

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES
MONOGRAFIA JURÍDICA

LUCAS SÁ DE OLIVEIRA - MATRÍCULA: 0209260

Aut 207239

"CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS"

342.816

- x Controle da constitucionalidade*
- x Direito constitucional*
- x Inconstitucionalidade das leis.*
- x Direito municipal*

260

Ag 128719
342.81
OH8c
R 14055698

FORTALEZA
2007

LUCAS SÁ DE OLIVEIRA

"CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS"

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcos José Nogueira de Sousa
Filho

**FORTALEZA
2007**

LUCAS SÁ DE OLIVEIRA

"CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS"

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcos José Nogueira de Sousa
Filho

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marcos José Nogueira de Sousa Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Dr. Abimael Carvalho
Universidade Federal do Ceará - UFC

Dr. José Tarcísio Nogueira de Paula
Bacharel pela Universidade Federal do Ceará - UFC

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Senhor Marcos José Nogueira de Sousa pela paciência e pelas muitas horas dedicadas na descoberta deste trabalho.

Agradeço às várias equipes de produção, todos os colegas e professores da FAPESP.

Agradeço aos amigos, pela sempre presente amizade.

Para

Deus, por me permitir viver.

Aos meus pais,
Meus irmãos,
que muito contribuíram.

Juliana, pelo apoio constante e carinho imenso, sem o qual este trabalho não teria sido possível.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Marcos José Nogueira de Sousa Filho, pela atenção e paciência com as quais nos orientou no decorrer deste trabalho.

Aos colegas de turma de graduação, pela amizade, auxílio e grande atenção tantas vezes recebida.

Aos examinadores, pela solicitude e atenção dispensada.

RESUMO

Aborda questões relacionadas ao **controle de constitucionalidade** em âmbito nacional e estadual iniciando com a discussão sobre a **inércia do Poder Judiciário** em relação à **inconstitucionalidade** da legislação em vigor. Utiliza como exemplo o caso de uma **lei estadual** que **protege a pesquisa genética**, uma vez que **o Brasil não possui legislação específica** nesse âmbito, **exceto o que está em lei**, caso em que **o STF, de 03 de maio de 2013**, decidiu que **o controle de constitucionalidade** é **de ofício** e **procedente o controle concreto** de uma lei estadual. **Discute ainda a possibilidade de descumprimento** de uma lei estadual em **prova de impetração** e **o efeito da ação**.

Deve-se observar ainda a **constitucionalidade** da **ação** e **o seu fundamento de fato**.

"A defesa é o mais legítimo direito dos homens"

Carlos Bernardo González Pecotche

RESUMO

Aborda questões concernentes ao controle de constitucionalidade das leis municipais, realizando inicialmente um estudo sobre o instituto do controle de constitucionalidade e formas de inconstitucionalidade. Utiliza como fonte de pesquisa e como fonte decisória primordial a pesquisa doutrinária, uma vez que tal assunto ainda divaga nas especulações doutrinárias, mesmo que positivado em lei, com diversas divergências autorais. Versa sobre a inovação trazida com a Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, publicada no DOU de 06/12/1999, que possibilitou o controle concentrado de lei municipal ante a Constituição de República, com a argüição de descumprimento de preceito fundamental, mesmo com as restrições impostas ao cabimento da ação.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Argüição de descumprimento de preceito fundamental.

ABSTRACTS

It approaches on questions to the control of constitutionality of the municipal laws, initially carrying through a study on the institute of the constitutionality control and forms of unconstitutionality. It uses as research source and as primordial power to decide source the doctrinal research, a time that such subject still transits in the doctrinal speculations, exactly that written in law, with diverse authorial divergences. It turns on the innovation brought with Law 9,882, of 03 of December of 1999, published in DOU of 06/12/1999, that it made possible the intent control of municipal law before the Constitution of Republic, with the challenge of breaking a basic rule, exactly with the restrictions imposed to the filling of a suit of the action.

Keywords: Control of constitutionality. Challenge of breaking a basic rule.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADECON - Ação declaratória de constitucionalidade

ADIn - Ação direta de inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de descumprimento de preceito fundamental

CF - Constituição Federal

DOU - Diário Oficial da União

EUA - Estados Unidos da América

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

RESUMO.....	6
LISTA DE ABREVIATURAS.....	8
INTRODUÇÃO.....	11
RESULTADOS E DISCUSSÃO.....	13
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS

SUMÁRIO

1 -	
INTRODUÇÃO.....	11
2 - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	13
2.1 - Controle de constitucionalidade e o princípio da supremacia constitucional.....	13
2.2 - Do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos em consonância com a segurança jurídica do ordenamento.....	15
2.3 - Espécies de inconstitucionalidade.....	17
2.4 - Sistemas e formas de controle de constitucionalidade.....	18
2.5 - Controle de constitucionalidade no Brasil.....	21
3 - O CONTROLE DIFUSO.....	23
3.1 - O recurso extraordinário.....	24
3.2 - Efeitos da decisão.....	29
4 - O CONTROLE ABSTRATO.....	30
5 - INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL.....	31
5.1 - A ação declaratória de constitucionalidade e a lei municipal.....	37
5.2 - O controle por descumprimento de preceito fundamental.....	39

6 - O MUNICÍPIO E O CONTROLE DE SUAS LEIS E ATOS	
NORMATIVOS.....	44
6.1 - A lei municipal e o processo legislativo.....	45
6.2 - O controle de constitucionalidade das leis municipais.....	46
7 - CONSIDERAÇÕES	
FINAIS.....	48
8 - BIBLIOGRAFIA.....	51

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda questões concernentes ao controle de constitucionalidade das leis municipais. Tal estudo adquire importância ímpar no atual sistema constitucional brasileiro, pois representa um desenvolvimento do controle da constitucionalidade em nosso país.

Inicialmente, realizamos um estudo sobre o instituto do controle de constitucionalidade e as formas de inconstitucionalidade, como forma de situar o trabalho ao focar o tema principal, voltado ao prisma municipal.

No decorrer do trabalho, antes de abordar o estudo do controle de constitucionalidade das leis municipais, analisamos, de forma sucinta, o recurso extraordinário constitucionalmente previsto, sem adentrar, porém, na parte processual propriamente dita, pois nossa intenção é apenas de versar sobre o instituto, posicionando-nos sobre o que se considera pré-questionamento.

As ponderações iniciais sobre o assunto em questão dizem respeito ao questionamento acerca do controle de constitucionalidade das leis em relação ao princípio constitucional da legalidade.

Sabemos que, como preceitua a nossa Constituição Federal de 1988, só a lei pode impor ao indivíduo o fazer ou deixar de fazer alguma coisa (art. 5º, II). A partir dessa imposição constitucional, surge a dúvida em relação ao controle de constitucionalidade das leis. Será que ele fere o princípio da legalidade ao prejudicar a segurança jurídica do ordenamento, declarando as leis inconstitucionais e dando aos indivíduos a possibilidade de não cumprir qualquer lei que eles próprios considerem como inconstitucional?

O estudo indica como medida excepcional a declaração de inconstitucionalidade das leis, realizada por um órgão competente, respeitando o também princípio constitucional da motivação (CF, art. 93, IX).

Cumpre-nos também a tarefa de questionar se o fato de as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concreto, não dotadas de força vinculante, não seriam uma afronta a nós, cidadãos, na medida em que milhares de ações judiciais com o mesmo objeto cheguem ao conhecimento do STF para que ele declare, em cada caso, o entendimento já inúmeras vezes manifestado, dando ensejo à multiplicação de processos e o congestionamento do

Poder Judiciário, ou se a aprovação da súmula vinculante irá tolher o princípio da individualidade, visto que no caso concreto o mesmo objeto das ações pode, mesmo assim, diferir no resultado devido às circunstâncias próprias de cada processo?

Utilizamos como fonte de pesquisa e como fonte decisória primordial a pesquisa doutrinária, que pensamos ser a mais efetiva quanto ao tema por nós focado, visto que não há como recorrermos, por exemplo, à pesquisas de campo ou publicações científicas com o mesmo resultado, uma vez que tal assunto ainda divaga nas especulações doutrinárias, mesmo que positivado em lei, com diversas divergências autorais.

Por último, a questão primordial do nosso trabalho em relação à decisão do STF de que existe a possibilidade de ser impugnada lei estadual ou municipal frente à Constituição Estadual, ainda que os dispositivos paramétricos sejam repetições da Constituição Federal de observância obrigatória.

Versaremos sobre a inovação trazida com a Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, publicada no DOU de 06/12/1999, que possibilitou o controle concentrado de lei municipal ante a Constituição de República, com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, mesmo com as restrições impostas ao cabimento da ação.

2 - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 - Controle de Constitucionalidade e o princípio da supremacia constitucional

Todo problema da constitucionalidade envolve a questão da supremacia constitucional, cujo sentido se verifica num conjunto de valores a ser preservado, representando os princípios basilares do Estado.

Verificamos que o processo de alteração solene requerido pelas constituições rígidas, onde se enquadra nossa Constituição Federal de 1988, faz com que as demais normas encontrem-se em situação hierárquica inferior à Constituição, o que faz surgir a figura da *supremacia da Constituição*.

Segundo José Afonso da Silva, o princípio da supremacia da constituição “é uma conseqüência de sua própria rigidez, uma vez que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, conferindo validade e legitimando todos os poderes estatais, na medida em que os reconhece e na proporção em que os distribui.”¹.

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige ainda mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também caracteriza conduta inconstitucional.

A Constituição de 1988 reconhece, portanto, duas formas de inconstitucionalidades: a inconstitucionalidade por ação e a por omissão (art. 102, I, *a*, e III, *a*, *b*, e *c*, e art. 103, e seus §§ 1º a 3º).

O conjunto de normas que rege uma sociedade estatal se acha escalonado, sistematicamente, de tal forma que não possuem o mesmo valor.

