



Edvaldo Assunção e Silva

Controle de Constitucionalidade do Direito Municipal

Reflexão crítica ao silêncio eloquente do art. 102, I, a, da Constituição Federal

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de pós-graduação *latu sensu* em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Doutor Léo Ferreira Leony.

Brasília – DF

Fevereiro/2013



Edvaldo Assunção e Silva

Controle de Constitucionalidade do Direito Municipal

Reflexão crítica ao silêncio eloqüente do art. 102, I, a, da Constituição Federal

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de pós-graduação *latu sensu* em Direito Constitucional, sob orientação a do Prof. Doutor Léo Ferreira Leony.

Brasília – DF

Fevereiro/2013

Edvaldo Assunção e Silva

Controle de Constitucionalidade do Direito Municipal - Reflexão crítica ao silêncio eloqüente
do art. 102, I, a, da Constituição Federal

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de pós-graduação
latu sensu em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Doutor Léo Ferreira Leoncy.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Léo Ferreira Leoncy - Orientador

Membro

Membro

RESUMO

A partir da concepção do denominado silêncio eloquente contido no art. 102, I, a, da Carta Federal de 88, consoante o qual a lei e o ato normativo municipal não se submetem ao crivo da fiscalização abstrata de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ainda que haja ofensa direta e frontal à Lei Maior, permitimo-nos fazer uma reflexão crítica em torno do que a doutrina e a jurisprudência consolidaram a respeito do tema. Para tanto, lançamos mão de critérios que entendemos mais científicos e metodológicos no âmbito de uma interpretação sistemática, em que se sobressaem os princípios federativos e o da autonomia municipal, valorados no regime democrático da Constituição de 88, em especial sob o olhar da moderna hermenêutica da sociedade dos intérpretes da Constituição .

Palavras-chave: controle de constitucionalidade, lei municipal, federação.

ABSTRACT

From the conception of the so-called eloquent silence contained in art. 102, I, a, from the Federal Letter of 88, according to which the law and the prescriptive municipal act are not subjected to the sieve of the abstract inspection of inconstitucionalidade before the Federal Supreme Court, though there is straight insult and frontlet to the Biggest Law, we allow ourselves to do a critical reflection around what the doctrine and the jurisprudence consolidated as to the subject. For so much, we launch hand of criteria what we understood more scientific and metodológicos in the context of a systematic interpretation, in which there are surpassed the federative beginnings and it of the municipal autonomy, evaluates in the democratic regime of the Constitution of 88, in special under the glance of the modern hermeneutic of the society of the interpreters of the Constitution.

Keywords: control of constitutionality, municipal law, federation.

*Aos meus filhos, Milla e Tiago, fonte
incondicional de amor.*

A Verônica, com afeto.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, sempre, a quem devo tudo.

Ao Professor Léo Leony, com sua humildade intelectual, pela seriedade científica e acentuado senso crítico na interpretação do Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. PRECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE	12
1.1. Natureza jurídica do controle de constitucionalidade	16
1.2. Fundamento do controle de constitucionalidade	18
1.3. Finalidade do controle de constitucionalidade	19
1.4. Evolução do controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro na perspectiva dos Municípios	20
2. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO EM CONTEXTO FEDERATIVO	28
3. A POSIÇÃO DO MUNICÍPIO NA ESTRUTURA FEDERATIVA DO ESTADO BRASILEIRO	31
3.1. Autonomia municipal	35
3.2. Competências municipais	38
3.3. Lei Orgânica do Município como fonte maior de normatividade	41
4. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL	46
5. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL	50
5.1. Em face da Constituição estadual	50
5.2. Em face da Constituição federal diante do silêncio eloquente do art. 102, I, a	52
6. A HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA E O PAPEL DO <i>AMICUS CURIAE</i> NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE	72
7. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COMO INSTRUMENTO LEGAL DE MITIGAÇÃO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO MUNICIPAL	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo realizar uma análise do controle de constitucionalidade do direito municipal em face ao denominado “silêncio eloquente” do artigo 102, inciso I, letra a, da Constituição Federal, que prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, através da ação direta de inconstitucionalidade, apenas a lei ou ato normativo estadual e federal. O foco da nossa pesquisa, portanto, se destina a apresentar uma compreensão crítica sobre a viabilidade jurídica de estender o controle concentrado de constitucionalidade também às leis e atos normativos municipais, pois, é sabido que pela via do controle difuso o direito municipal já é apreciado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, sobre o tema, em oposição às concepções predominantes na doutrina e na jurisprudência pátrias, procuramos demonstrar que o município, sob a perspectiva do regime federativo, é tratado de forma desigual em relação aos demais entes, em ordem a repercutir na consecução das políticas públicas municipais resultantes das competências que lhe atribuem a própria Carta da República.

No primeiro capítulo trouxemos à luz alguns precedentes históricos do controle judicial de constitucionalidade das leis desde antes da sua consagração pelo direito norte-americano, em 1803, através do *leading case Marbury x Madison*. Antes de procedermos à análise da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, destacando o município no contexto federativo, definimos a natureza jurídica, o fundamento e a finalidade do controle de constitucionalidade, por entender que pela teoria do controle permeia não só o fenômeno jurídico, mas também o político.

No capítulo segundo, tratamos de tema imprescindível ao exame do controle de constitucionalidade, que diz com a supremacia da Constituição, estatuto jurídico que se encontra no vértice do ordenamento jurídico a conferir fundamento de validade às demais leis infraconstitucionais. Esse escalonamento normativo, conhecido como pirâmide kelseniana, resulta da ideia de rigidez da Constituição, a exigir um processo dificultoso e solene para a sua alteração, tendo como fim a preservação da unidade e harmonia do sistema, e, para tanto, as regras, os princípios e os valores hão de ser observados obrigatoriamente pelas unidades federativas quando no exercício, cada um, do seu poder-dever de legislar.

No capítulo seguinte, situamos o Município na organização política do Estado brasileiro, o qual elevado à categoria de ente federativo com a promulgação da Constituição de 1988, hoje não só desfruta do mesmo grau de hierarquia, mas também é dotado da mesma autonomia em relação aos demais entes federativos com a tríplice capacidade de auto-organização – incluindo-se a autolegislação -, autogoverno e auto-administração, e, pois, podendo exercer todas as competências hauridas diretamente da própria Carta Federal, conduzindo-se e inspirando-se por meio das suas fontes normativas, cujo parâmetro maior é a Lei Orgânica do Município.

No capítulo quarto, abordamos o controle de constitucionalidade das leis municipais tendo como parâmetro a Constituição estadual. Fizemos observar que é a Constituição federal mesma quem determina o referido parâmetro de controle entre a Lei Orgânica x Carta federal e a Lei Orgânica x Carta estadual, determinando, nesta ordem, o respeito aos princípios nelas estabelecidos e aos preceitos enumerados na Constituição federal, que diríamos ser de ordem mais objetiva.

Essa observação tem a sua razão de ser quando a jurisprudência predominante da Corte Suprema considera o tribunal de justiça carente de competência para julgar, em sede de representação de inconstitucionalidade, a lei municipal que reproduza norma de reprodução ou de observância obrigatória da Constituição federal. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que essa competência constitucional é sua e não pode ser usurpada pelo tribunal de justiça.

A partir dessas ideias, adentramos o tema central permitindo-nos explorar no capítulo quinto essa ordem lógico-jurídica – pelo menos assim nos parece - de que é possível fazer o controle concentrado de constitucionalidade do direito municipal adotando como parâmetro a Constituição federal, considerando não só as regras reproduzidas obrigatoriamente na Lei Orgânica municipal, mas os princípios expressos e implícitos que revelam os valores que permeiam a cultura da sociedade local, os quais veiculados pela norma sob questionamento, inspiram e iluminam a boa razão e o valor justiça a se fazerem presentes como vetores de interpretação.

O capítulo sexto trata do olhar da hermenêutica contemporânea a iluminar o tema central da pesquisa, e, assim procuramos desenvolvê-lo com ideias claras e inovadoras, é verdade, mas com uma compreensão crítica de que o sistema jurídico em vigor é aberto e,

portanto, sujeito à interpretação mais ousada sobre o tema, ao considerar que direito e democracia se implicam e quanto mais democráticas as decisões mais legítimas se tornam.

Nesse caminhar, no capítulo sétimo discorreremos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, demonstrando que o constituinte começou a mitigar o republicano direito do Município de ver as suas leis e atos normativos municipais apreciados, em tese, através do controle concentrado de constitucionalidade.

Concluindo o nosso trabalho, apresentamos em apertada síntese algumas considerações finais a respeito do tema.

Ao fim e ao cabo, convém fazer um registro de que a nossa intenção visa apenas apresentar uma compreensão diferente em relação ao que parece “consolidado” na doutrina e na jurisprudência do nosso país, por entendermos, simplesmente, que se trata de uma visão mais democrática segundo o olhar da nova hermenêutica.

1. PRECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle judicial de constitucionalidade das leis foi consagrado no direito dos Estados Unidos da América, no ano de 1803, quando do julgamento do *leading case Marbury versus Madison*, quando a Suprema Corte foi provocada a analisar um conflito entre os federalistas, prestes a deixarem o poder, e o republicanos, alçados para assumi-lo. O caso convém ser resumido, para fixação das várias premissas que servem de esteio para toda a pesquisa:

“Nas eleições realizadas no final de 1800, nos Estados Unidos, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana, tanto para o Legislativo como para o Executivo. Thomas Jefferson viria a ser o novo Presidente. No apagar das luzes de seu governo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham maioria, articularam-se para conservar sua influência política através do Poder Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário (*the Circuit Court Act*), por via da qual, dentre outras providências: a) reduzia-se o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava; b) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado.

Logo à frente, em 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei (*the Organic Act of the District of Columbia*) autorizou o Presidente a nomear quarenta e dois juízes de paz, tendo os nomes indicados sido confirmados pelo Senado em 3 de março, véspera da posse de Thomas Jefferson. John Adams, assinou os atos de investidura (*comissions*) dos novos juízes no último dia de governo, ficando o Secretário de Estado, John Marshall, encarregado de entregá-los aos nomeados. Cabe o registro de que o próprio Marshall havia sido indicado pelo Presidente que saía para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*). E, embora seu nome tivesse sido aprovado pelo Senado e ele já tivesse prestado compromisso desde 4 de fevereiro de 1801, permaneceu no cargo de Secretário de Estado até o último dia do mandato de Adams. Pois bem: tendo um único dia para entregar os atos de investidura a todos os novos juízes de paz, Marshall não teve tempo de concluir a tarefa antes de encerrar o governo, e alguns dos nomeados ficaram sem recebê-los.

Thomas Jefferson tomou posse, e seu Secretário de Estado, James Madison, seguindo orientação do Presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura àqueles que não os haviam recebido. Entre os juízes de paz nomeados e não empossados estava William Marbury, que propôs ação judicial (*writ of mandamus*), em dezembro de 1801, para ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido foi formulado com base em uma lei de 1789 (*the Judiciary Act*), que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza. A Corte designou a sessão de 1802 (*1802 term*) para apreciar o caso.

Sucedeu, contudo, que o Congresso, já agora de maioria republicana, veio a revogar a lei de reorganização do Judiciário federal (*the Circuit Court Act*, de 1801), extinguindo os cargos que haviam sido criados e destituindo seus ocupantes. Para impedir questionamentos a essa decisão perante a Suprema Corte, o Congresso suprimiu a sessão da Corte de 1803. Esse quadro era agravado por outros elementos de tensão, dentre os quais é possível destacar dois: a) Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumpri-la; b) a partir do início de 1802, a Câmara deflagrou processo de *impeachment* de um juiz federalista, em uma ação política que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte.

Foi nesse ambiente politicamente hostil e de paixões exacerbadas que a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar *Marbury v. Madison*, sem antever que faria história e que este se tornaria o mais célebre caso constitucional de todos os tempos.”¹

Em seu voto na célebre decisão, John Marshall enfrentou a questão, sustentando que *Marbury* tinha direito à investidura no cargo, afirmando que o *writ of mandamus* era via processual adequada, para concluir quanto ao ponto crucial da questão, o respeito à supremacia constitucional.

Porém, o controle judicial de constitucionalidade das leis não constitui ideia original do direito norte americano, mas no direito inglês que adota, por tradição, o direito costumeiro (*commun law*), que não tem constituição escrita e, em consequência, não se utiliza do controle abstrato de normas. Instigado por esse precedente histórico Mauro Cappelletti interroga:

¹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25-27.

“Mas – impende perguntar agora – qual foi o precedente imediato, ou seja, qual o precedente que mais diretamente inspirou o instituto norte-americano?”

Pois bem, eu creio que a pesquisa sobre esse ponto seja, verdadeiramente, uma das mais fascinantes com que um estudioso possa defrontar. É, além disso, uma pesquisa que, se não me engano, pode dar lugar a resultados à primeira vista estupefacientes e, com certeza, paradoxais: uma pesquisa, em suma, que pode de fato trazer à luz aquilo que foi chamado a ‘astúcia da história’, que atinge a seus fins, com frequência, através dos caminhos mais contraditórios e imprevistos. Com efeito, veremos como um dos fatores que diretamente favoreceram o nascimento e o desenvolvimento do sistema norte-americano da *judicial review* e, portanto, daquilo que foi chamado a *supremacia do poder judiciário* ou, também, o *governo dos juízes*, tenha sido exatamente o radicalmente oposto sistema inglês da absoluta *supremacia do Parlamento* em relação aos outros poderes (e, por conseguinte, também relativamente ao poder judiciário): paradoxalmente, a ‘supremacia do Parlamento’ na Inglaterra favoreceu, pois, o nascimento da denominada ‘supremacia dos juízes’ nos Estados Unidos da América!”²

Conta-nos Mauro Cappelletti que no início do século XVII havia um grande teórico inglês, Sir Edward Coke, defensor da doutrina segundo a qual a autoridade do juiz como árbitro se punha entre o Rei e a nação. Ou seja: “quem devia garantir, afinal de contas, a supremacia da *common law* contra os arbítrios do Soberano, de um lado, e do Parlamento, de outro? É esta a indagação essencial; e a resposta de Coke era firme e decidida: aquele controle, aquela garantia eram *função dos juízes!*”

(...)

A doutrina de Lorde Coke, entendida como instrumento de luta, quer contra o absolutismo do Rei, quer contra o do Parlamento, predominou na Inglaterra por alguns decênios e, não só na Inglaterra, mas também nas colônias inglesas da América, onde foi, de fato, em muitas ocasiões, acolhida pelos tribunais. Esta doutrina, porém, foi abandonada na Inglaterra com a revolução de 1688, a partir da qual foi, então, proclamada a doutrina contrária, ainda hoje válida naquele País da *supremacia do Parlamento*. Mas da doutrina de Coke ficaram os frutos, pelo menos na América, e pretendo, obviamente, aludir àqueles frutos

² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 57-58.

que se chamam hoje *judicial review e supremacia do poder judiciário*, “supremacy of the judiciary.

Continua Cappelletti:

“Pois bem, muitas dentre as Colônias inglesas da América (“plantations”) foram, inicialmente, constituídas precisamente como companhias comerciais, e, de qualquer modo, a maior parte das Colônias foi regida por ‘cartas o estatutos de la Corona’.

Estas ‘Cartas’ podem ser consideradas como as primeiras Constituições das Colônias, seja porque eram vinculatórias para a legislação colonial, seja porque regulavam as estruturas jurídicas fundamentais das próprias Colônias. Então, estas Constituições amiúde expressamente dispunham que as Colônias podiam, certamente, aprovar suas próprias leis, mas sob a condição de que estas leis fossem ‘razoáveis’ e, como quer que seja, ‘não contrárias às leis do Reino da Inglaterra e, por conseguinte, evidentemente, não contrárias à vontade suprema do Parlamento inglês. (...)

Eis, portanto, explicado como, então, o princípio da *supremacia do Parlamento* – e, por conseguinte, da supremacia da lei positiva – imposta na Inglaterra a partir da ‘gloriosa’ revolução de 1688, acabou por não conduzir, na América, ao mesmo resultado a que conduziu, ao invés, na Inglaterra: ou seja, ao resultado de retirar as leis do controle de validade por parte dos juízes, aquele controle que fora, ao contrário, augurado e que, pelo menos por alguns decênios, fora posto em prática pela doutrina de Lorde Coke. Eis, em outras palavras, explicado o aparente paradoxo, ou seja, como, então, o princípio inglês da incontrolada supremacia do poder legislativo tenha podido contribuir, antes de ser um obstáculo, para a formação, na América (e, decênios ou séculos depois, também em outras ex-colônias que alcançaram a independência: no Canadá, na Austrália, na Índia e em outras partes, do oposto sistema a em razão do qual também as leis do Parlamento são sujeitas a um controle de validade por parte de todos os juízes.

Com efeito, quando em 1776 as colônias inglesas da América proclamaram a sua independência da Inglaterra, um de seus primeiros atos de independência foi o de substituir as velhas ‘Cartas’ pelas novas Constituições, entendidas como as *Leis Fundamentais* dos novos Estados independentes. E, como, no passado, nulas e não aplicáveis tinham sido consideradas pelos juízes as leis contrárias às ‘Cartas’ coloniais e às ‘leis do Reino’, assim não é correto

admirar-se de que a mesma nulidade e a não aplicabilidade devesse, depois, ser afirmada, e com bem maior razão, para as leis contrárias às novas e vitoriosas Cartas constitucionais dos Estados independentes.”³

Muito se justifica para a teoria do controle de constitucionalidade esse paralelo entre o direito inglês que, por tradição, assegura a supremacia do parlamento, e o direito norte americano, cujos Estados, na condição de ex-colônias inglesas, logo que alcançaram a independência inauguraram o sistema da supremacia do judiciário, representado pelo *judicial review*, a revelar a existência de uma imbricação entre os fenômenos político e jurídico envolvendo o tema em causa.

1.1. Natureza jurídica do controle de constitucionalidade

É importante conhecer a natureza do controle de constitucionalidade? A pergunta parece-me fazer sentido por duas razões simples, a primeira, quando ao longo da história elevamos nosso “olhar” sobre o direito enquanto sistema normativo nas diversas estruturas de poder dos diferentes tipos de Estado e, a segunda, porque na epistemologia jurídica todo o problema tem o seu lugar próprio e único, pois a natureza do problema é que diz onde ele será colocado.

Diz-se, normalmente, que o Estado é uma ordem política soberana, conceito vago e incompleto, por alguns aspectos, é certo, em especial por afastar o jurídico. Mas, Dalmo Dalari, após tecer detidas considerações sobre todos os elementos componentes do Estado, empresta-nos magnífico conceito, dizendo: “parece-nos que poderá se conceituar o Estado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território⁴.”

