leis municipais: limites e possibilidades**

A grande questão apresentada ao longo deste trabalho, e que agora será enfrentada, diz respeito à necessidade de se implementar no ordenamento jurídico brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade das leis municipais, a fim de se permitir que elas tenham sua legitimidade averiguada por meio de um processo objetivo, apto a garantir a supremacia de qualquer norma constitucional. Essa significativa modificação no atual sistema de jurisdição constitucional brasileiro justifica-se neste trabalho por três motivos:

1. *A relação de hierarquia existente entre a Constituição Federal e as leis municipais.* Considerando que a Carta Magna é a Lei Suprema do ordenamento jurídico pátrio, à qual toda as demais normas integrantes deste devem obediência, não se pode admitir que leis hierarquicamente inferiores permaneçam no ordenamento jurídico, se elas foram produzidas em desacordo com a Lei Maior. Com relação a essa justificativa, faz-se necessário lembrar os ensinamentos de Hans Kelsen, para quem a estrutura da ordem jurídica é uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas uma às outras. Segundo o autor (1998, p. 246),

[...] dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta [...]. Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado [...].

Comunga-se aqui com a idéia de que as normas que compõem um ordenamento jurídico encontram-se organizadas de forma hierarquizada, formando uma espécie de pirâmide legal, ocupando a Constituição Federal o seu ápice. Mesmo

concordando com esse pensamento, não se pode deixar de registrar as palavras de Jorge Miranda (1996, p. 334), para quem a hierarquia não tem valor por si, pois exprime coerência intra e intersistemática “[...] por isso, deve ser vista basicamente como ‘regra construtiva’ e postulado de lógica formal mais ou menos architectado sobre o Direito positivo e dependente de dados variáveis em cada país e momento”. Reconhecer a supremacia da Constituição significa defender os valores, bem como os direitos e as garantias que nela estão esculpidos e, principalmente, defender o próprio Estado Democrático de Direito. Daí a necessidade de se criar mecanismos para extirpar em definitivo do ordenamento jurídico leis municipais produzidas em desacordo com tais valores.

A supremacia da Constituição, num plano da teoria geral, fundamenta-se na superioridade do Poder Constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes. Ora, se o produto do exercício desse Poder é a Constituição – o fundamento de validade de todas as demais normas –, não se pode admitir a permanência no ordenamento jurídico de atos contrários a ela, produzidos pelos poderes constituídos. Já num plano dogmático e positivo, tal supremacia pode ser traduzida, segundo Luís Roberto Barroso (1999), em uma superlegalidade formal e material. A *superlegalidade formal* identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores; já a *superlegalidade material* subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição. Toda vez que as pessoas autorizadas a produzirem normas não observarem as prescrições formais e materiais, o Poder Judiciário estará autorizado a proteger a Constituição, por meio do controle de constitucionalidade.

Considerando a autonomia constitucionalmente reconhecida, o Município tem intensa atividade legisferante e as leis produzidas por esse ente federado interessam à Federação como um todo, como é o caso de produção de leis que tratam de questões tributárias. Se, durante a feitura dessas leis, os legisladores municipais extrapolarem a competência que lhes foi garantida, ignorando os procedimentos ditados pela Carta Magna ou afrontando os princípios ou as regras constitucionais, gerando, por conseguinte, prejuízos ao Poder Público ou a particulares, estes só poderão solicitar a tutela jurisdicional depois que o prejuízo estiver materializado,

uma vez que, atualmente, o único meio juridicamente possível para se controlar a constitucionalidade de lei municipal produzida em desacordo com qualquer norma constitucional é o controle difuso. Conforme exposto, a argüição de descumprimento de preceitos fundamentais inclui como objeto a lei municipal, porém, não é uma ação que fiscaliza a conformidade das leis municipais com qualquer norma constitucional e sim com os preceitos fundamentais, o que restringe sobremaneira a sua utilização, daí não ser suficiente para resolver o problema acima apontado. Se o próprio sistema não viabilizar meios céleres para extirpar do ordenamento jurídico leis municipais eivadas de vícios de inconstitucionalidade, a unidade e a coerência do sistema estarão comprometidas, pois, como afirmou Kelsen (1998, p. 246),

A unidade da ordem jurídica é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta [...]

