

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

BRUNO DE MIRANDA LEÃO FELÍCIO

ASPECTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS

FORTALEZA
2008

BRUNO DE MIRANDA LEÃO FELÍCIO

ASPECTOS DO 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.

Orientadora: Profa. Ms. Fernanda Cláudia Araújo da Silva.

FORTALEZA
2008

BRUNO DE MIRANDA LEÃO FELÍCIO

ASPECTOS DO 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 a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Fernanda Cláudia Araújo da Silva (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Maria Celina Serra Aquino
Universidade de Fortaleza - Unifor

Alana Kelly de Lima Marinho R. Araujo – Bacharel em Direito

Para Deus, por ter me ajudado em toda minha vida, hoje e sempre.

**À minha querida avozinha, por ter me ensinado lições que forjaram meu
caráter e minha personalidade.**

Aos amigos que sempre ficaram do meu lado e muito contribuíram.

**À Alana, pelo carinho inestimável, pelo apoio constante em minha vida e neste
trabalho.**

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Fernanda Cláudia, bem como os demais membros da banca, Professora Celina e Alana Kelly, pela paciência e atenção dispensada.

À minha namorada Alana, por ser tão maravilhosa, por todos os momentos bons que passamos juntos e por ter me ajudado a concretizar o sonho da minha formatura.

Aos amigos de faculdade, Francisco Airton (Airtão), Thiago Josino (Josy) e David, pelos momentos de brincadeira e descontração, que possamos sempre nos reunir.

Às grandes amigas Gledyelane (Lanoca) e Audrey, por sempre estarem presentes e torcendo por mim, que a amizade cresça cada vez mais.

À minha amiga Lídia Lisboa, por ter me aconselhado em momentos difíceis e pelos tantas situações engraçadas que passamos juntos, que o carinho e amizade nunca esmoreçam.

Aos amigos que residem em meu coração, “Os Busters”: José Aurélio (Negão, Lelinho, entre outros), Paulo Marcelo (Unhelim, Nerd, Unha, Monge, Unh-Ling), Thiago (Bacana, Barata, Mendigo, entre tantos outros), Emanuel (Manéu) e Gustavo (Malandro), que a amizade nunca se desfaça, por mais que surjam divergências e adversidades.

À minha avó, por ter me ensinado valores que serão passados aos meus filhos, e por ter estado comigo desde o momento em que nasci.

À minha amiga Lia Pinteiro, que, apesar da distância, sempre manteve contato.

Aos meus amigos da UECE, Átila, Richardson, Vinícius e Marcelo Quinho.

Ao amigo e mestre Dr. Danilo Feitosa, pela paciência, amizade e pelas lições sobre Direito e sobre a vida.

Aos meus primos, meus verdadeiros irmãos.

A todos aqueles que me desejam tudo de melhor.

A todas as pessoas importantes que fizeram e fazem parte da minha vida.

RESUMO

O tema aborda as questões acerca do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais. Inicia-se discorrendo sobre a supremacia constitucional e sua relação com as Constituições Rígidas, mostrando que estas são as que mais se adaptam ao conceito de controle de constitucionalidade da forma como estudamos. Logo após, faz um panorama sobre como se deu a evolução histórica do controle de constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, discorre sobre as leis e atos normativos municipais e sua relação hierárquica com as constituições estaduais e federais. Finalmente, o cerne da celeuma, analisa os métodos de fiscalização e controle de leis e atos normativos municipais face à Constituição Federal, chegando à conclusão que, nessa hipótese, não caberá controle concentrado, mas apenas controle difuso.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Constituições Rígidas. Controle Difuso de Leis e atos normativos municipais.

ABSTRACT

The theme refers about control of constitutionality of laws and municipal regulatory acts. It starts by considering the constitutional supremacy and its connection with a system of rigid Constitutions, showing Rigid Constitutions has a better adaptation with the technique for supervising law constitutionality. After, it makes a view about the historic development of the Brazilian system of law constitutionality. Further it makes a reflection about the constitutionality control of laws of municipal regulatory acts and its hierarchy relation with the State Constitution and The Federal Constitution. At the end, the core of the work, it addresses a analysis concerning the control of constitutionality of laws and municipal regulatory acts face to the Federal Constitution, concluding that in this case such a control is unlikely to be exercised by direct action, but rather by a diffuse method.

Keywords: Control of constitutionality. Rigid Constitutions. Diffuse Method of control of constitutionality of municipal laws and regulatory acts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO I: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES PRELIMINARES	
1.1. Conceito.....	11
1.2. Histórico.....	13
1.3. Espécies de inconstitucionalidade.....	17
1.4. Momentos de Controle.....	18
1.4.1. Controle prévio ou preventivo	19
1.4.2. Controle posterior ou repressivo.....	21
1.5. Tipos de Controle.....	23
CAPÍTULO II: A INSERÇÃO DA LEI MUNICIPAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	
2.1. O município na organização federativa brasileira.....	42
2.2. O processo legislativo das leis municipais	45
CAPÍTULO III: CONTROLE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.	
3.1. Controle das leis e atos normativos municipais em face da Constituição Estadual.....	48
3.2. A posição hierárquica da Constituição dos Estados em face da lei municipal.....	50
3.3. Inconstitucionalidade de lei municipal em face da CF/88.....	51
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

O estudo acerca do controle de constitucionalidade das leis municipais adquire importância ímpar no atual sistema constitucional brasileiro, pois apresenta um desenvolvimento do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em geral.

O município Brasileiro é uma entidade política autônoma, ao mesmo tempo em que é unidade territorial do Estado Membro, devendo, na elaboração da Lei Orgânica, atender aos princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição estadual.

Destarte, analisar-se-á a necessidade de observância das Leis Orgânicas em face das Cartas Políticas dos demais entes federativos, os Estados-Membros e a União, e sua relação para a compatibilização e formação de um sistema jurídico harmonioso.

Alguns acham que o STF pode, ampliar sua competência para julgar lei ou ato normativo federal ou estadual, apesar do que diz o Art. 102, I, a, que caberá **apenas** ao STF processar e julgar, originariamente ADI de lei ou ato normativo **federal** ou **estadual**.

Outros alegam que tal atribuição caberia, aos Estados-Membros, por meio de seus respectivos Tribunais de justiça Estaduais, essa função, pois os municípios seriam apenas entidades infra-estaduais.

Cumpre-nos a tarefa de questionar 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.

Para isso é fundamental analisar essa relação de consonância jurídica e sua relação com o princípio da supremacia constitucional face à Constituição Rígida do ordenamento pátrio vigente.

Faz-se necessário também uma abordagem sobre como funciona o sistema de fiscalização das normas inconstitucionais e sua relação com o princípio da supremacia constitucional dentro das Constituições Rígidas.

É necessário, para isto, uma pequena abordagem acerca do Recurso Extraordinário, sem adentrar na parte processual propriamente dita, tendo em vista que a intenção é apenas fazer considerações sobre o instituto e, dentro dele, apresentar um posicionamento sobre o que se considera pré-questionamento.

Cumpre-nos, também pesquisar a evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil e o entendimento dos tribunais pátrios sobre o tema e seus desdobramentos junto à sociedade, para, dessa forma, analisar os princípios constitucionais relacionados ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais e o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos municipais em face da Constituição Federal.

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. Como fonte secundária, buscamos alguns posicionamentos divergentes na INTERNET, com o intuito de fomentar e enriquecer o estudo.

Não temos a pretensão de, com esse estudo, esgotar a matéria, contudo, com base nas informações ditas.

A monografia em questão objetiva despertar o interesse dos operadores do direito para um tema interessante mas que, apesar de ser fonte de debates e jurisprudências, ainda não foi devidamente abordado.

CAPÍTULO I: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES PRELIMINARES

É impossível, ao se falar acerca controle de constitucionalidade, não tecer comentários sobre a questão da supremacia constitucional. Segundo José Afonso da Silva, a supremacia da constituição

é uma conseqüência da 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 reconhece e na proporção que os distribui.¹

1.1 Conceito

Tal princípio versa que as constituições rígidas estão assentadas em um sistema de normas hierárquicas, no qual, no topo, está a norma fundamental de que fala Kelsen: “a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum”.², ou seja, no vértice da pirâmide do ordenamento jurídico, encontra-se a chamada Lei Maior, Carta Magna ou, nas palavras de Paulo Bonavides, “a mais alta expressão jurídica da soberania”.³

Pode-se observar, então, que em um país, por exemplo, que possui uma constituição flexível, geralmente não escrita ou excepcionalmente escrita, o procedimento de elaboração das leis ordinárias e de leis constitucionais acaba sendo o mesmo, o que faz com que ambas possuam o mesmo *status* normativo, ou seja, há apenas uma “atualização” jurídica, pois as leis novas derogam ou revogam as normas anteriores, mesmo que estas sejam normas constitucionais.

Nas palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino

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 ser verificar se não

1 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo, 2004, p.45.

2 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, 1976. p. 269.

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 1997, p. 267.

excederam os poderes a ele conferidos.⁴

Depreende-se do supracitado exemplo que apenas nas constituições rígidas, ou seja, aquelas em que a alteração das espécies normativas é exercida por meio de um procedimento mais solene e dificultoso é que se pode falar de controle de constitucionalidade. Segundo Alexandre de Moraes:

a idéia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário⁵.

Assim sendo, as espécies normativas serão modificadas pelo mesmo processo legislativo comum.

De acordo com o Fernando Luiz Ximenes Rocha: “é na verdade, da rigidez da Constituição que emerge, em toda sua plenitude, o princípio da superioridade da Carta Constitucional sobre as demais normas de um mesmo ordenamento jurídico”⁶.

Pode-se concluir que através dessa explanação prévia, que o controle de constitucionalidade é uma verdadeira garantia da supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio estado, determinado seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de direito⁷.

É possível, portanto, definir controle de constitucionalidade dos atos normativos como o ato de compatibilizar as espécies normativas, inclusive as do Poder Constituinte Derivado, com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. Para Alexandre Moraes

4 PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro, 2005, p.02.

5 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo, 2006, p. 657.

6 ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. Fortaleza, 2001, p.10.

7 KELSEN, *op. cit.*, p 288-290.

[...] a análise da constitucionalidade das espécies normativas (art. 59 da CF) consubstancia-se em compará-las com determinados requisitos formais e materiais, a fim de verificar-se sua compatibilidade com as normas constitucionais.⁸

1.2. Histórico

A constituição imperial de 1824 não promovia qualquer forma de controle de constitucionalidade, pois,

consagrando dogma da soberania do Parlamento, já que, sob influência do direito francês (a lei como “expressão da vontade geral”), e inglês (supremacia do Parlamento), somente o Órgão Legislativo poderia saber o verdadeiro sentido da norma.”⁹

Além disso, a existência do chamado Poder Moderador, peça principal de toda organização política, dificultava em muito a função fiscalizadora do Judiciário, tendo em vista que cabia exclusivamente ao Imperador a solução entre os conflitos das espécies normativas e os Poderes entre si.