A importância do conceito está em se extrair da concepção de Estado essa relação vigorante entre o *poder* e a *juridicidade* imbricada para uma melhor compreensão da natureza do controle de constitucionalidade.

É que de um regime tirano, em que o poder era ditado pela vontade do príncipe sucedeu-se o império da lei no regime monárquico. Quer dizer, o direito passou a consistir na lei + justiça, e, já, agora, sob o regime dos Estados modernos, em que predomina a

³ CAPPELLETTI. op. cit., p. 58-62.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 122.

democracia, o direito é interpretado como a lei + justiça, acrescido da legitimidade. Bem dizia Montesquieu “que todos os homens são iguais no governo republicano; são também iguais no governo despótico; no primeiro, por serem tudo; no segundo, por não serem nada.”⁵. E arremata dizendo:

“Quanto mais o governo se aproxima da república, tanto mais rígida se torna a maneira de julgar. (...)”

Nos Estados despóticos, não existe lei; o juiz é a própria regra. Nos Estados monárquicos existe uma lei, e nos lugares em que esta é exata, o juiz a segue; e nos lugares onde não o é, o juiz procura interpretar-lhe o espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição os juízes observarem a letra da lei. Não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida.”⁶

Portanto, o exercício do poder político se transmudou. A lei passou a se constituir na medida de todas as coisas, não mais centrada na figura do monarca e muito menos na do poder do déspota, que impõe o medo e a opressão.

No Estado moderno, em que vigora a democracia, o exercício do poder político anda de mãos dadas com o direito, vale dizer, para ser legítimo, deve contar com o consentimento do povo ao qual a ele se submete. Nessa linha, Arnaldo Vasconcelos leciona com propriedade:

“Projetando-se a distinção no plano político, onde se situa a idéia de legitimidade, tem-se que o Direito e democracia constituem termos que se exigem, que se implicam e que se completam. Apenas o poder de formação democrática pode ser tido por autorizado e, portanto, legítimo.”⁷

O controle de constitucionalidade, assim, representa uma afirmação do Estado democrático de direito, e o aspecto que o define, em sua essência, é essa técnica de defesa da Constituição, qual a de controlar judicialmente a regularidade e legitimidade dos atos normativos dos poderes públicos. Ora, se se suprime essa técnica de, noutras palavras, fiscalizar a efetividade da Constituição, não existe controle, pois o que condiciona o controle,

⁵ MONTESQUIEU, **Do espírito das Leis**. Texto integral. Tradução Ed. Martin Claret. 2002, p. 88.

⁶ Id., p. 88-89.

⁷ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 238.

o que o faz existente é justamente esse meio de impor um “freio às usurpações e à tirania do corpo legislativo.”⁸

Mais uma vez, Arnaldo Vasconcelos:

“As coisas apresentam-se como essência (razão de ser) e como existência (modo de ser). A essência condiciona a existência, isto é, o existente existe em razão da essência. Presta-se a essência a identificar a coisa, distinguindo-a das demais. Essa distinção é perdurável, porque funciona na imutabilidade da essência.” E continua: “Então, o que constitui a essência? Deixemos a resposta com Spinoza, que nos apresenta conceito irretocável, ao mesmo tempo excelente de precisão e clareza: “Digo que pertence à essência de uma coisa aquilo que, sendo dado, faz necessariamente com que a coisa exista, e que, sendo suprimido, faz necessariamente com que a coisa não exista.”⁹

Dessa maneira, cremos que a relevância de conhecer a natureza do controle de constitucionalidade reside, sim, nessa imbricação entre a teoria do poder x juridicidade, considerando a evolução do direito nessas diversas formas de Estado.

1.2. Fundamento do controle de constitucionalidade

Da teoria do controle de constitucionalidade ressalta clara a ideia de preservação da supremacia da Constituição, e, a partir daí uma necessidade cada vez mais crescente de um melhor aperfeiçoamento das leis, seja sob o aspecto da sua produção – formal – seja quanto à elaboração do seu conteúdo, isto é, o do seu caráter material.

Nas diversas concepções de Constituição – entre as que mais se destacam: a sociológica de Ferdinand Lassale (“a somatória dos fatores reais de poder”), a política de Karl Schmitt (“decisão política do titular do poder constituinte”) e a jurídica de Hans Kelsen (colocando a Constituição no mundo do *dever-ser* e não do *ser*) – o que se percebe, em todas essas doutrinas, é a implicação mútua e dialética da Política e do Direito, levando-nos a entender que a Constituição é, de fato, a lei fundamental do Estado, que cria, estrutura e limita as atividades dos órgãos que exercerão o Poder, na exata medida conceituado por Dallari.

⁸ HAMILTON, Alexander et alii. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 458.

⁹ VASCONCELOS. op. cit., p. 47-48.

E é ao Poder Judiciário que a Constituição atribui a prerrogativa de exercer a atividade de controlar os atos normativos dos poderes públicos, vale dizer, da *necessidade de impor um limite ao próprio legislador, e de torná-lo efetivo através de um controle judicial*¹⁰, ou, consoante Kelsen:

“A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.”¹¹ Aliás, essa era, há muito, a doutrina já apregoada por Hamilton¹²

O fundamento do controle de constitucionalidade, portanto, reside na supremacia da Constituição, assim já tendo sido julgado pelo Supremo Tribunal Federal na Questão Ordem da ADIn 625-5-MA, na relatoria do Min. Celso de Melo¹³.

1.3. Finalidade do controle de constitucionalidade

Diante da qualidade de norma fundamental, sobressai natural que a finalidade do controle de constitucionalidade é o de preservar a Constituição garantindo a observância e eficácia das suas normas, através dos métodos previstos em seu próprio texto. Consoante Jorge Miranda¹⁴, a “garantia da constitucionalidade reverte em garantia da Constituição como um todo. (...) Do cumprimento ou incumprimento das normas constitucionais – em qualquer caso, avulso – depende a integridade ou não da Lei fundamental.

(...)

¹⁰ CAPPELLETTI. op. cit., p. 45.

¹¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 240.

¹² HAMILTON. op. cit., p. 458-459.

¹³ “O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição.”

¹⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição**. Tomo VI. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 49-50.

Não há garantia da constitucionalidade apartada da respectiva Constituição – formal e material – ou incongruente com os seus princípios.”¹⁵

Portanto, em suma, a finalidade do controle de constitucionalidade é o de manter a coerência e a unidade do sistema normativo.

1.4. Evolução do controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro na perspectiva do Município

O controle judicial de constitucionalidade das leis, no Brasil, foi implantado de maneira paulatina, à medida que eram assimilados os conceitos doutrinários desenvolvidos em outras nações, tendo sido criado, conforme se verá mais adiante, um sistema *sui generis* com características próprias.

Constituição imperial de 1824. A Constituição outorgada por D. Pedro I, em março de 1824, foi inspirada pelo modelo constitucionalista prevalecente na Europa, época em que se compreendia que o poder emanava de Deus e do povo, razão por que, em nome da Santíssima Trindade, a Dom Pedro foi conferido o título de “Senhor Dom Pedro I, atual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil”¹⁶.

A Constituição do Império não previa de forma expressa o controle de constitucionalidade das leis, mas em conformidade com o disposto nos artigos 13, 15, VIII e IX¹⁷ ao Poder Legislativo cabia interpretar, suspender e velar pela guarda da Constituição. O controle judicial das leis, portanto, não existia, porque o Poder Judiciário era dependente, isto é, se submetia ao poder do Imperador, chefe do Poder Moderador, este que era considerado a *chave de toda a organização política*¹⁸, e que podia até apresentar vetos e até dissolver o Poder Legislativo.

Quanto ao Município, a Constituição imperial tratou apenas das Câmaras municipais, composta pelo número de vereadores previsto em lei, a quem competia o “governo econômico

¹⁶ Vide Art. 4º, Constituição de 1824.

¹⁷ Constituição de 1824, “Art. 13. O Poder Legislativo é delegado á Assembléa Geral com a Sanção do Imperador. Art. 15. É da attribuição da Assembléa Geral: VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e revogal-as. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação”.

¹⁸ Art. 98 da Constituição Imperial – “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política,...”.

e municipal das mesmas cidades e vilas”, conforme art. 167. Em razão do centralismo da província e da distância do poder imperial, não havia autonomia municipal.

Constituição de 1891. Com a queda do regime monárquico e a conseqüente proclamação da República em 1889 abandonou-se o padrão francês da organização política e adotou-se o modelo dos Estados Unidos da América, que passou a ser fonte de inspiração do nosso controle de constitucionalidade.

Naquele ambiente de intensa movimentação política e intelectual que fez ruir a monarquia, Rui Barbosa destacava-se como o jurista mais preparado para redigir a primeira Constituição da República, e um dos seus grandes dilemas era o de apresentar na Assembléia Constituinte a definição do órgão estatal que exerceria a missão de controlar a constitucionalidade das leis num Estado Democrático de Direito, visto que no regime monárquico tal era exercido pelo poder moderador na pessoa do rei, que tudo podia, inclusive suspender os magistrados e modificar sentenças judiciais¹⁹. Esse modelo, em que a figura do rei era “inviolável e sagrada” e não estava sujeito a nenhuma responsabilidade²⁰, claro, era incompatível com o regime republicano.

Além do sistema de governo republicano, o Brasil adotou o regime presidencialista, o legislativo bicameral e a forma federativa de Estado. E nessa esteira foi incorporado o sistema americano de controle de constitucionalidade de leis, a *judicial review*. O controle de constitucionalidade no Brasil, de caráter difuso, incidental e repressivo, já estava previsto no art. 58, § 1º, letras a e b, constantes da Constituição Provisória de 1890.

Na Carta de 1891 a competência para a fiscalização da constitucionalidade era atribuída pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal, na alínea ‘a’, do parágrafo 1º, do artigo 59, que possuía o seguinte teor:

“Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...)

§ 1o Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

¹⁹ Vide Art. 101, da Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824: “O Imperador exerce o Poder Moderador (...) VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154”

²⁰ Vide Art. 99, da Constituição de 1824: “A pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.”

(...)

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

O dispositivo constitucional acima citado foi explicitado pela Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, cujo artigo 13, § 10, assim expressava:

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

A declaração de inconstitucionalidade das leis, em tese, não existia.

Sobre o Município, só havia a previsão do art. 68, que lhes assegurava a autonomia quanto ao seu “peculiar interesse”. As leis orgânicas reafirmaram esse princípio, mas a autonomia só permaneceu no texto constitucional em razão da cultura imposta do coronelismo.

Constituição de 1934.

A Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar de 1919, foi resultado, entre outros fatores, da Revolução Constitucionalista de 1932, suscitado pelo Estado de São Paulo. Introduziu avanços significativos no sistema de controle de constitucionalidade difuso, aos moldes do sistema americano.

Entre as modificações mais importantes estão: a) a exigência de quorum de maioria absoluta dos juízes dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade, em seu art. 179, regra que perdura até hoje na Carta de 88; b) atribuiu-se ao Senado a competência de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV), disposição que também permanece na Constituição de 88, em seu art. 52, X; c) conferiu ao Procurador-Geral da República, em face de declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema, comunicar a “decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n. IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou ato.” (art. 96).

Por fim, a Constituição de 1934 criou a representação interventiva, também a cargo do Procurador-Geral da República e sujeita à competência originária do Supremo Tribunal Federal, de acordo com os artigos 41, § 3º e 12, § 2º, que, sob ótica de Gilmar Mendes, tratou-se da inovação mais importante²¹.

A Carta de 34 prevê a autonomia municipal (art. 13) e discrimina as suas rendas que lhe pertencem (art. 13, § 2º, I a IV, e, pois, desce a minúcias omitidas pelas anteriores.

Constituição de 1937. A Carta de 37 foi um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade, pois o chamado Estado novo, assim denominado por Vargas, representava uma ditadura, onde a Constituição era um mero instrumento de retórica para legitimá-la.

O controle de constitucionalidade difuso foi mantido, bem como a exigência de voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República. Mas, esse controle passou a subordinar a validade dos julgamentos de inconstitucionalidade proferidos pelo Supremo Tribunal Federal à deliberação do Parlamento, a juízo do Presidente da República, em conformidade com o art. 96. Portanto, estranhamente, o voto qualificado de dois terços do Congresso poderia transformar a lei inconstitucional em constitucional e fazer tábua rasa da decisão do Supremo Tribunal Federal. Referido dispositivo foi revogado pela Lei Constitucional n. 18.

A representação interventiva, todavia, não foi albergada pela Constituição de 1937, nem a faculdade de suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O regime ditatorial ceifou de vez a autonomia do Município, levando Hely Lopes a tecer o seguinte comentário: “Pode-se afirmar, sem vislumbre de erro, que no regime de 1937 as Municipalidades foram menos autônomas que sob o centralismo imperial, porque na Monarquia os interesses locais eram debatidos nas Câmaras de Vereadores e levados ao conhecimento dos governadores (Lei de 1828) ou das Assembléias Legislativas das Províncias (Ato Adicional de 1834), que proviam a respeito, ao passo que no sistema interventorial do *Estado Novo* não havia qualquer respiradouro para as manifestações locais

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira et alii. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.097.

em prol do Município, visto que os prefeitos nomeados governavam discricionariamente, sem a colaboração de qualquer órgão local de representação popular.”²²

Constituição de 1946.

O regime democrático ressurgiu com a Carta de 1946.

O controle concreto, pela via de exceção ou defesa, foi mantido em seus contornos iniciais. O artigo 101, inciso III, alínea “a”, atribuía ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes “quando a decisão for contrária a dispositivos dessa Constituição ou à letra de tratado ou lei federal.”

Também foram mantidas: a) a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais, restando claro, de acordo com o artigo 64, que a suspensão dependia de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e não de qualquer decisão judicial; e b) a exigência do voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade.

A representação interventiva foi reintroduzida, mas com roupagem distinta daquela que possuía na Constituição de 1934, tudo na forma do art. 8º, § único c/c o art. 7º, inciso VII.

A hipótese prevista no art. 7º, inciso VII, é aquela que dá ensejo à representação interventiva na defesa dos denominados princípios sensíveis, núcleo da Constituição, entre eles a autonomia municipal.

A implantação entre nós da ação direta de inconstitucionalidade propriamente dita ocorreria com a edição da Emenda n. 16, de 26/11/1965.

Na Constituição de 1946 o Município ganhou corpo e lhe foi assegurada a autonomia política (art. 28, I), administrativa (art. 28, II) e financeira (art. 29).

Emenda n. 16, de 26/11/1965. Ao alterar o artigo 101 da Carta de 1946, inserindo no item I, a alínea “k”, a Emenda n. 16 instituiu no Brasil a fiscalização abstrata de constitucionalidade, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal competência originária para

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 41.

apreciar “a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.” Trata-se de representação genérica apta a resguardar todos os dispositivos da Constituição, diferenciando-a da representação interventiva que cuidava de uma ação concreta em ação direta que se prestava a solucionar conflito federativo.

A EC 16/65 instituiu, por sua vez, o controle concentrado de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em conflito com a Constituição estadual, de competência originária do Tribunal de Justiça, de acordo com o art. 124, inciso XIII.

Constituição de 67-69. O controle concreto de constitucionalidade não sofreu modificações e preservou-se o controle abstrato tal como previsto na EC 16/65, conforme art. 119, I, letra l. Mas o controle de constitucionalidade da lei municipal perante o Tribunal de Justiça foi afastado e reintroduzido com a Emenda Constitucional n. 1/69 a prerrogativa de, nos moldes federais, provocar a fiscalização de constitucionalidade da lei municipal em face dos princípios constitucionais sensíveis da Constituição estadual, a teor do disposto no art. 15, § 3º, letra d.

Como a ideia vigente na Carta de 67 era a de fortalecer a pessoa do Presidente da República, logo na representação interventiva a competência para suspender o ato normativo estadual foi transferida do Congresso Nacional para as mãos do Presidente da República, por força do disposto no § 2º, do artigo 11.

A Emenda Constitucional nº 7/77 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para interpretar, com efeito vinculante, ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para propor essa representação (art. 119, I, “e”). Previu também esta Emenda a possibilidade de concessão de medida cautelar em sede de representação de inconstitucionalidade (art. 119, I, “p”).

Na Carta de 67 e a sua Emenda 1 de 1969, o Município manteve a sua autonomia, porém em termos mais restritos do que as Constituições anteriores, considerando os poderes centralizadores do Presidente da República.

Constituição de 1988. A Carta de 88, batizada de Constituição cidadã, em razão da abertura democrática, trouxe profundas modificações no ordenamento jurídico pátrio e em especial no controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Consagrou-se de vez o sistema misto de controle de constitucionalidade, que engloba a *judicial review*, isto é, o controle difuso, conforme o modelo norte americano, exercido pela via de exceção ou defesa, bem como o controle abstrato e concentrado, exercido pela via da ação direta, com inspiração no direito austríaco e nas formulações de Hans Kelsen.

A antes denominada representação de inconstitucionalidade passou a ser chamada de ação direta de inconstitucionalidade, prevista como competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”).

Podemos enumerar outras modificações significativas em relação ao regime anterior:

- a) a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que era exclusiva do Procurador-Geral da República, foi consideravelmente ampliada, reconhecendo-se a sua importância jurídica (art. 103, inciso I a IX);
- b) tornou-se obrigatória a manifestação do Procurador-Geral da República nas ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, § 1o);
- c) criou-se a figura do Advogado-Geral da União, a quem cabe a representação judicial e consultoria da União e, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a defesa do ato ou texto impugnado (art. 103, § 3o);
- d) criou-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2o);
- e) criou-se o mandado de injunção (art. 5o, LXXI);
- f) criou-se um mecanismo destinado à argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único, regulamentado, posteriormente, pela Lei 9.882/99);
- g) atribuiu-se ao Senado Federal a competência para retirar a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X);
- h) reconheceu expressamente a possibilidade de os Estados-membros instituírem representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Carta estadual (art. 125, § 2o).

A Emenda Constitucional n. 3, de 1993 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, dando nova redação aos artigos 102 e 103 da Carta Federal. As decisões definitivas de mérito, proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão

eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Estava, assim, aberta a possibilidade de instituição de um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade de caráter dúplice, que atenderia aos postulados da economia processual. Proclamada a constitucionalidade da lei, julgar-se-á procedente a ação declaratória de constitucionalidade e improcedente a ação direta de inconstitucionalidade e, proclamada a inconstitucionalidade, ocorrerá o inverso. Esse caráter dúplice foi reconhecido pela Lei federal 9.968, de 1999, art. 23, parágrafo único.