Havendo uma hierarquia no sistema normativo, para ter validade dentro do sistema, precisa ser produzido em concordância com a norma superior, que representa seu fundamento de

¹ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ed. Malheiros, São Paulo, 2004, p.45.

validade, de modo que a norma inferior não pode contrariar a superior, sob pena de não ter validade face a tal ordem normativa.

A norma que propicia a unidade do sistema normativo é a Constituição, considerada, por isso, seu fundamento de validade.

A superioridade constitucional representa a mais eficaz garantia da liberdade da dignidade do indivíduo, obrigando a enquadrar todos os atos normativos nas normas nela previstas.

Para que se compreenda com clareza essa decorrência da rigidez constitucional é suficiente notar que, nos sistemas jurídicos de constituição flexível, a inexistência de diferenciação entre os procedimentos de elaboração das leis ordinárias e de modificação das normas constitucionais faz com que toda produção normativa jurídica tenha o mesmo *status* formal, ou seja, as leis novas derogam ou revogam todas as normas anteriores com elas incompatíveis, mesmo que estas sejam normas constitucionais.

Oswaldo Luiz Palu distingue as constituições rígidas das flexíveis na própria existência do controle de constitucionalidade, existente apenas nas constituições rígidas, a fim de “preservar a supremacia do texto constitucional”.²

Assim, em um sistema de constituição flexível – o da Inglaterra, por exemplo – descabe cogitar de impugnação de inconstitucionalidade, sendo o parlamento poder legislativo e constituinte ao mesmo tempo. As decisões do parlamento não podem ser de modo algum atacadas perante os tribunais; somente os atos praticados em decorrência de ato do parlamento é que podem ser examinados pelo Judiciário, a fim de se verificar se não excederam os poderes a ele conferidos.³

Uma das conseqüências importantes da rigidez constitucional é a de que, somente nos ordenamentos de constituição escrita rígida, é possível a realização do controle de constitucionalidade das leis da forma como o conhecemos e estudamos.

Decorrente da supremacia constitucional, ou seja, do fato de a Constituição ser a lei fundamental da ordem jurídica, orientadora da produção de todas as demais normas do sistema, chega-se à impossibilidade de as normas inferiores contrariarem a superior, que representa seu fundamento de validade.⁴

² Oswaldo Luiz Palu, *Controle de Constitucionalidade*, 2ª ed., ed. RT, São Paulo, 2001, p.65.

³ Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, *Controle de Constitucionalidade*, ed. Imperius, Rio de Janeiro, 2005, p. 02.

⁴ Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais*, p. 17.

Destarte, todas as demais normas infraconstitucionais devem ser compatíveis com o Texto Maior, sob pena de inconstitucionalidade e decorrente inadequação.

Assim, surge a noção de inconstitucionalidade, que resulta do conflito de um comportamento, de uma norma ou de um ato normativo com a Constituição, e isso em uma relação de caráter normativo e valorativo.⁵

Em determinado ordenamento jurídico, a norma que não busca sua validade na Constituição, seguindo um raciocínio puramente técnico, não existe face a tal ordem jurídica, de vez que produzida em desconformidade com a norma fundamental do sistema.

2.2- Do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos em consonância com a segurança jurídica do ordenamento

Define-se o controle de constitucionalidade dos atos normativos como o "ato de submeter-se à verificação de compatibilidade normas de um determinado ordenamento jurídico, inclusive advindas do Poder Constituinte derivado, com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente, retirando do sistema jurídico aquelas que com ele forem incompatíveis."⁶

O controle de constitucionalidade, para Nestor Sampaio Penteado Filho, define-se como a "verificação da compatibilidade vertical entre as normas infraconstitucionais e a Constituição."⁷

Controlar a constitucionalidade significa impedir a subsistência de normas discordes, contrárias e que venham a ferir a Constituição Federal.

Em relação à norma parâmetro ou paradigma que deverá prevalecer, ou seja, a Constituição, pode-se afirmar que é todo o seu conteúdo, formalmente considerado. Há sistemas em que apenas parte do modelo constitucional serve de paradigma ao controle de constitucionalidade, v.g., o caso da França. No Brasil, mesmo os princípios constitucionais

⁵ Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra, Ed. Coimbra, 1985, p. 274.

⁶ Oswaldo Luiz Palu, ob. cit., p. 65.

⁷ Nestor Sampaio Penteado Filho, *Manual de Direito Constitucional*, ed. Millennium, 2005, p.27.

implícitos permitem o controle da constitucionalidade, desde que bem entendido o que sejam a lacuna deliberada pelo Constituinte.⁸

O princípio da legalidade, basilar do Estado Democrático de Direito, subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei em busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Daí a importância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também sua função de regulamentação fundamental, de maior realce na vida política. É por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia à sociedade um direcionamento na realização de seus interesses.

Em um Estado Democrático de Direito, é imprescindível que todos saibam que devem cumprir as leis e que elas serão igualmente cumpridas pelos demais, sob pena de inviabilizar-se qualquer pretensão de estabilidade e paz social. Por esse motivo, é típico desses Estados o princípio da **presunção de legitimidade das leis**, segundo o qual toda norma jurídica presume-se legítima (ou constitucional) enquanto não se prove, efetivamente, a existência de um vício de inconstitucionalidade. Tal princípio funda-se exatamente na necessidade de manutenção da segurança jurídica, pois esta ficaria seriamente perturbada se os indivíduos pudessem deixar de cumprir as leis toda vez que, em sua opinião, estivessem em conflito com as normas constitucionais.

Compreendemos melhor essa assertiva ao constatarmos que o Estado no qual todas as funções (poderes) estejam concentradas nas mãos de um déspota, não existe qualquer possibilidade de que um provimento deste venha a ser declarado ilegítimo, contrário ao direito. Simplesmente, não existiria nenhum órgão com poder para realizar tal verificação.

Em um Estado Democrático de Direito como o nosso, a lei desempenha função singular, visto que só ela pode impor ao indivíduo o fazer ou deixar de fazer alguma coisa (CF, art. 5º, II). Mediante a lei o Estado realiza intervenções que implicam diretamente uma alteração na situação da comunidade. A Constituição é a responsável por legitimar o próprio Estado, já que sua supremacia vincula todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional.

⁸ Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 1, p. 358.

Nessa esteira, desenvolveram-se os princípios democrático e republicano, que, entre outras características, outorgam ao povo o poder de criar as regras jurídicas do Estado. Da conjugação desses dois postulados, temos que todo o poder do Estado emana do próprio povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes eleitos (CF, art. 1º, parágrafo único). Idealmente, portanto, é certo afirmar que no Estado Democrático e Republicano, como o nosso, o povo tem exatamente as leis que deseja, pois são elaboradas em seu nome, pelos seus representantes, para tantos eleitos.

O reconhecimento da inconstitucionalidade das leis é medida excepcional, que somente poderá ser proclamada por um órgão que disponha de competência constitucional para analisar e decidir se houve ou não ofensa à Constituição, e ainda assim, na vigência da atual Carta Magna, com a devida motivação (CF, art. 93, IX). Ademais, como corolário da excepcionalidade da declaração de nulidade da lei, ela deve ser proferida, pelo órgão competente, somente em última hipótese, ou seja, sempre que se puder conferir a uma norma impugnada uma interpretação que a compatibilize com o texto constitucional deve o órgão de controle da constitucionalidade determinar a adoção dessa interpretação, mantendo a norma no mundo jurídico. (princípio da interpretação conforme a constituição).

2.3 – Espécies de inconstitucionalidade

Adotaremos aqui um conceito restrito de inconstitucionalidade, dele excluindo os comportamentos e atos de particulares que contrariem a Constituição. Na doutrina de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, a inconstitucionalidade é definida como “qualquer manifestação do Poder Público (ou de quem exerça, por delegação, atribuições públicas), comissiva ou omissiva, em desrespeito à Carta da República.”⁹

Sendo a Constituição o fundamento de validade de toda e qualquer manifestação dos órgãos constituídos do Estado, o desrespeito aos seus termos implica nulidade do ato ou conduta destoantes de seus comandos. Nenhum comportamento estatal poderá afrontar os princípios e regras da Constituição, estejam esses expressos ou implícitos em seu texto.

⁹ Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, obra citada, p. 13.

O objeto sobre o qual incide o controle é relevante, ou seja: se o comportamento é positivo ou há a negativa de atuar.

Ocorre a inconstitucionalidade por ação quando o desrespeito à Constituição resulta de uma atuação comissiva, positiva, praticada por algum órgão estatal. É o caso, por *e.g.*, da elaboração pelo legislador ordinário de uma lei em desacordo com a Constituição.

Essa inconstitucionalidade positiva, por sua vez, poderá ser de natureza material ou formal.

A inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo da lei contraria a Constituição. O processo legislativo (procedimento constitucionalmente exigido para a elaboração da lei) pode ter sido fielmente obedecido, mas a matéria tratada é incompatível com a Carta Política.

A inconstitucionalidade formal ocorre quando há um desrespeito à Constituição no tocante ao processo de elaboração da norma, quando alguma formalidade exigida pela Constituição foi desobedecida.

Temos a inconstitucionalidade por omissão quando a afronta à Constituição resulta de uma omissão do legislador, em face de um preceito constitucional que determine seja elaborada norma regulando o nele disposto.

2.4 – Sistemas e formas de controle de constitucionalidade

Consideramos de grande utilidade ao nosso trabalho tecer algumas considerações sobre o controle de constitucionalidade antes de abordarmos propriamente as leis municipais, objeto principal de nosso estudo.

O controle da constitucionalidade diz-se *político*, quando for exercitado por órgão de natureza política, podendo ser do próprio Legislativo “ou um *órgão especial*, como o *Presidium* do Soviete Supremo da ex-União Soviética... e o *Conseil Constitutionne* da Constituição francesa de 1958...”¹⁰.

¹⁰ José Afonso da Silva, obra citada, p.51.

O *sistema jurisdicional* ou judicial, como o próprio nome está a indicar, revela o controle efetuado por órgãos integrantes do Poder Judiciário, especificamente criados para tal mister e vinculados a critérios técnicos. Existe ainda um sistema *misto*, no qual certas espécies normativas são submetidas a controle político e outras, a controle jurisdicional.