Diante do reconhecimento da supremacia da Constituição, as normas municipais devem buscar seu fundamento de validade naquelas que lhe são superiores, de forma que, havendo conflito entre elas, esse venha a ser resolvido, para restabelecer-se a harmonia do sistema jurídico. Não se pode admitir, em um Estado Constitucional, que um ato jurídico seja praticado em desconformidade com a Lei Maior e, por óbvio, esse raciocínio deve, também, ser aplicado às leis e aos atos normativos municipais. Daí a necessidade de se estabelecerem para a legislação municipal os mesmos mecanismos de controle conferidos aos atos federais e estaduais, de modo a evitar que a demora na declaração de inconstitucionalidade dos atos municipais venha a ocasionar prejuízos ao Poder Público ou a particulares, não se justificando, por conseguinte, aguardar-se a concreção desses danos, para só então se declarar a dita inconstitucionalidade.

2. *A intensa produção legislativa dos Municípios a partir da Constituição Federal de 1988.* A partir dessa Constituição, os Municípios receberam o *status* de ente federativo, com autonomia política e, conseqüentemente, com uma intensa produção legislativa. Considerando o número expressivo de Municípios existentes atualmente, se não houver mecanismos de controle de constitucionalidade, cujas decisões produzam efeitos *erga omnes*, para intimidar a produção de leis municipais

elaboradas em desacordo com o texto constitucional, a hierarquia existente entre ambas será desrespeitada, ferindo o ordenamento jurídico em sua unidade e coerência. E é exatamente o vácuo que fica entre a autorização dada pela Constituição aos Municípios para que esses produzam as leis que regerão todo o seu funcionamento – e aqui não se fala de pouca produção legislativa, considerando o número de municípios existentes atualmente no Brasil – e a ausência de um controle de constitucionalidade que se preocupe, principalmente, em garantir a coerência do ordenamento jurídico, extirpando-lhe as leis produzidas em desconformidade com a Constituição Federal e não somente deixando de aplicá-las àquele caso concreto, que faz com que este trabalho apresente à comunidade acadêmica a proposta de modificação do atual sistema de jurisdição constitucional brasileiro.

Para se ter uma noção de como houve uma grande ampliação da produção legislativa municipal, vale a pena analisar as competências<sup>59</sup> recebidas pelos Municípios, a partir da Constituição de 1988, previstas nos arts. 29, *caput* (elaborar a própria Lei Orgânica); 30, I (legislar sobre assuntos de interesse local); 30, II (suplementar a legislação federal e a estadual no que couber).

No que se refere ao art. 29, *caput*, pode-se afirmar que, com o advento da Carta Política de 1988, os Municípios foram autorizados a elaborar as suas Leis Orgânicas, o que antes era competência dos Estados-membros. No momento da feitura desse importante documento, o Legislativo Municipal deve observar os preceitos contidos na Constituição Federal e na Constituição do respectivo Estado-

---

<sup>59</sup> A Constituição Federal de 1988 outorgou aos Municípios as seguintes competências: a) elaborar a própria lei orgânica (art. 29, *caput*); b) legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I); c) suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II); d) instituir e arrecadar os tributos de sua competência e aplicar suas rendas (art. 30, III); e) criar, organizar e suprimir distritos (art. 30, IV); f) organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial (art. 30, V); g) atuar na área da educação (art. 30, VI); h) prestar serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII); i) promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo (art. 30, VIII c/c artigo 182, § 1º); j) promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local; l) organizar a Administração Pública local e dispor sobre o regime funcional de seus servidores (art. 39, *caput*); m) constituir guardas municipais para a proteção de seus bens, serviços e instalações (art. 144, § 8º); n) aprovar, mediante lei municipal, seu plano plurianual, suas diretrizes orçamentárias e seu orçamento anual (art. 165); o) executar a política de desenvolvimento urbano, com o fito de ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, *caput*).

membro no qual o Município está inserido. Conforme observa Urbano Vitalino de Melo Filho (1999, p. 148),

Infelizmente o que se observa no país é que muitas destas leis Orgânicas, felicíssima inovação da CF/88, são cópia de modelos previamente elaborados por firmas de auditoria/consultoria, sem que se atente às peculiaridades e identifique os interesses locais de cada Município. É comum observar **inconstitucionalidades, as mais diversas possíveis, em tais Cartas**, tudo a demonstrar que este instrumento fundamental que a CF/88 reservou aos Municípios, muitas vezes, é mal administrado, é mal valorizado, é mal elaborado (...) (grifo nosso).

