



Universidade Federal do Paraná

**A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COMO
INSTRUMENTO PARA O CONTROLE CONCENTRADO DA
CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS MUNICIPAIS.**

Luciano Machado de Souza

CURITIBA (PR)
2005

LUCIANO MACHADO DE SOUZA

**A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COMO INSTRUMENTO
PARA O CONTROLE CONCENTRADO DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS MUNICIPAIS.**

**Monografia apresentada ao Curso de
Especialização em Direito Público com ênfase
em Direito Administrativo, da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Paraná,
como requisito parcial para obtenção de grau
de especialista.**

**Orientador: Profa. Dra. Regina Maria Macedo
Nery Ferrari.**

CURITIBA (PR)

2005

A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COMO INSTRUMENTO PARA O CONTROLE CONCENTRADO DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS MUNICIPAIS.

por

Luciano Machado de Souza

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADORA: _____

Profa. Dra. Regina Maria Macedo Nery Ferrari

Curitiba,

Para minha filha Maria Lúcia, soberana luz da minha vida.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 SISTEMA DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE.....	11
1.1 CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, OBJETO E CONCEPÇÃO METODOLÓGICA..	11
1.1.1 Poder constituinte: originário e derivado.....	14
1.2 CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES.....	15
1.2.1 Quanto à forma: escritas e não escritas.....	15
1.2.2 Quanto ao modo de elaboração: dogmáticas e históricas.....	16
1.2.3 Quanto à origem: promulgadas e outorgadas.....	16
1.2.4 Quanto ao conteúdo: materiais e formais.....	17
1.2.5 Quanto à estabilidade: flexíveis, semi-rígidas e rígidas.....	18
1.3 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	19
1.4 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE.....	21
1.4.1 Supremacia da Constituição.....	22
1.4.2 Inconstitucionalidades.....	23
1.4.2.a Inconstitucionalidade por ação.....	24
1.4.2.b Inconstitucionalidade por omissão.....	25
1.4.3 Tempo do controle: preventivo e repressivo.....	26
1.4.4 Poder para controlar: político, jurídico ou misto.....	27
1.4.5 Controle jurisdicional: formas e meios.....	28
1.4.5.a Via principal (de ação): controle concentrado.....	29
1.4.5.b Via incidental (defesa): controle difuso.....	30
1.5 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.....	32
1.5.1 Constituição de 1988: instrumentos de controle da constitucionalidade.....	35
2 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS MUNICIPAIS.....	37
2.1 O MUNICÍPIO BRASILEIRO.....	38
2.1.1 Competência legislativa municipal.....	41
2.2 O CONTROLE POLÍTICO.....	46
2.3 O CONTROLE JURISDICIONAL.....	47
2.3.1 Controle difuso.....	48
2.3.2 Controle concentrado.....	52

3 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	56
3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	58
3.2 INSTITUTOS ASSEMELHADOS NO DIREITO COMPARADO.....	60
3.3 NATUREZA, OBJETO E LEGITIMAÇÃO ATIVA.....	65
3.3.1 Natureza jurídica.....	65
3.3.2 Objeto.....	67
3.3.3 Legitimação ativa.....	75
3.4 MODALIDADES DA ARGÜIÇÃO.....	77
3.4.1 Argüição independente.....	78
3.4.2 Argüição dependente.....	81
3.5 SINDICABILIDADE DE LEIS MUNICIPAIS VIA ADPF.....	88
CONCLUSÃO.....	94
BIBLIOGRAFIA.....	96

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
art.	artigo
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
CEPR	Constituição do Estado do Paraná
CF	Constituição Federal
EC	Emenda Constitucional
inc.	inciso
LADPF	Lei Federal nº 9.882/99
par.	parágrafo
STF	Supremo Tribunal Federal

RESUMO

Este trabalho apresenta um estudo acerca da possibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista no art. 102, par. 1º, da Constituição Federal (CF), ser instrumento hábil para levar à jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal (STF) a sindicabilidade das leis municipais. A tradição constitucional brasileira, desde a primeira Constituição Republicana de 1891, possibilita o controle difuso da constitucionalidade, do qual não se excluem as leis municipais. A Constituição vigente, de 1988, não possibilitou a fiscalização concentrada da constitucionalidade das leis municipais, mas também não impediu. Dentre os instrumentos que possibilitam a provocação da jurisdição objetiva, a ADPF pendia de regulamentação legislativa ordinária, até o advento da Lei nº 9.882/99. Da forma como regulamentado, o instrumento possibilita a aferição da constitucionalidade pela verificação de cumprimento dos preceitos constitucionais decorrentes da Constituição. Uma das modalidades permite a prevenção ou reparação dos preceitos fundamentais lesados por ato do Poder Público; outra possibilita a provocação do STF quando for relevante o fundamento da controvérsia judicial constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, acerca da aplicação dos preceitos fundamentais. Investigar se as leis municipais podem ser sindicadas no âmbito dos atos do Poder Público, ou nas controvérsias judiciais relevantes, possibilita aferir se o instituto estudado inovou no campo do Direito Constitucional brasileiro, viabilizando o controle concentrado das leis municipais, até então negado.

Palavras-chave: constitucionalidade, controle, concentrado, leis municipais, ADPF.

INTRODUÇÃO

Os mecanismos para o controle de constitucionalidade das leis são fundamentais para a preservação da *vontade de Constituição* apregoada por Konrad HESSE em seu “*A força normativa da Constituição*”¹, e orientada pelo procedimento constitucional originário. Independentemente da possibilidade de atuação do poder reformador, é certo que há preceitos constitucionais intangíveis.