No que tange às formas (alguns autores indicam como tempo) do controle de constitucionalidade, podemos distinguir dois tipos, assumindo a forma de controle preventivo ou repressivo.

O *controle preventivo*, segundo Nestor Sampaio Penteado Filho, “visa impedir o surgimento no mundo jurídico de normas que, em seu próprio projeto, já demonstram desconformidade com a CF/88 de sorte que atua antes (*a priori*) do ingresso de tais normas no ordenamento jurídico, sendo realizados pelo Poder Legislativo, por intermédio de suas Comissões Permanentes (Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, por exemplo) no projeto de lei, ou, ainda, pelo Poder Executivo, por meio do veto jurídico, nas hipóteses de inconstitucionalidade (art. 66, §1º, *ab initio*).”¹¹.

O *controle repressivo*, realizado sobre lei ou ato normativo perfeito e acabado, é feito por meio do Poder Judiciário.

A doutrina majoritária aponta dois critérios para o exercício do controle repressivo (judicial), também denominados *Sistemas de Controle*, o *difuso* e o *concentrado*.

O sistema *concentrado* ocorre quando um único órgão ou poucos órgãos têm competência constitucional para tanto (v.g. tribunais constitucionais).

O controle *difuso* é aquele em que a arguição de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo dentro de um processo judicial comum é atribuída a qualquer juiz ou tribunal, no que a decisão judicial só gerará efeitos entre as partes da relação processual (*inter partes*), sendo proferido *incidenter tantum*, ou seja, pressuposto para a procedência ou improcedência da ação.

O interessado que pleiteia a decisão acerca da inconstitucionalidade não precisa necessariamente figurar no pólo passivo da demanda, podendo ser o próprio autor da ação.

Daí a denominação de *via de exceção*, ou *incidental*, pois excepciona o interessado do cumprimento da norma em face de toda a sociedade. Em outras palavras, pode ser definido como o controle inserido em processo entre partes (daí a denominação de *concreta* por alguns autores) onde a questão da constitucionalidade é prejudicial, matéria de que depende a decisão final da

¹¹ Nestor Sampaio Penteado Filho, obra citada, p.29.

lide a partir de violações subjetivas levadas ao órgão judiciário. A apreciação da constitucionalidade, portanto, não é o objeto principal do pedido, mas um incidente do processo.

Pela via *principal*, o controle advém da ação de órgãos públicos ou privados legitimados (controle *concentrado*), indiferentes à existência ou não de lide (por isso é também denominada de *abstrata*), em que a declaração da inconstitucionalidade é o único fim objetivado.

Existem ainda alguns autores que reconhecem a existência de um sistema *misto*, quando se prevê a existência de um controle difuso e de um concentrado, paralelamente.

Note-se que no sistema difuso as instâncias colegiadas, normalmente, somente podem declarar a inconstitucionalidade por seus órgãos plenos ou especiais, devendo os órgãos fracionários (turmas ou câmaras) remeter os autos àqueles sempre que entendam fundamentada a argüição de inconstitucionalidade. Por esse sistema, qualquer órgão do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, poderá realizar o controle de constitucionalidade das leis.

É interessante notar que, no Brasil, o controle difuso é concreto (diz respeito a casos concretos, em que uma das partes visa à tutela de direitos ou interesses subjetivos); no controle difuso, não se impugna uma lei em abstrato, em tese.

Entretanto, em nosso País, nem sempre o controle concentrado é abstrato. Isso assim é porque existem hipóteses em que a competência para realizar o controle de constitucionalidade está concentrada no órgão de cúpula do Poder Judiciário (controle concentrado), mas a ação a ele apresentada trata de um caso concreto, sendo a questão constitucional discutida incidentalmente. É exemplo dessa situação a competência exclusiva outorgada ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, o *habeas corpus*, o *habeas data* e o mandado de segurança nas hipóteses previstas no art. 102, I, *d*, da Constituição Federal de 1988. Nas hipóteses descritas nesse dispositivo constitucional, o controle é concentrado (a competência para apreciar a constitucionalidade das leis nessas ações é exclusiva do Supremo Tribunal Federal). Porém, o controle de constitucionalidade é realizado em concreto (essas ações – *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança – não se prestam para a impugnação, em tese, em abstrato, de lei ou ato normativo; somente poderão ser ajuizadas diante de ofensa a direito subjetivo, *in concreto*).

Em suma, não obstante ser comum a utilização das expressões “controle concentrado” e “controle abstrato” como sinônimas, a verdade é que, a rigor, nem sempre elas coincidem, existindo, como acima visto, situações em que o controle é concentrado, porque efetuado

exclusivamente pelo órgão de cúpula do Judiciário, porém concreto, envolvendo direito ou interesse subjetivo, e não discussão, em tese, de lei ou ato normativo.

2.5 - Controle de constitucionalidade no Brasil

O modelo de controle de constitucionalidade no Brasil apresenta características que o singularizam. Nele se conjugam os modelos difuso, oriundo do direito americano, possibilitando a todos os órgãos do Poder Judiciário a realização do controle incidental da constitucionalidade de leis e atos normativos, e concentrado, proveniente dos países europeus continentais, em que o órgão de cúpula do Poder Judiciário realiza o controle abstrato da constitucionalidade de normas jurídicas.

Deve-se destacar, ainda, que, no Brasil, a fiscalização da constitucionalidade alcança não só as leis em sentido estrito, mas também os atos administrativos em geral. Com efeito, o controle de constitucionalidade exercido perante o Poder Judiciário não tem por objeto, exclusivamente, as leis formais, elaboradas segundo o processo legislativo. Atos administrativos em geral, adotados pelo Poder Público, também podem ter a sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Poder Judiciário, tanto na via concreta, quanto na via abstrata. Resoluções dos tribunais do Judiciário, decretos e portarias do Executivo, ou outros atos não formalmente legislativos podem, dependendo de seu conteúdo, ser impugnados em ação direta de inconstitucionalidade, ou atacados em ações próprias, na via difusa.

O Brasil inicialmente adotou o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade (controle judicial difuso), evoluindo aos poucos para um sistema misto e peculiar, que combina o modelo difuso, por via incidental, com o critério concentrado, por via de ação direta.

No nosso ordenamento, o controle de constitucionalidade é predominantemente realizado pelo Poder Judiciário. No entanto, a fiscalização das leis também é realizada pelos demais Poderes da República (Executivo e Legislativo) que, em situações especiais, dispõem do poder fiscalizador da validade das leis.

Optaram os constituintes por atribuir ao STF o papel de guardião precípua da Constituição (art. 102, *caput*, da Constituição do Brasil de 1988).

Adotou-se o sistema judicial, parâmetro norte-americano para o controle de constitucionalidade das leis, eis que qualquer juiz, de qualquer instância, pode declarar a eiva da inconstitucionalidade; mas também é possível uma ação direta, abstrata, diretamente ao Supremo Tribunal Federal, para o mesmo fim.

3 - CONTROLE DIFUSO

O controle de constitucionalidade difuso tem sua origem nos Estados Unidos da América (EUA) – sendo, por esse motivo, conhecido como sistema americano de controle – e baseia-se no reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo por qualquer componente do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, em face de um caso concreto submetido a sua apreciação.

Em outras palavras, na discussão de uma relação jurídica qualquer, submetida à apreciação do Poder Judiciário, suscita-se a dúvida sobre a constitucionalidade de um ato normativo relacionado com a lide. Surge, então, a necessidade de o Poder Judiciário examinar a constitucionalidade para proferir sua decisão no processo. Ao apreciar a questão constitucional como antecedente necessário e indispensável ao julgamento de mérito do caso em exame, o juiz ou tribunal estará realizando o denominado controle difuso.

É fácil notar, como já afirmamos anteriormente, que, no controle difuso, o autor procura a tutela do Poder Judicial preocupado inicialmente com seu direito subjetivo e não com a constitucionalidade suscitada.

Exatamente por surgir no curso de um processo comum, o controle de constitucionalidade difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário. Qualquer órgão jurisdicional, juiz ou tribunal, poderá examinar a constitucionalidade da lei e, portanto, declará-la inconstitucional, com o fito de afastar a sua aplicação ao caso concreto por ele apreciado. Os juízes de primeiro grau, os diversos tribunais (TJ, TRF, STJ, TST, TSE, STF etc.), todos têm aptidão para decidir, no âmbito de sua competência, sobre a constitucionalidade das leis no controle difuso.

No caso específico dos tribunais, como nos ensina Alexandre Freitas Câmara, existe a figura do incidente de inconstitucionalidade, regulado pelos artigos 480/482 do Código de Processo Civil, e definido pelo autor como existente “toda vez que, num processo que esteja a tramitar perante um tribunal, se questione a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, afirmando-se ser tal norma incompatível com a Constituição da República (...) Tal argüição poderá ser feita tanto nos recursos que cheguem ao tribunal, como nos processos de sua

competência originária ou, ainda, naqueles que ali cheguem por força do duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 475 do CPC).”¹².

Verifique-se que o CPC não se preocupou em regular o procedimento do controle difuso perante os juízos de primeira instância, visto que ali a questão constitucional será tratada como uma prejudicial qualquer. Não havia, pois, a necessidade de edição de normas específicas acerca de tal incidente. Tampouco se regulou o procedimento do controle difuso perante o tribunal pleno, uma vez que nesta hipótese, bastará observar as regras quanto ao *quorum* exigido pelo art. 97 da Constituição da República, para que se possa conhecer da questão constitucional.

Os tribunais, porém, só poderão declarar a inconstitucionalidade das leis se obedeceram à denominada “reserva de plenário”, isto é, somente pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou pela maioria absoluta dos membros do respectivo órgão especial (CF, art. 97).