Na Constituição de 1988 o Município galgou o *status* de ente federativo, conforme declara expressamente os artigos 1º e 18º. A nova posição do Município na estrutura federativa do Estado brasileiro era ideia há muito já preconcebida pelos defensores do municipalismo, a exemplo de Hely Lopes Meirelles, Lordelo de Melo, José Horácio Teixeira e Geraldo Ataliba. E, em consequência disso, *a característica fundamental da atual Carta é a ampliação da autonomia municipal no tríplice aspecto político, administrativo e financeiro, conforme estabelecidos nos arts. 29-31, 156, 158 e 159, outorgando-lhe, inclusive, o poder de elaborar sua lei orgânica (Carta Própria)*²³.

²³ MEIRELLES. op. cit., p. 44.

2. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO EM CONTEXTO FEDERATIVO

Supremacia é conceito que decorre da ideia de superioridade, de preeminência que conduz à concepção sobre a existência de um sistema hierárquico de normas jurídicas.

A supremacia se liga a esse princípio segundo o qual a Constituição se situa no topo desse escalonamento de normas, sendo chamada de Lei Maior do ordenamento jurídico, porquanto guarda uma relação de soberania em relação às leis que lhe são inferiores. O fundamento de validade das leis infraconstitucionais reside na Constituição porque esta é hegemônica sobre todas as demais.

A ideia de supremacia surgiu com as diferenças que se faz entre as diversas classificações de Constituição quanto ao grau de rigidez para sofrer alterações, a saber, se super-rígidas, rígidas ou pouco rígidas. Quanto maior o grau de rigidez mais rigoroso e complicado é o processo de alteração de uma Constituição.

A rigidez se relaciona, de regra, com o tipo de Constituição escrita²⁴ e, assim, diz-se que a Constituição brasileira de 88 não é super-rígida, como a dos Estados Unidos, nem flexível, mas do tipo rígida, que exige um processo solene e especial para ser alterada, em conformidade com os artigos 59 e 60, incisos e parágrafos. Como se pode ver o princípio da supremacia não está expresso, mas encontra-se implícito na ordem constitucional brasileira, tal como implícito já constava na Constituição americana - como ainda hoje - por ocasião do voto proferido por Marshall no célebre caso *Marbury x Madison*, onde o tema foi enfrentado pela primeira vez, consoante nos conta Luis Roberto Barroso:

“Diante do conflito entre a lei e a Constituição, Marshall chegou à questão central do acórdão: pode a Suprema Corte deixar de aplicar, por inválida, uma lei inconstitucional?”

Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição*:

²⁴ Vale observar a crítica que tece C.A. Lúcio Bittencourt: “Aliás, essa distinção entre Constituições rígidas e Constituições flexíveis ou plásticas, que foi cunhada por JAMES BRYCE, bem como a outra paralela, entre Constituições escritas ou formais e não escritas ou costumeiras, revelou-se totalmente destituída de valor técnico ou científico, porque, a rigor, nenhuma Constituição participa exclusivamente de uma dessas categorias e, além disso, bastas vezes, a classificação teórica não corresponde à realidade prática. Assim, o demonstra Mc BAIN, evidenciando que as Constituições escritas, em geral instrumentos breves e concisos, exigem em vários pontos farta suplementação e, de outra parte, uma Constituição teoricamente flexível, como a inglesa, é, na realidade histórica, não flexível, visto que, baseando-se em costumes seculares, rara e lentamente se altera.” **In Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília. Ministério da Justiça.

‘Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação’. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou *a nulidade da lei que contrarie a Constituição*: ‘Um ato do Poder Legislativo que contrarie a Constituição é nulo’. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que é o *Poder Judiciário o intérprete final da Constituição*: ‘É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerà a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam.’²⁵

O voto de Marshall, no plano teórico, foi inspirado nos escritos do federalista Alexander Hamilton:

“Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que oprimam em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem.

Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira por que ele os interpretar, fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, respondo que não é essa a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes.

²⁵ BARROSO. op. cit., p. 30.

Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com as do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são.”²⁶

Com efeito, se a Constituição representa a vontade soberana de um povo e entendendo-se como tal impassível de ser modificada ordinariamente, a lei que contrarie os seus preceitos é inválida, nula de pleno direito, não podendo sequer ser considerada válida.

E sendo o Poder Judiciário detentor da prerrogativa de interpretar e aplicar as leis, diante de um conflito entre a lei e a Constituição, deve aplicar esta última, não levando em consideração a primeira, e assim conferindo, a um só tempo, efetividade à Constituição e eficácia às normas constitucionais.

Deduz-se, com isso, que o controle de constitucionalidade é apenas um dos reflexos da supremacia constitucional, decorrente do princípio da defesa da Constituição.

²⁶ HAMILTON, op. cit., p. 459-460.

3. A POSIÇÃO DO MUNICÍPIO NA ESTRUTURA FEDERATIVA DO ESTADO BRASILEIRO

Convém falar um pouco sobre o surgimento da federação. Não existe na doutrina uma conceituação uniforme sobre a noção de federalismo. Sabe-se que o Estado federal é uma criação norte americana, originado de um fenômeno político social a partir de estudos elaborados pelos federalistas Hamilton, Madison e Jay que entenderam aperfeiçoar os artigos da confederação inspirados na crença dos direitos naturais dos indivíduos à vista dos abusos e das usurpações que os habitantes das colônias inglesas vinham sofrendo.

Em maio de 1787, na Convenção na cidade de Filadélfia, havia duas correntes: uma que cogitava apenas revisar alguns artigos da confederação, sem afetar a soberania dos Estados; e outra que propunha que os Estados adotassem uma Constituição comum e se submetessem, em determinadas matérias, a um governo central. Os discípulos desta segunda corrente obtiveram êxito e, para tanto adotaram uma Constituição como base jurídica para a criação de um Estado federal, afastando a concentração de poder nas mãos de um indivíduo ou de um grupo e, simultaneamente, estabelecendo a contenção desse poder.

Com a criação do Estado federal tem-se um novo Estado, e apenas este passa a gozar da soberania, ficando as demais unidades federadas dotadas de autonomia, sujeitas à Constituição da Federação, inclusive o próprio Estado federal.

A experiência norte-americana revela que a forma federativa de Estado foi concebida pelo desejo de construir uma aliança sólida e indissolúvel de Estados.

No Brasil, com a edição do Decreto 1, de 15 de novembro de 1889, juntamente com a proclamação da República, adotou-se a forma federativa de Estado²⁷, preservada até hoje com a Carta de 88²⁸, inclusive como cláusula pétrea, a teor do artigo 60, § 4º, inciso I, significando dizer que a federação é um núcleo imodificável da Carta Republicana, não pode ser abolida nem sequer ser objeto de proposta que tenda, ainda que remotamente, a sua abolição.

²⁷ Art. 1º - A Nação brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo, a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil.

²⁸ CF, art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)"

Vê-se que o Brasil amadureceu: de Estado unitário e centralizador de competências se transformou em Estado: **a)** federativo, em virtude de um pacto indissolúvel de entes federativos, que se associam em cooperação respeitando a soberania do poder central, e este a autonomia dos poderes regionais e locais; **b)** democrático, por prevalecer a soberania popular ditada pelo governo da maioria; e **c)** de direito, por prevalecer a supremacia da Lei Maior que estabelece os limites à atuação dos poderes constituídos.

Melhor dissecando. Sob a forma federativa apenas o Estado brasileiro goza de soberania no plano externo, isto é, nas suas relações com os Estados estrangeiros. Só o Estado brasileiro, nos limites traçados pela Lei Maior, goza do poder de expressar a sua autoridade que não encontra limite para exercer as competências que lhe foram destinadas à concretização do interesse público, conforme a clássica lição de Darcy Azambuja²⁹. Nas palavras de José Afonso da Silva³⁰:

“Soberania significa poder político supremo e independente, como observa Marcello Caetano: supremo, porque ‘não está limitado por nenhum outro na ordem interna’; independente, porque, ‘na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos.’”

Enquanto isso os entes federativos são autônomos e iguais entre si, incluída a União enquanto ente federado, mas que no exercício da sua soberania ela se manifesta pelo Estado brasileiro, editando as leis de caráter nacional submetendo-as de modo uniforme e compulsoriamente a todas as unidades federativas, inclusive a si própria.

No dizer de Kelsen³¹:

“As normas jurídicas centrais formam uma ordem jurídica central por meio da qual é constituída uma comunidade jurídica central parcial que abarca todos os indivíduos residentes dentro do Estado Federal. Essa comunidade parcial constituída pela ordem jurídica central é a

²⁹ “Quando se diz que o Estado é soberano, deve entender-se que, na esfera da sua autoridade, na competência que é chamado a exercer para realizar a sua finalidade, que é o bem público, ele representa um poder que não depende de nenhum poder, nem é igualado por qualquer outro poder dentro do seu território.” Cf. AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**, 42 ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 50.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35.

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 452.

`federação`. Ela é parte do Estado Federal total, assim como a ordem jurídica total do Estado Federal. As normas locais, válidas apenas para partes definidas no território inteiro, formam ordens jurídicas locais por meio das quais são constituídas comunidades jurídicas parciais. Cada comunidade jurídica parcial abrange os indivíduos residentes dentro de um desses territórios parciais. Essas unidades jurídicas parciais são os `Estados componentes`. Desse modo, cada indivíduo pertence, simultaneamente, a um Estado componente e à federação. O Estado Federal, a comunidade jurídica total, consiste, assim, na federação, uma comunidade jurídica central, e nos Estados componentes, várias comunidades jurídicas locais.”

Observe-se que não existe hierarquia entre os entes federativos. Os estados federados apenas participam da soberania da União, pois integram a vontade da federação, razão por que esta é o palco que se apresenta para dirimir os conflitos entre as unidades federativas, visando manter íntegra a vontade nacional, ou, noutras palavras, a unidade do pacto federativo.

Com efeito, não há que se falar em federação se esta não for caracterizada pela: a) partilha das competências ou a chamada descentralização política; b) participação na vontade nacional dos Estados membros, Municípios e Distrito Federal; c) possibilidade de autoconstituição dos entes federativos; d) rigidez constitucional e e) existência de um órgão de controle de constitucionalidade.³²

A autonomia dos entes federados decorre diretamente do Texto Maior, do poder constituinte originário e serve-lhes para estabelecer as prerrogativas de auto-organização, estabelecendo as suas normas fundamentais, tanto quanto para produzir as suas legislações infraconstitucionais no âmbito das suas respectivas competências constitucionais.

Na produção das leis e atos normativos, as unidades federativas devem obediência aos limites formais e materiais estabelecidos na Constituição Federal. A observância desses limites é que revela a supremacia da Constituição, como já ressaltado no capítulo anterior. Trata-se da hierarquia normativa de Kelsen:

“A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a norma inferior. A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma

³² TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67-71.

hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui sua unidade.”³³

Ou, conforme ainda Clémerson Merlin Clève³⁴:

“(…) a compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. A supremacia diga-se de logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores definidos do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material. A Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma ‘ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade’. É uma ordem, eis que reside sua posição de supremacia. É, ademais, ordem material porque além de normas, contém uma ordem de valores: o conteúdo do direito, que não pode ser desatendido pela regulação infraconstitucional.”

Com efeito, vê-se que a supremacia da Constituição representa mais do que uma simples característica senão que um elemento essencial ao conceito de Federação³⁵, sob pena de desfazimento dessa aliança indissolúvel, que nem por via oblíqua pode ser violada, tal é o rigor do artigo 1º, da Carta Federal, consoante palavras José Afonso da Silva³⁶, *in verbis*:

“A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação (...)”

Assim, por exemplo, a autonomia dos Estados Federados assenta na capacidade de auto-organização, autogoverno e de auto-administração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica *tendência* a abolir a forma federativa de Estado.”

³³ KELSEN. op. cit., p. 181.

³⁴ CLÈVE. Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 27.

³⁵ Vide definição de essência em VASCONCELOS. op. cit., p. 238.

³⁶ SILVA, op. cit., p. 442.

Não remanescem mais dúvidas seja na doutrina ou na jurisprudência de que o Município é um ente federativo. Em que pese isoladas discordâncias à parte³⁷, “o certo é que, pela Carta de Outubro, os Municípios participam da estrutura político-administrativa do Estado brasileiro, do mesmo modo que a União, Estados e Distrito Federal, encontrando-se protegidos pelo *princípio da indissolubilidade do pacto federativo*.”³⁸, pois:

“Não teria sentido, todavia, inserir-se o Município na definição da estrutura federal brasileira, se o texto constitucional não pretendesse atribuir-lhe *status* federativo.”³⁹

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que o Município é componente da estrutura federativa:

“Federativo há mais de um século, o modelo de federação brasileiro foi profundamente alterado pela Constituição da República de 1988, tendo-se nela definida nova relação a ser estabelecida entre os entes federados, passando-se a considerar o Município componente da estrutura federativa e, nessa condição, dotando-o de competências exclusivas que traçam o âmbito de sua autonomia política.” (ADin 3549-5, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 31.10.2007).

3.1. Autonomia municipal

Pois bem, o Município não teria adquirido o *status* de ente federativo, em conformidade com o previsto nos artigos 1º e 18 da Constituição de 88, se não tivesse sido dotado de autonomia, a saber, de gerir por si próprio a sua política, as suas finanças e a sua administração. A autonomia do ente público não é um privilégio, mas uma “*prerrogativa política concedida e limitada pela Constituição Federal*”⁴⁰, ou, noutras palavras, uma decorrência do poder jurídico-político atribuído pelo constituinte originário para exercer as competências que lhe foram confiadas e discriminadas na Carta da República.

Há muito Geraldo Ataliba já apregoava que “A autonomia dos Municípios está na base do princípio republicano e comparece como o mais importante e transcendental dos

³⁷ Cf. SILVA, op. cit., p. 253: “Nem o Município é essencial ao conceito de Federação Brasileira. Não existe Federação de Municípios. Existe Federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer Federação.”

³⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 910.

³⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 887.

⁴⁰ MEIRELLES, op. cit., p. 91.

princípios do nosso direito público (...).”⁴¹ É que Ataliba entendia constituir-se o território municipal a sede adequada para a implementação dos ideais republicanos, conforme suas palavras:

“Realiza-se no Município brasileiro, com notável extensão, o ideal republicano da representatividade política, com singular grau de intensidade. Aí, a liberdade de informação, a eficácia da fiscalização sobre o governo, o amplo debate das decisões, o controle próximo dos mandatários pelos eleitores, dão eficácia plena a todas as exigências do princípio republicano representativo.”

Assim dizia, para concluir adiante:

“Todos os preceitos constitucionais direta ou indiretamente aplicáveis aos Municípios têm a dupla finalidade de: a) dar eficácia ao princípio republicano, garantindo o autogoverno local; e b) assegurar mecanismos republicanos de funcionamento do Município, nas suas relações internas.”⁴²

A autonomia assim, não constitui um poder originário do Município, mas um poder derivado, tanto quanto o é a autonomia dos demais entes federativos, porquanto advém diretamente da Carta republicana. E se é assim não há hierarquia entre as leis envolvendo as três unidades de poder estatal, pois:

“O que existe são esferas próprias de ação governamental, que decrescem gradativamente da União para o Estado-membro e do Estado-membro para o Município. Não há, pois, submissão do Município ao Estado ou à União, porque nenhuma dessas entidades pode substituir o governo local na solução de casos afetos à Administração Municipal; o que há é respeito recíproco pelas atribuições privativas de cada qual. Desses princípios é que dimana o cânon constitucional da independência e harmonia dos Poderes (art. 2º), e que deve ser entendido não só com relação aos órgãos da Soberania Nacional (Legislativo, Executivo e Judiciário), mas também com pertinência às entidades da estrutura estatal (União – Estados – Municípios). Se a União ou o Estado-membro, extravasando dos limites de sua competência, invadir a órbita privativa da Administração Municipal, pode o Município recorrer ao

⁴¹ ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2 ed. 3 tir. Atual. Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45.

⁴² *Idem*, p. 46.

Judiciário para compelir o poder federal ou estadual a se recolher aos lindes que a Constituição lhe assinala (CF, art. 34, VII, c).”⁴³

Como bem o disse Hely Lopes, a violência a quaisquer dos poderes inerentes à autonomia do Município gera em favor deste o direito de ver restabelecido não só o exercício da competência de matéria que, constitucionalmente, lhe é afeita, mas também o de preservar a defesa da Constituição, conforme a predominante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem estabelecido:

“A Constituição estadual não pode impor, ao Prefeito Municipal, o dever de comparecimento perante a Câmara de Vereadores, pois semelhante prescrição normativa – além de provocar estado de submissão institucional do Chefe do Executivo ao Poder Legislativo municipal (sem qualquer correspondência com o modelo positivado na Constituição da República), transgredindo, desse modo, o postulado da separação de Poderes – também ofende a autonomia municipal, que se qualifica como pedra angular da organização político-jurídica da Federação brasileira. Precedentes.”(STF, ADIn 687/PA, Rel. Min. Celso de Melo).

“Dar alcance irrestrito à alusão, no art. 29, *caput*, CF, à observância devida pelas leis orgânicas municipais aos princípios estabelecidos na Constituição do Estado, traduz condenável misoneísmo constitucional, que faz abstração de dois dados novos e incontornáveis do trato do Município da Lei fundamental de 1988: explicitar o seu caráter de ‘entidade infraestatal rígida’ e, em consequência, outorgar-lhe o poder de auto-organização, substantivado, no art. 29, pelo de votar a própria lei orgânica. É mais que bastante ao juízo liminar sobre o pedido cautelar a aparente evidência de que em tudo quanto, nos diversos incisos do art. 29, a Constituição da República fixou ela mesma os parâmetros limitadores do poder de auto-organização dos Municípios e excetuados apenas aqueles que contêm remissão expressa ao direito estadual (art. 29, VI, IX e X) – a Constituição do Estado não os poderá abrandar nem agravar. Emenda constitucional estadual e direito intertemporal. Impõem-se, em princípio, à emenda constitucional estadual os princípios de direito intertemporal da Constituição da República, entre os quais as garantias do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos”.”(STF, ADIn 2.112-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

⁴³ MEIRELLES. op. cit., p. 92.

Pode-se concluir que os Municípios compõem a estrutura federativa brasileira, sendo, pois, entidade política dotada de autonomia, e para que isso se firme o constituinte assegurou, de forma exemplificativa, os poderes ou capacidades de: a) auto-organização (elaboração da lei orgânica própria); b) autogoverno, pela eletividade do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores; c) autolegislação, mediante a elaboração de leis municipais na área de sua competência exclusiva e suplementar; d) auto-administração: administração própria para criar, manter e prestar os serviços de interesse local, bem como legislar sobre seus tributos e aplicar suas rendas.

