

TEORIA GERAL DO ESTADO

A INCONTRASTABILIDADE ABSTRATA DA NORMA MUNICIPAL FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Luiz Fernando Calil de Freitas (*)

INTRODUÇÃO

No presente trabalho nos propomos a examinar a questão relativa ao controle da constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal frente à Constituição Federal. No vasto campo investigatório que o tema *controle da constitucionalidade* abarca, nos ateremos, pois, às possibilidades relativas ao método *concentrado*, também denominado “*sistema austríaco*” ou “*européu*”. Não obstante essa primeira e fundamental delimitação teórica, outra se impõe, qual seja, a redução da abordagem do controle da constitucionalidade que se faz relativamente à lei ou ato normativo produzido na esfera da autonomia municipal. Cabe ressaltar, ainda, que a abordagem se cingirá ao estado federal tal qual a realidade fático-jurídica brasileira da atualidade se nos apresenta - sem prejuízo de incursões no passado recente de nossas instituições jurídico-políticas. Neste tipo específico de federação, tomado o município como um de seus entes dotados de autonomia para, inclusive, legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual no que couber e instituir tributos

(*) Promotor de Justiça, Professor de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional.

de sua competência¹, resulta um considerável espectro de temas que podem vir a ser versados em sede de lei municipal, sendo corolário disso a possibilidade de sempre e a cada momento virem à luz diplomas legislativos ou atos normativos municipais incompatíveis formal ou materialmente com o texto da Lei Fundamental.

Já de há muito é princípio assente que o Estado moderno, nas manifestações do poder político que encerra, é incompatível com a idéia de inexistência de limitações a este poder (aliás, tal controle é o que o caracteriza), vislumbrando-se no controle da constitucionalidade das leis uma das formas mais eficazes do denominado controle horizontal dos poderes. É fato incontroverso, de outro lado, que a afirmação dos Estados Unidos da América do Norte como nação soberana em muito se deve ao funcionamento de seu Poder Judiciário, em especial sua Suprema Corte, que tem a função fundamental de dizer o direito, e, nos casos de relevância para toda a nação, estender a eficácia de seus julgamentos a todo o país. Assim, embora aquele país adote o sistema difuso de controle da constitucionalidade, a admissão de recurso pode levar a questão constitucional à Suprema Corte e nela ganhar solução dotada de eficácia *“erga omnis”*, na medida em que, no sistema da *“common law”* adotado por aquele país, vigora a sistemática do *“stare decisis”*, que funciona como precedente que irá orientar das futuras decisões acerca de casos análogos.

Interessante ressaltar que desde o momento histórico da passagem da confederação para a forma federativa, e mesmo antes disso ocorrer, a nação norte-americana já tinha consciência de como pretendia viesse ser futuramente o seu Poder Judiciário,

¹ Constituição Federal, artigo 30.

conforme se verifica em **OS ARTIGOS FEDERALISTAS**², obra que reúne artigos escritos por **James Madison**, **Alexander Hamilton** e **John Jay**, entre 1787 e 1788, o que deixa claro a estreita ligação entre a forma de Estado a ser adotada (federal) e o controle da constitucionalidade, em virtude da co-existência de ordenamentos jurídicos superpostos em nível federal, estadual e municipal.

Despiciendas maiores considerações a respeito de serem os USA o berço do moderno constitucionalismo e de possuírem a constituição escrita mais longeva da história da humanidade, circunstâncias estas que, a despeito de naquele país vigorar o controle difuso, feito caso a caso e voltado para a defesa dos interesses individuais, justificam a abordagem que ora se faz de passagem, apenas e tão-somente como forma de ressaltar a significância e magnitude do tema a ser enfrentado. De qualquer sorte, a grande contribuição norte-americana é o **judicial review**, que, deve ser dito, não consta expressamente do texto constitucional, constituindo-se em criação pretoriana.

² “A completa independência dos tribunais de justiça é peculiarmente essencial numa Constituição limitada. Por Constituição limitada, entendo uma que contenha certas exceções especificadas ao poder legislativo, como, por exemplo, a de que ele não aprovará decretos de perda de direitos civis, leis *ex post facto*, ou coisas semelhantes. Na prática, limitações deste tipo não podem ser preservadas senão por meio dos tribunais de justiça, cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição. (...) A interpretação das leis é domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seus significados tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes.” OS ARTIGOS FEDERALISTAS, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1993, págs. 480/481.