Foi a partir da Constituição de 1981 que se introduziu no Brasil uma forma de controle constitucional normativo utilizado até hoje, o controle difuso de constitucionalidade, também chamado de repressivo, posterior, aberto ou pela via de exceção ou defesa, inspirado no modelo jurídico norte-americano. Esse modelo era utilizado em cada caso incidental, *incidenter tantum*, sendo que qualquer juiz ou Tribunal poderia aplicá-lo. Convém observar, contudo

[...]que antes mesmo da promulgação da Constituição de 1891, o art. n. 848, de 11.10.1890 já estabelecia regras de controle difuso inspiradas no *judicial review* do direito norte-americano. Posteriormente a Lei Federal n. 221, de 20.11.1894, abordou, com clareza, o modelo, nos termos do art. 13, § 10: “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos concorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.¹⁰

A Constituição de 1934 trouxe muitas novidades, pois, além de manter o

8 MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p. 659.

9 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo, 2006, p.94

10 LENZA, Pedro, *op.cit.*, p. 95.

controle de constitucionalidade difuso proveniente da constituição anterior, criou a cláusula de reserva de plenário, significando que a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser obtida mediante a maioria absoluta da totalidade dos membros do Tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial. Além disso, foi designada, ao Senado Federal, a competência para, incidentalmente, declarar, por maioria absoluta de seus membros a inconstitucionalidade de uma norma no todo ou em parte. Porém, a mais importante das novidades geradas pela Carta Magna de 1937 foi o estabelecimento da representação interventiva, atribuída ao Procurador-Geral da República, objetivando que o STF “tomasse conhecimento de lei que decretasse a intervenção em um das entidades federativas, por inobservância aos chamados princípios constitucionais sensíveis, contidos no art. 7º, letras *a* e *h*, e a declarasse constitucional.”¹¹.

A constituição de 1937, outorgada e autoritária, causou uma hipertrofia no poder executivo, pois o Presidente da República, na época Getúlio Vargas, estabeleceu a possibilidade de influenciar as decisões dos Tribunais que declarassem a inconstitucionalidade de uma lei. Na época, a lei era submetida ao reexame pelo Parlamento, podendo o Legislativo, pela decisão de dois terços de ambas as casas, tornar sem efeito a declaração de inconstitucionalidade, desde que confirmasse a validade da lei.

Pedro Lenza explicita que, nos termos do parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937,

no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem – estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.¹²

A Constituição de 1946 normalizou a hipertrofia causada pela constituição passada e introduziu, por meio da EC nº 16, de 26.11.65 a ação direta de inconstitucionalidade proposta exclusivamente pelo Procurador-Geral da República,

11 ROCHA, Fernando Luiz Ximenes, *op.cit.*, p. 71.

12 LENZA, Pedro, *op.cit.*, p. 96.

estabelecendo, ainda, a possibilidade de controle concentrado em esfera estadual.

A Constituição de 1967 englobou a criação do processo de controle abstrato gerado pela Emenda Constitucional N° 16/65. Nesse sentido observa Clemerson Merlin Clève:

ser curioso o fato da representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.¹³

Ainda com relação à representação interventiva, a Carta de 1967, após a Emenda n° 1/69, admitiu-a expressamente, sendo que a competência para sustar o ato estadual impugnado foi transferida do Legislativo para o Presidente da República.

A Constituição Federal de 1988 trouxe muitas novidades com relação ao sistema de controle de constitucionalidade. Inicialmente, acabou com o monopólio do Procurador-Geral da República para a proposição de ADI. Sendo assim, a partir de 1988, nos termos do artigo 103 da CF, a ADI e ADC poderão ser propostas pelo Presidente da República; Mesa do Senado federal; Mesa da câmara dos Deputados; Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou Governador do distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Outra inovação muito importante foi a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), procedimento em que se impugna atos contrários a preceitos constitucionais.

É importante também citar que foi com a CF/88 que possibilitou controle não apenas de comissões, mas também de omissões legislativas, seja por meio de ADI por omissão (Art. 103 § 2º) ou de modo *incidenter tantum*, pelo controle difuso por meio de mandado de injunção (Art. 5º, LXXI), remédio constitucional “para se obter ordem judicial que assegure a qualquer cidadão o exercício de um

13 ROCHA, Fernando Luiz Ximenes *apud* Clemerson Merlin Clève p.88

direito fundamental que a C.F. Prevê, porém ainda não foi regulamentado em lei complementar ou ordinária.”¹⁴

A terceira novidade implementada pela Constituição, por meio da EC./93, no tocante ao controle constitucional foi a criação de ADC (ação declaratória de constitucionalidade). Posteriormente, foi ampliada, por meio da EC./45, a legitimidade de proposição de ADC, tornando-se os mesmos previstos no art. 103 da CF/88. A mesma emenda constitucional (EC/45) estendeu o efeito vinculante para a ADI, antes previsto apenas para ADC.

A citação prévia do Advogado-Geral da União com intuito de defender o texto impugnado pelas ADIs, também foi um elemento novo suscitado pela CF/88, o que gerou certa celeuma, devido ao fato de que o Advogado-Geral da União teria de, obrigatoriamente, defender uma espécie normativa, ainda que esta fosse claramente inconstitucional. Excepcionalmente, quando houver precedente da Corte pela inconstitucionalidade do objeto questionado, pode o Advogado-Geral da União, deixar de atuar como defensor do princípio da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Nas palavras de José Afonso da Silva:

o Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também agora timidamente a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 101, I,a e III, e 103). A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico- jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento, as questões constitucionais nos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar maior primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidade.¹⁵

14 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico Jurídico*. 8ª edição. São Paulo, 2006
15 SILVA, José Afonso da. *op.cit.*, p.554-555

1.3. Espécies de inconstitucionalidade

Conforme anteriormente citado, decorrente do princípio da supremacia constitucional, nasce o conceito de inconstitucionalidade como uma afronta de uma norma ou ato normativo com relação à Lei Maior, podendo tal comportamento advir de omissão ou comissão, total ou parcialmente.

Como diria Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino a inconstitucionalidade representa “qualquer manifestação do Poder Público (ou de quem exerça, por delegação, atribuições públicas), comissiva ou omissiva, em desrespeito à Carta da República.”¹⁶. Jorge de Miranda doutrina, ainda que

os conceitos – ação e omissão- só são operacionais quando ligados aos órgãos do poder, sendo esses os primeiros destinatários da Constituição. “Não é inconstitucional qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares ao agirem na sua vida cotidiana podem contradizer ou infringir a Constituição ou os valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas, a eles também vinculadas e nem sequer a ofensa de normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-públicas. Estas violações podem ser relevantes no plano do Direito Constitucional;o seu regime é, no entanto, naturalmente diverso dos regimes específicos a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado”.¹⁷

Destarte, a inconstitucionalidade por ação ocorre quando há uma conduta comissiva ou positiva praticada por algum agente do Poder Público em desrespeito à Constituição, subdividindo-se, esse vício de inconstitucionalidade, em formal ou material. A via formal ocorre durante a fase de elaboração do ato normativo, quando alguma formalidade exigida pela Constituição foi desobedecida. É o caso, e.g. de lei ordinária, decorrente de projeto de lei apresentado por deputado federal aprovado para majoração do salário do funcionalismo público federal, que será inconstitucional, pois, segundo o Art. 31, § 1º, II, a da CF/88, a competência privativa para esse ato cabe ao Presidente da República, ou ainda um projeto de lei complementar aprovado por maioria simples na Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Tal projeto de lei sancionado, promulgado e publicado nestes termos apresenta nítido vício formal de inconstitucionalidade, já que visivelmente violado estaria o Art. 69 da CF/88, que prevê a maioria absoluta como *quorum*

¹⁶ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo, *op. cit.*, p.13

¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II. Coimbra, 1985. p.26

mínimo de aprovação.

Já a inconstitucionalidade material ocorre quando a própria **matéria** do ato normativo, ou seja, o seu conteúdo vai de encontro à Carta Magna. Pedro Lenza nos cita, por exemplo, uma lei discriminatória que afronta o princípio da igualdade. É interessante citar, ainda o ponto de vista do supracitado doutrinador acerca da existência do vício de decoro parlamentar.

O grande questionamento que se faz, contudo é se, uma vez comprovada a existência de compra de votos, haveria mácula no processo legislativo de formação de emendas constitucionais a ensejar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade? Entendemos que sim, no caso trata-se de vício de decoro parlamentar, já que, nos termos do art. 54, §1º, “é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens”.¹⁸

Por fim, há inconstitucionalidade por omissão quando o desrespeito à Constituição se dá por, como o próprio nome diz, omissão do Poder Legislativo quando há mandamento constitucional determinado a elaboração de norma reguladora. O controle de constitucionalidade por omissão não deve ser confundido com a utilização do remédio constitucional denominado mandado de injunção. Nesse sentido, Regina de Macedo Nery Ferrari afirma que:

O mandado de injunção deve ser exercitado por quem sinta seus direitos e liberdades vilado por falta de norma regulamentadora, de modo que fiquem incapazes de serem exercidos. Seu efeito aproveita apenas aquele que recorre ao disposto no citado art. 5º, LXXI e tal medida poderá vir a ser conhecida por qualquer juiz ou tribunal, tendo em seu âmbito restrito aos direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania. Neste instituto jurídico não se fala em inconstitucionalidade, a falta de norma torna inviável um direito constitucionalmente previsto, mas não é ainda caracterizada como inconstitucional o que poderá vir a ter tal caracterização no futuro, numa ação de declaração de inconstitucionalidade por omissão.¹⁹

1.4. Momentos de controle

Inicialmente, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade, quanto

¹⁸ LENZA, Pedro. *op. cit.*, p.100.

¹⁹ FERRARI, Regina de Macedo Nery. *A Inconstitucionalidade da Lei Municipal*. Curitiba, 1996. p. 32.

aos órgãos, pode ser de dois tipos: político e judiciário.

1.4.1. Controle prévio ou preventivo

O sistema de controle por órgão político é feito em Estados onde o órgão mantenedor da supremacia constitucional sobre o ordenamento jurídico é distinto dos demais poderes do Estado, como é o caso da França. Isso se deu pelo fato de os juízes do *Ancien Régime* serem sempre lembrados pelas sérias interferências no âmbito dos outros poderes, além disso, os juízes franceses daquela época utilizavam-se do ofício judiciário como um verdadeiro direito de propriedade ou direito patrimonial, como nos ensina Fernando Luiz Ximenes Rocha. Ademais, podemos adicionar a essa equação a ideologia enraizada na rígida doutrina da separação dos poderes de Montesquieu, que não consentia a intervenção do Judiciário na esfera de competência do Legislativo.

Já o controle exercido pelo Judiciário se dá quando a verificação da compatibilidade das normas com a constituição é realizada pelos órgãos pertencentes ao judiciário, sistema utilizado no Brasil. Para Nestor Sampaio Penteado Filho, o controle preventivo

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*).²⁰

O controle preventivo, como indica o próprio nome, constitui-se na submissão de uma lei ao controle enquanto a mesma ainda está em fase de formação, ou seja, um projeto de lei. Sendo assim, objetiva expurgar do ordenamento jurídico qualquer lei que padeça de vícios.