Constata-se, ademais, à luz das decisões do Supremo Tribunal, que as capacidades do Município inerentes ao princípio da autonomia municipal seguem também o modelo federal, e nem poderia ser diferente, considerando o princípio da adequação ou da simetria como reflexo da supremacia constitucional, conforme ensina Lammêgo Bulos:

“Os reflexos da supremacia constitucional na ordem jurídica podem ser sentidos pela observância dos seguintes princípios:

Princípio da adequação ou da simetria – os atos legislativos, administrativos e jurisdicionais, do mesmo modo que os privados, devem ser simétricos com relação ao texto maior. Com efeito, devem adequar-se à superioridade das normas constitucionais, porque a constituição é a lei máxima do Estado. Todos os órgãos estão vinculados a ela.”⁴⁴

3.2. Competências municipais

Conforme já visto no capítulo 3, uma das características da federação é a descentralização política, que consiste na repartição de competências entre os entes federativos. Descentralização política consiste na repartição dos poderes de decisão, pois confere *maior eficiência ao governo*⁴⁵ no regime federativo. A Constituição Federal de 88 efetua repartição de competências entre as três esferas de governo: federal, estadual e municipal.

Mas, qual a técnica adotada pela Constituição Federal de 88 para repartição de competências?

⁴⁴ BULOS. op. cit., p. 129.

⁴⁵ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

O ordenamento constitucional adotou o princípio da preponderância dos interesses, em que as matérias de interesse nacional são de competência da União; matérias de interesse regional, de competência dos Estados-membros e matérias de interesse local, de competência do Município. O Distrito Federal, conforme art. 32, §1º da Constituição Federal de 88, acumula matérias de interesse regional e local. É essa a lição de André Ramos Tavares:

“Nesse campo, identifica-se uma orientação geral para estruturar a repartição de competências. Trata-se do denominado ‘princípio da predominância do interesse’. Esse princípio significa, sucintamente, que à União cabe tratar das matérias de interesse geral, nacional, amplo. Aos Estados, daquelas que suscitam um interesse menor, mais regional. Por fim, aos Municípios cabe tratar das matérias de interesse restritos, especialmente locais, circunscritos a sua órbita menor.

Evidentemente que todos os interesses terão repercussão em cada uma das três esferas citadas. É por isso que se fala em ‘predominância’ e não em exclusividade. Difícil ou impossível será a tarefa de sustentar uma matéria como sendo exclusivamente de âmbito nacional, regional ou local.”⁴⁶

Diante dessa dificuldade e complexidade de caracterizar o que é interesse nacional, regional e local, de que nos fala Ramos Tavares, porque no mais das vezes não se trata de questão jurídica, mas de questões de natureza sociológica e política, o ordenamento constitucional brasileiro passou a adotar a técnica de repartição de competência que enumera, expressamente, os poderes da União (arts. 21 e 22) e dos Municípios (art. 30), reserva aos Estados as competências que não são vedadas no texto constitucional – competência remanescente (art. 25, §1º) e atribui ao Distrito Federal competências dos Estados e dos Municípios – competência cumulativa (art. 32, §1º), com exceção do art. 22, inciso XVII. Além disso, estabelece competências comuns (art.23) e concorrentes (art.24).

Na Constituição de 88 temos, então: **1)** as competências administrativas ou materiais: **a)** *comum* aos quatro entes federativos (União, Estado-membro, Distrito Federal e Municípios), prevista no art. 23; **b)** *privativa* do Município enumeradas no art. 30, incisos III a IX; **2)** as competências legislativas: **a)** expressa do art. 29, *caput*, qual a de elaborar a sua própria lei orgânica; **b)** a de legislar sobre assunto de interesse local - art. 30, I; **c)** complementar

⁴⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1151-1152.

- art. 30, II; **d**) a de elaborar o seu plano diretor - art. 182, § 1º; e **e**) de legislar sobre os seus impostos - art. 156.

Sobre competência municipal, duas observações se impõem: 1ª) a Constituição de 88 exclui os Municípios de partilharem da competência legislativa concorrente de que fala o art. 24, nem mesmo para suplementar a legislação federal, que se restringe a estabelecer apenas as normas gerais; 2ª) “assunto de interesse local” significa “interesse predominante. Interesse local é expressão idêntica a peculiar interesse.”⁴⁷.

O tema *assunto de interesse local* tem proliferado algumas controvérsias e, portanto, convém firmar posição. Nesse sentido, André Ramos Tavares diz:

“Uma correta interpretação constitucional dessa norma há de concluir ser prescindível a exclusividade do interesse local. Basta que predomine o aspecto local do assunto. Nesses casos, a competência é exclusiva do município (não se deve confundir prescindibilidade da exclusividade local do assunto com exclusividade da competência: aquela é, em parte, o fundamento desta).”⁴⁸.

Na ADI 1221, o relator Min. Carlos Velloso consignou que assunto de “interesse local diz respeito a interesse que diz de perto com as necessidades imediatas do Município”.

José Nilo de Castro, porém, com mais percuciência, esclarece:

“Interesse local traduz-se em todos os assuntos do Município, mesmo que ele não fosse o único interessado, desde que seja o **principal**. É a sua **predominância**; tudo que repercute direta e **imediatamente** na vida municipal é de interesse local, segundo o dogma constitucional, havendo, por outro lado, interesse (indireta e mediatamente) do Estado e da União. Impõe-se a assertiva à vista do fenômeno da descentralização.”⁴⁹

Em suma, eis que o “assunto de interesse local”, consoante Juraci Mourão, deve carregar as seguintes características: “a) **imediatez**, o assunto deve ter origem e ser passível de tratamento e disciplinamento eminentemente dentro dos limites territoriais do

⁴⁷ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 108.

⁴⁸ TAVARES. op. cit., p. 1179.

⁴⁹ CASTRO, José Nilo. **Direito municipal positivo**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 49.

Município; b) **preponderância**, o assunto deve afetar mais fortemente a localidade e os municípios do que uma repercussão regional ou nacional.”⁵⁰

3.3. Lei Orgânica do Município como fonte maior de normatividade

As fontes normativas do direito municipal não divergem tanto da forma de exteriorização do direito dos demais entes federativos, destacando-se não comportar no âmbito da produção legislativa municipal a lei delegada, a medida provisória e decretos legislativos.

Foge da perspectiva do presente trabalho tratar do processo legislativo municipal, muito menos das suas espécies legislativas. A rigor, o que se pretende demonstrar aqui é que o parâmetro de validade de toda legislação municipal reside na Lei Orgânica do Município, e esta quando da sua elaboração tem que se compatibilizar formal e materialmente com a Lei Maior. Trata-se do princípio da simetria constitucional, como alhures já falado.

O art. 29, da Carta de 88, estabelece que: *“O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...)”*

Em artigo, José Afonso da Silva pergunta:

“12. Em que consiste a lei orgânica própria? Qual o seu conteúdo?”

Ela é uma espécie de constituição municipal. Cuidará de discriminar a matéria de interesse local de competência exclusiva do Município (art. 30,I), observada as peculiaridades locais, bem como a matéria de competência comum que a Constituição lhe reserva juntamente com a União e os Estados (art. 23) e a complementar da legislação federal e estadual (art. 30, II). Indicará, dentre a matéria de sua competência aquela que lhe cabe legislar com exclusividade e a que lhe seja reservado legislar suplementarmente.

⁵⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências federativas na constituição e nos precedente do STF**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 106.

13. A própria Constituição já indicou o *conteúdo básico da lei orgânica*, que terá que compreender, além das regras de eletividade do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, normas sobre (art. 29):

(...)

14. O art. 30 da Constituição já discrimina as bases da competência dos Municípios, tais como:

(...)

15. Além disso, estão previstas (art. 23) áreas de *competência comum* com a União e os Estados para:

I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

(...)”⁵¹

O texto transcrito, que diz respeito a um parecer da lavra de José Afonso da Silva, instiga-nos a refletir sobre os limites da autonomia municipal, limites que se relacionam, a rigor, com os aspectos negativos do instituto da autonomia, o qual é ínsito à forma federativa de Estado.

Pensar a forma federativa do Estado, conforme visto acima, remete-nos, necessariamente, às lições de Kelsen sobre a “centralização da legislação”. Convém transcrever:

“A ordem jurídica de um Estado federal compõe-se de normas centrais válidas para o seu território inteiro e de normas locais válidas apenas para porções desse território, para os territórios dos ‘Estados componentes (ou membros)’. As normas gerais centrais, as ‘leis federais’, são criadas por um órgão legislativo central, a legislatura da ‘federação’, enquanto as normas gerais locais são órgãos legislativos locais, as legislaturas dos Estados componentes. Isso pressupõe que, no Estado federal, a esfera material de validade da ordem jurídica, ou, em outras palavras, a competência legislativa do Estado, está dividida entre uma

⁵¹ SILVA, José Afonso. O regime constitucional dos municípios. **Revista de direito administrativo e constitucional**, Belo Horizonte: Fórum. Ano 10, n. 42, p. 1-252, set/dez 2010.

autoridade central e várias autoridades locais. Neste ponto, existe uma grande similaridade entre a estrutura de um Estado federal e a de um Estado unitário subdividido em províncias autônomas. Quanto mais ampla for a competência dos órgãos centrais, a competência da federação, mais restrita será a competência dos órgãos locais, a competência dos Estados componentes, e maior o grau de centralização. (...)

As normas centrais formam uma ordem jurídica central por meio da qual é constituída uma comunidade jurídica central que abarca todos os indivíduos residentes dentro do Estado federal. Essa comunidade parcial constituída pela ordem jurídica central é a ‘federação’. Ela é parte do Estado federal total, assim como a ordem jurídica central é parte da ordem jurídica total do Estado federal. As normas locais, válidas apenas para partes definidas do território inteiro, formam ordens jurídicas locais por meio das quais são constituídas como comunidades jurídicas parciais. Cada comunidade jurídica parcial abrange os indivíduos residentes dentro de um desses territórios parciais. Essas unidades jurídicas parciais são os ‘Estados componentes’. Desse modo, cada indivíduo pertence, simultaneamente, a um Estado componente e à federação. O Estado federal, a comunidade jurídica total, consiste, assim, na federação, uma comunidade jurídica central, e nos Estados componentes, várias comunidades jurídicas locais. A teoria tradicional identifica, erroneamente, a federação com o Estado federal total.

Cada uma das comunidades parciais, a federação e os Estados componentes, baseia-se na sua própria constituição, a constituição da federação, e a constituição do Estado componente. Porém, a constituição da federação, a ‘constituição federal’ é, simultaneamente, a constituição do Estado federal inteiro.”⁵²

O que Kelsen nos diz é que o Estado federal se compõe de duas ordens jurídicas, uma com validade para o território inteiro da federação, criada pela legislatura da federação, e outra com validade apenas nos territórios dos respectivos Estados-membros, criada pelos legislativos locais. Aplicando-se ao modelo federativo brasileiro, a Constituição de 88 representa, simultaneamente, a ordem jurídica da federação e a Carta fundamental do ente autônomo União. Enquanto “legislação da federação” a Lei Maior atua no espaço jurídico das ordens jurídicas parciais, a saber, das Constituições dos Estados-membros, limitando-lhes a

⁵² KELSEN, op. cit. p. 451-453.

autonomia seja sob o aspecto formal seja sob o aspecto material para a criação das suas normas jurídicas.

Não é por outra razão que o Prof. Léo Leoncy, em magnífico trabalho em seu *Controle de Constitucionalidade Estadual* dedica um capítulo inteiro a tratar, com profundidade, sobre a natureza, a forma e o conteúdo das normas de observância obrigatória para os Estados-membros na Constituição de 88. Eis o que nos diz:

“Assim como recebem parcela de poder para ser exercido no âmbito do seu território, os Estados-membros também são destinatários de uma série de limites previstos na Constituição Federal, materializados nas chamadas normas de observância obrigatória. É a Constituição da República que, por intermédio dessas normas, delimita o âmbito de atuação das entidades federativas estaduais.”⁵³ E mais adiante continua:

“Assim, quanto maior o número de normas de observância obrigatória limitadoras da autonomia estadual, menor o campo de atuação independente do poder constituinte do Estado-membro e, de forma inversa, quanto menor o número daquelas normas, maior o espaço de livre atuação daquele poder.”⁵⁴

Com efeito, dessas lições extrai-se, em suma, que a Constituição Federal de 88 estabeleceu em relação aos entes federados normas de observância obrigatória, de extensão e de reprodução, e normas de observância não obrigatória também em relação ao Município, conforme assenta o próprio José Afonso, ao dizer que: a “*própria Constituição já indicou o conteúdo básico da lei orgânica*”.

Quer dizer, não parece haver dúvida que o Município sofre também essas limitações em sua autonomia, dir-se-á de forma até mais ampla, considerando sujeitar-se duplamente às regras e princípios da Constituição Federal e da Constituição estadual, conforme o disposto no art. 29/CF.

⁵³ LEONCY, Léo Ferreira. **Constitucionalidade estadual**: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

⁵⁴ Idem, p. 11-12.

Bem se aplica ao Município a conclusão de Raul Machado Horta – transcrita pelo Prof. Léo Leoncy em sua obra⁵⁵ -, segundo a qual “o ordenamento autônomo do Estado-membro é misto: parcialmente derivado e parcialmente originário.”

Todavia, sob a perspectiva da presente pesquisa - qual a de examinar a viabilidade jurídica do controle abstrato de constitucionalidade do direito municipal perante a Suprema Corte, à luz do art. 102, I, a, da Constituição Federal -, o que nos convém é tentar por em confronto as normas de observância obrigatória reproduzida na Lei Orgânica municipal em face da Constituição Federal.

É o que mais adiante nos propomos a fazer. Antes, algo precisa ser esclarecido. A modalidade de controle de constitucionalidade que nos detemos no presente trabalho não é o de natureza política, prévio ou preventivo realizado pelo Poder Legislativo através das suas Comissões de Constituição e Justiça, ou a que é feita pelo Poder Executivo por meio dos vetos presidenciais do Chefe do Poder Executivo. Não, essa é uma matéria de natureza político-administrativa que por exigir disciplina jurídica diversa foge, presentemente, ao nosso campo de interesse.

⁵⁵ LEONCY. op. cit., p. 12.

4. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL

O controle difuso é o adotado pelos Estados Unidos da América, que tem como *leading case Marbury x Madison*, julgado em 1803, sobre o qual já nos reportamos.

Diz a Constituição de 88, em seu art. 5º, XXVI, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou a ameaça a direito”, significando dizer que toda e qualquer pessoa que tem um direito violado, ou bastante que se sinta ameaçado em tê-lo poderá recorrer ao Judiciário, podendo exercer o seu direito de ação - que é público e subjetivo -, objetivando afastar a ilegalidade/inconstitucionalidade.

Ações que tais soem ocorrer em caso concreto e pode ser apreciado por qualquer juízo ou tribunal, a depender da competência a ser fixada.

As leis e os atos normativos municipais são apreciados pelos juízos e tribunais de justiça locais em que se situa o Município. Qualquer juiz pode apreciar a inconstitucionalidade da norma municipal ou estadual, incidentalmente, como prejudicial de mérito, quando confrontado ou contestado em face da Constituição Federal ou da Constituição estadual, mas a decisão só gera efeitos entre as partes litigantes.

É importante atentar para a distinção entre o modo de se efetuar o controle de constitucionalidade, por via incidental, perante o juiz e o tribunal. Quando provocado perante o juiz não há procedimento específico a se observar, pois a questão constitucional suscitada como prejudicial de mérito, como todas as demais, surgem no caso concreto como resistência à pretensão de outrem.

“No entanto, o art. 97 da Constituição Federal exige que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo só seja declarada pelos tribunais, pelo voto da maioria dos seus membros do respectivo Órgão Especial. De qualquer forma, o efeito desta decisão é sempre *inter partes*.”⁵⁶. Os artigos 480 e 482 do Código de Processo Civil se harmonizam com o referido art. 97.

Convém atentar que o Ministério Público, as entidades públicas responsáveis pelo ato questionado e os legitimados arrolados no art. 103 da Constituição Federal, poderão se

⁵⁶ TEMER. op. cit., p. 48.

manifestar no incidente de inconstitucionalidade em curso perante os tribunais, em decorrência dos §§ 1º e 2º do artigo 482/CPC, acrescentados pela Lei 9.868, de 10/11/99.

Só após julgado o incidente de inconstitucionalidade pelo Plenário do Tribunal ou pelo seu Órgão Especial é que o processo retorna à apreciação da Turma ou da Câmara para decidir a respeito da pretensão deduzida, impondo-se dizer que a decisão do Plenário sobre o incidente de inconstitucionalidade é irrecorrível, consoante a súmula 513 do Supremo Tribunal Federal que diz: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito.”

Há ainda o controle difuso de constitucionalidade da lei municipal em sede de Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, devendo se demonstrar a repercussão geral, tudo em conformidade com o disposto no art. 102, III, *a, b e c*, e § 3º da Constituição Federal.⁵⁷

Ressalte-se que no caso concreto a questão prévia sobre a inconstitucionalidade das leis pode ser suscitada de ofício pelo magistrado singular ou qualquer membro do tribunal, inclusive pode e deve declarar a inconstitucionalidade sem que as partes ou o Ministério Público venha a suscitá-la. Quanto a isso, Uadi Lammêgo Bulos tece a seguinte consideração:

“Há, entretanto, um detalhe a ser observado nesse último item.

Vimos que o Supremo Tribunal Federal exercita o controle difuso em sede de recurso extraordinário. Pois bem, diante de uma demanda que chegue ao seu exame, entendemos que o Pretório Excelso, por livre e espontânea deliberação, se achar conveniente, poderá levantar, de ofício, a questão de inconstitucionalidade e sobre ela decidir, mesmo sem prequestionamento, pelo fato de que lhe compete, precipuamente, a guarda da Constituição (art., *caput*).

Mas, esclareça-se bem: outros interessados não têm essa faculdade.

⁵⁷ CF, Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...); III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição.

§ 3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Somente o Supremo Tribunal pode, por si próprio, apreciar a questão de inconstitucionalidade que não tenha sido suscitada antes. Essa prerrogativa lhe é exclusivíssima, decorrente de sua posição institucional.

No mais, quaisquer interessados só poderão argüir, na via de defesa, pelo recurso extraordinário, as questões constitucionais explicitamente prequestionadas.

Ora, se é certo que a Colenda Corte, como guardiã da ordem constitucional, pode, se assim desejar, apreciar matérias não prequestionadas, mais exato ainda é que essa faculdade não se estende a nenhum outro órgão.

Isso porque o controle difuso, realizado na via da defesa, mediante recurso extraordinário, não se sujeita ao princípio segundo o qual o *tribunal conhece o direito (iura novit cúria)*. O recorrente deverá prequestionar o preceito constitucional supostamente violado.