Como expurgar do ordenamento jurídico as normas contidas nas Leis Orgânicas contrárias à Constituição Federal se, para esse tipo de lei (e para todos os demais atos normativos municipais), o atual sistema de jurisdição constitucional só disponibiliza o controle difuso? O problema continua sem solução, o que faz com que Leis Orgânicas, total ou parcialmente inconstitucionais, permaneçam no ordenamento, servindo de parâmetro para as demais espécies normativas municipais. E, como aquelas são hierarquicamente superiores, se um dos seus artigos desrespeitar os comandos da Lei Magna as demais leis municipais poderão seguir o mesmo caminho, ferindo o ordenamento jurídico em sua unidade e coerência.

Com relação à competência de legislar sobre assuntos de interesse local, prevista no art. 30, I, bem como à competência legislativa complementar<sup>60</sup> dos Municípios, disposta no art. 30, II, entende-se que os legisladores municipais têm um amplo espaço para atuação<sup>61</sup> e, conseqüentemente, maior possibilidade de produzir leis inconstitucionais. A ausência de uma averiguação da constitucionalidade dessas leis, por meio da ADIn, pode ferir o princípio da segurança jurídica, pois, se a legitimidade das leis municipais só pode ser averiguada por meio do controle difuso (se houver afronta aos preceitos fundamentais decorrentes da Carta Política, o

---

<sup>60</sup> O item 3. 4. 2 do capítulo II deste trabalho apresenta um estudo detalhado sobre as competências municipais previstas no art. 30, I e II.

<sup>61</sup> É importante registrar a opinião de Quadros de Magalhães (1999, p. 212), quando ele analisa as competências outorgadas à União, aos Estados e ao Distrito Federal, dispostas no art. 24 da Constituição Federal de 1988 e a outorgada aos Municípios no art. 30 II: “[...] embora os municípios não sejam mencionados no artigo 24 da CF/88, o art. 30, II, estabelece que é competência destes complementar a legislação federal e a estadual no que couber. Em outras palavras, quase nada em termos de legislação sobre estas importantes matérias restará aos Municípios, e mesmo assim em nenhuma hipótese estes terão competência plena, mas sempre supletiva [...]”.



legitimado pode fazer uso da ADPF para sanar o vício), cuja decisão produz efeito somente para as partes envolvidas no processo, leis oriundas dos Municípios que afrontam o texto constitucional poderão ser introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro e só saírem em definitivo depois de um longo e sofrido processo judicial, passando pelos juízes de primeiro grau, Tribunais de Justiça e, por fim, pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário, até acontecer o disposto no art. 52, IX da Constituição Federal. Enquanto isso, a mesma lei não poderá ser aplicada para aqueles que procuraram o Poder Judiciário e tiveram um pronunciamento favorável e valerá para aqueles que não pediram a tutela jurisdicional ou que, mesmo solicitando tal proteção, obtiveram uma decisão desfavorável.

Um grande exemplo é a competência atribuída ao Município no art. 30, III da Carta Magna, que o autoriza a instituir e arrecadar os tributos de sua competência e aplicar suas rendas. Como as leis municipais não podem ser objeto da ação de inconstitucionalidade, nem as normas constitucionais que tratam sobre questões tributárias podem ser consideradas preceitos fundamentais, resta ao contribuinte ajuizar uma ação e, incidentalmente, pedir que o Poder Judiciário deixe de aplicar àquela relação jurídica a lei municipal que fere os comandos constitucionais que tratam sobre tributos. Mesmo que o Judiciário atue de forma célere, o que não é uma realidade no Brasil, o prejuízo será enorme, uma vez que as decisões proferidas em sede de controle difuso só surtem efeitos para as partes envolvidas no processo, ficando latente o conflito.

É preciso ressaltar que a autonomia outorgada pela Constituição Federal ao Município não se agrega a ele de modo absoluto. Ao contrário, sendo a autonomia uma das marcas do Estado Federal, para que ele não se descaracterize, faz-se necessário que os entes componentes da Federação a exerça harmoniosamente com o balizamento contido na Lei Maior, pois autônomos são todos: União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto no art. 18 da Carta Política.

3. *A insuficiência da utilização do sistema difuso como único mecanismo apto para controlar a constitucionalidade das leis municipais*, uma vez que os efeitos das decisões proferidas nesse tipo de controle se restringe às partes envolvidas no litígio, o que faz com que o conflito permaneça latente. Além disso, existem algumas leis que, mesmo estando eivadas de vícios, fogem a toda possibilidade de controle incidental, pelo fato de, pelo seu particular conteúdo, não ensejarem lides concretas, como é o caso das leis que tratam de interesses ou direitos difusos.<sup>62</sup> Kazuo Watanabe (1999, p. 722) entende que nos conflitos que envolvem interesses ou direitos difusos, “[...] optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica-base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo”. Se os sujeitos são indeterminados, as leis permanecerão no ordenamento jurídico mesmo eivadas de vício, uma vez que não haverá um legitimado específico para argüir, incidentalmente, a sua inconstitucionalidade.