As normas constitucionais devem prevalecer sobre o ordenamento jurídico sob pena do poder político fazer imperar a *constituição real*, decorrente de suas vontades, geradora de instabilidade nociva à força normativa da *constituição jurídica*. Essa possibilidade implica na negação do Estado Democrático de Direito instituído pelo primeiro artigo da Constituição Federal de 1988. Logo, impõe-se que o controle da constitucionalidade das leis, ou o controle da atividade legislativa derivada, seja eficiente o suficiente para preservar essa orientação fundamental do constituinte originário.

Em tempos de constante revisão constitucional, e de reposicionamentos do Supremo Tribunal Federal, acerca de matérias fundamentais para a manutenção do *contrato social* brasileiro, e de seu Estado Democrático de Direito, impõe-se aferir a eficiência dos mecanismos de controle da constitucionalidade. Revela-se deveras interessante averiguar possibilidade da ADPF ser o instrumento hábil ao incremento da eficiência desse sistema, viabilizador do controle concentrado das leis municipais.

Ademais, vislumbra-se que a sobrecarga do Supremo Tribunal Federal também decorre da restrição da via concentrada para a legislação municipal. A possibilidade de prestação jurisdicional pela via direta dá agilidade ao guardião da Constituição, o que pode impactar positivamente na redução de recursos submetidos pela via difusa, na jurisdição extraordinária. Isso sem mencionar a economia processual e a segurança jurídica, princípios que devem ser valorados em tempos de escassez de recursos materiais e multiplicação de demandas.

Essas reflexões impulsionaram a opção pelo tema, que se reconhece polêmico e ainda pouco debatido.

¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris Editora, 1991.

O primeiro capítulo deste trabalho, dedicado à análise do sistema de controle da constitucionalidade brasileiro, possibilitará a compreensão da Constituição, e de suas classificações, bem como da aplicabilidade de suas normas. Revendo o controle de constitucionalidade será possível afirmar a existência do controle concentrado no Brasil, para o quê não se dispensa a revisão de sua evolução histórica.

O segundo capítulo analisa o controle de constitucionalidade das leis municipais, sem descurar da compreensão do *status* do Município brasileiro no atual modelo federativo, no qual se inclui a afirmação de competências legislativas. Não se pode negar que a Constituição de 1988 deu aos Municípios conformação ímpar na concepção tradicional da teoria geral do estado, e isso implica em reposicionamentos. Na oportunidade será possível delimitar o contorno das formas e meios de controle da produção legislativa municipal.

O terceiro capítulo serve ao estudo da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, novidade da Constituição de 1988. Os assemelhados do direito comparado, e os aspectos históricos de sua regulamentação, revelarão elementos imprescindíveis para a compreensão do instituto. A análise da natureza jurídica, do objeto, da legitimação ativa e das modalidades de Argüição possibilitará aferir se a ADPF é instrumento hábil ao desencadeamento do processo de fiscalização concentrada, objetiva, via de ação, junto ao STF. A sindicabilidade das leis municipais por essa via, por fim, viabilizará a conclusão.

O problema proposto, portanto, é se a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental é instrumento hábil para levar as leis municipais ao controle concentrado do sistema brasileiro.

A singularidade da posição do Município na Federação brasileira, e a carência de instrumentos para o controle concentrado da autonomia normativa municipal, justificam a pesquisa. É importante determinar se o guardião da Constituição tem o poder-dever de controlar a constitucionalidade da produção legislativa de todos os entes do Estado brasileiro.

O objetivo geral é analisar o controle de constitucionalidade das leis municipais no sistema brasileiro. O específico, se a ADPF possibilita o controle concentrado do STF.

Por fim, importa registrar que a pesquisa se orientará pelo método dedutivo, lógico-sistemático, de revisão bibliográfica.

1 SISTEMA DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE.

O problema proposto exige, inicialmente, a compreensão do sistema de controle da constitucionalidade do ordenamento jurídico estudado.

Com efeito, para enfrentar o problema proposto, isto é, se a arguição de descumprimento de preceito fundamental é instrumento hábil ao controle concentrado de leis municipais, o pesquisador não pode prescindir do conhecimento acerca dos mecanismos que proporcionam o controle de constitucionalidade no Estado de Direito brasileiro. Logo, o aspecto metodológico impõe a revisitação, mesmo que superficial, do indispensável a esse conhecimento. A isso se dedicará essa primeira parte do trabalho.

1.1 CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, OBJETO E CONCEPÇÃO METODOLÓGICA.

O termo *constituição* tem origem no latino *constitutio* (disposição legal, arranjo, organização, instituição, constituição), derivado de *constituo*, que significa estabelecer, instituir, fundar criar, construir. Para Cícero importava na organização do Estado (*rem publicam constituere*)². Logo, desde a concepção etimológica, *constituição* implica na conversão de vontades para a criação, a instituição, a fundação, o estabelecimento, a organização de alguma coisa; no âmbito do direito constitucional, o próprio Estado.

Juridicamente, Constituição significa a Lei Fundamental organizadora do Estado, principalmente do Estado Moderno ocidental, teorizado a partir da concepção do “Contrato Social”, de Jean-Jacques Rousseau³, e decorrente dos movimentos revolucionários do século XVIII, especialmente dos Estados Unidos da América do Norte e da França, que consagraram a organização do Estado a partir da limitação do poder estatal e da previsão de direitos e garantias fundamentais.