Logo, a exigência de prequestionamento, em tema de recurso extraordinário, posta-se como uma exigência intransponível para aferição do controle concreto de normas perante o Pretório Excelso (STF, RE 117.805/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 27-8-1993; STF, AgRg 144.816-5, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* de 12-4-1996; STF, AgRg 193.772, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* de 24-10-1997; STF, AgRg 155.188-8, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 15-5-1998).⁵⁸

O controle difuso também se efetiva em sede de ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.347, de 1985, mas a decisão surte efeitos somente entre as partes, pois do contrário restaria usurpada a competência do Supremo Tribunal Federal, conforme o STF já decidiu na Recl. 633-6/SP, Rel. Min. Francisco Rezek.

Convém observar, por último, que no controle de constitucionalidade pela via incidental os juízes e tribunais estaduais podem exercer, simultaneamente, a jurisdição constitucional federal, defendendo a Constituição Federal, e a jurisdição estadual, em defesa da própria Constituição estadual.

⁵⁸ BULOS. op. cit. p. 201-202.

Em conclusão, no ordenamento jurídico brasileiro só há previsão para duas formas do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, a saber: a) através da argüição do descumprimento de preceito fundamental, conforme art. 102, § 1º, c/c a Lei 9.882/99, art. 1º, § único, da qual trataremos mais adiante; e b) através do controle difuso.

Nesse sentido, o art. 102, I, a, da Carta Federal afasta a possibilidade de o Município se utilizar da ação direta de inconstitucionalidade na hipótese de a lei municipal violar preceitos constitucionais, de acordo com precedentes já assentados pelo Supremo Tribunal Federal:

“O único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição que se admite é o difuso, exercido *incidenter tantum*, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto.” (STF, Pleno, Recl. 337/DF, Rel. Min. Paulo Brossard).

5. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL

No controle abstrato de constitucionalidade discute-se a norma em tese, por via de ação direta. Trata-se de ação de caráter objetivo em defesa da Constituição, que não segue as regras e princípios processuais aplicáveis ao processo comum, de acordo com o rito estabelecido pelo Código de Processo Civil, pois o STF já decidiu:

“O Supremo Tribunal Federal deve permanecer em ‘constante vigília, de modo a evitar tentativas de aplicação *contra naturam* as regras de processo civil a situações em que elas não podem ser aplicadas.” (STF, Pet. 1.120-MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 1º-3-1996)

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade não há lide nem litígio, nem contraditório, razão por que não há partes, mas apenas requerentes, por se cuidar de um processo tipicamente objetivo, cuja finalidade é de eliminar da ordem jurídica as leis ou atos normativos incompatíveis com a Lei Maior.

Na fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis a Corte Maior não exercita o papel de legislador positivo – ato de criar leis ou atos normativos -, mas o de legislador negativo, - retirando leis e atos normativos incongruentes com a ordem jurídica -, já tendo o STF, também, nesse sentido se posicionado, conforme, a saber:

“O Poder Judiciário somente atua como legislador negativo, vedando-se-lhe o atuar de forma positiva” (STF, RE 279.002/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 4-5-2004).

Juízes e tribunais não têm competência para julgar o controle judicial concentrado de normas por se tratar de competência exclusiva da Suprema Corte do País. Daí por que o controle é dito concentrado pelo fato de concentrar-se em único tribunal: o Supremo Tribunal Federal, que é considerado o guardião da Constituição, de acordo com o art. 102, *caput*.

5.1. Em face da Constituição estadual

No plano estadual, o artigo 125, §2º⁵⁹, da Constituição Federal prevê o controle de constitucionalidade da lei e ato normativo municipal através da representação de

⁵⁹ CF, Art. 125, § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

inconstitucionalidade tendo como parâmetro a Constituição do Estado-membro. Trata-se de questão que já está pacificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que ao Tribunal de Justiça cabe à competência para julgar leis e atos normativos municipais tendo como parâmetro a Constituição estadual, conforme *in verbis*:

“...pela jurisprudência do STF, compete ao tribunal de justiça julgar ação direta de inconstitucionalidade de norma municipal em face de dispositivos de constituição estadual (CF, art. 125,§ 2º). Pouco importa se os dispositivos da carta estadual sejam reprodução de preceitos da Constituição Federal. E, com o veredito do Pretório Excelso, confirmando o conflito de normas, não mais se pode cogitar da existência da lei impugnada, sendo, por essa razão, incabível a comunicação da decisão à Câmara Municipal (STF, RE 199.293/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão de 19-5-2004. Precedentes: STF, Recl. 383-SP, Min. Moreira Alves).

Sobre o assunto, diz-nos Uadi Lammêgo:

“Em suma, não é possível o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Carta Magna, nem pelo Tribunal de Justiça, nem pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido: ‘O nosso sistema constitucional não admite o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo em face da Constituição Federal; nem mesmo perante o Supremo Tribunal Federal, que tem, como competência precípua, a sua guarda, art. 102, *caput*’ (STF, Pleno, Recl. 337/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, decisão de 18-8-1994)’

Em diversas oportunidades, a Colenda Corte suspendeu a eficácia de dispositivos de constituições estaduais que não seguiram essa orientação. Algumas de modo direto, outras de forma velada, instituíram *controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Carta Federal*. Resultado: tiveram sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo (STF, RTJ, 102:49, 124:266, 124:612, 97:438, 102:749, 104:724 etc)

Foi o caso da Constituição de São Paulo. No inciso XI do art. 74 autorizava o Tribunal de Justiça local a representar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Carta Federal.

O Supremo, por sua vez, não titubeou em decretar a inconstitucionalidade desse preceito, pois Tribunais de Justiça não podem produzir decisões *erga omnes* no âmbito dos Estados. Só o Pretório Excelso – o guarda da Constituição – detém essa competência.”⁶⁰

Com efeito, discordamos desse entendimento consolidado na jurisprudência do STF, por entender que a posição que os Municípios ocupam ou devam ocupar na estrutura da federação brasileira, após a promulgação da Carta de 88, afastam ideias não mais compatíveis com a lógica do próprio sistema normativo constitucional, em linha com um novo tratamento hermenêutico aberto e mais democrático.

É o que, doravante, se passa examinar.

5.2. Em face da Constituição federal diante do silêncio eloquente do art. 102, I, a

A competência do Supremo Tribunal Federal, enquanto poder da República, para conhecer e julgar as causas de natureza constitucional, em ordem a declarar, em definitivo, sobre a (in)constitucionalidade das leis, tem um duplo relevo, a saber: 1) manter a unidade e a supremacia da Constituição; e 2) preservar a harmonia do pacto federativo. Para tanto, a Lei Maior, no art. 102, *caput*, erigiu o Supremo Tribunal Federal à condição de guarda precípua da Constituição.

Sedimentou-se na doutrina e na jurisprudência pátrias o entendimento segundo o qual o Município não pode interpor ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que existe um silêncio intencional do legislador constituinte à luz do disposto no art. 102, I, a, da Carta Federal de 88.

Verifica-se, no entanto, um silêncio maior e mais grave: de que os estudiosos não apontam os critérios científico-teóricos balizadores desse argumento. Sequer, em regra, se reportam à existência de lacuna no ordenamento jurídico, preferindo sustentarem, ou, meramente se apegarem à tese de que o Supremo Tribunal Federal ficaria “abarroto” de ações diretas de inconstitucionalidade caso fosse permitido aos milhares de municípios brasileiros discutirem, em abstrato, a fiscalização de constitucionalidade das suas normas municipais.

⁶⁰ BULOS. op. cit. p. 264-265.

Esse posicionamento já não mais se sustenta diante da compreensão básica e primeira de refletir o Município como parte integrante da organização política do Estado brasileiro, como ator que exerce um papel efetivo e concreto de ente federativo, pois a não ser assim que tipo de regime federativo é esse que reparte as decisões políticas, administrativas e financeiras e não concede a todas as unidades federadas a mesma paridade de armas? Não. O regime federativo não pode consentir ou fazer com que se prevaleça a desigualdade de tratamento, em especial em relação aos municípios, lugar onde a pessoa na qualidade de cidadão, contribuinte e consumidor vive e partilha com os seus iguais todas as manifestações da sua vida. A propósito, eis magistral lição de Valmir Pontes Filho:

“Descabida, portanto, a assertiva segundo a qual seriam eles os ‘entes menores’ da Federação. Muito ao reverso, a esfera municipal se revela, a rigor, a mais importante de todas as que compõem o Estado federal, já que nos Municípios é que os cidadãos vivem, moram, trabalham, produzem, têm vizinhos e educam a si próprios e a seus filhos; neles é que mantêm, enfim, suas relações político-sociais mais estreitas. Eles existem concretamente, ao contrário dos Estados e da União, que não passam de ‘criaturas jurídicas’.”⁶¹

Essa cogitação de “abarroamento de ADIn`s na Suprema Corte” que aconteceria caso os Municípios pudessem intentá-las junto ao Supremo Tribunal Federal não se constitui critério jurídico, nem mesmo político para se entender de excluí-los do art. 102, I, a, da Constituição Federal. E por quê? Primeiro, porque não se pode pensar o Direito com base em suposições – e a referida tese é uma suposição -, mas como ciência, e, no caso, como ciência jurídica a exigir que a sua estrutura essencial seja conhecida, a qual só se manifesta através dos seus princípios, conforme lição de Miguel Reale:

“*Princípios* são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade.”⁶²

Mais adiante, explicita:

“Podemos, aqui, fazer uma comparação que, até certo ponto, esclarecerá o problema. Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de

⁶¹ PONTES Filho, Valmir. **Poder, direito e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 214.

⁶² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 60.

referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de *princípios*, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano.”⁶³

E conclui Miguel Reale:

“O certo é que, tanto no Direito, como nas demais ciências, o trabalho da inteligência se desenvolve através destas três ordenações, que são os *tipos*, as *leis* e os *princípios*, de cuja relação resulta a unidade de um sistema.

Não existe ciência sem certa unidade sistemática, isto é, sem entrosamento lógico entre as suas partes componentes.” (...)

Quando a experiência jurídica encontrou suas correspondentes *estruturas lógicas*, surgiu a Ciência do Direito como sistema autônomo e bem caracterizado de conhecimento.”⁶⁴

Com efeito, para se *conhecer* é necessário um exame metódico e cuidadoso do objeto, conforme nos ensina o prof. Johannes Hessen, da Universidade de Colônia: “O dualismo sujeito e objecto pertence à essência do conhecimento. (...). A função do sujeito consiste em apreender o objecto, a do objecto em ser apreendido pelo sujeito.”⁶⁵

Considerando, assim, que a ciência é sempre aberta e democrática e que não é possível *conhecer* havendo distanciamento entre o sujeito e objeto (salvo se houver desinteresse do sujeito na apreciação do tema, como de fato tem ocorrido), logo ela mesma - a ciência - permite que argumento inválido possa ser refutado no mundo dos fatos, tal como este que se erige como objeto da presente pesquisa.

Como já ventilado alhures, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheça a existência de lacunas constitucionais⁶⁶, nem assim os doutos e a própria Corte Suprema admitem a existência de lacuna contida no art. 102, I, a, da Carta Federal, referindo-

⁶³ Id., 1987, p. 61.

⁶⁴ Ibid. p. 63.

⁶⁵ HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de Dr. António Correia, licenciado em ciências históricas e filosóficas. 7 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978, p. 26.

⁶⁶ Vide MS 30585, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2012; MI 712, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007; RMS nº 24.334/PB, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ, 26/08/2005.

se apenas a um silêncio eloquente do constituinte. Mas, como se sabe, tais expressões não se confundem, deixando, por essa razão mesma, dúvidas no espírito do intérprete quando se efetiva uma interpretação sistemática mais criteriosa do texto constitucional. Nessa linha de pensamento, eis o que dizem Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

“A lacuna tampouco pode ser confundida com o ‘silêncio eloquente’ da Constituição. Muitas vezes, ao regularem certo tema, as normas constitucionais não consagram determinadas incidências ou conseqüências não por um esquecimento involuntário do constituinte, mas em razão de uma escolha intencional. Tem-se aqui o chamado ‘silêncio eloquente’ do texto constitucional, em que a não inclusão significa exclusão. (...). Não se nega, contudo, que a distinção entre lacuna e silêncio eloquente pode revelar-se complexa, sobretudo quando não se confunde a *mens legis* com a *mens legislatore*, negando-se peso definitivo à vontade histórica daqueles que elaboraram o texto constitucional originário ou as suas modificações. Afinal, a constatação da lacuna pressupõe a prévia interpretação das normas constitucionais em jogo, o que pode envolver muitas dificuldades práticas e teóricas, como já se viu anteriormente.”⁶⁷

Essa complexidade em distinguir a lacuna do silêncio, a que se refere Daniel Sarmento e Cláudio Pereira, se manifesta de forma mais acentuada quando há uma mudança de regime político-constitucional induzindo a doutrina e a jurisprudência a se amoldarem ao regime anterior, surgindo contradições normativas no bojo do novo regime, as quais culminam por violar a unidade e a coerência do sistema normativo em vigor. Diz-nos Karl English que “após as subversões e quedas de regimes políticos, surgem normalmente discrepâncias entre a antiga e a nova situação jurídica.”⁶⁸ E isso ocorre porque, explica ele:

“O espírito da legislação está sujeito a transformações ora graduais, ora abruptas e revolucionárias. Mas a lei enformada pelo antigo espírito permanece com bastante freqüência em vigor ao lado da lei nova.”⁶⁹ Assim, nas palavras conclusivas de Karl English⁷⁰:

“O ‘espírito da nova legislação’ exorcizará o Direito antigo, formal, que ainda se encontra em vigor.”

⁶⁷ SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 534.

⁶⁸ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7 ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 310-311.

⁶⁹ Id., p. 319. *ibid.*, p. 323.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 323.

Eis que adaptando essas lições ao direito pátrio, constata-se facilmente que a organização política do Estado brasileiro na Constituição de 67, alterada pela EC nº 1 de outubro de 1969, sofreu profundas mudanças com a promulgação da Constituição de 1988, a saber, de um regime ditatorial transformamo-nos num Estado Democrático de Direito. O Poder agora é exercido pela maioria representativa do povo, cujos freios ou limites encontram-se traçados na Constituição da República, que há de ser observada por todas as funções e órgãos desse Poder em razão da sua supremacia.

Nesse contexto de mudanças, destaca-se também a nova estrutura da federação brasileira, onde o Município foi elevado à condição de ente federativo, gozando agora, de fato – e não mais só de um direito camuflado, conforme o regime anterior –, da mesma autonomia de que já eram dotadas as demais unidades federadas – União, Estados-membros e Distrito Federal.

É nesse novo ambiente normativo, em que “o princípio federativo, cabe lembrar, constitui não apenas princípio estruturante da organização política e territorial do Estado brasileiro, mas cláusula pétrea da Carta de 1988”⁷¹, que o Município, como componente integrante da federação, há de ser tratado em pé de igualdade, formal, em relação aos demais entes.

Bem a propósito, a previsão constitucional das possibilidades de intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal (art. 34) e de intervenção estadual nos Municípios (art. 35) produzem “a errônea impressão de ‘superioridade’ da União em relação aos Estados-membros e destes quanto aos Municípios.”⁷².

A rigor, a intervenção é um mecanismo apenas de preservação do equilíbrio federativo, a permitir o convívio harmônico das unidades federativas, concepção que, por si só, já exclui a ideia de superioridade de um ente em relação ao outro, conforme assinala Valmir Pontes:

⁷¹ Vide voto do Min. Gilmar Mendes - IF 2.915.

⁷² PONTES FILHO. op. cit., p. 217.

“Vê-se, então, que a intervenção servirá, em última análise, como remédio heróico para salvaguarda do próprio Estado Federal e dos princípios republicano e democrático, não para lhes comprometer a existência ou a integridade.”⁷³

Pois bem, respeitar a preservação da autonomia municipal só fortalece a federação. Trata-se do princípio da lealdade federativa a ser ostentada como cláusula geral nas relações federadas a que se referiu o Min. Ricardo Lewandowski em seu bem lançado voto no RE 572762, de cuja ementa se lê, *in verbis*:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTIÇÃO DE RENDAS TRIBUTÁRIAS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. RETENÇÃO, PELO ESTADO, DE PARTE DA PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RE DESPROVIDO. I - A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios. II - O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. III - Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. IV - Recurso extraordinário desprovido.”
(RE 572762, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2008, Repercussão Geral- Mérito DJe-167 Divulgado em 04-09-2008 Publicado e. 05-09-2008.

Com efeito, na linha de Karl English há que se exorcizar não só o espírito do regime político-constitucional anterior, mas todas as contradições normativas que impeçam de fazer valer em sua real dimensão o princípio federativo. Para que isso ocorra é imprescindível que a Carta de 88 seja interpretada buscando-se preservar a harmonia e coerência do sistema.

Nesse sentido, impõe-se refletir:

- 1) O que significa ser guarda da Constituição?
- 2) Só ao Supremo cabe à tarefa de guardar ou proteger a Constituição?

⁷³ Id., p. 218.

3) Será que o Município, ente federativo formalmente igual aos demais, não se constitui pessoa mais do que legítima para debater, em tese, a elaboração das suas próprias normas em face da Lei Maior, diante da qual encontra-se assegurada a sua autonomia para consecução das suas políticas públicas, ou, no dizer mais técnico: para a realização do seu peculiar interesse?

4) Por outro lado, no texto da Constituição existe alguma vedação expressa ao controle concentrado de constitucionalidade do direito municipal? Se não, quais as razões de caráter político, inclusive, que tenham motivado o silêncio eloqüente do art. 102, I, a, da Constituição Federal? Se porventura tais razões forem consistentes, será que a posição jurídica do Município no regime federativo não as transcende?

5) Se os princípios da Carta republicana guardam valores de toda a sociedade e se propagam como reprodução obrigatória por todo o sistema constitucional derivado, não estaria o Supremo Tribunal Federal autorizado a proferir, em tese, a última palavra sobre a matéria municipal?

6) Se os ministros do Supremo Tribunal Federal não são eleitos pelo povo, um maior número de intérpretes da Constituição não dotaria de mais legitimidade as decisões da Corte?

São questionamentos que me parecem válidos senão para o esclarecimento da matéria, mas ao menos como contribuição para uma reflexão mais ampla, embora não se tenha, aqui, a mínima pretensão de exauri-la à vista da fertilidade intelectual dos estudiosos.

Caminhemos seguindo a ordem dos questionamentos.