Exemplo claro é o que ocorreu no Município de Vitória, em fevereiro de 2005, quando o Prefeito municipal vetou projetos de lei,<sup>63</sup> alegando serem inconstitucionais: o primeiro, por ser contrário ao interesse público, na medida em que interfere de forma direta no orçamento municipal, uma vez que autoriza a anistiar multas incidentes sobre templos religiosos de qualquer culto; o segundo, por obstar à Administração Pública o exercício de atividades de polícia, o que acarretaria graves prejuízos à segurança pública e à incolumidade dos munícipes, pois dispensa a exigência de alvará para instalação e funcionamento de templos religiosos. Se os projetos forem convertidos em lei e se tais leis forem, de fato, inconstitucionais, quem poderá exigir que elas sejam assim consideradas? Ora, como os titulares desses direitos são indeterminados, essas leis permanecerão no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo tendo sido produzidas em desacordo com a Lei Maior.

---

<sup>62</sup> Registre-se a possibilidade de se utilizar a Ação Civil Pública para, em sede de controle difuso, tutelar esses direitos. Porém, considerando a polêmica doutrinária acerca da utilização desse importante instrumento processual constitucional, prefere-se, neste trabalho, propor a alteração dos arts. 102, I, “a” e 103 da Constituição Federal, a fim de se utilizar a ação direta de inconstitucionalidade para se controlar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos municipais em face da Constituição Federal.

<sup>63</sup> Os autógrafos de Lei n<sup>os</sup> 7.014 e 7.0006, bem como os opinamentos n<sup>os</sup> 01/2005 e 07/2005 encontram-se no anexo deste trabalho.

Para atender a esse tipo de demanda, o direito precisa dispor de instrumento adequado e os arts. 102, I, “a” e 103 da Constituição Federal já o indica. Resta agora uma reformulação, a fim de incluir as leis municipais como objeto da ação direta de inconstitucionalidade, bem como as pessoas e entidades que tenham interesse em fiscalizar a constitucionalidade das leis municipais.

É importante frisar que a proposta de alteração não traz em seu bojo a discussão sobre o fim do controle difuso no sistema brasileiro e as críticas feitas a ele referem-se à sua existência desacompanhada de qualquer mecanismo de extensão dos efeitos das decisões, bem como à sua insuficiência para tutelar interesses e direitos metaindividuais. A idéia é continuar adotando o controle difuso e inserir as leis municipais como objeto das ações do controle concentrado, pois aquele pode ser considerado um verdadeiro instrumento de filtragem constitucional na medida em que juízes de primeiro grau e tribunais, no cumprimento de sua atividade jurisdicional, têm o dever de analisar, primeiramente, a constitucionalidade das leis infraconstitucionais, fazendo prevalecer os preceitos maiores da Constituição Federal.

Para que se possa introduzir o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal, faz-se necessária uma modificação no texto da Lei Maior, por meio de Emenda Constitucional, alterando os arts. 102, I, “a” e 103, com o fito de incluir as leis e os atos normativos municipais como objeto da ação direta de inconstitucionalidade, bem como conferir legitimidade ao prefeito do Município e à Mesa de Câmara Municipal, a fim de se deflagrar a jurisdição da Suprema Corte para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos desse ente federado. A partir de tal modificação, eles passariam a ter as seguintes redações:

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

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual e municipal e a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Art. 103 – Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- 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 da Câmara Legislativa do Distrito Federal e a Mesa de Câmara dos Vereadores;
- V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal e o Prefeito do Município;
- 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 (grifos nossos).

A proposta apresentada tornar-se-á viável se houver um sistema de filtragem, a fim de se garantir o funcionamento da Corte Suprema, considerando o número expressivo de Municípios existentes no Brasil. Nesse sentido, caberá ao Supremo Tribunal Federal exigir que os novos legitimados demonstrem a relação de pertinência<sup>64</sup> da pretendida declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo municipal com os interesses do Município; comprovem a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da lei ou do ato normativo que está sendo impugnado e, por fim, que demonstrem a repercussão geral das questões constitucionais discutidas, ou seja, a relevância da resolução daquele caso para o Município.