Essa exigência de maioria absoluta visa garantir maior segurança ao ordenamento jurídico, realçando o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Com efeito, ao impor necessidade de maioria absoluta para que os tribunais possam declarar a inconstitucionalidade, o constituinte reforçou sobremaneira a presunção de constitucionalidade das leis, pois sempre que não se lograr atingir esse *quorum*, a norma será tida por constitucional.

Evidentemente, as decisões sobre a constitucionalidade proferidas pelos órgãos inferiores do Poder Judiciário não são, em princípio, definitivas, podendo a controvérsia ser levada, em última instância, ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, mediante a interposição de recurso extraordinário (CF, art. 102, III), desde que, evidentemente, sejam cumpridos os pressupostos processuais para o cabimento desse recurso.

3.1 - Recurso extraordinário

O Recurso Extraordinário, tal como previsto no art. 102, inciso III, da Constituição Federal de 1988, teve sua origem nos Estados Unidos da América do Norte, criado pelo

¹² *Lições de Direito Processual Civil, 10ª ed., 2005, p.40.*

“Judiciary Act”, de 1789, permitindo a revisão das decisões dos Tribunais Superiores dos Estados.

Ele representa o meio idôneo para a parte interessada no âmbito do controle difuso da constitucionalidade, levar ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsia constitucional concreta, suscitada nos juízos inferiores. Sua função é, pois, de assegurar, de modo uniforme, a aplicação da Constituição Federal em todo o território nacional.

Daí poder-se afirmar que ele é o principal instrumento do Supremo Tribunal Federal, em sua qualidade de Corte Suprema, para desempenhar a tarefa de tutelar a autoridade e a uniformidade de aplicação da Constituição, tarefa essa também de cunho político.

Deve-se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal não tem só essa função constitucional. Tutela também as liberdades individuais e, ainda, possui competência de instância ordinária, civil e criminal, para julgar determinadas matérias e autoridades.

É com o recurso extraordinário que o Supremo Tribunal Federal cumpre a tarefa, intransferível, de defesa da Constituição, desde os primórdios da República, impedindo eventuais ofensas dos órgãos do Poder Judiciário, cuja autoridade não pode colocá-la em risco.

A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 102, III, prevê que:

“compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
a) **contrariar dispositivo desta Constituição;**
b) **declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;**
c) **julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta constituição”**

Observa-se que, conforme autorizado pela alínea "a", acima transcrita, será cabível a interposição do recurso extraordinário quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal.

Deve-se notar que a Constituição Federal não exige que a decisão recorrida tenha sido proferida por algum tribunal, o que torna cabível o recurso extraordinário das decisões de juiz singular, nas hipóteses em que não existir recurso ordinário, e dos Juizados Especiais Criminais e Cíveis.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe duas importantes inovações em relação ao cabimento do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

Primeiro, ampliou as hipóteses de seu cabimento, passando a dispor que o recurso será cabível, também, quando a decisão recorrida tiver julgado válida lei local contestada em face de

lei federal (CF, art. 102, III, “d”). Tal competência, até então, era do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em sede de recurso especial.

Tal alteração teve implicação fundamental no âmbito específico do nosso trabalho, uma vez que se passou a reconhecer que o conflito entre lei local e lei federal implica controvérsia **constitucional**, não meramente legal, como até então defluía do texto constitucional, uma vez que a discussão sobre a matéria era remetida ao Superior Tribunal de Justiça, por meio de recurso especial. Entendemos que andou bem o legislador constituinte derivado, ao operar essa alteração de competência, pois, se há conflito entre a lei local – estadual, distrital ou **municipal** – e a lei federal, a controvérsia é, em essência, de natureza constitucional, por envolver partilha e exercício de competências entre os entes federativos.

Entretanto, a competência repassada ao Supremo Tribunal Federal concerne ao exame de controvérsia, em recurso extraordinário, tão-somente quando a decisão recorrida julgar válida **lei** local (ato legislativo propriamente dito, em sentido estrito) contestada em face de lei federal. Se o conflito for de **ato** (atos administrativos em geral) de governo local em face de lei federal, a competência permanece com o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial (CF, art. 105, III, “b”).

Segundo, passou a exigir que o recorrente demonstre a **repercussão geral** das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Supremo Tribunal Federal examine a admissão do recurso extraordinário (CF, art. 102, § 3º).

Pense-se, por exemplo, em um recurso extraordinário em que se discuta a constitucionalidade da lei que instituiu certo tributo federal. É fácil imaginar que, reconhecida tal inconstitucionalidade pelo STF, haverá uma enxurrada de demandas, em todo o país, ajuizadas por contribuintes que também queiram se livrar da incidência tributária. É, pois, este um caso em que o recurso extraordinário versa sobre questão de repercussão geral. Como outro exemplo podemos imaginar um mandado de segurança em que se pleiteie a cassação de uma decisão judicial sob o fundamento de que a mesma não teria sido motivada pelo órgão *a quo*. Certamente esta é uma hipótese em que a questão constitucional enfrentada no recurso extraordinário não tem repercussão geral, produzindo efeitos apenas no caso concreto. Em um caso assim, não deve ser admitido o recurso extraordinário.

A demonstração da **repercussão geral** das questões discutidas no caso passou a ser pressuposto constitucional de admissibilidade do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal

Federal. Em caso negativo – não demonstração de repercussão geral das questões discutidas no caso pelo recorrente –, o Supremo Tribunal Federal poderá recusar o recurso extraordinário, desde que pela manifestação de dois terços de seus membros.

Esse expediente – possibilidade - de recusa do recurso extraordinário pelo STF em razão da ausência de repercussão geral das questões discutidas no caso – foi o meio encontrado pelo legislador constituinte derivado para evitar que controvérsias concretas insignificantes, de absoluta irrelevância jurídica, sejam submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

A criação desse requisito também é, a nosso juízo, elogiável, já que faz com que o Supremo Tribunal Federal, Corte Suprema do país, só se debruce sobre causas realmente relevantes para a Nação.

Registre-se, porém, que a exigência de repercussão geral da questão constitucional não é, a rigor, instituto inteiramente novo no ordenamento brasileiro. Ao tempo do regime constitucional anterior a 1988 exigia-se, como requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário, a procedência da *arguição de relevância da questão federal*¹³.

A atual Constituição alterou o disposto na Lei Fundamental anterior quando, instruindo o recurso extraordinário, suprimiu que as causas decididas em única ou última instância deveriam advir de outros tribunais, parecendo admitir o cabimento mesmo nas decisões originárias do próprio STF, o que seria absurdo considerar que o Supremo poderia ter duas opiniões diferentes. Porém, os membros que compõem o órgão máximo do Poder Judiciário podem, através de processos de desenvolvimento jurídico e social, alterar seu convencimento e, além disso, podem ser substituídos, o que antes parecia absurdo passa a ser admissível, em tese. Porém teríamos também de alterar o conceito de coisa julgada.

Para o cabimento do recurso extraordinário exige-se, ainda, o chamado pré-questionamento da matéria suscitada pelo recorrente, ou seja, que ela tenha sido discutida na causa e ventilada na decisão recorrida.

O STF já sumulou por duas vezes nesse sentido:

1. "Súmula 282 – É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."
2. "Súmula 356 – o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do pré-questionamento."

¹³ Alexandre Freitas Câmara, obra citada, p.134.

Tem esse sentido a lição de Ulderico Pires dos Santos: “O recurso extraordinário para ter cabimento exige que a matéria sobre a qual ele versa tenha sido discutida e julgada perante as instâncias ordinárias; mister se faz que ela haja sido discutida e julgada pelos juízes de primeiro e segundo graus. Se não foi objeto da lide, isto é, se não foi oportunamente contestada nas instâncias ordinárias com base na lei federal, não há como cogitar de negativa de sua vigência, vez que não foi sequer discutida nos debates que se travaram na Justiça local”.¹⁴

O pré-questionamento representa mais uma restrição para a admissão do recurso, em que pesem seus estreitos limites determinados constitucionalmente no inciso III do art. 102 e de opiniões de que, sob a nova ordem jurídica criada a partir da nova Constituição, ele não tivesse cabimento relativamente ao recurso extraordinário. Deve-se observar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem tratado o pré-questionamento de forma diferente: em diversas oportunidades foi extremamente rigoroso, exigindo “que o acórdão recorrido faça menção, de forma expressa, ao dispositivo de lei constitucional ou ordinária que se aponte como violado” (2ª Turma, RE 114.007.1 – Edecl.SP, Rel. Min. Carlos Madeira) e ainda que “a simples referência, no relatório (do acórdão), não constitui pré-questionamento do dispositivo, se não foi apreciado pela Corte *a quo*” (RE 103.052-6-SP-PB, Rel. Min. Néri da Silveira).

Este requisito de admissibilidade decorre do próprio texto constitucional, que admite o recurso extraordinário apenas contra “causas decididas”. Assim sendo, é preciso que a matéria objeto do recurso haja sido suscitada e decidida pelo órgão *a quo*, para que possa ser apreciada no recurso excepcional.

O pré-questionamento só é dispensado nos casos em que seria impossível (assim, por exemplo, vícios contidos no próprio julgamento recorrido.).

Do exposto, pode-se sentir a finalidade do recurso extraordinário: tutelar a Constituição Federal, reservando ao STF, no controle difuso da constitucionalidade, a palavra final nas questões em que a mesma figure como objeto.

¹⁴ *Teoria e Prática do Recurso Extraordinário Cível*. Rio de Janeiro, Forense, 1977, pp. 21-22.

3.2 - Efeitos da decisão

No controle difuso, a decisão proferida pelo Poder Judiciário só alcança as partes do processo (eficácia *inter partes*) e, em regra, produz efeitos retroativos (*ex tunc*).

Significa, portanto, que a pronúncia de inconstitucionalidade não retira a lei do ordenamento jurídico. A decisão só terá efeito para as partes integrantes do processo judicial em que foi prolatada.

Embora a regra seja a pronúncia da inconstitucionalidade no controle difuso ter eficácia retroativa, pode o Supremo Tribunal Federal, em situações excepcionais, tendo em vista razões de segurança jurídica, outorgar efeitos meramente prospectivos (*ex nunc*) à sua decisão, ou mesmo fixar um outro momento para o início da eficácia de sua decisão, reconhecendo a denominada inconstitucionalidade *pro futuro*.