Diz o *caput* do art. 102 que o Supremo Tribunal Federal é *precipualemente* o guardião da Constituição do Estado brasileiro. O constituinte originário elegeu o órgão mais adequado para o controle de constitucionalidade das leis, inspirando-se nas sábias lições dos federalistas.

Essa prerrogativa atribuída ao Supremo Tribunal Federal de *guardar a Constituição* é inerente à própria estrutura lógico-normativa do Estado federativo, razão por que ela – a prerrogativa de *guarda da Constituição* – é essencial, é principal, constituindo-se, em boa

síntese, como tarefa básica, primeira da Corte Suprema pátria. Observe-se que o significado etimológico da palavra *precípua*⁷⁴ não deixa dúvida quanto a isso.

Ser precipuamente guarda da Constituição consiste exercer uma competência expressamente enumerada pelo constituinte, o que não exclui a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal exercer outras competências, relativamente ao seu ofício de julgar, que não estejam explicitamente previstas **no** Texto Maior, mas cujo poder-dever lhe imponha a apreciar e julgar por imposição decorrente dos princípios adotados pelo regime da República Federativa do Brasil, consoante estatui o § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal⁷⁵. Assim o Supremo Tribunal já julgou, deferindo medida cautelar na ADC 4/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, julgado em 11/2/98, mesmo reconhecendo não existir essa previsão na Constituição Federal. Leia-se:

“AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO.

1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: "Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992."

2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão.

3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. n

⁷⁴ <http://www.dicio.com.br/precipuo/> Sinônimo de *precípua*: essencial e principal.

⁷⁵ CF, art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil.

4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F.

5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342.

6. Há plausibilidade jurídica na argüição de constitucionalidade, constante da inicial ("fumus boni iuris"). Precedente: ADIMC - 1.576-1.

7. Está igualmente atendido o requisito do "periculum in mora", em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram.

8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, "ex nunc", e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente "ex nunc", os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.”

Observe-se que no regime da Carta de 67(EC n. 1/69) o Supremo Tribunal Federal não ostentava essa prerrogativa de guarda da Constituição⁷⁶. A explicação para isso é muito clara, pois o Brasil de então não era um Estado democrático de direito.

Eis o que, a respeito, nos diz José Afonso da Silva:

⁷⁶ CF/67 (EC 1/1969) – Art. 118. O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da União e jurisdição em todo território nacional, compõe-se de onze Ministros.
Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...)

“Outrora se dizia que o STF era *guarda e oráculo da Constituição*. Mas não era dicção constitucional. Só agora a Constituição, no artigo em comentário, o qualifica como *guarda da Constituição*. Isso vale, em primeiro lugar, dizer que ele é o intérprete maior da Constituição, que nessa matéria suas decisões valem como entendimento último do texto constitucional; em segundo lugar, significa que ele constitui o centro da jurisdição constitucional, mormente como Tribunal do controle constitucional concentrado.”⁷⁷

Vê-se que o Supremo Tribunal Federal, em seu relevante papel de *guarda da Constituição*, é o “intérprete maior da Constituição”, e, nessa condição lhe cabe proferir a última palavra, com exclusividade, sem a participação ou interferência de qualquer outro poder em seu ofício de julgar por se tratar, simplesmente, do Tribunal da Federação.

No entanto, enquanto ao Supremo Tribunal Federal cabe a prerrogativa *precípua* de guarda da Constituição, exercendo-a através da fiscalização judicial de constitucionalidade das leis, aos membros componentes da federação importa, também, sustentarem a sua vigilância em relação à guarda da Constituição.

A eles próprios – entes federativos – interessa que o diálogo político seja harmonioso e que, de fato, se possa conviver num regime federativo de cooperação.

Eis por que, não por acaso, o constituinte originário estabeleceu a competência comum entre todos os entes para “zelar pela guarda da Constituição, das Leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.” (art. 23, I, CF).

Ao ponto que interessa ao presente trabalho, o Município, dotado do *status* de ente federativo, também tem o poder-dever de *guardar a Constituição*, de preservá-la íntegra, porque agindo assim estará ele próprio se protegendo das investidas aptas a ofender a harmonia do pacto federativo.

Não acreditamos que o Município possa, efetiva e eficazmente, proteger a Constituição se não existe um canal de diálogo aberto e direto junto à Corte Suprema para discutir, em tese, a fiscalização judicial das suas normas, vale dizer, para debater normas que digam respeito, em regra, ao “peculiar interesse” do povo cidadão, o povo que elege o seu prefeito, o seu governador, o seu presidente e todos os representantes do parlamento nas três

⁷⁷ SILVA. op. cit., 2012.

esferas de governo, a considerar que Estados-membros e União são pessoas fictícias ou mera criação da lei.

Ora, é preciso ressaltar o óbvio: a urgência das necessidades do povo, seja de que natureza for (social, política, financeira e econômica) urge e se manifesta é no território do Município porque, de fato, é nele que o cidadão vive e traça toda a sua trajetória de vida, conforme pontuou Valmir Pontes Filho.

Acrescente-se mais. O silêncio eloqüente do art. 102, I, a, CF, resulta na exclusão do Prefeito municipal e da mesa da Câmara Municipal do rol dos legitimados para a propositura de ADIn (art. 103/CF), retirando destes a legitimidade democrática, conferida pelo povo nos termos e critérios hauridos diretamente da própria Carta Maior, para debater, em tese, a formalidade e a materialidade das leis municipais.

Isso não nos parece ser democrático. Parece-nos, sim, uma manifesta contradição intra-normativa da Constituição, na medida em que ela mesma atribui a competência ao ente municipal para zelar pela guarda da Carta Maior e, inclusive, das leis e instituições democráticas.

Se o referido preceito constitucional é dotado de valor jurídico – e o é, pois se afirma com o Estado Democrático de Direito -, isso significa dizer que o Município deve respeito ao cumprimento das leis, jungido ao princípio da legalidade e ao constante cuidado republicano para com a manutenção da existência e regular funcionalidade das instituições democráticas.

Em apertada síntese, então, parece-nos ser de todo antidemocrático acolher o silêncio eloqüente do constituinte previsto no art. 102, I, a, da Carta de 88, ao se interpretar que o Município esteja excluído para a propositura de ADIn, por entender haver uma manifesta contradição normativa no âmbito do próprio sistema constitucional em vigor, que o considera: **1) ente federativo; 2) competente para zelar pela guarda da Constituição; 3) competente para zelar pelas leis, existência e funcionalidade das instituições democráticas; e, em consequência: 4) por excluir a figura do prefeito municipal e a mesa da câmara municipal do rol de legitimados do art. 103, da Carta Federal.**

Nessa linha de raciocínio, ao nosso juízo segue-se evidente que o Município é dotado de legitimidade democrática para a interposição de ADIn, podendo se obter tal conclusão da

valoração hermenêutica extraída do próprio sistema constitucional, na medida em que se empreste uma interpretação sistemática, porém não mais condizente com a simples aferição de compatibilidade vertical de normas, conforme o sistema Kelseniano que, neste específico ponto da interpretação, deve ser encarado com restrições.

Explico. O Supremo Tribunal Federal tem se defrontado recorrentemente com casos da espécie, instigantes e polêmicos, envolvendo fatos e prognoses legislativas (vg aborto anencefálico e lei da biossegurança), o que nos compele a refletir sobre a liberdade de conformação do legislador e, nesse sentido J. J. Gomes Canotilho nos diz com propriedade:

“Ao reagir contra a arraigada ideia (mas inadmissível num Estado Democrático-Constitucional) da ‘liberdade’ do fim nos actos legislativos, a doutrina constitucional procurou, através de *medidas* (princípios) jurídicos-constitucionais – *princípio do excesso*, *princípio da exigibilidade*, *princípio da proporcionalidade e princípio da adequação* -, alicerçar um controlo jurídico-constitucional da liberdade de conformação do legislador e (mais concretamente no campo da constituição dirigente) situar constitucionalmente o *espaço de prognose legislativa*. (...). Por um lado, a liberdade de conformação política do legislador e o âmbito de previsão não são incompatíveis com uma vinculação jurídico-constitucional, a apurar através de princípios constitucionais constitutivos (ex.: princípio democrático) e de direitos fundamentais; por outro lado, se as *previsões* ou *prognoses* são actos políticos, também isso não significa que esses actos não possam ser medidos pela constituição. *O problema não reside aqui em, através do controlo constitucional se fazer política, mas em apreciar a constitucionalidade da política*. Esta também a razão pela qual a tradicional liberdade de conformação do legislador na *fixação dos factos*, correcta em via de princípio, ser suscetível de revelar-se inaceitável com carácter absoluto, sobretudo quando esses factos não são uma *prognose de factos* mas de ‘factos actuais’.”⁷⁸

Nada há de errado, assim, na liberdade de o legislador exercer as suas opções políticas. No entanto os fatos atuais (leia-se: exclusão do Município inspirado no silêncio eloqüente do art. 102, I, a, da Carta de 88) se revelam inaceitáveis à luz do regime federativo brasileiro, e, portanto tal lacuna não se sustenta ao teste de validade jurídica e à aferição de legitimidade democrática, pois consoante Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz:

⁷⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 274-275.

“(…) a atividade legislativa não pode ser contraditória, irracional ou incongruente consigo mesma.

A exigência de racionalidade no exercício da atividade legislativa deve ser encarada como uma manifestação do próprio Estado de Direito.”⁷⁹

Portanto, as razões de caráter político se existem, são de mera política judiciária, mas não de ordem técnico-científica, as quais sucumbem diante do princípio federativo e da autonomia do ente municipal, que, na prática, só se efetiva com a disponibilidade de recursos financeiros para fazer face à consecução do seu peculiar interesse. Nesse sentido, foi o voto do Min. Ricardo Lewandowski no RE 572762, *verbis*:

“Provavelmente, a característica mais relevante do Estado Federal – pelo menos a que apresenta maiores conseqüências de ordem prática – ao lado da questão de distribuição de competências, seja a atribuição de rendas próprias às unidades federadas. Com efeito, é indispensável que o partícipe da federação, que exerce a sua autonomia dentro de uma esfera de competência própria, seja contemplado com a necessária contrapartida financeira para fazer as obrigações decorrentes do exercício pleno de suas atribuições.”

Como se vê, a autonomia municipal é cláusula pétrea porque é essencial para a manutenção do equilíbrio do pacto federativo, e o STF assume sempre posição mais sensível no ponto em que afeta as finanças públicas, até por considerar graves e por vezes irreversíveis os riscos a que se sujeitam os municípios na supressão inconstitucional dos seus recursos. São inúmeras as decisões da Corte Suprema envolvendo o tema “repartição das receitas tributárias”, mas, em regra, julgadas através de recursos extraordinários, a exemplo do RE 572762/SC e a do julgado que segue transcrito:

“FINANCEIRO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS - ICMS. PARTILHA E REPASSE DO PRODUTO ARRECADADO. ART. 158, IV, PAR. ÚN., II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. EXCLUSÃO COMPLETA DE MUNICÍPIO. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Com base no disposto no art. 3º, III, da Constituição, lei estadual disciplinadora do plano de alocação do produto gerado com a arrecadação do ICMS, nos termos do art. 157, IV,

⁷⁹ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais e o princípio da divisão das funções estatais. **Revista Ciência Jurídica**. n. 55. jan/fev 1994, p. 45.

par. ún., II, da Constituição, pode tomar dados pertinentes à situação social e econômica regional como critério de cálculo.

2. Contudo, não pode a legislação estadual, sob o pretexto de resolver as desigualdades sociais e regionais, alijar por completo um Município da participação em tais recursos. Não obstante a existência, no próprio texto legal, de critérios objetivos para o cálculo da cota para repasse do produto arrecadado com a cobrança do imposto, a Lei 2.664/1996 atribui ao Município do Rio de Janeiro valores nulos.

3. São inconstitucionais as disposições que excluem por completo e abruptamente o Município do Rio de Janeiro da partilha do produto arrecadado com o ICMS, constantes nos Anexos I e III da Lei do Estado do Rio de Janeiro 2.664/1996, por violação do art. 158, IV, par. ún., I e II, ponderados em relação ao art. 3º, todos da Constituição. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALCANCE DA DECISÃO.

4. Recurso extraordinário conhecido e provido, para que o Estado do Rio de Janeiro recalcule os coeficientes de participação dos municípios no produto da arrecadação do ICMS (parcela de $\frac{1}{4}$ de 25%, art. 158, IV, par. ún., II, da Constituição), atribuindo ao Município do Rio de Janeiro a cota que lhe é devida nos termos dos critérios já definidos pela Lei 2.664/1996 e desde o início da vigência de referida lei.

5. Uma vez que o recálculo do quadro de partilha poderá implicar diminuição da cota de participação dos demais municípios do Estado do Rio de Janeiro, com eventual compensação dos valores recebidos com os valores relativos aos exercícios futuros, a execução do julgado não poderá comprometer o sustentáculo financeiro razoável e proporcional dos municípios.

6. Logo, a lei que irá normatizar o recálculo e a transferência ao recorrente dos créditos pertinentes aos períodos passados deverá prever, ainda, compensação e parcelamento em condições tais que não impliquem aniquilamento das parcelas futuras devidas aos demais municípios.” (RE 401.953, Rel. Min. Julgamento Barbosa, julgado em 16-5-2007, Plenário, DJ de 21-9-2007)

É incompreensível que as causas municipais afeitas ao pacto federativo sejam apreciadas via recurso de última instância, sujeitando-as a uma longa tramitação de “pingue-

pongue de recursos” até a chegada na Corte Suprema que, uma vez protocolada entrará na “lista de espera”, salvo se acolhido algum pedido de manifesta urgência a ser demonstrado pela atuação diligente e necessária de um procurador, observando-se que não se pode sequer contar com a existência do princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII).

Problema maior e mais grave decorre da falta de definitividade das decisões a envolver questões de natureza federativa, em ordem a repercutir na falta de segurança jurídica dos entes públicos municipais em razão da proliferação de julgamentos, diversos, a pulularem nas Cortes estaduais, que estão impedidas de julgar a inconstitucionalidade de quaisquer normas municipais e até estaduais que tenham como parâmetro a Constituição Federal, em conformidade com o *leading case* – Recl. 383/DF, Pleno, da lavra do Min. Moreira Alves.

E nem se argumente que o recurso extraordinário com repercussão geral constitua solução para o problema, porquanto esse recurso além de se submeter aos estreitos e solenes critérios processuais para a sua admissibilidade, não resolve, a uma, o *peculiar interesse* do município, no mais das vezes pontual em relação a um determinado conflito federativo, especificamente com o seu Estado-membro, ou, até com a União, de muito fácil ocorrência; a duas, a profusão de recursos extraordinários na Corte Suprema é em número muito superior aos das ações diretas de inconstitucionalidade, basta que se acesse o Portal de Informações Gerencias do STF.

É esse o entendimento percuciente de Julia Maurmann Ximenes:

“É justamente esta insegurança e lentidão processual que a sociedade mais critica, que imprime uma certa ‘impunidade’ aos olhos do cidadão comum, o qual, ao recorrer à Justiça, precisa aguardar longos anos por uma solução. E, como o Supremo também é o ‘guardião’ da Constituição, torna-se patente uma crise de identidade, pois para o cidadão ele acaba não exercendo plenamente nenhuma das duas atividades, ainda que esteja totalmente sobrecarregado, mas mais como instância recursal do que como Tribunal Constitucional propriamente dito.”⁸⁰

Mais adiante acrescenta diz Julia Ximenes:

⁸⁰ XIMENES, Julia Maurmann. O supremo tribunal federal e a cidadania à luz da influência comunitarista. *Revista Direito GV [online]*, São Paulo. Vol. 6. n. 1. p. 119-142, jan/jun 2010, p. 131.

“Os dados refletem que atualmente o Supremo despense muito mais tempo com Agravos de Instrumento, de natureza processual, uma vez que é cabível quando for admitido Recurso Extraordinário no tribunal de origem, em vez de ADI, que tem maior afinidade com a sua função máxima de guardião da Constituição.

A Constituição Federal de 1988 incorporou inúmeras matérias anteriormente tratadas em textos infraconstitucionais, o que ampliou consideravelmente o leque de questões permissíveis de interpelação junto ao STF via Recurso Extraordinário, do que decorre o volume desproporcional de Recursos Extraordinários, e os respectivos Agravos de Instrumentos, quando aqueles não são acolhidos. Apesar da criação do STJ, cuja função é a uniformização de jurisprudência em torno da legislação federal, permitindo que o STF possa assumir feições de Corte Constitucional, como guardião da Carta Magna, não se criou mecanismo de seleção das causas a serem julgadas pelo Supremo, solução que vários autores apontam como primordial para o desafogamento da Corte Suprema.

Dallari (1996) destaca que foi proposta à Assembleia Nacional Constituinte a criação de um Tribunal Constitucional, restrito ao controle de constitucionalidade das leis e atos de autoridades públicas, bem como a promoção da responsabilidade dos que praticassem atos contrários à Constituição. Contudo, o autor destaca que o STF se manifestou contrariamente à criação daquele tribunal, pois diminuiria o seu ‘prestígio’.

Portanto, podemos apontar a permanência como última instância recursal como um dos entraves para o fiel exercício das atribuições constitucionais pelo Supremo, desconfigurando-o como um Tribunal Constitucional *strictu sensu*.⁸¹

Em última análise, na linha de Julia Ximenes, o que se quer dizer é que o Supremo Tribunal Federal haveria de ser encarado exclusivamente como uma Corte Constitucional, como efetivo Tribunal da Federação a se ocupar com questões que envolvam matéria do estrito interesse da federação, que gerem repercussões relevantes para a população da cidade e os direitos fundamentais do cidadão, em suma, com as matérias que digam respeito às cláusulas pétreas, não só as expressamente previstas no §4º, do art. 60, mas também as que estão implícitas no Texto Maior, abandonando assim, essa categoria de Tribunal recursal, sobrecarregado com milhares de questões que as Cortes Superiores (STJ, TST e STM)

⁸¹ Id. Ibid. p. 131-132.

poderiam muito bem dar conta, dada a finalidade para a qual foram criados e a larga composição de membros.

Contudo, em confronto com essa linha de pensamento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, à luz do art. 102, I, a, CF/88, não reconhece a legitimidade de um ente federativo (Município), de uma autoridade pública, chefe de um Poder Executivo, investida pelo povo submetido através de sufrágio universal (Prefeito) e nem de um órgão público composto por representantes do povo (Mesa da Câmara de Vereadores) para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade admite, por outro lado, que seja intentada por uma associação nacional de natureza privada discutindo questão federativa.