No que se refere à pertinência temática, o objetivo é evitar que os novos legitimados ajuízem ações cujo objeto não sejam leis e atos normativos que produzam efeitos negativos na esfera do Município impugnante.<sup>65</sup> Nesse sentido, para que os Prefeitos dos Municípios e as Câmaras de Vereadores possam deflagrar a jurisdição da Suprema Corte para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade

---

<sup>64</sup> O instituto da pertinência temática, no Brasil, é fruto de construção jurisprudencial. Segundo Medeiros Queiroz (2003, p. 59), “[...] em virtude do amplo rol de legitimados ativos criado com a nova Carta, o STF construiu jurisprudência no sentido de diferenciar o tratamento dado aos legitimados, o que levou a doutrina a identificar os legitimados universais e os especiais”. Gilmar Mendes (1999, p. 137) registra que “essa questão foi discutida na Alemanha sob o império da Constituição de Weimar, verificando-se uma controvérsia doutrinária sobre a admissibilidade ou não de uma ação proposta pelo Estado da Baviera contra a lei da Turíngia”.

<sup>65</sup> ADIn 902, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ, 22-4-1994. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PERTINENCIA. Tratando-se de impugnação de ato normativo de Estado diverso daquele governado pelo requerente, impõe-se a demonstração do requisito "pertinencia". Disponível em: < [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) >. Acesso em: 24 fev. 2005.

das leis e dos atos normativos municipais, essas espécies normativas devem tratar de questões relacionadas com esses entes federativos. Não se pode perder de vista que os membros dos Poderes Executivo e Legislativo municipal têm interesse na compatibilidade das normas elaboradas nos seus Municípios com a Constituição Federal e na preservação da ordem e da segurança jurídicas nessas unidades, seja porque as leis municipais devem estar em consonância com a Carta Política de 1988, seja porque tais leis têm influência direta na regulação das questões internas desses entes federados.

O segundo e importantíssimo instrumento de filtragem proposto neste trabalho é a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da lei ou do ato normativo municipal que está sendo impugnado, ou seja, os novos legitimados deverão comprovar que há um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. Esse instrumento permitirá que o Supremo Tribunal Federal só se manifeste quando estiver em risco a segurança jurídica, tendo em vista a existência de pronunciamentos judiciais contraditórios acerca da mesma lei ou do ato normativo municipal. Como se vê, não é qualquer discussão que subirá ao STF e sim aquelas que geram controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma. Dessa forma, cai por terra o argumento de alguns doutrinadores e de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal quando afirmam que a inclusão das leis municipais, como objeto da ação direta de inconstitucionalidade, pode inviabilizar o regular funcionamento do Pretório Excelso. Mesmo que tal argumento prospere, este trabalho ainda apresenta uma outra alternativa, qual seja, o aumento do número de ministros do STF para que esse importante órgão possa cumprir a sua grande missão que é a guarda da Constituição Federal.

O instrumento de filtragem acima apresentado, de origem alemã,<sup>66</sup> já é uma realidade no Direito brasileiro, uma vez que positivado pelo art. 14, III, da Lei 9.886/99, no capítulo que disciplina o procedimento para o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade. Logo, com fulcro nesse artigo, quando o Supremo Tribunal Federal estiver diante de uma ação direta de

---

<sup>66</sup> Conforme lecionam Ives Gandra e Gilmar Mendes (2001, p. 265).

inconstitucionalidade, que tenha por objeto uma lei ou um ato normativo municipal, deverá exigir que o legitimado comprove a existência de dúvida ou controvérsia relevante sobre a legitimidade da norma, sob pena de não conhecer a ação proposta.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal poderá utilizar, também, como instrumento de filtragem, o mecanismo contido no art. 102, III, § 3º da Constituição Federal, incorporado ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45, que é a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas. A exemplo do que ocorre com o recurso extraordinário, o STF só julgará a ação direta de inconstitucionalidade de uma lei ou um ato normativo municipal se o legitimado demonstrar a relevância da resolução daquele caso para o Município.

A proposta acima apresentada, devidamente acompanhada dos instrumentos de filtragem, é a saída mais viável para a atual realidade brasileira, na qual se tem leis municipais violadoras de norma constitucional e um sistema insuficiente para controlar a sua legitimidade. Entende-se que não adianta apelar para o bom senso dos intérpretes da Constituição, esperando que eles preencham a lacuna deixada nos arts. 102, I, “a” e 103 da Carta Magna, no momento da interpretação, permitindo que as leis municipais sejam objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Também não adianta se apegar à tese defendida por Marshal no julgamento do famoso caso *Marbury versus Madison*, que considera implícita a competência do STF para controlar a constitucionalidade das leis municipais produzidas em desacordo com a Carta Magna, uma vez que já houve manifestação do Pretório Excelso no sentido de apontar a impossibilidade de se questionar a legitimidade de tais leis em face da Constituição Federal, tendo em vista a ausência de previsão legal. Diante disso, somente uma alteração no texto da Carta Maior surtirá o efeito esperado.