Vale mencionar ainda, à guiza de melhor situação do referencial teórico e da problemática a ser abordada, a circunstância hodiernamente presente nas atuais constituições que, no estado contemporâneo, são diretivas, dirigentes, tendentes à configuração de um determinado tipo de Estado e de sociedade juridicamente delineadas como um projeto de futuro para um povo³. Nesta realidade, a convivência de um ordenamento fundamental e superior com outros de aplicação limitada e parcial, característica precípua do estado federal, mostra-se sensivelmente conflituada e conflituosa, gerando dificuldades de compatibilização muitas vezes invencíveis se considerarmos o nível cada vez mais complexo das relações sociais, em decorrência do avanço tecnológico e científico. No mundo contemporâneo, portanto, assume cada vez mais e mais importância a questão relativa ao controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, na medida em que, seja no estado federal, seja nos estados unitários em que autonomias são reconhecidas a etnias para se auto-organizarem regionalmente, o conflito entre a norma infraconstitucional e a lei maior é cada vez mais freqüente.

Por derradeiro, há a fixar a idéia do estado federal, já antes mencionada de passagem, a partir da compreensão de HANS KELSEN, como sendo aquela organização jurídico-política onde convivem um ordenamento jurídico de nível superior e com

³ Vale trazer à consideração, aqui, a lição de MAURO CAPPELLETTI. "As constituições modernas não se limitam, na verdade, a dizer estaticamente o que é o direito, a "dar uma ordem" para uma situação social consolidada, mas, diversamente das leis usuais, estabelecem e impõem, sobretudo, diretrizes e programas dinâmicos de ação futura. Elas contêm a indicação daqueles que são os supremos valores, as *rationes*, os *Gründe* da atividade futura do Estado e da sociedade: consistem, em síntese, em muitos casos como, incisivamente, costumava dizer Piero Calamandrei, sobretudo em uma polêmica contra o passado e em um programa de reformas em direção ao futuro". O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado; SAFE, 2ª edição, Porto Alegre, 1992; pg. 89.

abrangência integral, e ordenamentos de nível inferior e com abrangência parcial. Efetivamente, do ponto de vista comparativo com o estado unitário, o estado federal presta-se a ocorrência mais freqüente do fenômeno da incompatibilidade entre as normas jurídicas, já que vários ordenamentos têm concomitante existência, validade e eficácia, devendo ser compatibilizados. A rígida noção sistêmica do autor permitiu-lhe a noção de hierarquia das leis, princípio hoje de aceitação universal, do qual decorrem regras de solução das antinomias eventualmente ocorrentes. De qualquer sorte, o estado federal pressupõe o convívio de um sistema constitucional superior com vários subsistemas inferiores; o que dá origem a uma hierarquia federal, várias estaduais e várias municipais - tantos quantos sejam estes dois últimos entes federativos e na medida em que se reconheça aos municípios autonomia⁴.

No Brasil, o município passou a ser expressamente considerado como ente da federação a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 - conforme disciplina do artigo 1º, "caput" - mas, mesmo antes disso, já eram eles reconhecidamente detentores de autonomia legislativa acerca de determinados temas, sempre que presente e em torno ao interesse local.

⁴ Kelsen é expresso ao afirmar, sobre o estado federal, a coexistência de ordenamentos jurídicos diversos: "*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 criadas por 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 autoridade central e várias autoridades locais.*" Teoria Geral do Direito e do Estado; Martins Fontes, São Paulo, 1992, pg. 309.

Fixadas estas premissas, começaremos a adentrar no exame do tema de forma mais específica, abordando a problemática dela decorrente.

1. A PRESERVAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O método concentrado de controle da constitucionalidade visa, indelutavelmente, a preservação do ordenamento jurídico dele buscando expungir a norma infraconstitucional que apresente incompatibilidade em relação à lei maior. Tal compreensão é derivação da noção do direito como sistema, cuja unidade é dada pela possibilidade de todas as suas normas componentes se reportarem a uma norma superior que é seu fundamento de validade, assim sucessivamente, até que todas as normas se reportem a uma só, cujo conteúdo não é dado pelo Direito Positivo, mas sim pela noção ou idéia do justo que reside na consciência do povo (conforme teoriza Kelsen). Aquela norma cujo conteúdo não seja passível de reportar-se às normas de hierarquia superior ou mesmo àquela norma fundamental hipoteticamente formulável, não é dotada de uma qualidade que a identifica com um determinado sistema, fazendo-a imerecedora de pertencer a um determinado ordenamento jurídico. É possível, é provável e muito freqüentemente ocorre de o legislador infraconstitucional elaborar normas em descompasso com a lei fundamental que dá o critério de unidade do ordenamento jurídico, qual seja a Constituição. Nesse caso, a norma será inconstitucional e haverá necessidade de se a retirar do ordenamento jurídico, sob pena deste tornar-se desfuncional⁵.