No Brasil, tal controle preventivo tanto pode ser exercido pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo. O controle preventivo realizado pelo Legislativo ocorre por meio das Comissões de constituição e justiça tanto do Senado

20 PENTEADO FILHO, Nestor. *Manual de Direito Constitucional*, São Paulo, 2005, p.29.

quanto da Câmara dos Deputados, evitando o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais.

De acordo com o Art. 32, III, do regimento Interno da Câmara dos Deputados, o controle será feito pela **Comissão de Constituição e Justiça e da Redação**, estabelecendo sua área de atividade em aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais e de técnicas de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas comissões, para efeito de admissibilidade e tramitação²¹.

Já no Senado Federal, de acordo com o artigo nº 101 de seu Regimento Interno, o controle será exercido pela **Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ)**, com competência para opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas pode deliberação do plenário ou por despacho do Presidente²².

Seguindo o mesmo raciocínio, o plenário das referidas Casas poderá verificar a inconstitucionalidade dos projetos de lei. É interessante observar a lição de Michel Temer ao observar que tal controle nem sempre ocorre sobre todos os projetos de atos normativos, citando sua incoerência, por exemplo, sobre os projetos de **medidas provisórias, resoluções dos Tribunais e decretos**.²³

No caso da CCJ do Senado declarar a inconstitucionalidade do projeto de lei, em se tratando de inconstitucionalidade parcial, o seu regimento interno versa que a Comissão **poderá** oferecer emenda objetivando sanar o vício. Entretanto, a regra geral pertencente ao Art. 1º do supracitado Regimento estabelece que, quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, desde que não seja unânime o parecer, haja recurso interposto nos termos do Art. 254 do RI, ou seja, interposto por no mínimo 1/10 dos membros do Senado, manifestando opinião favorável ao seu

21 MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p. 664-665.

22 MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p. 665.

23 TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo p. 43.

processamento. O procedimento é igualmente adotado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados.

De maneira simples, pode-se explicar o controle exercido pelo Poder Executivo quando o Presidente, no exercício de suas funções sanciona ou veta um projeto de lei. Caso o Chefe do executivo decida que uma lei é inconstitucional, esta decisão denominar-se-á **veto jurídico**. Por outro lado, o **veto político** é quando a lei é declarada inconstitucional quando é contrária ao interesse público.

1.4.2. Controle Posterior ou Repressivo

Se o controle preventivo era exercido durante a feitura da lei, ou seja, enquanto esta era um projeto de lei, o controle repressivo é exercido sobre um ato normativo válido e acabado. O controle repressivo exercido pelo Poder Judiciário é predominante na maioria dos sistemas constitucionais.

Os críticos de tal forma de controle alegam que há uma interferência, ou seja, uma quebra no princípio da separação dos três poderes, tendo em vista que o Judiciário estaria tutelando o próprio Estado tomando para si a função dos outros dois poderes. Pode-se dizer, em resposta, que o controle jurisdicional é o mais adaptado ao estilo das constituições rígidas e com os princípios do Estado democrático de direito. Como afirma Machado Horta, o Judiciário:

[...] reúne as condições ideais para o exercício dessa notável competência. Não dispõe de influência sobre a espada ou sobre a bolsa; não conduz a força nem a riqueza da sociedade. Em uma palavra, não pode intimidar pela violência nem corromper pelas facilidades. Há ainda o argumento de que os juizes não são eleitos pelo povo e, devido a isso, não tenham legitimidade para exercer função.²⁴

Outro argumento contra a função do judiciário à luz do controle constitucional normativo é o fato de os magistrados não serem escolhidos pelo povo, o que poria em xeque sua legitimidade para o exercício dessa função. Ora, a legitimidade dos juizes não está na natureza representativa, mas sim na sua sujeição “às leis emanadas da vontade do povo, que se expressa nas decisões

24 HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte 1995, p.152.

judiciais plasmadas no ordenamento constitucional e legal”²⁵.

Apesar de ter sido reiterado que o controle repressivo é exercido pelo Judiciário, existem, no Brasil, duas situações em que a fiscalização pode ser feita pelo Legislativo. Nas duas situações, o Legislativo poderá expurgar normas válidas do ordenamento jurídico, que deixarão de existir ou produzir efeitos, tendo em vista que padecem de vício de inconstitucionalidade.

A primeira hipótese está descrita no Art. 49, V da Constituição Federal que estabelece que o Congresso Nacional é competente para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. A referida fiscalização será feita por meio decreto legislativo promulgado pelo Congresso Nacional, que sustará ou o decreto presidencial, denominado decreto autônomo (Art. 84, IV) ou a lei delegada (CF/88, Art. 68).

A segunda hipótese diz respeito ao Art. 62 da CF/88. Nos termos de lei, o Presidente da República pode editar medidas provisórias no prazo de 60 (sessenta dias), devendo a mesma ser submetida à fiscalização pelo Congresso Nacional. É interessante observar que, mesmo sendo um ato normativo temporário, as medidas provisórias, uma vez editadas, já possuem força de lei. Cabe, então ao Congresso Nacional, aprovar ou revogá-la, o que não deixa de ser uma forma de fiscalização ou controle.

O STF admitiu, através da ADI ° 295-3/DF julgada em 22-6-90, serem as medidas provisórias objeto de ADI. Dessa forma, seja por via direta de inconstitucionalidade ou por parte de sustação ou suspensão pelo Congresso Nacional, as MPs poderão ser matéria de controle repressivo.

O controle repressivo pelo judiciário subdivide-se em dois outros métodos: o controle reservado ou concentrado (via de ação) e difuso ou aberto (via de exceção ou defesa).

25 ROCHA, Fernando Ximenes *apud* BANDRÉS, José Manuel. *Poder judicial y constitución*. p. 11.

1.5. Tipos de Controle: difuso e concentrado

O controle difuso, ou por via de exceção ou, ainda, via de defesa, teve sua origem nas tribunas norte-americanas, conseqüência do caso *Marbury versus Madison* no qual, o juiz Marshall decidiu que, caso haja conflito entre a legislação e a Constituição, deve prevalecer a última, tendo em vista que lei ordinária não pode ser maior que a Carta Magna. No Brasil, como foi dito antes, a hipótese de um controle difuso existe desde 1891, que, em seu Art. 59, como ressaltou Rui Barbosa

obriga esse tribunal a negar validade às leis federaes, quando contrarias à Constituição, e as leis federaes são contrárias à Constituição, quando o Poder Legislativo, adoptando taes leis, não se teve nos limites, em que a Constituição o autoriza a legislar, isto é, transpassou a competência, em que a Constituição o circunscreve.²⁶

Nesse método de controle, a fiscalização constitucional pode ser exercida por qualquer juízo ou tribunal em cada caso concreto. É interessante observar que, quando o objeto da ação não é a declaração de inconstitucionalidade, esta apenas é necessária para o prosseguimento da ação.

Sendo assim, pode-se dizer que o controle difuso ocorre quando, no meio de uma ação judicial, qualquer dos litigantes, não sendo necessário, pois, que apenas o pólo passivo seja titular para impugnar uma lei viciada, argüi para si, ou em defesa de sua causa, a inconstitucionalidade do ato normativo.

Cumprе salientar que a declaração de inconstitucionalidade, neste caso, é feita apenas para aquele ato ou situação em que se encontra a parte, ou seja, a lei ainda continua a vigorar no ordenamento jurídico. O efeito passa a ser, portanto, *inter partes*. Ressalte-se que a via de exceção também pode ser utilizada por meio dos remédios constitucionais descritos no Art. 5º d a CF/88, caso do *habeas corpus* e do mandado de segurança, além de ações ordinárias.

Os críticos dessa forma de exame constitucional alegam ser o controle exercido pelos tribunais algo inconsistente, já que uma mesma decisão pode ser

26 MORAES, Alexandre de, *apud*, BARBOSA, Rui. p.23

julgada diferente pelos diversos juízes, o que levaria a um imbróglio solucionado apenas quando o mesmo chega ao mais alto Tribunal. Outrossim, existe a possibilidade de que um juízo mude de deliberação e aplique lei anteriormente não aplicada.

O exame difuso pode ser realizado por qualquer órgão do Judiciário, tanto singular como colegiado. Contudo, como versa o artigo 97 da CF/88, na chamada cláusula de reserva do plenário, a inconstitucionalidade de qualquer norma só se torna evidente mediante voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou dos membros do respectivo órgão especial.

Segundo jurisprudência do STF, a não observância desse princípio acarreta a “nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que haja declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal”.²⁷. Aliada ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis, essa cláusula visa dar um maior suporte ao ordenamento jurídico, pois, caso o *quorum* descrito não seja alcançado, a norma permanece com seu caráter constitucional compatível com a Constituição. Outrossim, as decisões podem ser atacadas, em última instância, por recursos extraordinários, em conformidade ao descrito pelo Art. 102, inciso III da CF/88.

Acresça-se, por oportuno, que também o STF realiza controle de constitucionalidade na forma difusa. Desse modo, após a declaração de inconstitucionalidade dada pelo STF, exercendo sua função precípua de guardião da Lei Maior, será oficiado ao Senado Federal para que este se manifeste, por meio de resolução, no sentido de suspender a execução, total ou parcialmente, da lei em questão (Art. 52, X). O artigo 386 do Regimento Interno do Senado Federal estabelece que a declaração de inconstitucionalidade poderá ser feita mediante comunicação do Presidente do Tribunal; representação do Procurador-Geral da República; projeto de resolução da comissão de constituição, justiça e cidadania.

Ensina-nos Alexandre de Moraes que

A comunicação, a representação e o projeto acima referidos deverão ser

27 MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p. 670.

instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento. Uma vez lida em plenário, a comunicação ou representação deverá ser encaminhada à comissão de constituição, justiça e cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte²⁸.

Pode-se concluir, destarte, que a função do Senado é de suma importância, pois, apesar da função declaratória ser do STF, cabe, ao Senado Federal, a ofício de suspender o processo em comento, tanto na esfera das leis federais, bem como nas esferas estaduais, municipais e distritais.

Debate-se muito, doutrinariamente, acerca da questão da escolha por parte do Senado em suspender os efeitos de uma norma. Entende-se que o poder utilizado pelo Senado para tal feito é **discricionário**, ou seja, o mesmo possui liberdade para não suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão terminante do STF. Se fosse diferente, tendo em vista que a discricionariedade é um conceito vinculado à conveniência e oportunidade pública, haveria uma quebra ao princípio da separação dos três poderes proposta por Montesquieu.

Após a lei ser declarada inconstitucional pelo STF, e o Senado ter, por meio de resolução, decretado a suspensão da lei no ordenamento jurídico, repita-se, no caso concreto, ou incidentalmente, o efeito será *ex tunc*, ou retroativo, para as partes, **apenas para as partes**, pois, como foi visto antes, no controle difuso, o objetivo não é a declaração da constitucionalidade em si, mas sim sua declaração para efeito de deslinde da ação.