4 - O CONTROLE ABSTRATO

O controle abstrato, introduzido no Direito brasileiro pela Emenda nº 16, de 1965, tem como única finalidade a defesa do ordenamento constitucional contra as leis com ele incompatíveis.

Diferentemente do controle difuso, de origem norte-americana, que se limita, em um caso concreto, a subtrair alguém aos efeitos de uma lei, o controle abstrato é efetivado *em tese*, sem vinculação a uma situação concreta, com o objetivo de expelir do sistema a lei ou ato normativo inconstitucionais.

Assim, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade é feita em tese, o que se busca não é a garantia de direitos subjetivos, liberando alguém do cumprimento de uma lei inconstitucional, mas sim extirpar do sistema jurídico a lei ou ato inconstitucional.

Nesse modelo de controle, para a instauração do processo é, em regra, dispensável a demonstração de um interesse jurídico específico para agir, pois se visa uma só finalidade: a tutela da ordem constitucional, sem atenção a quaisquer situações jurídicas de caráter individual ou concreto.

No controle abstrato, o direito de propositura, diferentemente do modelo incidental, é limitado aos órgãos ou entidades constitucionalmente legitimados (CF, art. 103, incisos I a IX).

O controle judicial abstrato em nosso sistema jurídico poderá ser realizado por meio de uma das seguintes ações:

1. ação direta de inconstitucionalidade (ADI);
2. ação direta de inconstitucionalidade por omissão;
3. ação declaratória de constitucionalidade (ADECON);
4. arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Além dessas quatro ações, que compõem o nosso sistema de controle abstrato jurisdicional de constitucionalidade, deve-se mencionar uma quinta ação judicial, a representação interventiva (denominada por alguns autores ação direta de inconstitucionalidade interventiva). A representação interventiva – tanto a federal como a estadual – integra o controle de constitucionalidade, pois visa restaurar a integridade do ordenamento constitucional, em face de atos a ele deletérios.

5 - INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL

Quando se considera a possibilidade da existência de leis inconstitucionais e de um controle da constitucionalidade, imediatamente admite-se uma hierarquia normativa, isto é, a sociedade estatal se acha submetida a um conjunto de normas que não possuem todas o mesmo valor, dispostas de forma sistematicamente escalonada no ordenamento no ordenamento jurídico.

A constituição de um Estado é sua norma suprema, sua norma fundamental, e é nela que se deve buscar o fundamento de validade de todas as normas existentes no ordenamento jurídico.

O controle da constitucionalidade no Brasil é exercido pelo Poder Judiciário, que fiscaliza a validade das leis ou atos normativos frente à Lei Maior, através do “método difuso” e do “método concentrado”¹⁵.

Sabe-se que a Federação é um tipo de Estado descentralizado politicamente, cuja competência dos entes jurídicos parciais que o formam decorre de previsão constitucional.

Ressalte-se que a dita ordem só estará assegurada por uma Constituição do tipo rígida, para que não venha, a qualquer momento, ser subvertida por norma elaborada pelo processo legislativo ordinário.

Nosso sistema constitucional destaca, também, como pessoa jurídica de direito público interno, o Município, o qual, considerado como pertencente ao regime federativo brasileiro, é dotado de competência relativa apenas aos assuntos de interesse local, o que nos leva a uma tríplice repartição de competências entre ordens distintas: a federal, a estadual e a municipal.

O Estado-membro da Federação rege-se por uma Constituição que provém de um poder distinto dos poderes estaduais constituídos – Legislativo, Executivo e Judiciário – e, também, diferente do Poder Constituinte Ordinário; atua nas competências próprias da autonomia estadual determinadas pela Constituição Federal, circunscrevendo-se aos seus limites territoriais.

As Constituições dos Estados-membros, assim como a Constituição Federal, são dotadas de supremacia, em decorrência da rigidez constitucional, havendo hierarquia entre suas normas e o ordenamento jurídico conseqüente, de modo que as normas inferiores devem ser com

¹⁵ Piero Calamandrei, *La Illegittimità Costituzionale delle Leggi*.

elas compatíveis, sob pena de invalidade se se configurar um conflito entre as normas inferiores e a norma máxima do sistema estadual.

Estabelecido conflito entre duas normas do mesmo nível, resolve-se pela aplicação da mais nova. Porém, quando entre normas de níveis diferentes, deve prevalecer a de maior valor ou importância.

A Constituição do Estado-membro nada mais é do que um subsistema, dispendo o art. 25 da Constituição Federal que “os Estados organizam-se e regem-se pela Constituição e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

Em decorrência da rigidez constitucional, as Constituições dos Estados-membros são, também, dotadas de supremacia, havendo hierarquia entre elas e o ordenamento jurídico infraconstitucional, de maneira que as normas inferiores devem com ela ser compatíveis, sob pena de inviabilidade quando ocorrer discordância entre as normas inferiores e a norma máxima do sistema estadual, sua Constituição.

Assim, é da competência do constituinte estadual a criação de mecanismos de defesa de sua Constituição, o que vem integrar o princípio da autonomia federativa.

A capacidade do Município para elaborar sua própria Lei Orgânica foi conquista das mais nobres, vez que, ao lado de suas próprias competências previstas no art. 30, cabe também a ele elaborar sua Lei Maior, que nada mais é do que a Constituição Municipal.

Portanto, o Município brasileiro é uma entidade política autônoma, ao mesmo tempo em que é unidade territorial do Estado-membro, o que decorre do já citado art. 29, quando diz que o Município, na elaboração de sua Lei Orgânica, deve atender aos princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Estadual.

Percebe-se que o Constituinte Federal reconhece serem os Municípios entidades criadas dentro dos Estados-membros da federação e sujeitas às suas normas, observados, no entanto, os limites da Lei Magna Federal e da Lei Maior do Estado Membro. Isso ainda quando, no art. 35, dispõe sobre a intervenção do Estado-membro nos Municípios e, principalmente, quando confere aos Estados competência para a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais frente à Constituição Estadual.

Parece evidente a relação de hierarquia entre a Constituição do Estado-membro e a lei municipal; não se pode ignorar, porém, que 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 tem seu campo de autonomia próprio. Mas, desde que tal hierarquia exista, cabe ao Estado-membro zelar pela supremacia da Lei Maior.

Como foi analisado anteriormente, o Direito brasileiro adota, no afã de zelar pelo cumprimento da Constituição, o controle da constitucionalidade realizado jurisdicionalmente pela via de exceção, pela via de ação e pela ação declaratória de constitucionalidade.

Na via de defesa ou exceção, a alegação de inconstitucionalidade é fundamento de defesa, visando a não-aplicação da norma em conflito com a Constituição, resultando no método difuso quando se defere a qualquer juiz ou tribunal a análise da incompatibilidade do ato normativo ou lei com a de grau superior, ou seja, a Constituição.

Na via de ação direta, a declaração de inconstitucionalidade é o objeto da ação quando a lei ou ato é analisado em tese, desvinculado de qualquer lesão de direito individual e quando o controle se faz pelo método concentrado, outorgando-se a um único órgão judiciante a análise de constitucionalidade, provocada por quem a Constituição determinar como titular da ação.

Pela ação declaratória de constitucionalidade, o que se busca é a certeza da regularidade constitucional de uma lei ou ato normativo federal, cuja decisão definitiva de mérito do Supremo Tribunal Federal nela proferida produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

No que diz respeito ao método difuso, próprio da via de defesa ou exceção, devemos distinguir a hipótese de arguição de inconstitucionalidade face à Constituição Federal e à Constituição do Estado Membro.

Quando a lei municipal afronta a Constituição Federal, impugnada na via de defesa ou exceção, as decisões dos Tribunais inferiores poderão ser revistas pelo Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso extraordinário, atendendo ao disposto no art. 102, III, da Constituição Federal de 1988, quando dispõe que cabe ao Supremo Tribunal Federal:

“julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta constituição;**
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;**
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”.**

Diversa, porém, é a hipótese de violação da Constituição do Estado-membro por lei ou ato normativo municipal, quando as decisões dos órgãos judiciais inferiores serão apreciadas apenas pelo Tribunal de Justiça dos Estados.

No que diz respeito ao método concentrado, próprio da via de ação direta, quando a constitucionalidade é analisada em tese, dissociada de um caso concreto, deve-se distinguir a hipótese de argüição de inconstitucionalidade face à Constituição Federal, da hipótese de argüição frente à Constituição do Estado-membro.

A nova Lei Fundamental brasileira, quando trata “Dos Tribunais e Juizes dos Estados”, determina em seu art. 125, §2º, que “Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

Essa disposição afirma ser da competência do constituinte estadual a criação de mecanismo de defesa da Constituição dele emanada, sendo assunto de inteira competência estadual que vem integrar o princípio da autonomia federativa.

Ao criar, porém, o mecanismo de defesa de sua Constituição, o Estado-membro não poderá ofender os princípios consagrados na Constituição Federal, podendo atuar só dentro da esfera de autonomia que lhe foi conferida pela Lei Magna.

O controle da constitucionalidade das leis estaduais e municipais frente à Constituição Estadual representa o modo mais característico de asseguramento da autonomia estadual. Sendo a criação de uma Constituição forma de exercício dessa autonomia, o mecanismo de controle do respeito à sua Lei Fundamental é, também, afirmação desta.

Cria-se, assim, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade em tese, por via de ação direta, da lei estadual e municipal frente à Constituição Estadual.

Ressalte-se que, no caso ora analisado, a declaração de inconstitucionalidade em tese da lei municipal advém de um conflito estabelecido entre a lei municipal e a Constituição do Estado-membro, o que possibilita aplicar também aqui o raciocínio já desenvolvido de que não cabe 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.