⁵ HANS Kelsen. Teoria Pura do Direito; Martins Fontes; São Paulo, 1996, tradução de João Baptista Machado; 1ª edição, pg. 300: "*A afirmação de que uma lei válida é "contrária à Constituição" (anticonstitucional) é uma contradicção inadjeto; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento de sua validade tem de residir na Constituição.*"

Especificamente no caso do Brasil, que desde a adoção da forma republicana seguiu os moldes do sistema norte-americano, com a vigência da Constituição Federal de 1934, tendo sido mantidas as regras atinentes ao controle difuso da constitucionalidade das leis e atos normativos, através do instituto da **ação direta de inconstitucionalidade interventiva** (art. 12, § 2º), introduziu-se o **controle concentrado**, ou **método europeu** de controle da constitucionalidade. Isso porque, na sistemática ali adotada, a possibilidade de intervenção da União em um estado-membro seria, além da hipótese de descumprimento de lei federal, para assegurar a observância dos princípios constitucionais relativos à forma republicana, a independência e coordenação dos poderes, a temporariedade das funções eletivas limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, a proibição de reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediatamente subsequente, a autonomia dos Municípios, as garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais, a prestação de contas da administração, a possibilidade de reforma constitucional e a competência do Poder Legislativo para realizá-la, e, a preservação das profissões. Presente uma das hipóteses autorizadoras, mediante representação do Procurador-Geral da República, a Corte Suprema declararia a inconstitucionalidade da lei acoimada e suspenderia a sua vigência. Aqui, inexiste, ainda, qualquer referência ao controle da constitucionalidade da lei ou ato normativo municipal. Posteriormente, sob a vigência da Constituição Federal de 1946, com a emenda constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965, criou-se a **ação direta de inconstitucionalidade** de caráter genérico (sem destinar-se à intervenção federal nos estados-membros), sacramentando, no ordenamento jurídico pátrio a existência de ação voltada à preservação integral da supremacia constitucional⁶.

⁶ CELSO BASTOS. O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos Municipais; Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Estado de São Paulo, vol. 10; junho de 1977, pgs. 365/78, citando excerto de

Convém salientar, especificamente quanto ao tema abordado, que a CF 46, pelo artigo 19 da^oEC nº 16, inovou ao possibilitar que a lei estabelecesse processo, a ser julgado pelos Tribunais de Justiça, para perquirir da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal frente à Constituição Estadual da respectiva unidade da federação. Aqui surge, pois, na ordem constitucional brasileira, por vez primeira, a possibilidade do controle abstrato da constitucionalidade de norma municipal, frente à constituição do respectivo estado-membro, a partir de previsão em lei federal.

Mais recentemente, a CF de 1969, ou, como pretendem outros, a CF de 1967, com a EC nº 1, de 1969, instituiu a ação direta interventiva para a defesa de princípios da Constituição Estadual, a ser proposta pelo Chefe do Ministério Público estadual perante o respectivo Tribunal de Justiça - artigo 15, § 3^o, letra *d*. é quando surge, pois, a forma de preservação do ordenamento jurídico instituído pelo subsistema constitucional estadual, através do controle da norma emanada da esfera municipal - aqui, tal controle não dependeria de lei federal, mas de norma constitucional estadual.

Para clarificar a normatização a respeito do controle da constitucionalidade, é de todo salutar que se tragam os textos que se sucederam no tempo; a CF 67 previa, no inciso I, do artigo 119, letra *I* a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a

sua obra Elementos de Direito Constitucional, *verbis*: " Já agora, qualquer ato normativo, federal ou estadual, é suscetível de contraste constitucional. O julgamento da norma em tese, isto é, desprendida de um caso concreto, e, o que é muito importante, sem outra finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconcipientes, torna-se então possível. A proteção dos direitos individuais já era, e continua sendo, assegurada pela via de defesa. Uma ação cujo único objetivo é a perquirição do ajustamento da lei às disposições constitucionais repousa sobre fundamentos outros daqueles justificadores do controle constitucional pela via de exceção. Na verdade, é a preocupação de defesa do sistema jurídico, do direito objetivo enfim, que se encontra na base de tal instituto."

representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo *federal* ou *estadual* (grifamos); com a EC nº 1/69, a redação de tal dispositivo resultou nos seguintes termos: compete ao STF, processar e julgar originariamente, a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo *federal* ou *estadual* (aduzimos grifos). Assim, clara resulta a inexistência de possibilidade de contrastar-se, em abstrato, a norma municipal com a Constituição Federal; é dizer, somente em casos concretos em que a norma municipal fosse restritiva de direitos fundamentais ou padecesse de vício formal é que seria possível acoimá-la de inconstitucional, sem, com isso, retirá-la do ordenamento jurídico mas apenas afastando a sua aplicação no caso concreto. Na esteira da evolução dos tempos, sobreveio a Constituição Federal de 5 de outubro 1988, que disciplina a matéria relativa ao controle concentrado (em abstrato) da constitucionalidade em seu artigo 102, inciso I, letra *a*, dispendo: *compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual* (sublinhamos). Da análise de tal dispositivo, de forma invencível, chega-se à mesma conclusão já anteriormente estabelecida quando da vigência das cartas de 67 e 69, ou seja, não existe no ordenamento pátrio previsão de controle concentrado da constitucionalidade de norma municipal, devendo, por evidente, tal controle se dar “*incidenter tantum*”, pela via difusa, cabendo a cada juiz, no caso concreto, deixar de aplicar a norma municipal incompatível com a CF. Mais do que isso, historicamente é relevante considerar a expressão “*precipuamente*”, como adiante se evidenciará.

2. A COMPREENSÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

2.1. *A questão processual.* Ponto de relevância para o debate acerca da possibilidade de os estados-membros virem a adotar

em suas constituições fórmulas destinadas à proteção da Constituição Federal frente à norma municipal, evidenciada a inexistência de controle tal na Lei Maior, diz respeito à existência ou não, por parte dos entes federativos, de competência para legislar acerca de matéria processual. Vale dizer, inexistindo previsão em nível de legislação federal (constitucional ou infraconstitucional) de ação processual destinada à verificação da constitucionalidade de norma municipal, tendo alguns estados-membros disciplinado a matéria nas respectivas constituições, criaram ação não prevista no direito federal. Inegavelmente, no período imediatamente anterior à CF/88, já era da competência da União legislar sobre matéria processual, conforme dispunha o artigo 8º, inciso XVII, letra *b*⁷, da CF/69. Curiosamente, ANA CÂNDIDA DA CUNHA FERAZ⁸, à época, sustentava que tal competência pertencia aos estados-membros; o raciocínio da insigne doutrinadora era no sentido de que, tendo o estado-

⁷ "Art. 8º. Compete à União: XVII - legislar sobre: b) direito civil, comercial, penal, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (negritamos)."

⁸ "Impõe-se reconhecer, bem por isso, que vedado não era, ao Estado de São Paulo, dispor, pela forma como o fez sobre o controle da constitucionalidade, em tese, de lei ou ato municipal frente à Constituição Federal, ou de lei ou ato estadual em confronto com a Constituição estadual. Nem mesmo - é claro - ao editar normas de caráter processual, quando disciplina a titularidade da ação, conferida ao Procurador Geral do Estado, e a competência para o seu julgamento, atribuída ao Tribunal de Justiça a que alude o art. 8º, XVII, b, da Carta Magna, é na melhor doutrina, apenas e tão-somente a legislação formal correspondente aos ramos de direito material ali expressamente mencionados: direito civil, comercial, penal, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Em sendo o direito material, no caso, da competência do Estado membro, a este também haveria de pertencer a competência à titularidade e ao julgamento da ação" (in Controle da constitucionalidade das Leis Municipais; Regina Maria Macedo Nery Ferrari; Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, 1994, pg. 77). Com a devida vênia, o raciocínio da autora vale apenas relativamente à possibilidade do estado-membro dispor

membro competência para legislar sobre determinado direito material, implicitamente lhe correspondia a competência para a legislação formal que assegurasse o cumprimento da norma substantiva. *Data venia*, não detinham os estados-membros competência para tanto, já que o rol constitucionalmente estabelecido era expresso em assegurar à União Federal tal atribuição, e, mais do que isso, a infirmar de vez aquele entendimento, a letra *a* do inciso XVII, do artigo 8º da CF/69, atribuía à União Federal a competência para legislar acerca do *cumprimento da Constituição*, sendo indesmentível, pois, que a interpretação sistemática afastava da alçada dos estados-membros a proteção abstrata da Constituição Federal, reservando-se a ela própria tal tarefa.