Não se pode nunca perder de vista que a principal tarefa do estudioso do Direito é não se conformar com decisões de cunho absolutamente pragmáticas, como essa defendida pelo STF, sem que haja uma efetiva preocupação com a unidade e a coerência do ordenamento jurídico e, principalmente, com a defesa dos principais valores e conquistas estampados na Constituição Federal. De nada adianta um bom funcionamento do Pretório Excelso, se o papel mais importante que lhe foi confiado,

que é a guarda da Constituição, não for exercido de forma efetiva. Deixar para decidir se uma lei municipal é, ou não, inconstitucional somente no Recurso Extraordinário, depois de anos de tramitação e o pior, a decisão surtindo efeito somente para as partes envolvidas no litígio, é negar a máxima efetividade das normas constitucionais, e isso não se pode admitir em um Estado Democrático de Direito.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O Estado Federal é um tipo de Estado descentralizado politicamente, cuja competência dos entes jurídicos que o compõem decorre da própria Constituição. Nessa forma de Estado, o exercício do Poder Político encontra-se disperso e distribuído entre vários entes, fazendo brotar uma pluralidade de ordens jurídicas incidentes sobre um mesmo território estatal, posta cada qual no âmbito de competências previamente definidas pela Constituição Federal.

2. O Estado Federal brasileiro, implantado com a Constituição de 1891, passou a ter fisionomias diferentes, dependendo da vontade política dos grupos que estavam no comando dos Poderes constituídos. Essas novas formatações eram explicitadas no corpo das Constituições Federais que, ora enfatizavam a autonomia dos entes federados, ora reduziam-na, ao conjugarem a repartição das competências e a distribuição das rendas.

3. A Constituição de 1988 modificou o formato dual do Estado Federal ao incluir o Município na composição da República Federativa brasileira. Tal alteração vem estampada nos arts. 1º e 18. No art. 1º, o legislador constituinte estabelece que “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, no art. 18 dispõe que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o distrito Federal e os Municípios, todos autônomos [...]”.

4. Em que pese o legislador constituinte de 1988 ter incluído no texto da Lei Maior instrumentos importantíssimos para a garantia dos direitos fundamentais, em matéria de repartição de competências, os avanços não foram tão significativos, uma vez que o texto constitucional continuou evidenciando o primado da União no campo da produção legislativa. O que se percebe é que algumas competências legislativas poderiam ter sido transferidas com proveito para a órbita das competências concorrentes ou para a órbita da competência privativa dos outros entes federados, delineando, dessa forma, um Federalismo de Equilíbrio.



5. Uma das características do Estado Federal é a existência de uma Constituição para instituí-lo, havendo uma relação de causalidade entre Constituição Federal e Estado Federal. A doutrina federalista baseia-se na idéia de que na Constituição se cristaliza o compromisso entre os interesses da unidade nacional e da autonomia regional, mantidos em proveito de todos os participantes. Por estar registrado nesse documento solene os direitos fundamentais e a forma de limitação do poder, o legislador constituinte precisa estabelecer os mecanismos necessários para a proteção de suas normas e o controle de constitucionalidade é um dos instrumentos que cumpre esse papel.

6. O controle de constitucionalidade das leis deve ser compreendido a partir de uma legítima idéia do constitucionalismo, que é a luta pelo reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana conquistados ao longo da história, a partir da idéia de limitação do poder. Se é no corpo da Constituição que se podem encontrar tais direitos, esse documento precisa receber uma proteção especial, e esse instrumento é o controle de constitucionalidade das leis.

7. O Brasil passou a utilizar o controle jurisdicional de constitucionalidade a partir da Constituição Federal de 1891, adotando somente o modelo difuso. Foi a Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-1965, que inaugurou, no ordenamento jurídico brasileiro, a ação direta de inconstitucionalidade genérica. Assim, o controle de constitucionalidade passou a ser exercido incidentalmente (controle difuso) e por meio de ação direta genérica (controle concentrado).