Uma pergunta bastante interessante pode surgir com relação ao controle difuso em sede de ação civil pública. Caso esta tenha efeito *erga omnes* não poderá ser utilizada como sucedânea da ação direta de inconstitucionalidade, pois entrará em contradição com a natureza do controle difuso, que é caracterizado por ser apenas *inter partes*. Tal fato acarretaria, ainda, uma usurpação de competência do STF, já que cabe a este exercer a função do controle concentrado, que gera, por sua vez efeito *erga omnes*

²⁸ MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, 671

O controle concentrado foi descrito no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda nº 16. Diferente do controle difuso, inspirado no direito norte-americano, a fiscalização concentrada foi baseada no direito austríaco, sendo criação de Hans Kelsen. De Fato, o ilustríssimo mestre doutrina que:

se a constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir essa questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico.

Para posteriormente, concluir que:

se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do direito²⁹.

O controle concentrado de constitucionalidade é exercido pelo STF, em sua função de sentinela constitucional nos casos em tese. Sendo assim, no controle concentrado não se leva em conta interesses pessoais, mas sim a constitucionalidade de norma em questão, expurgando-a do ordenamento jurídico.

Inicialmente, cabia, apenas ao Procurador-Geral da República questionar a constitucionalidade de uma norma, porém, como foi dito antes, a CF/88, inovou ao ampliar o rol de legitimação para o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido com representação política no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Nota-se que o controle concentrado é bem diferente do controle difuso. Enquanto este é exercido por qualquer juízo ou Tribunal no caso concreto, aquele é exercido apenas pelo STF, não sendo necessário um caso específico, ou seja, o controle é desempenhado em tese. Destarte, enquanto o objetivo do controle difuso

29 MORAES, Alexandre de. *apud* KELSEN, Hans.

é buscar a suspensão de uma norma para favorecimento de uma das partes, no controle concentrado busca-se a inconstitucionalidade da norma para fins de garantia de segurança nas relações jurídicas.

Interessante é a opinião do Mestre Hugo de Brito Machado ao afirmar que “a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na via de controle direto de constitucionalidade é, materialmente, de natureza legislativa, enquanto aquela proferida na via do controle difuso, esta sim tem natureza jurisdicional.”³⁰

Pode-se utilizar de diversas hipóteses disciplinadas na Constituição Federal para propositura de controle abstrato, para as quais a doutrina elaborou as seguintes nomenclaturas: ação direta de inconstitucionalidade genérica; ação direta de inconstitucionalidade interventiva; ação direta de inconstitucionalidade por omissão; ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental.

No caso de ADI para impugnação de lei sem eficácia, ou mesmo revogada, o STF pronunciou-se no sentido de sua impossibilidade, pois, caso acontecesse a declaração em tese de uma norma inexistente no ordenamento, converteria a ADI em um verdadeiro utensílio para garantia de circunstâncias lícitas subjetivas ou particulares, função desempenhada, como foi visto, pelo controle aberto.

O objeto das ações diretas de inconstitucionalidade conglomeram todo e qualquer ato revestido de natureza normativa, não se limitando apenas às espécies descritas no Art. 59 da CF/88. Destarte, são objetos de fiscalização por ADI: resoluções administrativas dos Tribunais de Justiça, emendas constitucionais e as deliberações administrativas dos órgãos do Poder Judiciário.

Seguindo o mesmo raciocínio, os atos que não possuem caráter normativo não poderão ser alvo de ADIs, como as Súmulas e as “respostas do TSE às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou

30 ROCHA, Fernando Luiz Ximenes, *op. cit.* MACHADO, Hugo de Brito.

órgão nacional de partido político, nos termos do Art. 23, XII do Código Eleitoral.”³¹

Curiosamente, o STF entendeu que as cláusulas pétreas não podem ser utilizadas como tese de ratificação de ADIs, pois servem como um limite ao poder constituinte derivado reformador. Nesse sentido, Otto Bachof doutrina no sentido da não existência de normas constitucionais inconstitucionais

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar a incondicional superioridade normativa da Constituição Federal, portanto, não adota a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), que possibilita a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais positivadas por incompatíveis com os princípios constitucionais não escritos e os postulados da justiça (*Grundentscheidungen*)³².

No caso de leis anteriores à promulgação da Constituição Federal, não caberá controle abstrato, uma vez que as normas deverão ser ajustadas por meio do método da recepção. Ora, como uma lei nova revoga a anterior, não há que se falar em inconstitucionalidade de leis anteriores à Constituição, e sim, no caso de incompatibilidade, em revogação de leis anteriores. Abrir-se-á apenas a exceção cabível nas hipóteses de arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos da Lei nº 9.882/99.

Os tratados internacionais também poderão ser objeto de controle abstrato, pois, para se incorporarem ao ordenamento jurídico pátrio, na qualidade de lei infraconstitucional, deverão ser ratificados pelo Congresso Nacional (CF/88, Art. 49, I). A exceção é estabelecida com relação aos tratados aprovados que versem sobre direitos humanos, estes passarão a ter equivalência às emendas constitucionais desde que sejam aprovados pelo mesmo *quorum* daquelas: aprovação, cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Destarte, os tratados são imbuídos de natureza normativa, o que, como foi dito antes, é característica fundamental para que sejam alvo de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado, pois não é aceitável que

³¹ MORAES, Alexandre de., *op. cit.* p. 691.

³² BACHOFF, OTTO. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Atlântica.

espécies normativas internacionais possam afrontar a supremacia das normas constitucional pátrias.

Conforme mencionado, foi com a inovação trazida pela Carta de 1988 que os partidos políticos obtiveram legitimidade para argüir a constitucionalidade de uma lei. É interessante observar que basta o partido político possuir apenas um parlamentar que o represente no Congresso Nacional para que tal partido seja parte legítima para propor ADI. O questionamento da legitimidade para a propositura da ação deve ser feito no início da impugnação da constitucionalidade da norma, sob pena de que, após ter sido legitimada, não mais poderá ser interrompida sob o argumento de perda de representação do partido político.

Ressalte que, uma vez iniciada a ADI, não pode haver desistência por parte do propositor da ação, já que tal conduta feriria o princípio da indisponibilidade. Diferente do controle difuso, que possui efeitos *ex nunc* e *inter partes*, o controle abstrato, após o fim do procedimento e declarada a inconstitucionalidade da norma, possui efeitos retroativos (*ex tunc*) e eficácia para todos (*erga omnes*).

Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade

decreta a total nulidade dos atos emanados do poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito.³³

Outra diferença fundamental entre controle abstrato e difuso é o fato de que neste último a lei é extirpada por completo do ordenamento jurídico, enquanto que naquele a lei permanece, sendo suspensa apenas no caso concreto, ou como lembra o Ministro Moreira Alves:

Entre nós, como se adota o sistema misto de controle judiciário de inconstitucionalidade, se esta for declarada, no caso concreto, pelo Supremo tribunal Federal, sua eficácia se limita às partes da lide, podendo o Senado federal apenas suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da Constituição). Já, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por meio de ação direta de

³³ RTJ 146/461

inconstitucionalidade, a eficácia dessa decisão é *erga omnes* e ocorre, refletindo-se sobre o passado, com o trânsito em julgado do aresto desta Corte”³⁴.

Esporadicamente, em vista de razões de segurança ou excepcional interesse social, o STF, através de deliberação de maioria de dois terços de seus membros, pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma ou determinar que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento a ser estabelecido. Em vista das mesmas razões, quais sejam, segurança ou excepcional interesse social, poderá o STF, pelo mesmo *quorum* supracitado estabelecer efeitos não retroativos (*ex nunc*).

Não se pode deixar de ponderar acerca do valor da Emenda Constitucional nº45/04 ao constitucionalizar o efeito vinculante, estabelecido pela Lei nº 9.868/99, em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta em todas as esferas: federal, estadual, municipal e distrital. Desse modo há um atrelamento obrigatório para todos os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário para as deliberações determinantes de mérito, articuladas pelo Pretório Excelso nas ações diretas de inconstitucionalidade. Tal é a força da EC nº 45/04, que afasta até mesmo a possibilidade de controle difuso por parte de outros tribunais ou juízos.

Alexandre de Moraes entende que os efeitos vinculantes estendem-se até mesmo ao Poder Legislativo, o que o obrigaria a não criar leis que vão de encontro ao estabelecido pelos efeitos vinculantes de uma norma. Entendimento diverso é o atestado pelo próprio STF, ao determinar que os efeitos vinculantes não alcançariam o Legislativo, já que

afetaria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel subordinado perante o poder incontrolável do primeiro, acarretando prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo, bem como criando mais um fator de resistência a produzir o inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição.³⁵

É interessante observar que as decisões do Pretório Excelso não

³⁴ RTJ 151/331-355.

³⁵ STF-Pleno_ rcl 2617 AgR/MG – Rel. Min. Cezar Peluso – Informativo STF nº 377 e Informativo STF nº 386.

vinculam a si mesmo senão vejamos:

embora salientando a necessidade de motivação idônea, crítica e consciente para justificar eventual apreciação de uma questão já tratada pela Corte, concluiu no sentido de admitir o julgamento das ações diretas, por considerar que o efeito vinculante previsto no §2º do art. 102 da CF não condiciona o próprio STF, limitando-se aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, e que, no caso, ficou demonstrada a distinção entre os dispositivos impugnados.³⁶

O Atrrelamento imperativo, ou seja, a vinculação obrigatória, incidirá nas quatro hipóteses: procedência da ação; improcedência da ação; interpretação conforme a constituição ou declaração parcial de inconstitucionalidade.

Exige-se, de acordo com a supremacia das normas constitucionais e a presunção da constitucionalidade das normas, que a interpretação normativa seja sempre em conformidade com o que versa a Lei Maior. Conclui-se que a interpretação conforme a constituição só é possível nos casos em que uma espécie normativa possua várias formas de interpretação, tanto adaptadas ao ordenamento jurídico ou não. Obviamente, não terá espaço a interpretação conforme a constituição quando esta destoar de texto expresso e positivado na lei. Caso isso ocorresse, haveria uma quebra ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que o judiciário estaria fazendo as vezes do Poder Legislativo, ao legislar, e Executivo, ao editar medidas provisórias, criando, dessa forma, um novo documento jurídico.

O STF pronunciou-se no sentido de afirmar que esse método “só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco”³⁷.

A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto pode ser utilizada como um instrumento para se conseguir uma interpretação conforme a constituição. Entende-se, dessa forma, que os dois métodos se complementam, produzindo efeitos semelhantes, ou seja, o STF, através da declaração de

³⁶ STF – Pleno- ADI nº 2.675/PE- Rel. Min Carlos Velloso, decisão: 26-11-2003.

³⁷ STF- Pleno- ADI Nº 1344-1 ES.

inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, objetivaria buscar uma interpretação conforme a constituição para proteger a constitucionalidade do ato normativo.

Acerca dos efeitos repristinatórios causados pela declaração de inconstitucionalidade, por meio da via direta, pelo STF, tem-se que, inicialmente, é possível definir efeito repristinatório como a restauração de dispositivo legal já revogado. Ilustrando como exemplo: se a Lei A for revogada pela Lei B, em 1º de janeiro, sendo esta, posteriormente, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 30 de julho, não haverá solução de continuidade na vigência da Lei A, que manterá sua vigência inclusive no período compreendido entre 1º de janeiro e 30 de julho, em virtude dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade.

É de se observar, contudo, que se deverá afastar o efeito repristinatório indesejado, que incide quando passa a vigorar uma lei inconstitucional devido à revogação de uma outra lei também inconstitucional. Caso ocorra a situação supracitada, o autor da ação estaria obrigado a também contestar a inconstitucionalidade da lei A.