Nessa época, sob os parâmetros constitucionais então vigentes, teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de apreciar as normas contidas na Constituição do Estado de São Paulo, relativamente à previsão de controle abstrato da constitucionalidade de norma municipal frente à Constituição Federal ali instituída. A decisão foi no sentido de que a Constituição paulista inovou, criando instituto para cuja criação não estava autorizada, na parte em que instituiu ação para controlar em abstrato as normas municipais em relação à CF, indo além da faculdade contida no dispositivo constitucional já comentado. Isso em razão de que ação é matéria relativa ao direito

em sua Constituição sobre o controle abstrato da constitucionalidade de lei ou ato estadual ou municipal frente à própria carta estadual, eis que a própria CF/69, então vigente, possibilitava tal hipótese em seu artigo 15, § 3º, letra *d* ao dispor que o Tribunal de Justiça do Estado poderá autorizar a intervenção do estado-membro nos municípios provendo representação do Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios contidos na constituição Estadual. É claro como o sol de verão, que nem ocorria da CE criar a ação processual do Chefe do Ministério Público Estadual, já que a ação vinha prevista na própria CF.

processual, no caso civil, e, conforme constitucionalmente estabelecido, somente a União detinha competência legislativa para tanto⁹.

Outros julgados há, em que o tema fora veiculado pela via da ação direta ao Tribunal estadual e, através de recurso, chegara ao STF, decidindo este sempre pela impossibilidade jurídica do pedido de declaração abstrata de inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em contraste com a Constituição Federal, justamente em razão da ausência de competência por parte do estado-membro para legislar criando instituto processual sem previsão no direito federal¹⁰.

2.2. O subsistema constitucional. Os doutrinadores que entendiam, já sob a vigência da anterior ordem constitucional, ser possível a criação por disposição de Constituição estadual de forma de controle abstrato da constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal frente à Constituição Federal, do ponto de

⁹ “RE 97.911-5 - STF, Relator Ministro Alfredo Buzaid: CONSTITUCIONAL. Ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. Não há na ordem jurídica brasileira ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. A ação é parte integrante do Direito Processual Civil, só podendo legislar a seu respeito a União Federal. Inconstitucionalidade do art. 54, I, e, da Constituição do Estado de São Paulo, que criou a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, conferindo ao Procurador-Geral do Estado legitimidade ativa” (citado por Regina Nery Ferrari, em Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais, pg. 78).

¹⁰ “Com efeito, não há na ordem jurídica constitucional brasileira ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. A matéria, objeto do presente recurso, já foi resolvida por esta Corte em importantes julgados, dois dos quais peço vênica para ressaltar, que foi proferido no RE 93.088, de 20.05.81, de que foi relator o eminente Ministro Soares Muñoz, cuja ementa está assim redigida: “Não há ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal frente à Constituição Federal - Inconstitucionalidade do art. 54, I, e, relativamente às expulsões” (...) e da Constituição do Estado de São Paulo que instituem a mencionada ação - impossibilidade jurídica do pedido - Recurso Extraordinário conhecido e provido para declarar-se extinto o

vista do Direito Constitucional, apregoavam a existência, perfeitamente adequada e mesmo induzida pelo sistema constitucional federal, de um subsistema constitucional estadual.

A argumentação teórica principia pela idéia de que em havendo na Constituição Federal disposição prevendo a ação de inconstitucionalidade interventiva por descumprimento de lei federal por parte dos estados-membros, com mais razão se impunha o controle da inconstitucionalidade de norma municipal, por aqueles, vez que a CF é a lei suprema do ordenamento federal e mais do que as leis infraconstitucionais, deveria ser implementada pelas unidades federadas¹¹.

processo (art. 267, VI, do CPC). O outro foi proferido no RE 94.039, em 02.06.81, de que foi relator o eminente Ministro Moreira Alves, contendo a seguinte ementa: "Arguição de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou de ato normativo municipal por contrariedade à Constituição Federal, mediante representação a Tribunal de Justiça do Estado - sua inadmissibilidade em face do sistema constitucional vigente" (RE 92.169) (op. cit., pg. 78). A autora, Regina Ferrari, adiante afirma: "No RE 109.098, de 29 de outubro de 1987, reafirma o Supremo seu posicionamento quando inclui na ementa que "já se firmou o entendimento desta Corte no sentido de que é inadmissível, à vista do nosso sistema constitucional, a propositura perante Tribunal de Justiça estadual, de ação direta de inconstitucionalidade, de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal. Precedentes do STF."