Tome-se como exemplo a ADI 4597 MC, da relatoria do Min. Marco Aurélio, julgada em 30/06/2011, proposta pela Associação Nacional dos Municípios Produtores – ANAMUP, em que se postula pela inconstitucionalidade, com a suspensão liminar, de norma constante da Carta estadual cearense, que por via de emenda constitucional retirou dos municípios quinze por cento dos recursos oriundos da partilha constitucional de que trata o art. 158, III e IV, da Carta Federal, destinando-lhes para o Fundo Estadual de Atenção Secundária à Saúde, criado pelo Estado cearense. A ementa tem o seguinte teor:

“MUNICÍPIOS – PARTICIPAÇÃO EM TRIBUTOS ESTADUAIS – VINCULAÇÃO. Surge a plausibilidade do pedido e o risco, uma vez versada, na norma atacada, vinculação imprópria, porque estranha à Constituição Federal, e a assunção, pelo Estado, da administração de valores que devem ser repassados, integralmente, aos municípios.”

Todo o voto do Min. Marco Aurélio, acompanhado pela unanimidade do Plenário, calcou-se no respeito ao princípio federativo, conforme trecho abaixo:

“Sabe-se que o constituinte de 1988 adotou a técnica alemã do ‘federalismo cooperativo’, no qual se atribuem aos entes federativos competências comuns, visando que eles se articulem para o exercício conjunto. Para o desempenho das competências, foram atribuídas receitas, ora por meio de participação na arrecadação tributária de outro ente – artigos 157 a 159 da Carta de 1988 -, ora pela atribuição direta de imposição de tributos – artigos 153 a 156 da Lei Maior. A repartição de receitas tributárias consubstancia peça-chave

do equilíbrio federativo, porquanto inviável ao membro da Federação, sem a fonte de financiamento, dar concretude aos objetivos constitucionais que lhe são atribuídos.”

É muito comum o Supremo Tribunal Federal se defrontar com diversos pedidos de inconstitucionalidade envolvendo, de regra, a partilha das receitas tributárias destinadas aos Municípios (artigos 157 a 159,CF), como se viu, bem como do sistema tributário nacional, tocante aos impostos municipais (art. 156, CF), fazendo-se desnecessário perder tempo com transcrições de “n” julgados a revelarem de forma clara que as violações incidem de forma direta no Texto Maior, os quais de tão reiterados obrigou a Corte Suprema à edição de várias súmulas, a exemplo das que versam sobre a progressividade das alíquotas do IPTU⁸², alíquotas progressivas de ITBI⁸³ e até de súmula vinculante envolvendo o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS⁸⁴.

É evidente que tais manifestações da Suprema Corte estão a se referir, à luz do sol, às questões de natureza federativa, e por uma razão simples: é que existem normas municipais hauridas do próprio Texto Maior, de conteúdo idêntico e, portanto: **a)** de reprodução e observância obrigatória pelo constituinte derivado. Os impostos municipais IPTU, ITBI e ISS, por exemplo, não só estão previstos na Carta Maior (art. 156), mas nela estão conceituados e definidos, com a imposição às limitações ao poder de tributar (art. 150). Não são normas, portanto, que guardam em si, o caráter de mera imitação; **b)** normas de imposição obrigatória referente às despesas do Poder Legislativo municipal e à elaboração do Plano Diretor (Art. 29-A, incisos I a VI; §1º, art.182); **c)** normas a serem elaboradas obedecendo aos critérios estabelecidos em simetria com a Carta Federal (art. 29, I II e III e art. 31 e §§); **d)** normas de competência (art. 30).

Acrescente-se que todos esses preceitos da Carta Maior são iluminados pelos princípios constitucionais, os mesmos que se irradiam por todo o sistema normativo municipal, os quais são as vigas mestras da ciência do Direito, conforme Reale. A respeito deles é conhecida a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem:

⁸² Súmula 668/STF – É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da EC 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.

⁸³ Súmula 656/STF – É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o Imposto de Transmissão *inter vivos* de bens imóveis (ITBI) com base no valor venal do imóvel.

⁸⁴ Súmula Vinculante 31 – É inconstitucional a incidência do ISS sobre operações de locação de bens móveis.

“Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”⁸⁵

As citações dos preceitos constitucionais, com efeito, são meramente exemplificativas. Conhecê-las e classificá-las de acordo com o melhor método exige, sem dúvida, uma pesquisa mais aprofundada, e, certamente bem exaustiva. Aqui, porém, não é esta a nossa tarefa.

O nosso propósito é de fazer ver que o legislador municipal esbarra nos limites da sua própria autonomia, lembrando as lições de Léo Leony, de todo aplicáveis ao Município:

“(...) o ordenamento do Estado-membro é parcialmente derivado em razão do conjunto de limitações e determinantes jurídicas extrínsecas, que é heterônomo, de que fala José Afonso da Silva. Essas limitações e determinantes são extraídas da própria Constituição Federal, estando representadas pelas normas de observância obrigatória para os Estados, cujos termos condicionam o conteúdo das normas locais produzidas por tais entes federativos.”⁸⁶

A rigor, o ordenamento jurídico municipal também é dotado de um caráter misto, certamente mais mesclado do que o do estadual, por sujeitar-se a duas ordens jurídicas constitucionais, a federal e a estadual. Nesse sentido, bem se aplica também à ordem jurídica municipal a doutrina de Anna Cândida da Cunha Ferraz, a que fez boa menção Léo Leony:

“O conteúdo da Constituição do Estado é, em parte, ‘conteúdo obrigatório’, uma vez que decorre de princípios e preceitos, expressos ou implícitos, positivos ou negativos que a Lei Maior do Estado federal impõe às entidades federadas (...), conteúdo esse que o constituinte estadual deve recepcionar *ipsis litteris* ou adaptar dentro dos limites permitidos, sob pena de intervenção ou de inconstitucionalidade. Integra ainda a Constituição estadual conteúdo material que pode ser taxado de ‘próprio’ ou ‘autônomo’, pois resulta do uso

⁸⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 958-959.

⁸⁶ LEONCY. op. cit., p. 12.

discricionário que o constituinte estadual faz dos poderes e competências que a CF lhe outorga ou não lhe veda.”⁸⁷

Assim, parece-nos claro que toda legitimidade é dada ao Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar o controle de constitucionalidade, em tese, do direito municipal, até porque é lícito dizer que a lei ou ato normativo municipal pode, perfeitamente, contrariar a Constituição Federal e deixar intacta a Constituição do respectivo Estado-membro⁸⁸.

Diante dessa compreensão, e, considerando a inexistência de norma constitucional vedatória expressa impedindo o Município de interpor ADin mais fortalece o entendimento hermenêutico de que é possível ao Supremo Tribunal examinar, em tese, o direito municipal.

⁸⁷ LEONCY. op. cit., p. 15.

⁸⁸ DINIZ. op. cit., p. 44.

6. A HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA E O PAPEL DO *AMICUS CURIAE* NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.

Recorrentemente, a Suprema Corte brasileira tem sido convocada pela sociedade civil a se pronunciar sobre temas relevantes e de alta complexidade cuja repercussão do julgamento afeta a toda coletividade.

Em casos da espécie, em sede de controle abstrato de normas, o Supremo Tribunal Federal, todavia, tem apresentado um novo olhar hermenêutico, já não mais se restringindo a verificar a compatibilidade, ou não, do ato normativo impugnado com as regras da Constituição.

O comportamento do STF tem declarado que a hermenêutica tradicional - segundo a qual o intérprete entra em contato com a norma para retirar o seu significado e aplicar ao caso concreto - está superada. A mera subsunção da norma constitucional ao fato já não mais se sustenta.

O binômio sentido da norma x possibilidades de resultados no cenário de uma Constituição sempre inacabada, em contínuo processo de desenvolvimento, e que tem como objetivos fundamentais a realização dos compromissos e promessas constitucionais, tem revelado a nova postura hermenêutica da Suprema Corte brasileira.

Ao se fazer um relance pelas principais escolas hermenêuticas, a saber, da exegese⁸⁹, da livre investigação científica⁹⁰ e do direito livre⁹¹, parece-nos ressaltar com relativa clareza

⁸⁹ Conhece-se por Escola da Exegese aquele movimento transcorrido no século XIX que sustentava haver no Código Civil de Napoleão a possibilidade de uma solução para todos os eventuais conflitos da vida social. Significava dizer que a lei era tudo e o intérprete devia ater-se ao texto da lei, extraíndo dele exatamente o seu sentido, sem procurar soluções estranhas a ele. A interpretação gramatical, então, num primeiro momento, era uma imposição da escola. Com a revolução francesa, e, declarada a igualdade de todos perante a lei, o Código Civil de Napoleão passou a representar a vontade geral do povo (Jean-Jacques Rousseau). A lei passou a ser a única fonte do Direito, submetendo-se à interpretação sistemática. (v. Miguel Reale, *Lições Preliminares do Direito*, Editora Saraiva, 15ª edição, p. 275).

⁹⁰ A Escola da Livre Investigação Científica, tendo em François Géný o seu fundador, parte do princípio de que, num primeiro momento, o intérprete deve ater-se ao texto da lei. Num segundo momento, não encontrando o intérprete a solução do caso na lei, emprega a analogia, o costume e a sua livre pesquisa. *Livre, porque realizada fora da ação de uma autoridade positiva; científica, porque apoiada em elementos objetivos revelados cientificamente*. (v. Daniel Coelho de Souza, *Introdução à Ciência do Direito*, Saraiva, 5ª Ed., 1988, p. 394).

⁹¹ A Escola do Direito Livre, representada por Hermmann Kantorowick, que preconizava a existência do direito livre, paralelo ao estatal. Exarcebava a ideia de liberdade do juiz para decidir, quer dizer, escola voluntarista no sentido Kelseniano. (v. REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 284).

que o artigo 5º, do Decreto-Lei 4.657/42⁹² - alterada pela Lei 12.376, de 30/12/2010, que de Lei Introdução ao Código Civil Brasileiro passou a denominar-se de Introdução às Normas do Direito Brasileiro -, permanece com o espírito vivo e intocável, considerando que a hermenêutica contemporânea ainda se detém preocupada com a interpretação mais justa a ser conferida à realidade dos fatos.

Hodiernamente, a tarefa do intérprete é o de defender a unidade da Constituição não só por reunir um catálogo de direitos fundamentais, mas ela própria – Constituição - um direito fundamental da sociedade organizada por se tratar de um documento público e aberto que há de propiciar a paz, a liberdade e o bem estar do cidadão.

Numa sociedade plural e democrática dizer o que é (in) constitucional submete o julgador a examinar a lei ou ato normativo em face dos elementos fáticos que a sua incidência produz, é dizer, se as conseqüências da incidência da norma são possíveis de concretização diante da realidade e se se compatibiliza com os desejos da sociedade.

Com efeito, o sentido da norma constitucional há de ser extraída da interação texto/realidade, seja porque a hipótese de incidência da norma é insuficiente para aclarar todo o seu sentido, seja porque a natureza humana é limitada em fazer prever que todas as prescrições possíveis estejam presentes em seu conteúdo. Eis por que, para Luis Roberto Barroso, não há norma em abstrato, mas apenas norma concretizada⁹³.

Se a sociedade convive com a norma constitucional – pois a ela se submete -, logo a interpretação da Constituição deixa de ser monopólio dos juízes para, interagindo-se com a coletividade, através das entidades de classe representativa, encontrem o real sentido que se revestem as normas constitucionais, conferindo mais legitimidade ao valor justiça a ser veiculado nas decisões judiciais.

⁹² Art. 5º, da LINDB – “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às necessidades do bem comum.”

⁹³ “Na interpretação constitucional contemporânea, a *norma* jurídica já não é percebida como antes. Em primeiro lugar porque, em múltiplas situações, ela fornece apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação do seu sentido. É o que resulta da utilização, freqüente nos textos constitucionais, da técnica legislativa que recorre a cláusulas gerais (...). E, em segundo lugar, porque vem conquistando crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo – que corresponde ao texto de um ou mais dispositivos -, sendo, na verdade, o produto da intenção texto/realidade. Nessa visão, não existe norma em abstrato, mas somente norma concretizada.”(V. Barroso, Luís Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo - 2ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308/309.)

A relevância da atuação do *amicus curiae* no controle abstrato de constitucionalidade surge, pois, como um fator de pluralização e legitimação do debate constitucional. A participação do *amicus curiae*, em boa síntese, empresta uma riqueza ao sentido e as possibilidades de concretização da norma constitucional.

Mas, o que é o *amicus curiae*?

Muito se discutiu se a expressão *amicus curiae* significa amigo da corte ou amigo da parte. É controverso o surgimento do *amicus curiae*, se no Direito romano ou se no Direito Inglês, mas sabe-se que se desenvolveu nos Estados Unidos, lá sendo denominado de *friend of the court*.⁹⁴ Atualmente, o *amicus curiae* se encontra disciplinado na Regra nº 37 das *Rules of the Supreme Court of the United States*.

No direito processual norte americano, o requerente da condição de *amicus curiae* pode fazer manifestação escrita ou oral, mas tem o dever de apresentar o consentimento das partes envolvidas no litígio. Em não havendo o consentimento das partes, o *amicus curiae* deverá juntar ao seu pedido de admissão, as razões da não anuência, pois não é parte formal do processo. Contudo, independentemente do consentimento das partes litigantes, a Suprema Corte poderá admitir o ingresso do *amicus curiae* no processo, e ainda determinar uma audiência prévia com as partes para resolver a questão.

A importância da utilização do *amicus curiae* nos tribunais norte-americanos pode ser medida pela grande repercussão que se deu nas eleições presidenciais nos Estados Unidos envolvendo a prática de fraude eleitoral perpetrada pelo então candidato George W. Bush - caso *Florida Election Case* nº 00.949 -, que chegou à Suprema Corte, a qual deu o seu veredito em favor de Bush, que não sofreu recurso por parte do então candidato Al Gore. Nesse caso em tela, houve a admissão de nove *amicus curiae*, como, por exemplo, o Centro de Estudos da *New York University*, a Assembléia Legislativa da Flórida, o Estado do Alabama, e a *American Bar Association* - o equivalente à nossa Ordem dos Advogados.⁹⁵

No Brasil, o *amicus curiae* é um novo instituto da jurisdição constitucional com atuação na fiscalização abstrata de normas constitucionais, representado por uma pessoa

⁹⁴ Cf. artigo de Oscar Valente Cardoso: *O Amicus Curiae e a Análise de Fatos no Controle Concentrado de Constitucionalidade* - *apud* <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/688/631>.

⁹⁵ Cf. Luiz Fernando Martins da Silva: *Amicus Curiae, Direito, Política e Ação Afirmativa*. *Apud* http://www.achegas.net/numero/vinteequatro/l_fernando_24.htm

jurídica com representatividade de classe ou de órgão, a teor do § 2º do artigo 7º, da Lei 9.868/99: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

Portanto, o *amicus curiae* não é considerado parte no processo, mas um terceiro especial⁹⁶ que requer ingresso para prestar ao Tribunal informações sobre questões científicas ou técnicas que fogem à análise da normatividade jurídica. Assim age na perspectiva de poder obter do Tribunal uma decisão que não afete aos interesses da classe a qual representa ou do bem de vida em litígio, que está a necessitar de proteção da sociedade.

O papel do *amicus curiae* não é de todo imparcial. Antes manifesta um interesse não só de ajudar a Suprema Corte subsidiando-a com informações técnicas ou fáticas, mas também para exercer influência no julgamento.

Para ser admitido como *amicus curiae* a lei 9.868/99 estabeleceu os critérios da “relevância da matéria” e a “representatividade” da entidade ou do órgão.

A “relevância da matéria”⁹⁷ se configura como uma situação concreta de alta indagação e de cuja discussão o STF entenda pela necessidade de recolher informações, tendo em vista a complexidade do caso.

A “representatividade”⁹⁸ da classe ou do órgão não pode revelar um interesse individual, e esse interesse tem que ser compatível com os interesses discutidos na ação direta. Nem pode haver sobreposição de interesses entre os apresentados pelo *amicus curiae* e da requerente.

Por fim, o ingresso do *amicus curiae* só se justifica acaso sejam trazidos para o processo novos elementos fáticos e jurídicos.

⁹⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle da Constitucionalidade**. Teoria e Prática. 5 ed. Salvador: Jus Podivum, 2011, p. 196.

⁹⁷ Cf. ADIn 3.538/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, já se decidiu: “(...) No entanto, especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa, é possível cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae*, ainda que fora desse prazo.”

⁹⁸ Cf. ADIn 3.225/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso: “(...) Como tal, representa categoria econômica cujo interesse no resultado da ação é incontestado, de modo que ostenta adequada representatividade (*adequacy of representation*), conforme exigido pelo art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.11.1999. (...)”

Vê-se que a participação do *amicus curiae* guarda particular singularidade de natureza política, no sentido de democratizar o debate constitucional, legitimando as decisões da Suprema Corte.

O fato de os ministros do Supremo Tribunal Federal não se submeterem ao crivo de uma eleição, eleitos pelo povo – povo aqui considerado não no sentido quantitativo⁹⁹ - tal como os parlamentares, justifica que a interpretação da Constituição receba a participação da sociedade, em ordem a permitir que o sentido da norma constitucional tenha um caráter plural e mais democrático.¹⁰⁰ Noutras palavras, é o que diz Marcio Diniz:

“Em face dessa perspectiva não é difícil entender que a outorga do poder de fiscalização da constitucionalidade à Magistratura revela uma questão política: como podem os juízes controlar a atividade legislativa, que um ato de soberania exercido pelos representantes do povo, eleitos por sufrágio universal? Por outro lado, se ao judiciário cabe o controle de constitucionalidade das leis, **qui custodiet custodem?**”

Tendo em vista que os membros do Poder Judiciário não são diretamente eleitos pelo povo, o exercício de sua função e a manutenção de seu **status** no espaço político dependem da legitimidade de suas decisões e de um sistema de garantias que possibilitem a sua independência.

Diante desse quadro, afirma-se que a criação judicial do Direito pelo juiz é, pelo menos, potencialmente democrática, pois é ele quem está mais próximo das necessidades e aspirações populares. O Poder Judiciário, à diferença do Legislativo, tem o dever constitucional de expor os fundamentos de suas decisões ao público em geral – como se viu -,

⁹⁹ Cf. Peter Härbele: “Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.” (*in* **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, Reimpressão/ 2002, p. 37.