Considerando o legado do movimento constitucionalista do século XIX, Canotilho destaca os postulados político-liberais identificados no conceito ideal de Constituição, a partir dos seguintes elementos materiais: deve ser escrita; deve

² FERREIRA, Antonio Gomes. *Dicionário de latim-português*. Porto: Porto Editora [s.a.], p. 291.

³ ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O contrato social*. Trad. Antonio de P. Machado. Estudo crítico: Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

consagrar um sistema de garantias da liberdade (direitos individuais e políticos); deve determinar a divisão de poderes (princípio orgânico)⁴.

Partindo da premissa que a Lei Fundamental deve conter elementos essenciais para a organização do Estado (forma de Estado e de governo, com definição de órgãos e limites de ação; forma de aquisição e exercício do poder; elenco de direitos e garantias fundamentais), que são seu objeto, e considerando as divergências doutrinárias acerca da concepção dos sentidos sociológico (Ferdinand Lassale), político (Carl Schmidt) e jurídico (Hans Kelsen) de Constituição, José Afonso da Silva propõe a formulação de uma “concepção estrutural”:

A constituição é algo que tem, *como forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); *como conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); *como fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como *conexão de sentido*, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores. Isso não impede que o estudioso dê preferência a dada perspectiva. Pode estudá-la sob o ângulo predominantemente formal, ou do lado do conteúdo, ou dos valores assegurados, ou da interferência do poder.⁵

Como bem afirmado por José Afonso da Silva, a perspectiva que o cientista do direito empregará no estudo da Constituição depende do método aplicado e da finalidade da pesquisa.

Neste estudo, particularmente, há de se registrar desde logo a opção pelo sentido jurídico-normativo, que concebe a Magna Carta como fundamento de validade do ordenamento jurídico, a partir da teorização piramidal de Kelsen: “uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa”.⁶

O enfoque normativo se faz necessário porque se visa aferir a possibilidade de controle concentrado de atos normativos municipais pela via da ADPF, ou seja, a

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 64.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 43-44.

⁶ KELSEN, Hans. *apud* FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

pesquisa está conformada pelo sistema jurídico de controle da constitucionalidade, no sentido de “dever-ser”.

Ademais, parte-se da premissa que o sentido político foi objeto de consideração do Poder Legislativo, tanto do poder constituinte originário, como do reformador, e também do legislador ordinário. A norma, portanto, já é resultado do processo de decisão política realizado pelo Poder competente.

O aspecto sociológico, por outro lado, dependeria de metodologia diversa. No caso concreto se revelará, contudo, na necessária e evolutiva contextualização do corpo constitucional, realizada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, sem descuidar da manutenção da “força normativa” proposta por Konrad Hesse, que asseverou:

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.⁷

A necessidade desta rápida incursão teórica é justificada pela necessidade de demonstração da opção metodológica, delimitadora do estudo. O tema escolhido é emblemático nas divergências doutrinárias que apresenta, ora porque se questiona a legitimação sociológica da produção legislativa, ora porque se questiona a opção política do legislador, outra porque se duvida dos fundamentos de validade e da própria força normativa. Todas as concepções de Constituição se demonstram latentes na bibliografia consultada, e a proposta de trazê-las todas à colação se impôs, pela imparcialidade livre de pré-concepção que orientou a busca das conclusões que se verá ao final.

Por ora importa registrar a fundamentalidade da Constituição escrita para a organização do Estado, de sua forma e de seu governo; da conformação harmônica

⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris Editora, 1991, p. 23.

de seus poderes; da aquisição, do exercício desses poderes e seus limites; e da previsão de direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos. Nessa orientação serão concebidas as normas da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada aos 05 de outubro de 1988.

1.1.1 Poder constituinte: originário e derivado.

Poder constituinte é o órgão máximo de manifestação da soberania política do Estado Moderno, encarregado de organizar, de constituir esse Estado, o que se efetiva com a elaboração da Constituição. Logo, o poder constituinte é soberano, em relação às demais instituições, as quais lhe cabe conformar, atribuir poderes e limites, visando garantir a convivência harmônica do organismo estatal e de seus constituintes, o povo organizado social e juridicamente. Nesse sentido, o povo é o titular do poder constituinte que, na democracia representativa, é organizado por representantes desse povo. “O titular seria o povo. Exercente é aquele que, em nome do povo implanta o Estado, edita a Constituição. Esse exercício pode dar-se por vias diversas: a) pela eleição de representantes populares que integram ‘uma Assembléia Constituinte’ ou b) pela revolução, quando um grupo exerce aquele poder sem manifestação direta do agrupamento humano.”⁸

O *poder constituinte originário*, encarregado da elaboração da Constituição criadora do Estado, é o que *inicia* a ordem jurídica do Estado, sendo, portanto, *ilimitado* e *autônomo* para realizar sua atribuição sem limitações materiais ou orgânicas. Sendo *incondicionado*, no sentido de não dever observar forma para manifestação da vontade, conforma os Poderes do Estado, legitimando a autoridade que lhes concede. Nessa compreensão, toda nova Constituição é elaborada pelo poder constituinte originário, independentemente do movimento social motivador.