¹¹ "Galeno Lacerda examinava a Federação brasileira para concluir pela constitucionalidade do dispositivo da Constituição paulista, uma vez que ela respeitara a adaptação prescrita pela Lei Maior, ao determinar a incorporação, no que couber, de suas normas ao direito constitucional legislado dos Estados ... nada mais natural do que a Constituição estadual disciplinar, simetricamente, a mesma ação para controlar as leis municipais, em face da Constituição Federal. José Afonso da Silva argumentava que os Estados-membros tinham o dever de prover a execução de lei federal, sob pena de intervenção federal, e que, portanto, cabia-lhes o dever de prover a principal das leis federais, justamente aquela que está acima das outras, que é a Constituição." POLETTI, Ronaldo; O Controle da Constitucionalidade das Leis; Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1995, pgs. 206/207.

De outra vertente, analisando as disposições da CF específicas quanto ao controle da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, havia o entendimento no sentido de que tal normatização não proibia o controle da norma municipal pelos estados, apenas e tão-somente excluía tal tarefa das atribuições do Supremo Tribunal Federal¹². À lógica de tal argumento, todavia, contrapõe-se outro argumento com idêntica potencialidade: os julgados do STF sustentavam sua posição afirmando, desde logo, que se ao próprio Pretório Excelso, incumbido da guarda da Constituição Federal não cabia protegê-la da afronta de norma municipal, a nenhum outro tribunal do país tal tarefa poderia incumbir. Ganha relevo, aí, a ausência de previsão expressa a esse respeito, interpretando-se a possível lacuna deixada pelo legislador constituinte como o silêncio eloqüente de quem pretende afastar do controle abstrato a norma gestada no âmbito das municípios¹³. Demais disso, cumpre afirmar que, à luz da CF/88, resulta evidente ser do Supremo

¹² O insigne Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua parte, afirmava que: *“De modo algum, essa norma pode ser interpretada como excluindo a possibilidade de ação direta contra ato legislativo municipal em tese perante Tribunal Estadual. Reitere-se, dispõe tão-somente que esse caso não pertence aos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que só é competente para as questões mais relevantes e neste rol não estão as levantadas pela legislação municipal”* (FERRARI, Regina; op. cit. pg. 75). Vê-se bem claramente, pois, que o constitucionalista desconsidera a questão processual envolvida e já antes objeto de nossas atenções, qual seja a ausência de competência por parte do estado-membro para criar instituto processual inexistente no ordenamento federal. Assim, não obstante a lógica de seu argumento resultar de interpretação literal do texto da CF (ainda hoje idêntico), vai de encontro à interpretação sistemática da Carta Magna que, ao distribuir competências entre os estes federativos, naquelas em que de forma exclusiva ou privativa defere a um, automaticamente veda aos demais, com exceção da competência concorrente onde indesmentivelmente não se enquadra a atribuição de legislar sobre processo.

¹³ *“Isto ainda, porque se nem o Supremo Tribunal Federal pode julgar a inconstitucionalidade, em tese, da lei ou ato normativo municipal diante da*

Tribunal Federal a tarefa **precípua** de guardar a Constituição Federal - artigo 102, "caput". A melhor significação deste vocábulo parecer ser aquela segundo a qual a tarefa principal do STF é a guarda da CF e, por outro lado, é aquele tribunal o principal guardião da Lei Maior.

Mesmo havendo a precisa avaliação no sentido de que no Estado Federal há o convívio do sistema constitucional federal com vários subsistemas constitucionais estaduais, forçoso é concluir-se que os subsistemas não poderão desvincular-se das limitações do sistema maior, sob pena de desvirtuar-se o próprio conceito de sistema que, em Direito, significa a não possibilidade de convivência de normas antinômicas. De outro lado, sendo a União Federal dotada de soberania e os estados-membros detentores de autonomia, tal relação de poder - identificada com o conceito de poder constituinte decorrente exercido pelos entes federados - tem como consequência a necessária conformação do direito constitucional estadual ao mesmo ramo do direito de nível federal. A própria CF/88, em seu artigo 25, "caput", esclarece que o poder detido pelos estados-membros decorre da soberania exercida pela União Federal, já que instituído pela Lei Magna. É dizer, o subsistema constitucional está inserido no sistema constitucional federal e, como tal, aquele com este deve guardar simetria, conformidade, tendo validade na medida em que cónformar-se o inferior ao superior.