A inconstitucionalidade, por sua vez, é decorrente da hierarquia normativa, que, colocando a Constituição como lei suprema em um sistema constitucional rígido, exige que haja

compatibilidade entre as normas inferiores e superiores, de tal modo que as inferiores, buscando seu fundamento de validade nas superiores, não possam estar com elas em conflito.

Reconhecendo a hierarquia do sistema constitucional brasileiro, Manoel Gonçalves Ferreira Filho defendia, sob o império da Constituição de 1969, que o fato de a Lei Maior referir-se a atos normativos ou leis federais e estaduais não significa que só estes é que estão aptos a ser impugnados em ação direta de inconstitucionalidade. Para o autor, “de modo algum, essa norma pode ser interpretada como excluindo a possibilidade de ação direta contra ato legislativo municipal em tese perante Tribunal Estadual. Reitere-se, dispõe tão-somente que esse caso não pertence aos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que só é competente para as questões mais relevantes e nesse rol não estão levantadas pela legislação municipal”¹⁶.

Como já foi dito, quando o confronto reside entre uma norma municipal e a Constituição Estadual, a decisão do Tribunal de Justiça é definitiva, isso em relação ao método difuso e ao método concentrado.

Todavia, na hipótese ocorrida entre dispositivo normativo municipal e a Lei Maior do Estado-membro a que pertença, que venha a repetir a Constituição Federal, pode-se considerar a questão de modo diverso.

No sistema difuso, próprio da via de defesa, havendo a repetição e o pré-questionamento, ou seja, quando a questão tenha sido ventilada na decisão recorrida, pode caber recurso extraordinário ao STF, já que a argüição está vinculada a um caso concreto, em que pesem opiniões, como a de José Guilherme Villela, de que, no caso em que “as leis estaduais, como *jus receptum*, consagram normas idênticas às federais, não perdem por isso caráter de leis imunes à revisão extraordinária, embora existam julgados dissonantes desse entendimento”¹⁷.

Porém, não se pode estender tal entendimento, pura e simplesmente, para os casos de argüição ampla, desvinculada de um caso concreto, em via de ação, quando o conflito reside entre lei municipal e disposição constitucional estadual, que venha repetir o dispositivo na Constituição Federal.

A Constituição de 1988 reconhece que o descumprimento de suas normas pode se dar ativamente, quando os órgãos do Poder atuam em desconformidade com as normas e princípios constitucionais.

¹⁶ *Constitucionalidade do art. 51 da Constituição do Estado de São Paulo*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 16, pp. 399-400, jun. 1980.

¹⁷ Recurso Extraordinário. *Revista de Informação Legislativa*, n. 240, jan/mar. 1986.

Quando os órgãos permanecem inertes e, dessa forma, não praticam o ato exigido pela Constituição ocorre também um descumprimento, e dessa forma disciplina o art. 103, § 2º, da CF/88:

"declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

Contudo, deve-se observar que tal previsão não faz referência a que medidas serão essas, isto é, se são medidas próprias a serem realizadas pelos órgãos do poder central, federal, ou pelos órgãos do poder estadual ou municipal.

Antes de mais nada, é importante lembrar que aqui também se pode identificar o interesse público, genérico, de preservação da ordem jurídica, que estaria sendo violada pelo descumprimento da norma constitucional que determina um agir, ou seja, o poder-dever de agir, a fim de que a Constituição possa ser observada em toda sua plenitude, sendo, portanto, mais uma espécie de processo objetivo, onde o que se discute não é um direito subjetivo, um direito juridicamente protegido, lesado ou ameaçado de lesão, mas a defesa da Constituição.

Assim, sob o império da Constituição de 1988, o sistema jurídico brasileiro reconhece a omissão inconstitucional, admitindo sua existência sempre que, havendo comando no sentido da prática de certo ato ou atividade, o destinatário não o realize, ou não o realize em tempo útil.

É interessante ressaltar que, rejeitada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou mesmo quando da declaração da inconstitucionalidade por inércia, de medida de ordem municipal necessária a tornar efetiva norma constitucional estadual que repita norma constitucional federal, pelo Tribunal de Justiça, não cabe recurso extraordinário de tal decisão, porque, conforme já se posicionou nossa Excelsa Corte, "não cabe ao Supremo conhecer da inconstitucionalidade em tese de norma municipal frente à Constituição Estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e alcance da Constituição Federal".

Por conseguinte, pode-se concluir que, quando o conflito se estabelece pela omissão de medida municipal necessária a tornar efetiva norma constitucional estadual, será resolvido pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro, e frente à Constituição Federal pelo STF já na via de defesa.

5.1 - A ação declaratória de constitucionalidade e a lei municipal

Antes de mais nada, há que se esclarecer que, só por uma necessidade pragmática ou didática, admite-se uma classificação das ações, as quais podem ser diversas ordens. Assim, com base na tutela jurisdicional invocada, pode-se distinguir três classes de ações: as de conhecimento, as executivas e as cautelares.

Nosso estudo se fixará nas ações de conhecimento, já que elas têm por objeto "o exame da lide em juízo para o fim de formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso"¹⁸. É nessa classe de ações que se encontra localizada a espécie que, no momento, merece nossa atenção.

O autor de uma ação declaratória pretende, com a sentença, ter apenas a certeza jurídica, saber se seu direito existe, excluindo sobre isso toda dúvida. O fim visado é, então, a declaração considerada em si mesma.

Desde que foi criada, a ação declaratória de constitucionalidade tem sido motivo de grande controvérsia, não só quanto à sua oportunidade, mas até quanto à sua validade frente à Lei Fundamental em vigor.

Alega-se a sua inconstitucionalidade por violar as cláusulas pétreas previstas nos incisos III e IV, § 4º, do art. 60, da Constituição Federal de 1988. Portanto, além de ferir o princípio da separação de poderes, vem abolir as garantias fundamentais de acesso ao Judiciário, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

O Brasil, como foi visto, desde a Constituição de 1891 até a de 1988, conhece o mecanismo de controle da constitucionalidade das leis ou atos normativos, adotando, de início, o controle concreto, nos moldes do sistema norte-americano, quando qualquer Juiz ou Tribunal pode deixar de aplicar ao caso concreto a norma que esteja em desacordo com a Constituição. Porém, os EUA conheciam, como até hoje conhecem, o princípio da *stare decisis*, pelo qual atribuem força vinculante às decisões da Corte Suprema, passando a ser obrigatória para todos os demais órgãos judiciais.

Nosso país não adota a força de tal princípio, e assim a Constituição de 1934 cria a possibilidade de suspensão da execução da norma declarada inconstitucional pelo STF, dando

¹⁸ José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, v. 2, p. 50.

eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade através do sistema concentrado, direto e abstrato.

O surgimento da ação direta de constitucionalidade no cenário jurídico brasileiro fez com que os estudiosos questionassem a sua validade e oportunidade, pois se poderia estar confundindo a função jurisdicional com uma função consultiva ou, ainda, supondo que tivesse sido instituída mais uma fase no processo legislativo. Porém, o que se busca com a ação declaratória de constitucionalidade é a certeza do direito, própria do tipo de ação que lhe empresta o nome.

Julgada improcedente a ação declaratória de constitucionalidade, tem-se a declaração de inconstitucionalidade, que, como se sabe, tem procedimento próprio. O art. 103, da Constituição Federal, além de legitimar as autoridades, órgãos e entidades para propô-la, disciplina, no § 1º, que "O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal", bem como nas ações declaratórias de constitucionalidade. Porém, diferentemente, não nos parece caber a atuação do Advogado-Geral da União.

Assim, cumpre concluir com o Ministro Néri da Silveira que, na ação direta de declaração de constitucionalidade, quando o que se quer é a certeza da constitucionalidade da lei federal ou emenda à Constituição, ou ainda de ato normativo federal, não "há que falar em réu e em sucumbência, nas acepções próprias do direito processual civil, mas antes, cumpre ter presente que o juízo de validade da norma, em abstrato, se é expressão do exercício de função, material e formalmente jurisdicional, reveste-se, inequivocamente, de nítido caráter político, sendo aí, a função do Supremo Tribunal Federal o exercício do largo *múnus* de controle dos atos dos outros Poderes, da judicial 'review', característica fundamental do sistema norte-americano, que marca também nossas instituições desde a República"¹⁹.

¹⁹ Recurso Extraordinário. *Revista de Informação Legislativa*, n. 240, jan/mar. 1986

5.2 - O controle por descumprimento de preceito fundamental

A previsão constitucional para que o STF aprecie ato que atente contra preceito fundamental decorrente da Carta da República está prevista no art. 102, § 1º, e afirma que "a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".

O dispositivo é um exemplo típico de norma constitucional de eficácia limitada, recebendo do legislador ordinário a necessária regulamentação somente com o advento da Lei nº 9.882/99. essa lei dispõe sobre o processo e julgamento da chamada argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), nos termos a seguir explicitados.

A ADPF vem completar o sistema de controle de constitucionalidade concentrado, uma vez que a competência para sua apreciação é originária e exclusiva do STF.

Nos termos em que foi regulada a ADPF pelo legislador ordinário, questões até então não passíveis de apreciação no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ADIn e ADECON) passaram a poder ser objeto de exame.

Os exemplos mais notórios são a possibilidade de impugnação de atos normativos municipais em face da Constituição da República e o cabimento da ação quando houver controvérsia envolvendo direito pré-constitucional. Ainda, impende observar que a ADPF não se restringe à apreciação de atos normativos, podendo, por meio dela, ser impugnado qualquer ato do Poder Público de que resulte lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição Federal.

Não deixa dúvida a esse respeito o art. 1º da Lei nº 9.882/1999, que assim dispõe, *in verbis*:

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

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

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II - (VETADO)"

Pensamos ser essa a mais relevante alteração introduzida no nosso sistema de controle concentrado de constitucionalidade pela ADPF: a instituição de mecanismo de aferição abstrata, pelo Supremo Tribunal Federal, da legitimidade do direito pré-constitucional e, mais especificamente quanto ao nosso trabalho, do direito municipal ante a Constituição Federal, controle até então inviável no âmbito dos processos objetivos de fiscalização da constitucionalidade integrantes de nosso ordenamento.