Se a Constituição não for imutável, o próprio texto constitucional estabelecerá os procedimentos e formalidades para sua alteração, de regra pelo Poder Legislativo, segundo a conformação que lhe foi dada pelo constituinte originário. Essa possibilidade de alteração constitucional também é exercício de poder constituinte, daquele *derivado* da autorização originária. O conformador do sistema jurídico

⁸ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 33.

autoriza o exercente do poder legislativo ordinário a exercer parcela do poder constituidor. Esse *poder constituinte derivado* é *subordinado* e *condicionado* pelas normas constitucionais que lhe conformam e por aquelas autorizadas de alterações constitucionais.

José Afonso da Silva prefere denominar o poder constituinte derivado de *instituído*, *constituído* ou *reformador*, porque detentor de *competência constituinte derivada* ou *de segundo grau*, recebida do originário para proceder às modificações que a realidade social exigir⁹.

No Brasil o poder constituinte originário autorizou os entes federativos (Estados-membros e Municípios) a se auto-organizarem, desde que obedientes às regras estabelecidas para conformação e distribuição de competências da República Federativa que constituiu. Logo, os poderes que elaboraram as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas Municipais eram *originários*, nas respectivas esferas de poder, mas sempre *decorrentes* do poder central. Da mesma forma, os poderes de alteração ordinários são *derivados decorrentes*.

1.2 CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES.

A doutrina classifica as constituições de várias formas. Neste estudo, que não tem a finalidade de analisar todas as classificações propostas, tampouco aprofundar o assunto, serão elencados apenas os tópicos classificatórios que interessarem ao desenvolvimento do tema central.

1.2.1 Quanto à forma: escritas e não escritas.

Constituição *escrita* resulta do trabalho do órgão constituinte, devidamente sistematizada e codificada, expressada em documento único que veicula a organização do Estado, possibilitadora da compreensão da pirâmide normativa de Kelsen, da qual ocupa o ápice. É o caso da Constituição brasileira.

Não escrita ou *consuetudinária* é a Constituição que não se condensa em documento único, mas no conjunto de normas materialmente constitucionais

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 67-68.

inseridas em leis esparsas, derivadas da jurisprudência, dos costumes e das convenções sociais.

1.2.2 Quanto ao modo de elaboração: dogmáticas e históricas.

Constituição *histórica* ou *costumeira*, não escrita, é a resultante da acumulação histórica do processo sociológico, a partir da sedimentação dos costumes, das tradições, dos fatos sócio-políticos, que vão sendo aceitos e exigidos como normas de organização do Estado. É o caso da Constituição Inglesa.

A Constituição *dogmática*, sempre escrita pelo órgão constituinte, condensa os dogmas e princípios decorrentes da ideologia política e social preponderantes no momento histórico de sua elaboração. A Constituição de 1988, no afã de construir um Estado Democrático de Direito, é bom exemplo desse tipo.

1.2.3 Quanto à origem: promulgadas e outorgadas.

Promulgadas são as constituições elaboradas por órgão constituinte organizado, composto por representantes eleitos pelo povo e, por isso, também denominadas *democráticas* ou *populares*. Exemplo são as constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988.

As constituições *outorgadas*, contrariamente, são elaboradas sem a participação popular, mas pelo ditador que tanto pode ser o próprio Presidente, Rei, Imperador, Junta de Governo ou órgão designado para impor as normas constitucionais, como ocorreu com as constituições brasileiras de 1824, 1937, 1967 e com a Emenda Constitucional nº 01/1969.

José Afonso da Silva registra a chamada *Constituição cesarista*, “porque formada por pebliscito [sic] popular sobre um projeto elaborado por um Imperador (plebiscitos napoleônicos) ou um Ditador (pebliscito [sic] de Pinochet, no Chile). A participação popular, nesses casos, não é democrática, pois visa apenas ratificar a vontade do detentor do poder”¹⁰.

¹⁰ Ibidem, p. 45.

1.2.4 Quanto ao conteúdo: materiais e formais.

Para José Afonso da Silva a *Constituição material*, em sentido amplo, “identifica-se com a organização total do Estado, com regime político”, e em sentido estrito “designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais”¹¹. Nesse sentido estrito, de que a Constituição contém matéria essencialmente constitucional, Alexandre de Moraes acolhe também a denominação de “substancial”¹². No mesmo sentido, e observando a orientação kelseniana que as normas constitucionais estão no mais alto nível do direito positivo, orientando a produção de outras normas, Regina Ferrari observa:

Vemos que, por diversas vezes, porém, o legislador constitucional tem erigido [sic], como tal, normas que, embora tratando de matéria não estrutural, são consideradas fundamentais para a ordem jurídica estatal. Frequentemente encontramos nas Constituições disposições sobre matéria trabalhista, processual e outras. Ficamos, assim, em um impasse diante de tal ordem das coisas pois o critério apresentado já não é suficiente para a identificação das normas constitucionais.¹³

A advertência, totalmente procedente, se revelará neste trabalho, quando da análise do objeto da ADPF, os preceitos constitucionais fundamentais. Na oportunidade será possível verificar o esforço do constituinte em valorar a fundamentalidade *especial* desses preceitos, revelador de que nem tudo que está na Constituição é matéria estrutural, mas restou firmada no texto em decorrência da opção política e da pressão sociológica, como ocorreu principalmente com os direitos sociais.