3. A EXCEPCIONALIDADE DO CONTROLE CONCENTRADO

Outra questão de fundamental importância para a melhor perspectiva do problema abordado reside na avaliação acerca de

Constituição Federal, como admitir que as Constituições estaduais, sob pretexto de omissão, dêem esse poder, de natureza eminentemente política, aos Tribunais de Justiça locais e ao próprio Supremo Tribunal Federal, por via indireta, em grau de recurso extraordinário" (RE 109.098, de 29/10/87; relator Ministro Moreira Alves; apud Regina Ferrari, op. cit.).

qual dos métodos de controle da constitucionalidade é prevalente, uma vez que o Estado brasileiro adota o controle misto. Assim, sendo possível o controle difuso, feito caso a caso com o desiderato de proteger direitos fundamentais, e, ao mesmo tempo, estando também previsto o controle abstrato, feito de forma desvinculada do caso concreto e com a finalidade de expungir a norma inconstitucional do ordenamento jurídico por incompatível com a Constituição Federal, qual dos dois prepondera, se é que há preponderância?

O evoluir da história constitucional brasileira, assim como a universal¹⁴, aponta no sentido de que o método de controle da constitucionalidade mais usual é o difuso, feito caso a caso, tendente à proteção dos direitos individuais, coerentemente com a confessada inspiração norte-americana¹⁵. Daí resulta que a forma mais abrangente de se sindicarem a compatibilidade da norma jurídica para com a lei maior é aquela que leva em consideração o caso concreto, pelo método difuso. As regras referentes a tal método, pois, merecem interpretação ampliativa, irrestrita, de molde a que sempre e a cada momento o direito fundamental seja posto a salvo da norma infraconstitucional restritiva como forma de garantir a todos a busca da própria felicidade - ideal

¹⁴ Historicamente, no mundo inteiro, surgiu primeiro o controle difuso da constitucionalidade das leis, no sistema do *judicial review* norte-americano; posteriormente, com o engenho de HANS KELSEN, adotou-se na Áustria o controle concentrado, com a criação do Tribunal Constitucional cuja única função é o controle feito em abstrato. Vê-se, pois, que o controle da constitucionalidade em si, no mundo moderno, existiu primeiro para defender interesses individuais e, depois, para a proteção do próprio ordenamento jurídico genericamente e, em especial, da constituição.

¹⁵ Por sua vez, o constitucionalismo norte-americano, como de resto em todo o mundo, estava impregnado das idéias que norteavam o iluminismo, dentre elas, a racionalização do poder estatal pela via da afirmação da supremacia do indivíduo em relação ao Estado. Corolário disso é o controle difuso, onde prepondera a defesa de direitos individuais.

que inspira a Constituição norte-americana, que por sua vez inspirou o *judicial review* no Brasil desde quando por primeiro adotado. Conforme já dito, depois de já existir constitucionalmente previsto o controle difuso, veio a estabelecer-se o controle concentrado com rígidas regras de funcionamento do procedimento a ser seguido. De efeito, desde a Constituição de 1891, abriu-se a porta através da qual ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 221.1894, cujo artigo 13, § 10, possibilitava expressamente a qualquer juiz ou Tribunal apreciar a validade das leis e regulamentos frente à Constituição, deixando de os aplicar se manifestamente incompatíveis com a Lei Fundamental. Havendo regras adredemente estabelecidas para a efetivação do controle concentrado e sendo este método adotado concomitantemente com o controle difuso, menos delimitado, por evidente resulta que o uso do método concentrado deva ser tido como excepcional, interpretando-se o respectivo regramento de forma restritiva. É dizer, as hipóteses em que possível, as autoridades ou instituições legitimadas, o procedimento adotado, são *numerus clausus*, não pode haver ampliação interpretativa quanto ao controle concentrado. Ao contrário disso, relativamente ao controle difuso afirma-se, com razão, que qualquer juiz ou qualquer tribunal pode realizá-lo, em qualquer processo judicial, entre quaisquer partes que sempre estarão legitimadas a suscitar a questão constitucional incidental.

De qualquer sorte, resulta evidente que em tendo havido tantas e tão aprofundadas discussões teóricas e jurisdicionais acerca de tais questões sob a vigência, ainda, da anterior ordem constitucional, jamais se poderá agora afirmar que terá ocorrido omissão indesejada, cochilo, lacuna decorrente de falha do legislador constitucional ao não cuidar expressamente do controle da constitucionalidade de norma municipal frente à CF. Do contrário, o que se pode afirmar é que houve opção deliberada pelo silêncio eloqüente, reforçado pelo acréscimo da expressão segundo a qual compete *precipualemente* ao Supremo Tribunal

Federal a guarda da Constituição Federal, querendo significar que, pelo método concentrado¹⁶, nenhum outro órgão judiciário se pode arrogar à tarefa suprema de proteger o ordenamento jurídico genericamente e a constituição, em especial, da indesejada vigência de norma incompatível com a Lei Maior. Na fase atual da vida jurídico-política do Estado brasileiro, indesmentivelmente, inexistente controle concentrado da norma municipal relativamente à Constituição Federal, muito embora tenha adquirido sensível relevo o controle concentrado que teve aumentada sua dimensão face ao grande número de legitimados à propositura da ADIn¹⁷.