Com efeito, até a instituição da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o direito municipal não podia ter sua validade em abstrato impugnada perante o Supremo Tribunal Federal. Isso porque a ação direta de inconstitucionalidade só admite como objeto leis e atos normativos federais e estaduais, e a ação declaratória de constitucionalidade só é instrumento idôneo para aferição de direito federal (CF, art. 102, I, "a"), exigindo o STF, em ambos os casos, que o direito seja editado sob a égide da atual Carta Política.

Ademais, cabe salientar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ADPF são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o que significa dizer que as orientações firmadas pela Corte Suprema nessa ação nortearão o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idênticos editados pelas diversas entidades federadas.

A arguição tem potencialmente como objeto qualquer ato (ou omissão) do Poder Público, incluídos os não normativos, que acarrete lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição, visando evitar ou reparar tal lesão.

Impende anotar que o legislador estabeleceu a possibilidade de ADPF preventiva, ao dispor que será cabível a ação para evitar lesão a preceito fundamental.

Essa observação é importante, uma vez que, em relação às demais ações do controle abstrato (ADIn e ADECON), não é possível ajuizamento preventivo.

Outra hipótese acontece nos casos em que leis e atos normativos federais, estaduais e municipais (e também os distritais, inclusive os editados com fulcro nas competências municipais do DF), abrangidos os anteriores à Constituição, desde que exista acerca de sua aplicação relevante controvérsia constitucional e que a aplicação ou não aplicação desses atos implique lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição.

Com relação à possibilidade de apreciação de atos normativos municipais em sede da ADPF, Gilmar Ferreira Mendes observa que, "ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o STF aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os

Municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão-padrão com força vinculante. Se entendermos, como parece recomendável, que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão, poderemos dizer, com tranqüilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade no Município 'A' mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não mais poderão ser aplicadas"²⁰.

Cabe ressaltar que, em função do princípio da subsidiariedade, a que está sujeita a ADPF, os atos normativos federais e estaduais pós-constitucionais não poderão ser objeto da arguição, porque é possível sua impugnação mediante ADIn. Também não pode a ADPF ser utilizada para pedir a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal pós-constitucional, já que tais atos podem ser objeto de ADECON.

A Lei nº 9.882/1999 não enumerou as normas constitucionais que devem ser consideradas "preceitos fundamentais" cuja lesão enseja a propositura de ADPF.

Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, uma possível razão para que a palavra "preceito" tenha sido utilizada ao invés de "princípio" teria como objetivo evitar que o conceito a ser delineado pela doutrina e jurisprudência acabasse restrito aos princípios fundamentais arrolados no Título I da Constituição Federal²¹. A utilização de uma expressão mais genérica, "preceito", permite que sejam abrangidos pelo conceito não só os princípios, mas também as regras, em suma, qualquer norma, desde que possa ser qualificada como fundamental.

No julgamento da ADPF nº 1 - RJ, rel. Min. Néri da Silveira (03/02/2000), o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a ele próprio compete identificar as normas que devem ser consideradas preceitos fundamentais decorrentes da Constituição Federal para o fim de conhecimento das arguições de descumprimento de preceito fundamental que perante a Corte sejam ajuizadas. Em seu voto, o relator cita enfático um trecho de lavra do ex-Ministro Oscar Dias Corrêa, nos termos do qual "cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto constitucional é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro - a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua discricção indicá-los". Nessa linha, da ementa da ADPF nº 1 - RJ extrai-se que

²⁰ Gilmar Ferreira Mendes, *Controle da Constitucionalidade*. 1ª ed., São Paulo, 1990, p. 120.

²¹ Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, obra citada, p. 124.

"compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental".

O art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 traz importante regra, dispondo que "não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade", conferindo à ADPF a natureza de ação excepcional, subsidiária, remédio extremo: somente será cabível se não for possível sanar a lesividade do ato que se quer impugnar mediante a utilização de "qualquer outro meio" que seja verdadeiramente eficaz para tanto.

Parte considerável da doutrina (Gilmar Ferreira Mendes, Celso Ribeiro Bastos, Daniel Sarmento, entre outros) aponta para a necessidade de não se adotar uma interpretação literal do citado § 1º do art. 4º da Lei 9.882/1999. Isso porque, em nosso ordenamento jurídico, se for levado em conta todo e qualquer meio processual existente, sempre haverá algum mediante o qual se possa impugnar o ato que entenda estar ofendendo preceito fundamental. Para esses autores, caso o dispositivo em comento seja tomado com excessivo rigor, a ADPF restará quase inteiramente despida de aplicabilidade.

Em que pesem essas opiniões, no julgamento da ADPF nº 3 - CE, rel. Min. Sydney Sanches (10/05/2000) e da ADPD nº 17 - AP, rel. Min. Celso de Mello (05/06/2002), o Supremo Tribunal Federal não adotou a tese segundo a qual somente deveria ser aferida a inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade no âmbito das ações integrantes do controle abstrato de normas. Nesses julgados, prevaleceu a idéia de que a existência de qualquer ação eficaz para sanar a lesividade impediria o ajuizamento da argüição (na citada ADPF nº 17, o conhecimento foi negado em razão da possibilidade de utilização da ação popular para atacar o ato que se pretendia impugnar). Ainda, em decisões monocráticas proferidas na ADPF nº 12 - DF, rel. Min. Ilmar Galvão, e na ADPF nº 13 - SP, rel. Min. Ilmar Galvão, o STF não conheceu de argüições de descumprimento de preceito fundamental por entender que existiam, no contexto delineado naquelas ações, outros meios processuais, tais como o mandado de segurança, a ação popular e o recurso extraordinário (que admitem a possibilidade de outorgar cautelar e efeito suspensivo) aptos a neutralizar a suposta lesividade dos atos impugnados.

Os legitimados ativos para a propositura da ação são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, segundo o art. 2º, I, da Lei nº 9.882/1999, sendo os requisitos da petição

inicial iguais aos exigidos para ações deste gênero, impondo-se, porém, se for o caso, a prova da violação do preceito fundamental, de acordo com o art. 3º, da Lei nº 9.882/1999.

O STF poderá deferir o pedido de medida liminar, por decisão da maioria absoluta de seus membros, como positiva o art. 5º da Lei nº 9.882/1999, que, em seu art. 8º, também disciplina que a decisão será tomada com a presença de no mínimo dois terços dos Ministros.

O eminente constitucionalista Celso Ribeiro Bastos é entusiasta do instituto, afirmando que "a medida judicial da argüição, de berço constitucional, veio lançar o Direito pátrio na vanguarda absoluta, sobranceiro no resguardo à Constituição e, especialmente, de seus valores principais, dentro do cenário internacional, criando um sofisticado e preciso sistema de medidas para proteger-se o Documento Magno. A lei representa, antes, uma resposta aos anseios da doutrina específica e à própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se ressentiam da falta de lei que conferisse executoriedade ao instituto previsto desde a Constituição. Já agora o Direito brasileiro pode contar com medida judicial que serve especificamente ao amparo daquelas normas constitucionais nas quais estejam refletidos os valores constitucionais fundamentais"²².

²² Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, p. 425.

6 - O MUNICÍPIO E O CONTROLE DE SUAS LEIS E ATOS NORMATIVOS

A Constituição de 1988 deu uma feição própria ao Município. No seu art. 18, proclama a autonomia municipal, ao lado de outras duas esferas de poder: a da União e a do Estado Federado.

No dizer de José Afonso da Silva, a autonomia municipal se encontra em "quatro capacidades: a) capacidade de auto-organização, mediante a elaboração de lei orgânica própria; b) capacidade de autogoverno, pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmaras Municipais; c) capacidade normativa própria, ou capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar; d) capacidade de auto-administração (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local)"²³.

O Poder Executivo municipal é exercido pelo Prefeito. Ele é quem conduz a Administração, com a nomeação de auxiliares, supervisiona os serviços e executa obras. É um administrador por excelência.

O Poder Legislativo é confiado à Câmara Municipal. Os vereadores são eleitos pelos munícipes. Tem a Câmara, além de atribuição legislativa, outras funções, como deliberativa, fiscalizadora e até mesmo julgadora, nos casos de infrações político-administrativas.

O Poder Judiciário é o estadual ou, até mesmo, o federal, não dispendo os municípios de órgão jurisdicional próprio.

Como aponta José Afonso da Silva, "inegavelmente, os Municípios saíram fortalecidos na Constituição. Houve, entre os constituintes, quase unanimidade no conferir uma posição de destaque aos Municípios no sistema federativo brasileiro"²⁴.

Assim, "a despeito de serem criados pelo Estado, por lei estadual, possuem hoje os Municípios brasileiros o poder de auto-organização, votando e promulgando, pelas Câmaras Municipais, a Lei Orgânica respectiva, cujo conteúdo básico (CF, art. 29) está mandamentalmente descrito no ordenamento jurídico-constitucional vigente. A Lei Orgânica, inobstante o Município vir já constituído na Constituição, é como 'Constituição Municipal', na

²³ José Afonso da Silva, *O Município na Constituição de 1988*, p. 8.

²⁴ José Afonso da Silva, obra citada, p. 15.

qual estão discriminadas as competências exclusivas do Município, observadas as peculiaridades locais e as competências supletivas (Constituição Federal, arts. 23, 29 e 30)"²⁵.

6.1 - A lei municipal e o processo legislativo

Como se viu anteriormente, um dos pilares da autonomia municipal, consagrada pela Carta Magna, reside na capacidade do Município de se autolegislar, ou seja, de produzir normatividade própria.

A Câmara Municipal é o órgão legiferante do Município, a quem compete votar as leis municipais, tendo por base as Cartas Maiores da União e do Estado e a própria Lei Orgânica municipal.