A *Constituição formal* é o resultado do trabalho do órgão constituinte, organizador do Estado, concentrado em documento escrito que só pode ser reformado ou emendado se observados os limites, procedimentos e normas nele próprio determinados. Para Regina Ferrari o reconhecimento da necessidade da Constituição ser escrita é que possibilita a realização da Constituição em sentido

¹¹ Ibidem, p. 44.

¹² MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 35.

¹³ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 57-58.

formal, “cujos preceitos só podem ser modificados através de um processo especial, mais difícil do que o exigido para a elaboração das leis ordinárias”¹⁴.

1.2.5 Quanto à estabilidade: flexíveis, semi-rígidas e rígidas.

Em relação à estabilidade as constituições são classificadas de acordo com as normas e procedimentos de reforma e emenda, ou seja, em relação à possibilidade e limites de modificação do texto constitucional.

Nesse sentido a Constituição será *flexível* quando não houver limitação ou formalidade especial para as modificações constitucionais, submetendo-se aos mesmos procedimentos de produção da legislação ordinária. Essa flexibilidade, contudo, não pode induzir ao raciocínio de instabilidade, como observa Regina Ferrari, posto que “a estabilidade de uma Constituição não depende tanto da forma, mas do equilíbrio das forças sociais e econômicas que a apóiam e sustentam. Sua característica, portanto, é sua elasticidade, e não sua instabilidade, já que pode adaptar-se sem haver ruptura em sua estrutura”¹⁵.

Opostamente, a Constituição *rígida* estabelece limites e procedimentos especiais, mais complexos, para alteração do seu conteúdo. A reforma ou emenda do texto constitucional requer solenidades e formalidades diversas, e mais exigentes, do que as aplicadas à alteração da legislação ordinária. Essa diferença, relativa ao processo de elaboração e alteração das normas constitucionais e da legislação ordinária, é que fundamenta a Constituição como cerne do sistema jurídico, servindo de paradigma de conformação das leis inferiores e, por conseguinte, possibilitando a afirmação da supremacia constitucional que deve ser preservada por procedimentos de controle da constitucionalidade.

As constituições *semi-rígidas* são as que contém parte do texto submisso ao procedimento legislativo ordinário e parte ao procedimento especial, como foi a Constituição Imperial brasileira.

A doutrina adverte que o fato da Constituição ser escrita não implica que seja rígida, tampouco que a Constituição flexível seja histórica. As constituições escritas, de regra, são dogmáticas e rígidas, podendo, contudo, serem semi-rígidas ou

¹⁴ Ibidem, p. 58.

¹⁵ Ibidem, p. 61.

flexíveis. As não escritas são históricas e flexíveis, em que pese poderem estar submissas à rigidez sócio-política do Estado que organizam.

Há que se atentar, contudo, que a rigidez não implica em imutabilidade, o que significaria a aceitação de estagnação da evolução humana. A conformação social, acumuladora do processo histórico, exige que a força normativa da Constituição emane de sua legitimação social. Logo, quando não for mais possível a “interpretação construtiva” sugerida por Kelsen haverá necessidade de adaptação do texto constitucional à realidade social e, se isso não for possível por procedimentos modificadores do texto constitucional, a própria ordem perde a legitimação e sucumbe. Logo, a idéia de Constituição imutável implica na previsão de limitação temporal de sua prevalência. A rigidez, que dá supremacia ao texto constitucional, permanência e segurança jurídica ao ordenamento jurídico, só se justifica pelos procedimentos especiais de alteração, mas não pela imutabilidade.

1.3 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

Considerando que a Constituição é a Lei Máxima do ordenamento jurídico, sob o enfoque normativo derivado da teoria piramidal kelseniana, não haveria motivo para se abordar acerca da aplicabilidade das normas constitucionais porque, em princípio, tudo que estiver contido na Constituição não só é aplicável como também é conformador do sistema jurídico submetido à supremacia dessas normas.

Ocorre que, como observado por Regina Ferrari, nem todas as normas contidas nas constituições são materialmente constitucionais, como ocorre com a Constituição brasileira de 1988. Assim sendo, há dispositivos constitucionais que exigem complementação legislativa para serem aplicados na sua integralidade, exigindo, portanto, identificação do intérprete, que precisa aferir o grau dessa aplicabilidade.

Nesse sentido se impõe, metodologicamente, trazer à colação abordagem doutrinária do assunto, para melhor compreensão de algumas situações que exigirão esse conhecimento, mas sem a intenção de aprofundá-lo.

A tradicional classificação de José Afonso da Silva estabelece que *normas de eficácia plena* são “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição,

produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”.¹⁶ Essas normas prescindem de regulamentação legislativa ordinária, ou seja, a expressão do constituinte originário foi suficiente para conferir toda a eficácia necessária para ser exigível e executável, no atinente à produção de efeitos jurídicos.

Diferentemente, se “o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados”¹⁷, essas normas têm *eficácia contida*. Nesse caso a atuação legislativa derivada tem autorização para restringir o alcance do dispositivo constitucional. É o caso do disposto no art. 5º., inciso LX, da CF, que autoriza o legislador ordinário a restringir a publicidade dos atos processuais se a *defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*.

As *normas de eficácia limitada* ou *reduzida* têm “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia”¹⁸. Como exemplo, a norma do art. 7º., inciso XXVII, da CF, que garante proteção aos trabalhadores contra a automação, *na forma da lei*. Essas normas, que o autor prefere denominar *normas constitucionais de princípio*, podem ser de *princípio institutivo*, criadoras de órgãos, entidades ou institutos na parte orgânica da Constituição, mas que dependem da atividade legislativa ordinária para estruturação definitiva; e de *princípio programático*, veiculadoras de elementos sócio-ideológicos típicos das Cartas modernas, que devem ser cumpridos pelos órgãos do Estado, como programas para realização de seus fins sociais¹⁹.