Após a explanação acerca dos efeitos gerados pelas impugnações por via direta, paira dúvida sobre como garantir a eficácia das decisões promulgadas em sede de ADIs, tendo em vista a possibilidade de desobediência dos Tribunais perante as determinações do Pretório Excelso.

O STF, por meio do Agravo Regimental nº 1.880, deli berou que: “todos aqueles que forem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pelo STF no julgamento de mérito proferido em ação direta de inconstitucionalidade sejam considerados parte legítima para propositura de reclamação.”³⁸.

Sendo assim, caberá reclamação (CF/88, Art. 101, I, I) contra as decisões proferidas pelos tribunais que estejam em desacordo ao estabelecido nas ações de

³⁸ STF – Pleno-Reclamação (AgR- questão de ordem) nº 1.880/SP Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 6-11-2002, Informativo STF, nº289.

controle concentrado, tanto por ADI quanto por ADC, pois, como foi visto, ambas são revestidas ou imbuídas de caráter vinculante.

No que tange à ação direta de inconstitucionalidade interventiva, preliminarmente, a CF/88 estabelece que os entes formadores da República Federativa do Brasil, isto é, a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios, são independentes, ou seja, possuem organização e autonomia própria. Todavia, existem possibilidades de intervenção, conforme o Art. 34 da supracitada constituição. De acordo com a Carta Magna, caberá intervenção federal da União nos Estados e no Distrito Federal para preservação dos chamados princípios sensíveis (art.34, VII, CF/88): forma republicana, sistema representativo e regime democrático, direitos da pessoa humana, autonomia municipal, prestação de contas da administração pública, direta e indireta e aplicação do mínimo da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

É de se observar que a EC n° 29/00 estabeleceu que a aplicação do mínimo determinado não se limitasse apenas à manutenção e desenvolvimento do ensino, mas também às ações e serviços públicos de saúde.

Tais princípios são denominados sensíveis pelo fato de que os Estados-Membros e Distrito Federal estão obrigados a observá-los no exercício tanto de suas competências legislativas, como nas administrativas ou tributárias, sob pena de que lhes seja cominada a sanção política mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política.

Desse modo, qualquer ato estadual ou distrital que afronte os princípios sensíveis da constituição é objeto de intervenção política mediante controle por via de ação direta.

O Procurador-Geral da república, exercendo função *dominus lictis*, detém a legitimidade ativa **exclusiva** para interpor ação direta de inconstitucionalidade interventiva, dependendo, entretanto de provimento dado pelo

STF.

É interessante observar que o membro supracitado do Ministério Público da União, pelo fato de atuar discricionariamente, ou seja, por conveniência e oportunidade do Poder Público, não está compelido a acatar a decisão da Suprema Corte, podendo decretar o arquivamento de qualquer representação que lhe tenha sido conduzida.

Conclui-se que a finalidade da ação direta interventiva é tanto política quanto jurídica, pois ao declarar a inconstitucionalidade da lei estadual ou distrital que contrarie os princípios sensíveis estar-se-á a exercer atividade jurisdicional, e ao decretar a intervenção federal no Estado-membro ou no Distrito Federal, atividade política.

É de fundamental importância o papel do presidente da república, pois é ele quem decreta a intervenção federal, ficando condicionado apenas à requisição por parte do STF. Caso o decreto presidencial, com função de suspender a execução do ato impugnado, não seja suficiente para restabelecer a situação, será decretada, pelo Chefe do Executivo, a intervenção federal.

Desse modo, serão afastadas de seus cargos as autoridades responsáveis, sendo nomeado um interventor para cuidar de suas atribuições. Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de suas funções a estas voltarão, salvo impedimento legal, conforme o Art. 36, §4º da CF/88.

No caso de intervenção estadual devido à lei municipal confrontante com a Constituição Estadual ou para prover a devida execução de lei, ordem ou decisão judicial, caberá ao Procurador-Geral de Justiça a legitimidade para a ação, ficando condicionado ao provimento do Tribunal de Justiça local.

Após julgada procedente a ação, o Presidente do Tribunal de Justiça comunicará ao Governador do Estado para que suste os efeitos do ato impugnado. Da mesma forma que na intervenção federal, caso esta medida não seja suficiente para restabelecer a situação, o Governador do Estado, também por meio de decreto,

determinará a intervenção estadual no município, nomeado um interventor e afastando as autoridades competentes de suas funções.

Conforme dito antes, a inconstitucionalidade pode ser declarada tanto por comissão quanto, a partir de inovação trazida pela constituição de 1988 inspirada no art. 283 da Constituição Portuguesa, por omissão.

Dessa forma, leis ou atos normativos que dependessem de complementação infraconstitucional poderiam ter sua inconstitucionalidade argüida para que o legislador pudesse suprir a lacuna causada pela abstenção de um dever garantido pela CF.

De acordo com o Art. 103, §2º, da CF/88, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada a ciência ao poder competente para a doção das providencias necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” O objetivo, portanto, é tornar eficaz uma norma destituída de sua eficácia, logo, estar-se-á a falar de normas de eficácia limitada.

Tal fato ocorre quando o Poder Público deixa de regulamentar uma lei de eficácia limitada, passando a criar uma lacuna, ou um vício de forma, que deve ser sanado por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Alexandre de Moraes ensina que:

as hipóteses de ajuizamento da ação de inconstitucionalidade por omissão não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, por exemplo, art. 128, § 5º, que estabelece a necessidade de edição de lei complementar para estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por exemplo, o artigo 7º XI da Constituição Federal prevê a participação dos empregados nos lucros, ou resultados da empresa, conforme definido em lei, por dependerem da atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucional por omissão³⁹.

³⁹ MORAES, Alexandre de Moraes, op. cit., p. 720-721

Deve-se observar que a omissão poderá ser total ou parcial. Diz-se total quando houver lacuna na realização da obrigação de legislar; parcial, quando houver lei integrante infraconstitucional, porém, de forma precária.

Os legitimados para propor ADI por omissão são os mesmos da ADI genérica e a tramitação processual também é a mesma. Diferentemente da ADI Genérica, na ADI por omissão não é necessária a oitiva do Advogado-Geral da União, pois não existe texto constitucional impugnado a ser defendido.

O Art. 103, §2º da CF/88, estabelece as conseqüências causadas pela procedência da ADI por omissão declarada pelo STF. Inicialmente, devemos considerar acerca da não possibilidade de correção da lei ou mesmo uma promulgação de texto normativo pelo Poder Judiciário, pois feriria o princípio da tripartição dos poderes, não sendo incumbido a qualquer órgão judicial o poder de legislar, salvo para seu próprio Regimento Interno.

Destarte, após a declaração de inconstitucionalidade por omissão, haverá deliberações tanto por parte do Órgão Administrativo quanto pelo Poder Legislativo. Caberá, ao Órgão Administrativo, a adoção de providências necessárias no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilização.

Ao poder legislativo, caberá, discricionariamente, adotar as providências necessárias sem prazo estabelecido, pois, devido ao princípio da tripartição dos poderes, não existirá possibilidade de coibição pelo Poder Judiciário para que o Legislativo exerça seu múnus. Após toda a tramitação legal e dada a ciência ao Legislativo, a decretação da omissão terá efeito *erga omnes* e *ex tunc*.

No tocante à ação declaratória de constitucionalidade, a mesma foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio por meio da EC nº 3/93. O rol de legitimados para propositura de ADC é a mesma da ação direta de inconstitucionalidade genérica.

Diferente do controle estabelecido por meio de ADI, o objetivo da ADC é transferir para o STF declaração de **constitucionalidade** de uma norma que esteja

sendo alvo de constantes acometimentos pelos juízes e Tribunais inferiores por meio do controle difuso.

Graças aos efeitos vinculantes estabelecidos pela EC nº45/04, uma vez que a constitucionalidade de um texto legal é declarada, os Poderes Executivo e Judiciário ficam atrelados à decisão pronunciada.

O alvo de ADC são as leis federais e, após a Emenda Constitucional nº 29/00, leis ou atos normativos estaduais e distritais. Para interpor uma ADC é necessário que se junte, à petição inicial, comprovação de controvérsia judicial que demonstre que a presunção de constitucionalidade de uma norma esteja sob ataque.

É interessante observar que, para a comprovação da controvérsia, determina-se prova de desavença judicial, e não somente posicionamentos doutrinários divergentes, exigindo-se, como cita o Ministro Carlos Velloso “a existência de inúmeras ações em andamento em juízos ou tribunais, em que a constitucionalidade da lei é impugnada”⁴⁰.

Destaca, também, o STF “a delimitação da ação declaratória de constitucionalidade não adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes são sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar”⁴¹.

Da mesma forma que todos os instrumentos de controle concentrado, a ADC, após ser declarada procedente, possui efeitos retroativos e *erga omnes*, além de ser vinculativa aos demais órgãos do Poder Executivo e do Judiciário.

Existem ainda duas possibilidades que podem ocorrer quando uma ADC é julgada procedente: a possibilidade de a lei ter sua constitucionalidade julgada parcialmente e a possibilidade de procedência por meio de interpretação conforme a constituição.

No primeiro caso, apenas parte da norma foi declarada constitucional,

⁴⁰ Voto do Ministro Carlos Velloso, na ADC nº 1-1/DF

⁴¹ STF- Agravo de Instrumento Nº 174.778-1 Rio Grande do Sul, Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, seção I, 22 set 1995, p. 30.573.

devendo, o restante ser expurgada do ordenamento jurídico com efeitos retroativos.

No segundo caso, a lei é declarada constitucional desde que siga determinado modo de interpretação, que será vinculativo tanto para os órgãos da Administração Pública quanto para os órgãos judiciários.

Após declarada a constitucionalidade de norma levando em conta o critério da interpretação, esta não poderá mais ser alvo de divergências mesmo que surjam novos fatos ou novas formas de interpretá-la, já que, quando uma lei se torna objeto de controle abstrato, o que está em questão não é sua causa de pedir, e sim a análise profunda dos aspectos constitucionais de um dispositivo constitucional.

Outra forma de o STF exercer o controle concentrado será por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 102, § 3º, determina ser competente para o julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental o Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Depreende-se do texto do dispositivo mencionado que o legislador constituinte originário atribuiu eficácia limitada à referida norma, visto que conferiu ao legislador ordinário o mister de regulamentar o processamento da ADPF no âmbito do STF.

Atendendo ao citado mandamento constitucional, foi editada a lei nº 9.882/99, que regulamentou a ADPF, definindo como órgão competente para processar e julgar ADPF o Supremo Tribunal Federal. Pedro Lenza, a respeito da matéria, aduz que:

O que se percebe, então, é que de maneira inovadora, a nova lei atribuiu competência originária ao STF para apreciar não só a lesão ao preceito fundamental resultante de ato do poder público, como verdadeiro controle concentrado de Constitucionalidade de leis ou atos normativos, além dos federais, estaduais, os municipais e atos anteriores à constituição, lesionadores de preceitos fundamentais [...]⁴²

Delimitou, ainda, a lei em tela as hipóteses de cabimento da arguição, prevendo duas modalidades de cabimento: como ação autônoma (ação sumária) ou por equivalência ou equiparação.