¹⁰⁰ Cf. ADPF 97/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes: “(...) Em face do caráter objetivo do processo, é fundamental que não só os representantes de potenciais interessados nos processos que deram origem à ação de descumprimento de preceito fundamental, mas também os legitimados para propor a ação possam exercer direito de manifestação. Independentemente das cautelas que hão de ser tomadas para não inviabilizar o processo, deve-se anotar que tudo recomenda que, tal como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental assuma, igualmente, uma feição pluralista, com a participação de *amicus curiae*. (...)”.

o que, em termos práticos, constitui-se em um esforço contínuo para convencê-lo da legitimidade dos seus atos.”¹⁰¹

Em conclusão, a moderna hermenêutica constitucional tem adotado a doutrina da “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” de Peter Häberle, consoante o qual texto normativo é aberto e provisório e que todo aquele que vive a Constituição é o seu legítimo intérprete – *living Constitution*. E assim, reduz-se a interpretação oficial, do juiz, embora este permaneça com a última palavra.

A Suprema Corte brasileira tem se inspirado na doutrina de Häberle, abrindo espaço para a participação da sociedade através de audiências públicas e com a atuação do *amicus curiae*, o que leva Julia Ximenes a tecer o seguinte comentário:

“(…) resgata-se, aqui, o dilema entre democracia participativa e democracia representativa. A democracia representativa se enquadra no modelo liberal de Estado, em que se enfatiza o procedimentalismo como método de constituição de governos. Já a democracia participativa, ou *inclusiva*, representa a reflexão sobre este mesmo procedimentalismo como prática social. A ideia de democracia participativa está associada à ideia de *atitude* por parte do cidadão, conforme descrevemos anteriormente.”¹⁰²

Um dos casos referência julgados pelo Supremo sob o olhar da moderna hermenêutica foi a ADI nº 4.277/DF que encampou a ADPF nº 132/RJ, da relatoria do Min. Carlos Britto, que trata da união homoafetiva.

A importância deste julgado para a pesquisa em apreço é a de revelar o mecanismo de abertura democrática na interpretação do Texto Maior levada a efeito pelo STF. O debate foi pluralizado até mais não poder, enriquecendo a interpretação ao extrair os princípios e os valores propagados por todo o ordenamento jurídico. Procedeu-se, aqui, uma interpretação conforme à Constituição.

Segue-se o inteiro teor da ementa:

“1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE

¹⁰¹ DINIZ. op. cit., p. 48.

¹⁰² XIMENES. op. cit., p. 134.

REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família

em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a

ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, julgado em 05/05/2001)

Com efeito, examinando o teor do julgado e a clareza da Constituição contida no §3º, do art. 226, parecia-nos não haver outra possibilidade de sentido senão que a união estável reconhecida pelo Estado limita-se apenas entre um homem e uma mulher. Porém, não foi assim que o Supremo entendeu ao alargar a riqueza de sentido do termo família, mas fez prevalecer a força normativa dos princípios constitucionais, valorando-os no sentido de estabelecer a unidade da Constituição.

O art. 102, I, a, da Carta Federal bem que poderia submeter-se à interpretação conforme à Constituição, extraindo-se a compreensão de que o Município é pessoa legítima

para a propositura de ADIn, bastando para tanto levar em consideração a riqueza axiológica que se propaga por toda a estrutura federativa do Estado brasileiro onde o Município, na condição de componente dessa estrutura, goza de autonomia em seu tríplice aspecto: político, administrativo e financeiro. No entanto, a se preferir uma interpretação mais tradicional, que se adira, então, à que emprestou o Ministro Cunha Peixoto em seu magnífico voto proferido no RE 92.169-SP, que compreendeu mesmo existir, de fato, uma lacuna na Constituição. Confira-se, na quase íntegra, o teor do referido voto:

“Trata-se, na hipótese *sub jube*, de arguição de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal. Neste caso, esta Colenda Corte foi além, ao aceitar o voto do eminente Min. Moreira Alves, que sustentou ser inaplicável, quando o se trata de inconstitucionalidade de lei municipal, o controle por via direta.

(...)

Demos nossa adesão a este pronunciamento, mas, em face da gravidade da conclusão e a importância do tema, resolvemos reexaminá-lo.

E, fora a assertiva de ser impossível o suprimento da omissão por via de norma supletiva da Constituição Estadual, no mais, *data vênia*, discordamos de S. Exa.

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

A expressão literal da norma constitucional que estabelece o controle constitucional pelo método concentrado (art. 119, I, 1º) é, sem dúvida, lacunosa, ao omitir referência à lei ou ato normativo municipal.

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

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

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

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

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

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

Nem se objete que a competência do STF é de ordem constitucional, porque aqui, a nosso ver, se trata de competência implícita, ou por força de compreensão, que plenamente se justifica e foi muitas vezes reconhecida pela Excelsa Corte, como assinalava o saudoso Min. Luiz Gallotti, escreveu S. Exa.: ‘a competência implícita, ou por força de compreensão, foi em face da Carta de 1891, muitas vezes admitida pelo STF, quer no tocante às suas atribuições originárias, quer relativamente às da Justiça Federal.’”

Após citar várias competências implícitas, o Min. Cunha Peixoto continuou:

“Acolhendo esta tese – de ser o STF competente para, por ação direta, examinar a constitucionalidade ou não de lei municipal em face da Constituição Federal – escreveu Frederico Marques:

‘A omissão do mandamento constitucional, que só menciona lei federal ou estadual (e ato normativo federal ou estadual) não impede que se estenda ao âmbito do município, que ali está escrito, pois, *a fortiori* há de poder-se a lei ou ato normativo municipal que vulnera a Constituição da República (...)

A titularidade para a arguição de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo por ação direta é do Procurador-Geral da República.

Daí conhecer do recurso e lhe dar provimento para anular a ação e, conseqüentemente, o Acórdão recorrido, tanto pela falta de titularidade do Procurador do Estado para propor a ação, como pela incompetência do Tribunal *a quo* para julgá-la, já que se trata de inconstitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Federal. (RTJ 103/1.102-1.104)”.

No mesmo sentido pronunciou-se o Min. Rafael Mayer, *in verbis*:

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

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

Todavia, ao formal se deve sobrepor a realidade de exigências incontornáveis. Pela sua autonomia, também, constitucionalmente reconhecida, o Município tem atividade legiferante significativa, que pode interessar à própria Federação como um todo, bastando ver

a sua integração no Sistema Nacional Tributário e as possíveis repercussões que, neste, as suas normas possam causar.”¹⁰³

Os votos dos Ministros Cunha Peixoto e Rafael Mayer foram proferidos sob a égide da Constituição de 69, e corroboram com a tese aqui apresentada com fundamento no princípio federativo, ainda durante o regime em que o Município não tinha o *status* de ente federativo e cuja autonomia era de uma aparente realidade, isto é, camuflada pela ditadura.

Mesmo assim, à época já pairava na Corte Suprema a compreensão de que a lei municipal se submetia ao crivo da ação direta de inconstitucionalidade, que a Constituição apresentava uma lacuna e deveria ser interpretada à vista da plenitude do sistema.

¹⁰³ CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto org. **Direito Constitucional**: organização do Estado. Coleção doutrinas essenciais. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 954-957.

7. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COMO INSTRUMENTO LEGAL DE MITIGAÇÃO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO MUNICIPAL

Todavia, com fulcro no art. 102, § 1º, CF, eis que esse direito começou a ser mitigado com a edição da Lei 9.882, de 03/12/1999, que criou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, em cujo artigo 1º, § único, inciso I, permite-se que a Suprema Corte brasileira aprecie não só o “preceito fundamental”, mas qualquer “lei ou ato normativo municipal, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional.”¹⁰⁴

Convém assinalar, que não se pretende proceder-se a um estudo pormenorizado da Lei 9.8282/99 quanto aos aspectos legais e processuais, mas apenas o de revelar a importância dos efeitos da ADPF no controle concentrado de constitucionalidade. Não obstante Gilmar Mendes lecionar que a ADPF possui caráter subsidiário da via do controle concentrado de constitucionalidade das leis, estando aí incluídos tanto os atos normativos quanto as leis municipais¹⁰⁵, parece-me certo é que a ADPF veio para aperfeiçoar e preencher uma lacuna constitucional, conforme as suas próprias palavras:

“Vê-se, pois, que a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação declaratória de constitucionalidade) poderão ser objeto de exame da nova ação.”¹⁰⁶

¹⁰⁴ Art. 1º - A arguição prevista no § 1º, do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único – Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

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

¹⁰⁵ Ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o STF aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão-padrão com força vinculante. Se entendermos, como parece recomendável, que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão, poderemos dizer, com tranquilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade do Município ‘A’ mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não poderão ser aplicadas. Em outras palavras, se o STF afirmar, em um processo de arguição de descumprimento, que a Lei n. ‘X’, do Município de São Paulo, que prevê a instituição do IPTU progressivo, é inconstitucional, essa decisão terá efeito não apenas em relação a esse texto normativo, mas também em relação aos textos normativos de teor idêntico editados por todos os demais entes comunais. (*In* Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 370-371).

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 113-114.

O termo argüição significa questão colocada como instrumento do controle abstrato de constitucionalidade, onde qualquer dos legitimados para a propositura da ADIn poderá discuti-la diretamente na Suprema Corte.

Não há um rol específico do que venha a significar “preceito fundamental”, todavia, supõe-se todo aquele que diga respeito à soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, enfim, todas as cláusulas pétreas enumeradas pelos artigos 1º e 60, § 4º, da Constituição Federal. Há um leque enorme, inclusive, os preceitos fundamentais implícitos.

Com efeito, agora as leis municipais se submetem ao crivo do controle concentrado de constitucionalidade da Suprema Corte perante as normas constitucionais federais quando constituam preceitos fundamentais.¹⁰⁷

¹⁰⁷ FERRARI, Regina Macedo Nery. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 187.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle judicial de constitucionalidade das leis é uma criação do direito americano. Inspirado nos escritos federalistas de Hamilton, Madison e Jay, ele foi consagrado no célebre caso *Marbury x Madison*, em 1803, resultando, a partir de então, a importância da supremacia da Constituição.

Com a queda do regime monárquico, o Brasil implantou o controle de constitucionalidade na Carta Republicana de 1891, adotando-se o modelo americano, do controle difuso, sob a pena genial de Ruy Barbosa.

O Estado brasileiro sofreu ao longo desse período, sob a regência de oito Constituições (considerando a EC 1/69), profundas mudanças político-constitucionais, do império, onde o poder se concentrava na figura do Rei ao regime republicano ditatorial do Presidente da República, para, ao fim, alcançar o regime republicano democrático e de direito, ditado pela maioria da vontade soberana do povo, através dos seus representantes, com os limites traçados na supremacia de uma Constituição.

Como não poderia deixar de ser, o controle de constitucionalidade também acompanhou as mudanças de regime, vindo a se consolidar na Carta de 88 o caráter misto: o difuso copiado do modelo americano exercido pela via de exceção ou de defesa, e o concentrado ou abstrato, do modelo austríaco, exercido pela via da ação direta.

O controle judicial de constitucionalidade das leis se constitui numa técnica de defesa da Constituição, como uma afirmação do Estado democrático de direito, que tem por fundamento a supremacia da Constituição e cujo órgão/poder designado constitucionalmente para aferir esse controle, no caso brasileiro, é o Supremo Tribunal Federal, que tem a competência essencial de protegê-la, objetivando a manutenção da unidade e coerência de todo o sistema normativo.

De acordo com a Constituição de 88, em sede de controle difuso, a lei e o ato normativo municipal têm sua constitucionalidade aferida pelo juiz singular ou por qualquer tribunal, inclusive o local e o Supremo Federal por via do Recurso Extraordinário (art. 102, III, a). Porque, em tese, de acordo com art. 125, §2º, CF, a fiscalização de constitucionalidade da lei municipal só pode passar pelo crivo do Tribunal de Justiça local.

Por força do art. 102, I, a, da Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência consolidaram o entendimento segundo o qual a lei e o ato normativo municipal não se submetem à fiscalização constitucional, em tese, do Supremo Tribunal Federal, ainda que a ofensa ao Texto Maior seja frontal e direta, em decorrência ao chamado “silêncio eloqüente” do constituinte originário, que excluiu “intencionalmente” o Município.

Desde a promulgação da primeira Carta republicana o Município foi dotado de autonomia, inicialmente apenas para disciplinar sobre o seu peculiar interesse (Carta de 1891), sendo, paulatinamente fortalecida a cada Carta subsequente (com a exceção da Constituição de 37, que suprimiu a autonomia municipal).

Porém, no regime da Carta de 69, os grandes municipalistas, a exemplo de Hely Lopes e Geraldo Ataliba, já defendiam a condição implícita de ente federativo do Município, cujo *status* só foi adquirido de forma expressa com a Constituição democrática de 1988, conforme os artigos 1º e 18, por força da qual, também, as competências municipais foram ampliadas.

O Município assim, como ente federativo dotado do mesmo grau de autonomia em relação aos demais membros integra o pacto federativo, devendo ser tratado no mesmo pé de igualdade, em prol da manutenção e equilíbrio da federação, de caráter cooperativo, a cuja supremacia da Constituição se submete não como ente menor, mas, certamente, como o mais importante, considerando tratar-se de pessoa real, concreta em relação às demais pessoas políticas que, queiram ou não, não passam de ficções legais.

A par do *status* que goza o Município na atual estrutura federativa do Estado brasileiro, democrático e de direito - como se pretende de fato -, o denominado “silêncio eloqüente” do constituinte, previsto no art. 102, I, a, CF, não se sustenta seja qual for o ponto de vista que se adote, político ou jurídico.

Há muito que a interpretação literal se encontra ultrapassada, em especial da Lei Maior – estatuto jurídico do político, expressão de J.J. Canotillho –, cuja hermenêutica moderna vem reduzindo o espaço oficial do juiz/Estado e submetendo-a à sociedade dos intérpretes da Constituição, convocando o povo, destinatário dela e que com ela convive, a participar da sua interpretação e, pois, legitimando as decisões da Corte Suprema.

A hermenêutica contemporânea está declarando que o juiz não mais deve enclausurar-se nos limites estreitos da legalidade estatal, mas submeter-se ao crivo do debate democrático. Afinal, em última análise, o juiz, que não se submete ao sufrágio universal do voto, está a julgar atos soberanos do povo, aqueles traduzidos pela atividade legislativa dos seus representantes.

Ora, sob a égide da Constituição de 69, Ministros da Suprema Corte, da estatura intelectual de Cunha Peixoto e Rafael Mayer, já defendiam que as leis municipais se submetiam ao crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade do STF - período em que o Município só era dotado de autonomia mas não da expressa qualidade de ente federativo -, hoje, com a Carta de 88, o entendimento contrário traduzido pelo denominado silêncio eloqüente, não mais se justifica.

O constituinte originário obrigou ao ente público municipal a zelar também pela guarda da Constituição, bem como das instituições democráticas (art. 23, I,CF), e não se trata de norma meramente programática, mas de um poder-dever de quem, integrando a Federação, deve pugnar pelo seu equilíbrio e a sua integridade, razão maior do instituto da intervenção (art. 34, VII, CF).

Ser guarda da Constituição é tarefa não só do ente público para a manutenção harmônica do sistema normativo, mas de todas as autoridades públicas que guardam as suas responsabilidades republicanas no exercício dos cargos de Poder do Estado.

Eis que a argüição de descumprimento de preceito fundamental, tratadas por alguns juristas de escol, a exemplo dos constitucionalistas Luís Roberto Barroso e Uadi Lammêgo Bulos, como única exceção ao controle abstrato de constitucionalidade da lei municipal no Supremo Tribunal, em verdade apenas mitiga a aferição desse tipo de fiscalização, porquanto “preceito fundamental” é um termo aberto sujeito ainda às interpretações restritivas, e, pois, podendo esbarrar na pretensão do ente público de debater a constitucionalidade da norma municipal.

Apesar de a Lei 9.882/99 ter sido questionada constitucionalmente, o certo é que houve um grande avanço no controle abstrato de constitucionalidade da lei municipal.

Ao fim e ao cabo do presente trabalho, tomo de empréstimo um versículo bíblico que me parece de todo aplicável, contido em 2 Cor. 3, 6, segundo o qual “(...) a letra mata, mas o espírito vivifica.”.

Noutras palavras, foi como consignou o Min. Carlos Veloso em seu voto na Recl. 383-SP, *in verbis*:

“Ora, a meu ver essa interpretação puramente literal de um texto isolado não seria boa. Temos que interpretar as normas constitucionais no seu contexto e quando interpretamos a Constituição é bom lembrar a afirmativa de *Marshall*, no caso *M’Culloch VS Maryland*, de 1819: quando se interpretam normas constitucionais, deve o intérprete estar atento ao espírito da Constituição, ao que ela contém no seu contexto. Parece-me que a interpretação literal não prestaria obséquio à Constituição, que deve ser sistematicamente interpretada.”

Vivifiquemos, pois, a Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 3 ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 42 ed. São Paulo: Ed. Globo, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O controle de controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTENCOURT, C.A. Lúcio. **Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília. Ministério da Justiça.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

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

CARDOSO, Oscar Valente. **O Amicus Curiae e a Análise de Fatos no Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/688/631>.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASTRO, José Nilo. **Direito municipal positivo**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

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

CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto org. **Direito Constitucional: organização do Estado.** Coleção doutrinas essenciais. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle da Constitucionalidade.** Teoria e Prática. 5 ed. Salvador: Jus Podivum, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais e o princípio da divisão das funções estatais. **Revista Ciência Jurídica.** n. 55. jan/fev 1994.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 7 ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRARI, Regina Macedo Nery. **Controle de constitucionalidade das leis municipais.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HAMILTON, Alexander et alii. **O federalista.** Belo Horizonte: Líder, 2003.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, Reimpressão/ 2002.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento.** Tradução de Dr. António Correia, licenciado em ciências históricas e filosóficas. 7 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEONCY, Léo Ferreira. **Constitucionalidade estadual**: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências federativas na constituição e nos precedente do STF**. Salvador: JusPodivm, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira et alii. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da constituição. Tomo VI. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MONTESQUIEU, **Do espírito das Leis**. Texto integral. Tradução Ed. Martin Claret. 2002.

PONTES Filho, Valmir. **Poder, direito e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Lições preliminares do direito**. São Paulo: Saraiva, 15 ed. 1987.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. O regime constitucional dos municípios. **Revista de direito administrativo e constitucional**, Belo Horizonte: Fórum. Ano 10, n. 42, p. 1-252, set/dez 2010.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, Direito, Política e Ação Afirmativa*. Disponível em http://www.achegas.net/numero/vinteequatro/l_fernando_24.htm

SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

XIMENES, Julia Maurmann. O supremo tribunal federal e a cidadania à luz da influência comunitarista. **Revista Direito GV [online]**, São Paulo. Vol. 6. n. 1. p. 119-142, jan/jun 2010.

As Constituições do Brasil: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988 - Antonio Cezar Peluso (organizador); José Roberto Neves Amorim (colaborador). – Barueri, SP: Manole, 2011.

<http://www.dicio.com.br/precipuo/>