Considerando a intangibilidade e a produção de efeitos concretos, Maria Helena Diniz acresce as *normas de eficácia absoluta*, como sendo aquelas insuscetíveis de modificação pelo constituinte derivado, distinguindo-se das normas de eficácia plena, passíveis de reforma. É o caso das cláusulas pétreas estabelecidas pelo art.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 101.

¹⁷ Ibidem, p. 116

¹⁸ Ibidem, p. 83.

¹⁹ Ibidem, p.121-135.

60, par. 4º, da CF: Estado de forma federativa, com separação de poderes, respeitando-se os direitos e garantias individuais e o voto, universal, secreto e periódico. Acolhendo a denominação de Michel Temer, a autora esclarece que as normas que não possuem eficácia plena tem *eficácia relativa: restringível* quando podem sofrer restrição legislativa (como as normas de eficácia contida); e *dependente de complementação legislativa* quando dependentes de regulamentação legislativa ordinária (como as normas de eficácia limitada). As *normas programáticas* traçam programas a serem cumpridos pelo Estado no atingimento de seus fins sociais, sem regular diretamente os direitos que consagra²⁰. Exemplifica-se com o disposto no art. 205, da CF, que estabelece a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

1.4 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE.

Tendo a Constituição como origem do Estado e do sistema jurídico, impõe-se conceber a existência de mecanismo de proteção do texto constitucional, ou seja, de instrumentos jurídicos e políticos que impeçam a subsistência de atos normativos infringentes do texto constitucional.

“Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”²¹.

Pressupõe, necessariamente, a supremacia da Constituição; a existência de escalonamento normativo, ocupando, a Constituição, o ponto mais alto do sistema normativo. É nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Aquele, ao inovar a ordem jurídica infraconstitucional, haverá de obedecer a forma prevista e o conteúdo anteposto. Se um deles for agravado, abre-se espaço para o controle da constitucionalidade daquele ato normativo cujo objetivo é expelir, do sistema, o ato agravador.²²

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 98-103.

²¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 525.

²² TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 41.

Para esse controle, contudo, parte-se da premissa que todo ato normativo tenha conformidade constitucional, ou seja, lhe beneficia a *presunção de constitucionalidade*, pelo qual todo ato normativo é constitucional até que seja objeto de procedimento de aferição da constitucionalidade e os órgãos competentes declarem sua desconformidade, segundo o sistema previsto pelo próprio constituinte, configurando-se a inconstitucionalidade.

A abordagem mais detida impõe a revisão de premissas necessárias ao estudo do sistema brasileiro de controle da constitucionalidade.

1.4.1 Supremacia da Constituição.

Ao organizar o Estado, estabelecendo as formas de aquisição e exercício harmônico dos Poderes, e estipulando direitos e garantias fundamentais do povo, o constituinte inaugura o regime jurídico, impondo a afirmação da supremacia das *normas fundamentais* em relação às demais espécies normativas que serão elaboradas para regulação das relações sociais.

Essa supremacia é dogmática. Respalhada na teorização de Kelsen, acerca da fundamentalidade hipotética das normas constitucionais, Regina Ferrari conclui:

Então, a ordem jurídica decorre de um pressuposto lógico-transcendental, de algo que serve de base para o ordenamento jurídico transcendental, de algo que serve de base para o ordenamento jurídico, mas que se encontra fora dele, na norma hipotética fundamental, que é uma norma pressuposta, cujo enunciado é: *devemos nos conduzir como a Constituição prescreve*; enunciado esse pressuposto logicamente e que serve de base para a norma fundamental da ordem jurídica, que é a Constituição.²³

A supremacia constitucional, em sentido material, decorre da opção sócio-política criadora do Estado, delimitadora da competência e limites dos seus órgãos, e definidora dos direitos fundamentais dos homens. Nesse sentido, norma constitucional é a que se identifica com os conteúdos fundamentais de estruturação do Estado. Por ser um conjunto de normas que regula a produção de outras normas ordinárias, tem força normativa superior (superlegalidade material).

Do ponto de vista jurídico, contudo, a supremacia se relaciona com a rigidez, não que dependa dela exclusivamente. A *supremacia formal* se estabelece

²³ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 55.

juridicamente, sendo mensurável pela observação das formalidades especiais que regulamentam os procedimentos de modificação do texto constitucional, de regra mais exigentes do que aqueles aplicados para o exercício das competências legislativas ordinárias (superlegalidade formal).

A conjugação dos aspectos materiais e formais da supremacia constitucional impõem a determinação de critério de aferição da conformidade da legislação ordinária com o texto constitucional, para afirmação de sua força normativa, conforme afirmado por Canotilho:

Da conjugação destas duas dimensões – superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição – deriva o *princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos*: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas normas ou princípios constitucionais.²⁴

Isto posto, conclui-se que a segurança e a estabilidade do ordenamento jurídico dependem de observância da conformidade material (substancial) e formal da legislação ordinária com a Constituição, sob pena de ruptura da supremacia da Carta Magna, negação da organização estatal e, por conseguinte, ruptura do pacto social, exigente de nova ordem político-social e, logicamente, reunião de poder constituinte para elaboração de nova ordem constitucional. Dessa necessidade de manutenção da higidez do texto constitucional surge a necessidade da existência de um sistema de controle da constitucionalidade, que negue força normativa às normas contrárias à Lei Fundamental.