O art. 30 da Carta Magna discrimina a competência legislativa do Município, onde se sobressai a de "legislar sobre o assunto de interesse local" e a de "suplementar a legislação federal e estadual no que couber", dentro do espaço que lhe foi constitucionalmente assegurado, respeitados os ditames e as normas da Constituição Federal.

Escreve Hely Lopes Meirelles que o "Constituinte municipal deve incluir no processo legislativo local a elaboração de emendas à Constituição (lei orgânica municipal), leis ordinárias, decretos legislativos e resoluções, como espécies obrigatórias. No tocante à inclusão das leis complementares e medidas provisórias desaconselhamos a sua adoção, não obstante a ausência de vedação constitucional expressa. Quanto às leis delegadas, o Constituinte municipal, se adotá-las, deverá delimitar o seu campo de abrangência, a exemplo do disposto no art. 68 da Constituição Federal, evidentemente nas matérias de competência do município"²⁶.

Quanto à norma norteadora municipal, a Lei Orgânica Municipal, guardadas as proporções, deve ser entendida como a Constituição Municipal.

Ressalte-se, ainda, que o legislador municipal, na elaboração da lei maior do Município, deve também manter estrita simetria com a Carta Maior. Assim, não poderá, por exemplo, aumentar a despesa pública.

²⁵ José Nilo de Castro, *Direito Municipal Positivo*, p. 52.

²⁶ Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, p. 472.

A lei não é um produto pronto. Sofre ela uma elaboração, que se concretiza aos poucos e por etapas, até seu acabamento final. A isto que se denomina processo legislativo. É ele, pois, uma sucessão de atos que, interligados e obedecendo a diretrizes legais, produz as normas de Direito.

6.2 - O controle da constitucionalidade das leis municipais

Apesar de já termos abordado, em alguns pontos desse trabalho, a questão concernente ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais, faz-se necessária uma abordagem doutrinária divergente da nossa opinião, como forma de reforçar a idéia por nós levantada a respeito do instituto.

Escreve Roberto Rosas que "pelo caráter restrito, a Constituição de 1824 não dera grande importância ao município e naturalmente à legislação municipal, donde, a falta de norma específica sobre o controle da lei municipal, que veio com mais ênfase na Carta de 1891, porque ampliara-se a federação, e o município ganhou importância, quando a decisão do Tribunal local contrariasse a lei federal (art. 59, § 1º, "a"), ou então, como estabelecera o Decreto 848 de 1890, cabia ao Supremo Tribunal o julgamento em grau de recursos, de qualquer questão, até determinada alçada. Entretanto, a Carta de 1934 trouxe a ampliação do recurso extraordinário para contestação de lei ou ato do governo local, em face da Constituição (art. 76, III, "c"). Estava aí a possibilidade do Supremo Tribunal examinar a lei municipal, quanto à sua validade. Tal norma persistiu nas Cartas posteriores e hoje a Constituição de 1988 expressa o cabimento do Recurso Extraordinário quando a questão julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 102, III, "c")²⁷.

A Carta de 1988 autorizou expressamente que os Estados instituíssem representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, quer por ação, quer por omissão, em face da Carta Estadual, como disciplina o art. 125, § 2º, da CF/88, dispondo que:

"cabe aos estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão"

²⁷ Roberto Rosas, *O Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*, p. 309-310.

Portanto, a par da autorização, a Carta fez uma exigência: a de que a atribuição não fosse a um único órgão.

Em síntese, se a lei ou o ato normativo municipal estiver em confronto com a Constituição Federal, não há como aplicar-se, em nível estadual o sistema do controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, se as disposições constitucionais federais estiverem reproduzidas na Carta Estadual, a análise da constitucionalidade é viável.

As leis ou atos normativos municipais são passíveis de controle, pelo sistema difuso ou pela via de exceção.

Segundo Vasco Della Giustina, somente por este controle os atos e leis municipais podem chegar ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal. E isto, através do recurso extraordinário, se a decisão estadual julgar válida a lei do governo municipal, contestada em face da Constituição Federal (art. 102, III, "c") e, via de recurso especial, se a decisão estadual julgar válida a lei do governo municipal, contestada em face de lei federal (art. 105, III, "b").

Com a máxima vênia à opinião dos doutrinadores acima citados, acreditamos que, conforme apresentado no tópico 4.2, que aborda a Arguição de descumprimento de preceito fundamental, a opinião mais acertada é a da própria Lei, no caso concreto a Lei nº 9.882/1999 reconhecendo, portanto, a possibilidade de se reparar lesão a preceito fundamental, sobre lei ou ato normativo municipal, resultante de ato do Poder Público.

7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de um Estado é a sua norma fundamental e é nela que se busca a validade de todas as normas existentes no seu ordenamento jurídico.

Levando-se em conta o conteúdo, objeto da norma jurídica, norma constitucional é aquela que estrutura o Estado, criando órgãos, conferindo competências e enumerando os direitos fundamentais do cidadão.

Ao lado do conceito de Constituição em sentido material, acima citado, encontra-se o de Constituição em sentido formal, o qual leva em conta o processo de elaboração ou modificação das normas constitucionais, o que as diferencia da categoria das normas ordinárias.

O modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil apresenta características que o singularizam. Nele se conjugam os modelos difuso, oriundo do direito americano, possibilitando a todos os órgãos do Poder Judiciário a realização do controle incidental da constitucionalidade de leis e atos normativos, e concentrado, proveniente dos países europeus continentais, em que o órgão de cúpula do Poder Judiciário realiza o controle abstrato da constitucionalidade de normas jurídicas, aqui representado pelo Supremo Tribunal Federal.

A declaração de inconstitucionalidade pelo órgão jurisdicional pode ser obtida por dois modos: por via de defesa ou exceção ou por via de ação.

Na via de defesa, o u exceção, a alegação de inconstitucionalidade surge, incidentalmente, em um processo comum, sendo invocada durante uma ação submetida à apreciação dos tribunais e discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso. Nessas condições, a inconstitucionalidade pode ser apreciada por qualquer órgão do Poder Judiciário, individual ou coletivo, comum ou especial, caracterizando-se o que se chama de método difuso, e a decisão proferida, em qualquer nível, limita-se ao caso em litígio, fazendo coisa julgada apenas *inter partes*.

Na via de ação o objetivo é retirar do sistema jurídico a lei tida por inconstitucional, o que vem proporcionar solução para os casos que, embora idênticos na via de defesa, não são participantes do feito. Assim, a declaração de inconstitucionalidade em tese tem efeitos *erga omnes*, caracterizando o que se chama de método concentrado, pois o único órgão com

competência para declarar a inconstitucionalidade em sentido amplo é o Supremo Tribunal Federal.

É o que se aplica na previsão constitucional para que o Supremo Tribunal Federal aprecie ato que atente contra preceito fundamental, positivado no art. 102, § 1º, da CF/88, dispondo que:

"A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei"

Pensamos ser essa a mais relevante alteração introduzida no nosso sistema de controle concentrado de constitucionalidade pela ADPF: a instituição de mecanismo de aferição abstrata, pelo Supremo Tribunal Federal, da legitimidade do direito pré-constitucional e, mais especificamente quanto ao nosso trabalho, do direito municipal ante a Constituição Federal, controle até então inviável no âmbito dos processos objetivos de fiscalização da constitucionalidade integrantes de nosso ordenamento.

Com efeito, até a instituição da argüição de descumprimento de preceito fundamental, o direito municipal não podia ter sua validade em abstrato impugnada perante o Supremo Tribunal Federal. Isso porque a ação direta de inconstitucionalidade só admite como objeto leis e atos normativos federais e estaduais, e a ação declaratória de constitucionalidade só é instrumento idôneo para aferição de direito federal (CF, art. 102, I, "a"), exigindo o STF, em ambos os casos, que o direito seja editado sob a égide da atual Carta Política.

A inconstitucionalidade por omissão advém da inércia ou do silêncio, quando os órgãos do Poder Público permanecem inertes e não praticam os atos exigidos pela Constituição.

E nosso sistema tem um sentido de fiscalização, que se efetiva pelo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, o qual não interfere na formação dos atos que foram realizados.

O Estado Federal é uma forma de Estado composto onde se encontra a união de comunidades públicas dotadas de autonomia constitucional e política, ou seja, é um tipo de Estado descentralizado politicamente, cuja competência dos entes jurídicos que o formam decorre de previsão constitucional.

O Município é, também, uma entidade de Direito Público interno, com capacidade política, exercendo com autonomia a condução dos assuntos de sua alçada, da mesma forma que a União e os Estados-membros.

O recurso extraordinário, no Brasil, é previsto constitucionalmente e representa o mecanismo essencial da via de defesa, do controle difuso da constitucionalidade, reservando a palavra final ao Supremo Tribunal Federal.

Através do recurso extraordinário, a Justiça Federal intervém, excepcionalmente, na Justiça Estadual na defesa da Constituição, pois, em que pese sua autonomia, não pode ofender ou pôr em risco a forma federativa.

As Constituições dos Estados-membros, assim como a Constituição Federal, são dotadas de supremacia em decorrência da rigidez constitucional, havendo hierarquia entre suas normas e o ordenamento jurídico conseqüente.

O Município brasileiro é uma entidade política autônoma, ao mesmo tempo em que é unidade territorial do Estado-membro, sujeita às suas próprias normas, observados, no entanto, os limites da Lei Magna Federal.

Não se pode ignorar que, em relação às matérias de competência exclusiva do Município conferidas pela Constituição Federal, não há hierarquia entre a lei estadual e a lei federal.

Havendo hierarquia normativa, as normas inferiores devem buscar seu fundamento da validade nas superiores, de forma que, havendo conflito entre elas, este venha a ser resolvido.

8 - BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, Marcelo Paulo & PAULO, Vicente. *Controle de Constitucionalidade*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Imperius, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FILHO, Nestor Sampaio Penteado. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª Edição. Campinas-SP: Editora Millennium, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª Edição. Coimbra: Editora Armênio Amado, 1974.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle da Constitucionalidade*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª Edição. Coimbra: Editora Coimbra, 1985.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.