8. A maior mudança no sistema de jurisdição constitucional brasileiro ocorreu a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Houve a ampliação do rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, que antes era função exclusiva do Procurador Geral da República; a facultatividade aos Estados-membros, no âmbito de suas competências, para a instituição de ação direta genérica de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual; previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Com a Emenda Constitucional nº 3 criou-se a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e a arguição de descumprimento de preceito fundamental,

prevista inicialmente no parágrafo único do art. 102 da Constituição Federal de 1988 e atualmente no § 1º do mesmo artigo.

9. Outras inovações foram incorporadas ao sistema de jurisdição constitucional brasileiro, trazidas pela Lei nº 9.868/99, que disciplinou o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade; pela Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º da Constituição Federal e, recentemente, pela Emenda Constitucional nº 45, que trouxe alterações significativas para o controle de constitucionalidade. No controle difuso, pode-se apresentar a inclusão do Art. 103-A da Constituição Federal, que dispõe sobre a adoção da súmula com efeito vinculante, a partir de reiteradas decisões sobre matérias constitucionais. No controle concentrado, no qual o art. 102, § 2º prevê que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, têm 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; a ampliação do rol de legitimados para propor a ação declaratória de constitucionalidade, agora com previsão legal no art. 103 da Carta Magna, dentre outras.

10. Observa-se que, mesmo diante de tantas inovações e alterações feitas no sistema de jurisdição constitucional brasileiro, o legislador não se preocupou em resolver um problema antigo enfrentado pelos Municípios brasileiros que é a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal verificar a legitimidade das leis municipais por meio da ação direta de inconstitucionalidade. As leis municipais, até hoje, têm como principal mecanismo de fiscalização da sua constitucionalidade o sistema difuso e, como demonstrado no decorrer do trabalho, tal mecanismo é insuficiente.

11. O que não pode ser esquecido é que, a partir da Constituição Federal de 1988, os municípios receberam o *status* de ente componente da Federação, com autonomia política e, conseqüentemente, com uma intensa produção legislativa. Considerando o número expressivo de municípios existentes atualmente, se não

houver mecanismos de controle de constitucionalidade, cujas decisões produzam efeitos *erga omnes*, para intimidar a produção de leis municipais elaboradas em desacordo com o texto constitucional, a hierarquia existente entre ambas será desrespeitada, ferindo o ordenamento jurídico em sua unidade e coerência.

12. A atuação do Supremo Tribunal Federal, bem como as várias manifestações doutrinárias já provaram que não adianta apelar para o bom senso dos intérpretes da Constituição, esperando que eles preencham a lacuna deixada nos arts. 102, I, “a” e 103 da Carta Magna, no momento da sua interpretação, permitindo que as leis municipais sejam objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Também não adianta se apegar à tese que considera implícita a competência do STF para controlar a constitucionalidade das leis municipais produzidas em desacordo com a Carta Magna. A proposta defendida neste trabalho é no sentido de se alterar os arts. 102, I, “a” e 103 da Carta Política Maior, com o fito de incluir as leis e os atos normativos municipais como objeto da ação direta de inconstitucionalidade, bem como conferir legitimidade ao Prefeito do Município e à Mesa de Câmara Municipal, a fim de se deflagrar a jurisdição da Suprema Corte para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos desse ente federado.

13. Objetivando facilitar a operacionalização da proposta e tornar viável o funcionamento da Corte Maior, faz-se necessário criar instrumentos capazes de filtrar o número de ações que serão ajuizadas. Nesse sentido, caberá ao Supremo Tribunal Federal exigir que os novos legitimados demonstrem a relação de pertinência da pretendida declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo municipal com os interesses do Município, comprovem a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da lei ou do ato normativo que está sendo impugnado e, por fim, que demonstrem a repercussão geral das questões constitucionais discutidas, ou seja, a relevância da resolução daquele caso para o Município.

14. Finaliza-se afirmando as palavras de Paulo Roberto Ramos (2001), para quem o controle de constitucionalidade das leis tem por função maior não permitir o retrocesso histórico a partir da capacidade de desconsideração de decisões/leis que afrontem os direitos caracterizadores do legítimo constitucionalismo. O controle de

constitucionalidade das leis revela-se uma tarefa de extraordinária importância, não sendo responsabilidade apenas de um homem ou de alguns, mas de toda a coletividade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 170 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982. 362 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 320 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. 502 p.

BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA, Ives Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1995. 548 p.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**: caderno de direito constitucional e ciência política, São Paulo, n. 30, p. 69 - 77, jan./mar. 2000.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004. 513 p.

\_\_\_\_\_. **Efeitos das normas constitucionais no sistema normativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. 88 p.