1.4.2 Inconstitucionalidades.

Havendo necessidade de manutenção da força normativa da Constituição, impõe-se definir quais normas ensejam o exercício do controle de constitucionalidade, isto é, as premissas que norteiam a verificação das inconstitucionalidades da legislação ordinária.

Como o sistema jurídico se origina na Constituição, que estabelece os poderes e limites do Poder Legislativo, não se pode conceber norma jurídica contrária às

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 972-973.

disposições constitucionais. Essa constatação decorre do acolhimento da teoria kelseniana, cujos fundamentos reconhecem na supremacia constitucional o dogma de fundamentalidade do sistema constitucional e, por conseqüência, a necessidade do ordenamento jurídico decorrente ser orientado por essa Lei Fundamental, que confere força normativa às normas que não lhe contrariem.

Assim, toda norma produzida em conflito formal ou material com as disposições constitucionais padece de vício de inconstitucionalidade. Registra-se que as afirmações restritas às normas não implicam em limitação do objeto da inconstitucionalidade, que pode emanar de comportamento, de ato, do Poder Público. A premissa é que todos os comportamentos e atos decorram de normas jurídicas, tanto constitucionais como ordinárias. Os confrontáveis com a Constituição tem como fundamento de inconstitucionalidade o próprio texto constitucional, os demais dependem, previamente, de aferição de ilegalidade estrita, ou seja, se estão conforme as espécies legais ordinárias. Somente depois de superada a aferição de legalidade estrita é que surge o confronto de constitucionalidade e, nesse caso, o confronto não se estabelece, diretamente, em relação ao ato ou comportamento e as disposições constitucionais, mas da norma que lhe sustenta e as disposições constitucionais; daí a limitação da análise ora efetivada, que atende aos objetivos desse estudo, circunscrito à leis municipais.

1.4.2.a Inconstitucionalidade por ação.

Quando os órgãos do Estado atuam, positivamente, em desconformidade com o disposto na Carta Magna, produzem ato normativo inconstitucional. A inconstitucionalidade, como já afirmado, decorre da necessidade de *compatibilidade vertical* da norma produzida com as disposições constitucionais, dotadas de supremacia sobre todo o ordenamento jurídico. Esses atos normativos produzidos no exercício ordinário do Poder necessitam de compatibilidade com a norma superior, a Constituição, pois do contrário se tornam passíveis da atuação de mecanismos de controle da constitucionalidade.

Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos etc.) com a constituição é o que, tecnicamente, se chama *inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder*

Público, e que se manifesta sob dois aspectos: (a) *formalmente*, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição; (b) *materialmente*, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da constituição.²⁵

Inexistindo conformidade formal, ou seja, obediência ao disposto constitucionalmente acerca de competência e procedimentos legislativos, o ato normativo é totalmente afetado, em razão da *inconstitucionalidade total* configurada.

Se a desconformidade for material, de conteúdo infringente às normas constitucionais, pode ocorrer *inconstitucionalidade parcial*, isto é, apenas dos dispositivos viciados, podendo ser mantido o restante do texto que se conforme formal e materialmente com as disposições constitucionais, e desde que não perca o sentido, como observado por Regina Ferrari: “Se, porém, a lei possuía um sentido único e se algumas de suas regras são consideradas como inconstitucionais, então toda ela deverá ser considerada como inválida e carecedora de produção de efeitos”²⁶.

1.4.2.b Inconstitucionalidade por omissão.

Em sentido amplo, a inconstitucionalidade por omissão se verifica quando órgão do Poder estatal silencia, se omite, atua negativamente, deixando de realizar suas atribuições conforme a determinação constitucional.

Canotilho anota que a omissão legislativa inconstitucional se configura, principalmente (não exclusivamente), do “não cumprimento de imposições constitucionais permanentes e concretas”, da “*exigência constitucional de acção*”, não do “*dever geral de legislar*”; do “não cumprimento de *imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito*”, das “*ordens de legislar*”²⁷. Nesse sentido o não agir inconstitucional é qualificado pelas próprias disposições constitucionais.

Michel Temer afirma que esse controle visa garantir a eficácia plena de todas as normas constitucionais:

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 50-51.

²⁶ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 76.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 1099-1101.

Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exeqüíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a *inação* (omissão) do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado.²⁸

Esse tipo de inconstitucionalidade é reconhecido porque não é somente o agir contrário à Constituição que lhe afeta a força normativa, mas também o deixar de agir, o deixar de fazer o que estava obrigado pela *vontade da Constituição*.

Com efeito, muitas vezes o constituinte não exaure a conformação do Estado, de seus órgãos, de suas atribuições, tampouco o exercício dos direitos e garantias fundamentais, incumbindo ao legislador *decorrente* o poder-dever de realizar essa atuação. Esse “poder-dever”, contudo, deve ser exercitado, sob pena de não conferir a carga normativa intentada pelo constituidor, enfraquecendo a Lei Fundamental. Daí a necessidade do sistema de controle da constitucionalidade comportar instrumento eficiente para impedir a omissão inconstitucional.

1.4.3 Tempo do controle: preventivo e repressivo.

O controle *preventivo* da constitucionalidade é o que se realiza no transcorrer do processo legislativo, observando-se, na gênese da norma jurídica, as disposições formais e materiais determinadas constitucionalmente, acerca de competências, limites e procedimentos específicos.