⁴² LENZA, Pedro. *op. cit.*, p.240

Como ação autônoma, a argüição é disciplinada pelo Art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99, com o seguinte teor: “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*”.

Observa Pedro Lenza:

[...] nítido caráter **preventivo** na primeira situação (**evitar**) e caráter **repressivo** na segunda (**reparar**) **lesão a preceito fundamental**, devendo haver **nexo de causalidade** entre a **lesão ao preceito fundamental** e o **ato do Poder Público**, de que esfera for, não se restringindo a atos normativos, podendo a lesão resultar de **qualquer ato administrativo**, inclusive decretos regulamentares.⁴³(Grifos do autor)

Por outro lado, a hipótese de cabimento de ADPF por equivalência ou equiparação é prevista no parágrafo único do Art. 1º da lei de regência, nos seguintes termos: “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*”.

Nesta modalidade, imprescindível que se demonstre a divergência jurisdicional, isto é, a comprovação da controvérsia judicial relevante que envolve a aplicação do ato normativo, violador do preceito fundamental.

Cumprе salientar que nem a CF/88 nem a lei 9.882/99 se dispuseram a conceituar “preceito fundamental”, restando à doutrina tal incumbência até que o STF postule tal definição.

Acrescente-se, ademais, o caráter subsidiário da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental decorrente da vedação da Lei 9.882/99

⁴³ LENZA, Pedro. *op. cit.*, p.238.

da utilização da ADPF quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade.⁴⁴

No que tange à legitimidade para a propositura, a Lei nº 9.882/99 admite como legitimados os mesmos da ADI genérica, conforme o disposto no Art. 2º, I da lei de regência. Não de ser observadas, portanto, todas as peculiaridades que envolvem os legitimados, inclusive o requisito da pertinência temática exigido quando da propositura de ADI genérica, que também aqui se exige.

Anote-se que o Art. 2º, II da Lei nº 9.882/99 permitia a legitimação de qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público, mas foi vetado. Não obstante o referido veto, o Art. 2º, § 1º estabelece que “na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá o cabimento do seu ingresso em juízo”.

Quanto à participação do Ministério Público nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, o Art. 7º, § único da Lei nº 9.882/99 determina que o *Parquet*, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações. Tal disposição vai ao encontro do que postula a CF/88 em seu Art. 103, § 1º, quando determina que o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

A decisão, em sede de ADPF, terá eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes com relação aos demais órgãos do Poder Público, além de efeitos retroativos (*ex tunc*), cabendo, inclusive, reclamação para garantia desses efeitos.

⁴⁴ Nesse sentido, o STF já se manifestou “No caso dos autos, a impugnação suscitada pela mesa da assembléia legislativa de São Paulo poderia ser manifestada por meio de ação direta de inconstitucionalidade, meio eficaz bastante para sanar eventual lesividade do provimento sob enfoque. Registre-se, por outro lado, que o mencionado provimento nº 747/2000 é objeto da ADI 2415, de que sou relator, formalizada pela Assoc. dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG. Evidente, desse modo, a ausência do requisito no referido art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, uma vez que os efeitos lesivos do ato impugnado podem ser sanados por meio eficaz que não a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ante o exposto, indefiro liminarmente a inicial, na forma do art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.882/99, determinando o arquivamento do feito” (STF – ADPF nº 13-1 – Rel. Min. Ilmar Galvão).

Admite-se, entretanto, da mesma forma que ocorre com a ADI, como exceção ao princípio da nulidade, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria qualificada de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado.

É, contudo, irrecurável a decisão em sede de ADPF, tanto nos casos que julgar procedente quanto nos que julgar improcedente o pedido, não sendo possível constituir objeto de ação rescisória.

CAPÍTULO II: A INSERÇÃO DA LEI MUNICIPAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O República Federativa do Brasil é formada pela União, Estados-membros, Municípios e pelo Distrito Federal, todos entes de direito público interno e dotados de autonomia constitucional e política, cabendo à União exercer a soberania do Estado Federal.

2.1. O município na organização federativa brasileira

Para José Afonso da Silva a autonomia municipal está contida em:

quatro capacidades: a) capacidade de auto-organização, mediante a elaboração de lei orgânica própria; b) capacidade de autogoverno, pela efetividade 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).⁴⁵

Ensina-nos Celso Ribeiro Bastos que “autonomia significa a capacidade ou poder de gerir os próprios negócios dentro de um círculo prefixado pelo ordenamento jurídico que a embasa”⁴⁶.

A administração, em esfera municipal é atribuição do Prefeito, cabendo-lhe a função de nomear auxiliares e supervisionar os serviços e condução de obras.

A Câmara Municipal detém a atribuição Legislativa, cabendo, aos vereadores, eleitos pela população local, a função de representá-los indiretamente por meio da feitura dos textos constitucionais em âmbito local.

Curiosamente, o município não possui organização judiciária própria, sendo todos os litígios em âmbito municipal submetidos ao Tribunal de Justiça Estadual e ao Tribunal Regional Federal. No tocante à competência municipal, a Constituição Federal 1988 abraçou como critério determinante o interesse local, que

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *O município na Constituição de 1988*. São Paulo.1991. p. 8

⁴⁶ FERRARI, Regina de Macedo Nery *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. p.48

se deve entender como “aquele ligado de forma direta e imediata à sociedade municipal, cuja solução não pode ficar na dependência de autoridades distantes do grupo, que não vivem problemas locais”⁴⁷.

José Afonso da Silva afirma que “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”⁴⁸.

Desse modo,

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 qual estão discriminadas as competências do Município, observadas as peculiaridades locais e as competências supletivas (Constituição Federal, arts. 23, 29 e 30).⁴⁹

A Carta Política de 1988 foi de suma importância para os municípios brasileiros, tendo em vista que sua esfera de atuação da autonomia foi aumentada, “fazendo do Município peça essencial ao sistema federativo brasileiro, impondo-se como ente federativo de terceiro grau”,⁵⁰ já que foi nela que o município ganhou capacidade para descrever sua própria Lei Orgânica, que seguirá todo o solene e formal processo de feitura que será adiante comentado.

A despeito de toda importância das entidades municipais, há os críticos que questionam tal valor. Entre eles podemos citar José Afonso da Silva. O douto mestre conclui que a admissão do município como entidade de terceiro grau nada significa, pois “não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa”.⁵¹ Nesse mesmo sentido, José Nilo de Castro defende que o Município é “entidade condômina de exercício de atribuições constitucionais.”⁵²

⁴⁷ FERRARI, Regina de Macedo Nery. *op. cit.*, p. 45.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da Silva, *op. cit.* p.15.

⁴⁹ CASTRO, José Nilo de Castro. *Direito Municipal Positivo*, Belo Horizonte.1996 .p. 52.

⁵⁰ ROCHA, Fernando Ximenes. *op. cit.*, p. 114.

⁵¹ SILVA, José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 46

⁵² CASTRO, José Nilo de Castro. *O Poder Municipal*. São Paulo, p. 119.

Outra parte da doutrina alega ataca a importância do município pelo fato de que não há intervenção federal nestes, sendo, tal função exercida pelos Estados-Membros.

A despeito das opiniões dos ilustres mestres, não há como negar a importância dos municípios como entidade integrante da Federação, já que, se assim não o fosse, a nova Carta Política não teria lhes concedido tantos poderes, galgando, destarte, tal posição de destaque.

Apesar de ter sua própria autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, não se pode deixar de citar que a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento dos Municípios far-se-ão por lei estadual, nas termos do artigo 18, §4º, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar.

Pode-se observar que o município brasileiro está vinculado, ou melhor dizendo, está submetido aos dispositivos legais dos Estados Membros da federação. Exemplo marcante é o fato de que os Estados podem declarar a inconstitucionalidade das leis municipais e intervir, caso essa declaração não restabeleça a situação de normalidade, entendida tal situação quando não há afronta de lei municipal perante a Constituição Estadual.

Para demonstrar o atrelamento do município aos demais entes federativos, ressalta Regina de Macedo Nery Ferrari que:

carências ou deficiências locais devem ser supridas pelos órgãos dos governos estadual e federal, porque em última análise a receita federal e estadual se constituem a partir de bases municipais.⁵³

Ainda, conforme o Art. 45, podem a União e os Estados intervir nos seus municípios quando: I - deixar de ser paga, sem motivo de forma maior, por dois anos consecutivos, a dívida infundada; II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei; III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e serviços públicos de saúde; IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de

⁵³ FERRARI, Regina de Macedo Nery. *op. cit.*, p.50.

princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

2.2. O processo legislativo das leis municipais

O processo legislativo surge como meio de elaboração normativa, a qual não se dá abruptamente, mas sim através de um processo solene e formal.

Com relação ao processo legislativo, cabe à Câmara Municipal exercer função legislativa, desde que sempre em consonância com a Constituição Estadual e a Constituição Federal.

Os municípios brasileiros reger-se-ão por Lei Orgânica Municipal, que funciona como uma verdadeira Constituição Municipal, sendo votada em dois turnos pelas respectivas Câmaras Municipais, com interstício mínimo de dez dias, aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal. Também se pode dizer que a autonomia municipal se exprime pela eleição dos membros do Legislativo e Executivo, vereadores e prefeitos e pela autonomia administrativa e financeira.

Tudo que abranger interesse e importância local pertencerá à competência municipal. Como a palavra interesse possui um cunho abstrato e vago, decidiu-se que caberia à União a elaboração de normas de caráter geral, enquanto que aos Estados e Municípios caberia legislar supletiva e complementarmente.

Celso Antonio Bandeira de Mello doutrina que o objeto de “competência da União pode ter ressonância no plano Municipal, salientando, no entanto, que perante certas matérias, deferidas à União, improcede alegar o interesse local.”⁵⁴

Dessa forma, sabe-se que há matérias, como as relações de trabalho, a caça e a pesca, que são de competência da União, mas pode o Município coordenar aspectos externos a elas para ajustar à realidade local.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. 1994. p 95

Podemos citar como exemplo o verbete de súmula nº 419 do STF ao dizer que “os Municípios têm competência para regular o horário de comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas.”

Outro exemplo bastante interessante refere-se ao Art. 22, XI, da CF/88, ao afirmar ser da competência da União legislar sobre tráfego nas vias terrestres. Seguindo o raciocínio supracitado, podemos concluir que, mesmo em *lato sensu* a competência sendo da União, quando em âmbito municipal, ou seja, em vias municipais, cabe deliberar acerca de seus estacionamentos, locais de parada e sinalização, pois, conforme dito, trata-se de mérito local.

Hely Lopes Meireles doutrina 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. Quando às leis delegadas, o Constituinte municipal, se adotá-las deverá delimitar o seu campo de abrangência, a exemplo do disposto no artigo 68 da Constituição Federal, evidentemente nas matérias de competência do município.⁵⁵

Com relação à fiscalização financeira e orçamentária, o controle interno é exercido pelo Executivo e o controle externo é concretizado pela Câmara Municipal, auxiliada pelos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios onde houver, nos termos do Art. 31, disciplinado pela CF/88.

O processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Lei Orgânica, leis complementares à Lei Orgânica, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções, sendo que iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer Vereador, ao Prefeito e aos cidadãos.

Vale ressaltar que caberá a iniciativa popular de projeto de lei mediante subscrição de, no mínimo, cinco por cento do eleitorado do Município, da cidade, ou

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo. 1996. p. 472.

do bairro, conforme o interesse ou a abrangência da proposta. Com relação às deliberações da Câmara, serão tornadas por maioria simples de voto, presente a maioria absoluta de seus membros, salvo disposição em contrário constante Lei Orgânica do respectivo Município. O Prefeito, na qualidade de Chefe do Executivo local, poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

Da mesma forma que a Constituição Federal de 1988, A Lei Orgânica não poderá ser emendada na vigência do estado de sítio ou de intervenção no Município.

Por fim, o § 3º do supracitado artigo estabelece a fiscalização popular, que possibilita a qualquer contribuinte, durante sessenta dias, anualmente, apreciar e examinar as contas dos Municípios, questionado-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

CAPÍTULO III: CONTROLE DAS LEIS E A TOS NORMATIVOS MUNICIPAIS FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Foi com a constituição de 1988 que se concretizou a possibilidade de os Estados-membros impugnarem, por meio de representação de inconstitucionalidade, lei ou ato normativo municipal que confrontasse a Constituição Estadual.

3.1. Controle das leis e atos normativos estaduais e municipais frente à Constituição Estadual

A autorização estabelecida pelo constituinte de 1988 possibilitou aos Estados-Membros criarem um subsistema de proteção de sua constituição, dando vazão ao princípio da autonomia dos estados federados, desde que sempre em consonância aos princípios descritos na Lei Maior Federal.

Guardadas as devidas proporções, o controle abstrato exercido pelos Estados segue o modelo utilizado pelo STF para a impetração de ADI.

A diferença reside em alguns aspectos. Primeiro, há que se falar da possibilidade de ajuizamento de recurso extraordinário pela esfera federal o que, por sua vez, não é possível em âmbito estadual.

O Recurso extraordinário, inspirado no direito norte-americano, é um tipo de recurso utilizado para salvaguardar a uniformidade da aplicação da Constituição Federal em todos os entes da República Federativa do Brasil.

É por meio do Recurso Extraordinário que o STF executa a tarefa de defesa do Estatuto Maior. Dessa forma, cria-se uma barreira no sentido de proteção da Carta Constitucional frente aos eventuais ataques realizados pelo Poder Judiciário.

De fato, o Art. 102, III, estabelece 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 da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta constituição.”.

A segunda particularidade está relacionada aos legitimados para propor a referida ação de inconstitucionalidade. O § 2º, do Art. 125, CF/88 versa 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.

Sendo assim, os constituintes estaduais não estão obrigados a considerar como titulares da ação direta os órgãos e entidades equiparáveis aos elencados no mencionado dispositivo, embora ali se ofereça. Como Alerta José Afonso da Silva, “uma pauta que pode orientar o constituinte estadual.”⁵⁶

Uma questão controversa surge quando há possibilidade de controle de constitucionalidade, por via de ação direta, de lei ou ato normativo estadual ou municipal ferir algum preceito da Constituição Estadual que seja idêntico a texto da Carta Política Maior (texto confuso)

Nesse caso, o STF deliberou que caberá aos Tribunais de Justiça Estaduais processar e julgar ADI contra lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual, mesmo que seja o caso de preceito reproduzido fielmente da Constituição Federal.

Entretanto, pode ocorrer que a celeuma não termine com a decisão dos Tribunais de Justiça, em se tratando de lei estadual, pois, conforme visto, caberá recurso extraordinário junto ao STF, que terá função precípua de decidir definitivamente a demanda.

Na hipótese da ação ser ajuizada, em se tratando de lei estadual,

⁵⁶ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes *apud* SILVA, José Afonso da, p.531

concomitantemente no Tribunal de Justiça Estadual e no STF, a ação tramitará apenas na Corte Suprema, sendo suspensa no Tribunal local. Se a decisão declarada pelo STF for pela inconstitucionalidade do ato normativo, a lei estadual terá eficácia *erga omnes*, vinculando o Tribunal de Justiça.

Entretanto, se a ação federal for julgada inconstitucional, “poderá a ação estadual prosseguir com relação aos demais fundamentos jurídicos, que não o atinente ao dispositivo repetido pela constituição federal”⁵⁷.

3.2. A posição hierárquica da constituição dos estados frente à lei municipal

Percebe-se, através de estudo constitucional, que os Municípios são mesmo imbuídos de autonomia legislativa, entidades geradas dentro dos Estados-Membros da Federação, portanto submetidos às suas normas.

Pode depreender-se dessa informação que há uma hierarquia normativa entre a Constituição estadual e a lei local, **exceto** quando o dispositivo legal está contido em competência exclusiva do Município. Nesse caso, não existe qualquer relação de subordinação entre os dois entes federativos, tendo em vista que ambos possuem sua parcela de autonomia nos termos da CF/88.

Destarte, quando se tratar de matéria ou objeto normativo em que haja interesse local, ou expressamente definido em lei como de competência exclusiva municipal, haverá prevalectimento desta, em detrimento das demais entidades políticas.

Obviamente, deduz-se que, em não havendo exclusividade de competência local, dever-se á respeitar as normas estaduais e, sobretudo, sua Carta Estadual.

Conclui-se que, para evitar conflitos normativos e assegurar a concordância do aparelho judicial, as normas municipais devem embasar-se

⁵⁷ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*, São Paulo. 2001. p.184

“naquelas em que são superiores, como a Lei Orgânica e as Constituições Federal e Estadual”⁵⁸.

3.3. A inconstitucionalidade de lei municipal em face à CF/88

Considerar-se á o controle agora o controle da constitucionalidade no tocante às leis ou atos normativos municipais.

Na hipótese de lei municipal afrontar a Constituição Federal por meio de ação direta, será admissível, para as decisões dos tribunais inferiores revisão pelo STF, em grau de recurso extraordinário, conforme ao artigo 102, III, C da CF/88, quando aduz 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.”.

Entretanto, quando a transgressão for da Constituição do Estado-Membro por lei ou ato normativo municipal, as decisões dos órgãos judiciais inferiores serão apreciadas apenas pelos Tribunais de Justiça dos Estados.

Excepcionalmente, quando uma norma estadual for uma cópia fiel da norma federal, caberá sim recurso extraordinário, pois se considera que a afronta não foi apenas perante Carta Política Estadual, mas sim perante a Constituição Federal.

Nos demais casos, prevalecerá o entendimento da Súmula 280 do STF ao afirmar que “por ofensa local não cabe recurso extraordinário”.

A Carta Magna anterior já havia deliberado no sentido de não permitir a interposição de recurso extraordinário contra determinação que julgasse válida lei ou ato do governo local contraposto perante a Constituição Estadual.

⁵⁸ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes, op. cit. p 121.

Uldorido Pires dos Santos ressalta que os atentados cometidos contras as constituições Estaduais, ou contra leis locais “são dirimidos pelos tribunais locais em última instância”⁵⁹.

Ana Maria Guelber Correa ponderando considera que “para interposição de dito recurso é necessário que a divergência se estabeleça entre atos do governo local e a Constituição ou leis federais; divergência entre aquelas e as leis ou a Constituição estadual não comporta extraordinário.”, ponderação esta considerada ultrapassada, pois, realizada sob a égide da constituição passada, encontra-se em desacordo com O Estatuto Maior atual⁶⁰

Depreende-se que o controle difuso de norma municipal só será visto pela Suprema Corte na suposição da lei atacar diretamente a Constituição Federal, já na esfera estadual, os respectivos Tribunais de Justiça ficarão encarregados de dirimir as querelas constitucionais.

Com relação ao controle concentrado, ou via de ação direta, o caso é analisado em tese, desvinculado de um caso concreto, deve-se diferenciar a hipótese de argüição de inconstitucionalidade frente a Constituição Federal da argüição face à Constituição do Estado-Membro.

No método concentrado da lei municipal em face da Constituição estadual, o Art. 125, § 2º da CF/88 foi bastante claro ao dirimir a dúvida em tela. Assim sendo, “Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de eis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão.”.

Esta disposição legal assevera ser da competência do constituinte estadual a concepção de um dispositivo de amparo da Constituição dele procedida, sendo assunto de competência estadual, reforçando, dessa forma, o princípio da

⁵⁹ FERRARI, Regina de Macedo Ney *apud* SANTOS. Uldorico Pires. *Teoria e prática do recurso extraordinário cível*. p.17

⁶⁰ Rev. de inf. Legislativa n°75, p193

autonomia dos entes federativos brasileiros.

Observa-se que, durante a função exercida pelo Estado-membro na proteção de sua Carta Política Estadual, esta deve estar sempre em consonância com o que é estabelecido pela Lei Maior Federal, ou seja, o Estado-Membro pode tem sua parcela de autonomia, mas esta é limitada pela Constituição Federal.

Contudo, a Constituição de 1988, fez silêncio no tocante à declaração de inconstitucionalidade pelo método abstrato, no que diz respeito ao conflito formado entre uma lei municipal e a constituição Federal, ao determinar, em seu artigo 102, I, a, que compete ao STF, processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Esta omissão gera celeuma, pois alguns alegam que essa omissão implica que a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal só pode ser feita por via de exceção.

Nesse sentido Dalmo de Abreu Dallari afirma:

A Constituição dá competência originária ao Supremo tribunal federal para o julgamento de ação visando obter a declaração de inconstitucionalidade de “lei ou ato normativo federal ou estadual”. Ressalte-se, desde já, que a Constituição da república deixou em aberto o problema das leis ou atos normativos municipais, quanto à declaração de inconstitucionalidade por meio de ação direta, não tendo atribuído a qualquer tribunal a competência para o conhecimento e julgamento do assunto.⁶¹

Outros doutrinadores, por outro lado, argumentam que a omissão poderia ser suprida pelos Estados-membros, já que estariam permitidos a deliberar em suas cartas Políticas o controle concentrado, designando, aos tribunais locais, tal tarefa.

Nesse sentido, José Afonso da Silva indaga se é permitido, ao constituinte estadual, promover a defesa de outro constituinte, no caso, o federal. Vejamos parecer escrito pelo retromencionado autor:

Que o constituinte federal não inclui, no objeto de representação de

⁶¹ FERRARI, Regina de Macedo Ney *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu, p.91

inconstitucionalidade, as leis municipais pela dupla consideração de que essa leis e atos atuam na órbita das constituições estaduais e de que, sendo os Municípios entidades infra-estaduais, cumpria aos respectivos Estados, dentro de sua autonomia, prover sobre o sistema de defesa de ambas as esferas constitucionais: a estadual e a federal. Não se lhes impões o dever de institui tal sistema, mas se lhe reconhece o poder e a conveniência para tanto.

Ademais, questiona:

Pode ser contrário à Constituição Federal um sistema que vise defendê-la e guardá-la mediante a atuação jurisdicional ? Constituirá desrespeito à autonomia do Município prover um sistema de controle de suas leis e atos por infringência à constituição Federal, desde que se trate de controle jurisdicional, considerando ainda mais que a jurisdição não é estadual, porque é nacional, embora exercida por órgão do Poder judiciário do Estado? É considerado ainda que esse Poder judiciário é o mesmo que tem competência para decidir controvérsias municipais, porque os Municípios não possuem órgãos judiciários próprios?