\_\_\_\_\_. Lei 9882/99: argüição de descumprimento de preceito fundamental. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 39, fev. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=237>>. Acesso em: 8 dez. 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 282 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2001. 192 p.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de ciência política**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. 666 p. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. 11506 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. 142 p.

CAVALCANTI, Vanuza; BECKER, Antonio. **Constituições brasileiras de 1824 a 1988**. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004. 283 p. v. 1.

CAVALCANTI, Vanuza; BECKER, Antonio. **Constituições brasileiras de 1824 a 1988**. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004. 193 p. v. 2.

CARDOSO, Ciro Flamarion. **A cidade-estado antiga**. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 1987. 95 p.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 913 p.

CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 416 p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. 297 p.

DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2003. 551 p.

\_\_\_\_\_. **O valor da constituição**: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366 p.

FABRIZ, Daury César. O Município na estrutura federativa brasileira: um estudo comparado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 41, p. 103 - 127, jan./jun. 2004.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004. 131 p.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 240 p.

\_\_\_\_\_. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 286 p.

FERRAZ, Sérgio. A declaração de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. **Ajuris**, Rio Grande do Sul, n. 61, p. 231 - 240, jul. 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. 322 p.

\_\_\_\_\_. **O poder constituinte**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. 204 p.

FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. **Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade de Lei Municipal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 384 p.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de lei ordinária. **Revista dialética de direito tributário**, v. 56, n. 56, p. 19 - 24, maio 2000.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 725 p.

\_\_\_\_\_. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. 756 p.

JEFFERSON, Thomas; PAINE, Thomas; HAMILTON, Alexander. **Os pensadores: escritos políticos; censo comum; o federalista; a democracia na América**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 365 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427 p.

LENZA, Pedro. A argüição de descumprimento de preceito fundamental sob a perspectiva do STF. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 189 – 222.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Poder municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 232 p.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. 414 p. Tomo I.

MALUF, Sahid. **Direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1983. 524 p.



MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001. 357 p.

MATTOS NETO, Antônio José de. Competência legislativa municipal sobre meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 14, ano 4, p. 120 - 133, abr./jun. 1999.

MELO Filho, Urbano Vitalino de. **Direito municipal em movimento**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 246 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. 478 p.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 375 p.

\_\_\_\_\_. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. 872 p.

\_\_\_\_\_. O controle de constitucionalidade do direito estadual e municipal na Constituição Federal de 1988. **Revista Jurídica Virtual**, 1999, n. 3, p. 1 - 49, 1999. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 15 out. 2004.

\_\_\_\_\_. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. **Revista Jurídica Virtual**, n. 13, p. 1 – 6, 2000. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 10 dez. 2004.

\_\_\_\_\_. Argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF). **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: < <http://www.jus.com.br> >. Acesso em: 8 dez. 2004.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. 658 p.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. 301 p.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional: Constituição e inconstitucionalidade**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. 546 p. Tomo II.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. 426 p. Tomo V.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 836 p.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 335 p.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 271 p.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Cláusulas pétreas e poder constituinte permanente: estudo das transformações constitucionais na democracia participativa**. 2004. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) – Faculdades de Vitória, Vitória, 2004.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: inovações e aspectos polêmicos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 101 – 132.

QUEIROZ NETO, Luiz Vicente de Medeiros. A pertinência temática como requisito da legitimidade ativa para o processo objetivo de controle abstrato de normas. **Revista da Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal**, Brasília, ano 11, v. 21, p. 49 - 76, jan./jun. 2003.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O federalismo assimétrico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 234 p.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**: caderno de direito constitucional e ciência política. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 9, n. 37 p. 175 - 184, out./dez. 2001.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **República e federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 326 p.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. São Paulo: Atlas, 2001. 287 p.

SANTANA, Jair Eduardo. **Competências legislativas municipais**. 2. ed. rev. atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 212 p.

SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002. 301 p.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le tiers État?**. Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001. 80 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. 863 p.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 277 p.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919 p.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da argüição de preceito fundamental**: Lei nº 9868/99 e Lei nº 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001. 483 p.

VELLOSO, Carlos Mário. A argüição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 12, p. 1 - 7, 2002. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br> > . Acesso em: 12 jan. 2005.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003. 413 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. 256 p.

WATANABE, Kazuo *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. 1012 p.

# **ANEXOS**

ANEXO A – Autógrafo de Lei nº 7.014 e  
opinamento nº 01/2005.

ANEXO B – Autógrafo de Lei nº 7.006 e  
opinamento nº 07/2005.