CONCLUSÃO

A primeira conclusão a que se chega já foi antes enunciada, qual seja a de que inexistente no ordenamento constitucional pátrio

¹⁶ Por evidente, é indiscutível que o artigo 102, I, a, da CF/88 está a cuidar do controle concentrado.

¹⁷ Gilmar Ferreira Mendes vai ao ponto de afirmar que o controle concentrado, com a ampliação do rol de legitimados para propor a ADIn, passou à condição de método preponderante no sistema brasileiro. Nesse sentido, veja-se: "*Assim, se se cogitava de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso. A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais no sistema difuso ou incidente, mais ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*" (Jurisdição Constitucional, Saraiva, São Paulo, 1996, pg. 80). Não obstante ter razão o mestre quanto ao alcance atribuído ao método concentrado, a partir do alargamento do rol de legitimados a proporem a ADIn, a ocorrência do controle da constitucionalidade pelo método difuso é incomensurável estatisticamente, muito embora a timidez dos magistrados em o fazerem. De qualquer sorte, isso tudo não altera a impossibilidade jurídica de ingressar-se em Juízo com ADIn contra norma municipal acimada de incompatível com a CF.

a possibilidade de ser feito o controle abstrato da constitucionalidade de norma municipal relativamente à Constituição Federal. A norma constitucional aponta nesta direção, a interpretação histórica a ela conduz, e, por conclusão, a interpretação sistemática do texto fundamental é também neste sentido; por fim, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente se manifestado no mesmo sentido. Qualquer alteração neste quadro é de *lege ferenda*, pendendo, pois, da alteração do texto da Constituição Federal.

É forçoso constatar, igualmente, que a sistemática hoje vigente no Estado brasileiro deixa a ordem jurídica a descoberto, desprotegida, da ação corrosiva da norma municipal inconstitucional, na medida em que somente é possível sobre ela exercer-se o controle difuso, em cada caso concreto, do qual decorrem somente efeitos *inter partes*, permanecendo a norma inconstitucional no ordenamento jurídico a produzir efeitos em relação às mesmas partes referentemente a outros casos concretos e, ainda, a todos os demais cidadãos não colocados como sujeitos da relação processual onde a inconstitucionalidade tenha sido incidentalmente reconhecida. Tal situação faz possível a identificação de falha no sistema, vez que propicia a convivência de norma inferior com norma superior em condições de antinomia entre ambas¹⁸.

¹⁸ O próprio STF, à luz do anterior ordenamento constitucional já admitira tal situação, pelo menos por um de seus membros; no RE 92.169, o relator, Ministro Cunha Peixoto, assim se manifestara: "*Acontece que os municípios são entidades político-administrativas e, conseqüentemente, parte integrante da União, e que o Supremo Tribunal Federal foi erigido em guardião da Constituição. Não seria lógico que os desvios constitucionais das leis e atos normativos federais e estaduais estejam sob o crivo direto do Supremo Tribunal Federal, através de representação do Procurador-Geral da República e os municípios fiquem sobranceiros a esta espécie de censura*" (REGINA FERRARI, op. cit., pg. 79).

A rigidez sistêmica da formulação kelseniana do direito, conforme já antes singelamente trazida à colação, de validade universal, não admite a convivência de normas antinômicas, mormente, entre a Constituição, leis máxima dentro do ordenamento estatal, e a lei municipal, localizada no patamar mais inferior dentre os entes federados. Com o intuito justamente de reparar tal defeito identificado na norma inconstitucional é que aquele notável gênio criador idealizou o Tribunal Constitucional. Assim, sem sentido prático existir um tribunal com a função precípua de guardar a Constituição Federal sem possibilidade de exercer o controle da constitucionalidade da norma municipal, e a expungir do ordenamento jurídico se for o caso.

A segunda e derradeira conclusão a que se chega, pois, é acerca da ingente necessidade de ser criado mecanismo, no âmbito do direito constitucional federal, que propicie ao STF a sindicabilidade, em abstrato, de lei ou ato normativo municipal, frente à Constituição Federal.