É de se ressaltar que este não é um assunto novo, pois a discussão entre os doutrinadores acerca da possibilidade de declaração concentrada de inconstitucionalidade já vinha sendo travada desde a égide da Constituição passada, a de 1969.

Mesmo havendo clamor em torno desse tema, o constituinte da Lei Maior atual manteve a omissão, o que deixa a entender que sua pretensão era de que cabia apenas o controle difuso ao se tratar de inconstitucionalidade de lei municipal, salvo quando o texto legal não fosse de encontro ao Texto Magno.

Algumas constituições estaduais tentaram preencher essa lacuna ao presumir a fiscalização abstrata, pelos Tribunais de Justiça Estaduais, de lei municipal que confronte a Constituição Federal.

Ora, o poder constituinte estadual é derivado, ou seja, deriva do poder constituinte originário, sendo subordinada a esta. O constituinte originário impõe limites à função e ao exercício daquele, ou seja, o constituinte estadual não pode extrapolar os limites impostos a si pelo constituinte originário.

Os Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais abraçaram

este tipo de controle em suas Constituições Estaduais, “no entanto tiveram suspensos os dispositivos de suas respectivas Cartas políticas, por liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade.”.⁶²

Grande parte da doutrina e da jurisprudência do Supremo tem sido no sentido de ser estabelecida a impossibilidade do controle, por via de ação direta, da constitucionalidade dos atos normativos municipais frente à Constituição Federal, pelo fato de que não há, no Texto Supremo, deliberação de competência nem junto ao STF nem aos Tribunais de Justiça dos Estados.

Entretanto, o legislador ordinário abriu uma brecha na lei de forma a permitir o controle concentrado de lei municipal perante o STF, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional ao redor da norma, admitindo, por força da disposição legal que “os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade possam intentar, igualmente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme autoriza o art. 2º, inciso, I”⁶³ da Lei 9.882/99, que tende a conseguir da Suprema Corte uma solução antecipada sobre a validade de lei ou ato normativo municipal apontado como inconstitucional.

Trata-se de uma péssima escolha por parte do legislador, pois ao procurar abrir portas para o método abstrato de fiscalização, alargou, por via de processo legislativo comum e não por meio de emenda constitucional, a esfera de competência do STF, ou seja, ou houve, na realidade, uma verdadeira usurpação de competência.

Destarte, devido a essa impossibilidade, a fiscalização das leis municipais em face da Constituição dever-se-á ser feito apenas mediante o controle difuso, o que gera a inconveniência da possibilidade de existência de várias decisões, inclusive, umas contrárias às outras.

Resta ainda analisar o procedimento adotado quando há antinomia entre

⁶² ROCHA, Fernando Ximenes *apud* RDA 181/182 p. 271

⁶³ ROCHA, Fernando Ximenes *op.cit.* p.172

lei municipal e preceitos da Constituição Estadual que copiem fielmente normas da Constituição Federal.

Como foi dito antes, existe a possibilidade de as espécies normativas da Constituição Federal ser repetidas, reproduzidas ou copiadas de forma obrigatória no caso

“das normas de preordenamento ou de reprodução obrigatória e, de forma facultativa, na hipótese das denominadas normas de imitação, que são aquelas em que não existe a obrigatoriedade de observância pelas Leis Fundamentais dos Estados-Membros, sendo adotadas pelas Cartas Estaduais por Livre opção do constituinte decorrente.”⁶⁴

As leis locais que vão de encontro às chamadas normas de imitação ou de reprodução voluntária serão confrontadas em âmbito municipal, por meio de representação de inconstitucionalidade em presença do Tribunal de Justiça estadual, pois conforme visto, o conflito gerado pelas normas municipais que contrariem preceito Constitucional Estadual, resolve-se por meio de decisão promulgada pelo TJ do Estado, seja pelo controle difuso ou pelo abstrato, ou via de ação direta.

No entanto, quando for embate entre lei local e preceito da Constituição Estadual que reproduza fielmente princípio ou cláusula da Constituição Federal de natureza compulsória, admitir-se-á interposição de recurso extraordinário, desde que, tenha havido o pré-questionamento, tendo em vista a jurisprudência do STF.

É necessário reconhecer que toda o cerne da questão está na omissão do constituinte de 1988 em relação à via direta nos conflitos entre lei municipal e a Constituição Federal, admitindo-se, em verdade, que o legislador preferiu, tendo em vista a celeuma gerada por tal assunto nas constituições passadas, deixar a cargo do STF os conflitos decorrentes apenas de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Parece ser um posicionamento correto, pois se levando em conta a dimensão territorial, quase um continente, que possui o Estado Brasileiro, torna-se impraticável, e até contra os princípios do bom senso e da razoabilidade, a hipótese do controle abstrato de constitucionalidade das incontáveis leis e atos normativos

⁶⁴ ROCHA, Fernando Ximenes *apud*. p. 137

municipais ante ao Supremo Tribunal Federal, abarrotando ainda mais um órgão superlotado de processos judiciais.

Da mesma forma, não se pode esperar uma reforma constitucional que capacite os Tribunais de Justiça dos Estados a exercer o controle abstrato das leis municipais, haja vista que haverá, outrossim, um abarrotamento de recursos extraordinários para a Suprema Corte.

Conclui-se, que o controle de lei ou ato normativo local em frente à Constituição Federal vigente constitui-se apenas pela via aberta, conforme entendimento da doutrina da jurisprudência, e da omissão legislativa.

CONCLUSÃO

A Carta Política de um estado é sua norma fundamental, sendo nela que se busca a validade de todas as normas existentes, estrutura o Estado sem si, cria órgãos, confere competências e enumera os direitos fundamentais do cidadão.

A Inconstitucionalidade resulta do conflito de um comportamento, de uma norma ou de um ato com a constituição, podendo advir da ação ou omissão que ataque a Constituição, seja parcialmente ou totalmente.

A constituição, não importando se rígida ou flexível, possui natureza de supremacia sobre todas as demais normas infraconstitucionais. O sistema de constituições rígidas é o que melhor se encaixa para o estudo do sistema de fiscalização e controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

O poder Público pode, por meio de seus órgãos, demonstrar a desconformidade entre uma lei e as normas constitucionais. No sistema de constituições rígidas, no entanto, o melhor órgão que adapta ao controle de leis é o órgão Judiciário.

O controle de constitucionalidade judicial pode ser obtido por via de defesa ou exceção ou por via de ação, ou concentrado.

Na via defesa, tem-se o método difuso, surgindo a cada caso, incidentalmente, gerando efeitos apenas para as partes, sendo apreciado por qualquer órgão do Poder Judiciário e objetivando não a inconstitucionalidade da lei em si, mas apenas o deslinde da ação.

Na via de exceção, ao contrário, o único órgão capacitado para exercer essa função é a Corte Suprema, seus efeitos produzidos são *erga omnes* e o objetivo é a inconstitucionalidade da lei e sua conseqüente extirpação do ordenamento jurídico.

A inconstitucionalidade por omissão, como o próprio nome aduz provém da inércia dos órgãos do Poder Público em praticar atos que estejam expressamente positivados na Constituição.

No Brasil não se verificou fiscalização normativa, sobretudo devido ao Poder Moderador, e não apenas á mentalidade inglesa da supremacia do parlamento e nem da mentalidade francesa da expressão da vontade geral.

A primeira menção a um tipo de controle surgiu em 1891 ao conferir ao STF competência para rever as sentenças judiciais estaduais, em última instância.

A República Federativa do Brasil é formada por entidades que possuem autonomia política, administrativa, financeira e orçamentária, obedecendo, no entanto, sempre os ditames da Carta Magna. O Município também é um ente federativo de Direito público Interno, tendo sua área de atuação no interesse local, expressão considerada ainda hoje abstrata.

È por meio do Recurso Extraordinário que a Justiça Federal intervém, excepcionalmente, nos assuntos judiciais dos estados-membros, pois a autonomia de qualquer ente federativo não pode por em risco a forma federativa de governo.

Tendo em vista que o Município brasileiro é dotado de autonomia e regido por Lei Orgânica, funcionando como uma Constituição Municipal. Em se tratando de competência exclusiva municipal, não há falar em hierarquia entre lei estadual e municipal.

Havendo, expressamente, hierarquia normativa, as normas inferiores devem procurar concordância com as normas superiores, de forma a manter a harmonia do ordenamento jurídico.

O conflito entre norma municipal que afronte a Constituição Estadual deverá ser resolvida perante os respectivos Tribunais de Justiça dos Estados. Caso o problema seja afronta à Constituição Federal por lei municipal, a solução caberá ao STF, pelo método difuso. Alguns Estados procuraram sanar essa deficiência ao

estabelecer em suas Cartas Políticas, a possibilidade de controle abstrato pelos seus Tribunais de Justiça do Estado, o que foi declarado inconstitucional pelo STF, pois cabe apenas à Suprema Corte a proteção da Constituição Federal.

A omissão estabelecida pelo constituinte de 1988, mesmo tendo observado a celeuma nas constituições passadas, foi no sentido de perpetuar a lacuna, por medo de abarrotar o STF com diversos recursos extraordinários interpostos pelas inúmeras leis municipais que afrontassem a CF/88.

Alguns doutrinadores entretanto, aproveitam-se da brecha criada pelo legislador ordinário ao equiparar a ADPF à uma forma de possibilidade de fiscalização concentrada de ato normativo local pelo STF.

Tal hipótese não o condão de fundamentar a existência de controle concentrado de leis ou atos normativos municipais em face da CF/88, já que não é possível que o legislador ordinário usurpe e alargue a competência estabelecida originariamente pela CF/88 no que diz respeito às hipóteses de controle concentrado pelo STF

Excepcionalmente, quando uma norma estadual for uma cópia fiel, ou reprodução, da norma federal, caberá recurso extraordinário, pois se considera que a afronta não foi apenas perante Carta Política Estadual, mas sim perante a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- BACHOFF, OTTO. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Atlântica.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. São Paulo, Malheiros, 1997.
- CASTRO, José Nilo de Castro. *Direito Municipal Positivo*, Belo Horizonte.1996.
- _____. *O Poder Municipal*. São Paulo, 1996.
- FERRARI, Regina de Macedo Nery. *A Inconstitucionalidade da Lei Municipal*. Curitiba, 1996.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri, *Dicionário técnico Jurídico*. 8ª ed. São Paulo, 2006
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 4a. Edição. Trad. João Baptista Machado. Coimbra, Armênio Amando, 1976.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo. 10ª ed. 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo. 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra, 1985.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 20ª ed. São Paulo, Atlas, 2006.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*, São Paulo. 2001
- PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo, *Controle de Constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Imperius, 2005.
- PENTEADO FILHO, Nestor. *Manual de Direito Constitucional*, São Paulo, Millenium, 2005.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes, *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*, Fortaleza, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros, 2004.
- _____. *O município na Constituição de 1988*. São Paulo.1991.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo, Malheiros, 2003.