Alexandre de Moraes²⁹, Michel Temer³⁰ e Ricardo Fiúza³¹ acolhem a possibilidade de veto do Chefe do Poder Executivo como parte desse controle preventivo. Porém, considerando que o veto é submetido ao Poder Legislativo, só a este cabe a responsabilidade estrita pelo controle final de constitucionalidade da norma, como bem observado por Regina Ferrari:

Alguns autores apontam ainda como tipo de controle *a priori* a competência dada ao Presidente da República do Brasil de vetar projetos de lei, tidos por ele como inconstitucionais. Devemos anotar que em tais casos, porém, o veto será motivo de

²⁸ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 51.

²⁹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 528-529.

³⁰ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 43-44.

³¹ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey., 1997, p. 128.

apreciação pelo Congresso, que, segundo disposição constitucional, pode rejeitá-lo por maioria qualificada, o que nos levaria a transferir para o Poder Legislativo tal faculdade de apreciação da inconstitucionalidade.³²

Logo, o controle preventivo é de responsabilidade do Legislativo, que exerce suas competências até a promulgação da lei, visando impedir que norma constitucionalmente viciada passe a integrar o conjunto normativo.

O *controle repressivo*, opostamente, é aquele realizável após a promulgação e publicação da lei, quando já integrante do sistema jurídico e passível de aferição da constitucionalidade de suas disposições.

Ordinariamente, o controle repressivo é realizado pelo Poder Judiciário. Alexandre de Moraes identifica hipóteses excepcionais que conferem ao Legislativo essa competência: “A primeira hipótese refere-se ao art. 49, V, da Constituição Federal, que prevê competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.³³ Considerando que o Congresso não tinha como atuar preventivamente nessas hipóteses excepcionais, há de se reconhecer que poderá atuar repressivamente, sem que isso implique exclusividade, porque o Judiciário continuará com sua competência, em decorrência do *princípio da inafastabilidade da jurisdição* (art. 5º, inciso XXXV, da CF).

Outra hipótese que sugere o controle preventivo do Poder Legislativo é na rejeição de medida provisória.³⁴ Vislumbra-se, contudo, que apesar da medida provisória ter “força de lei”, lei ainda não era e, portanto, sofreu o *controle preventivo* do Congresso.

1.4.4 Poder para controlar: político, jurídico ou misto.

O controle da constitucionalidade será estritamente *político* se o responsável pelo controle for órgão de composição política especialmente criado para tal fim, ou mesmo o próprio Poder Legislativo, em decorrência da concepção francesa de controle, acolhedora do dogma da soberania da lei, pela qual somente um órgão

³² FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 79.

³³ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 530.

³⁴ *Ibidem*, p. 530.

político pode controlar a constitucionalidade do sistema jurídico. “Assim, se a vontade tem sua expressão através de um órgão, que é o Parlamento, no qual se acha representada a soberania nacional, seria inadmissível que alguém que não seja escolhido pelo povo tenha poder para impedir a aplicação de uma lei – expressão máxima da soberania nacional”³⁵. Nesse sistema o julgamento não está submetido aos parâmetros jurídicos, mas especialmente à conveniência e oportunidade que orientam as decisões tipicamente políticas.

O *sistema jurisdicional*, inspirado no modelo norte-americano, atribui o controle ao Poder Judiciário, encarregado de interpretar a *vontade de Constituição* e salvaguardar as disposições constitucionais. Nesse modelo o controle pode ser realizado por um Tribunal Constitucional, criado exclusivamente para esse fim, ou por um Supremo Tribunal, que acumula a jurisdição constitucional com a jurisdição ordinária de última instância, ou ainda por qualquer Juízo, nos casos concretos. Na seqüência esse sistema merecerá análise mais detida.

O *sistema misto*, por óbvio, “realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis ficam sob controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional”.³⁶

1.4.5 Controle jurisdicional: formas e meios.

Como afirmado, o controle jurisdicional, e repressivo, da constitucionalidade é realizado pelo Poder Judiciário que, em decorrência do princípio da inércia da jurisdição só age se provocado. Como no Brasil não existe um órgão judicial encarregado exclusivamente do controle da constitucionalidade (um Tribunal Constitucional) o controle pode ser realizado de *forma concentrada*, pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, e de *forma difusa*, por todos os Juizes, em todas as instâncias. Essa provocação da jurisdição pode ocorrer por *meio de ação direta*, na via principal, de ação; ou *por meio de exceção*, incidentalmente, na via de defesa.

³⁵ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 82.

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 52.

1.4.5.a Via principal (de ação): controle concentrado.

A provocação direta do órgão de cúpula da jurisdição constitucional ocorre pela via de ação, possibilitada pela previsão constitucional de processo autônomo de verificação da constitucionalidade. No sistema brasileiro, a provocação sempre pressupõe uma ação direta, um instrumento típico, e não apenas a submissão de uma exceção processual. A análise da ADPF, oportunamente, demonstrará isso.

Concebido por Hans Kelsen e consagrado na Constituição austríaca de 1920, o controle concentrado visa à declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, ou seja, dos dispositivos legais que se pretende a declaração de desconformidade constitucional, e não de atos concretos que ensejarem. Assim, o controle ocorre *objetivamente, abstratamente*, apenas do cotejo do corpo normativo com o texto constitucional, independentemente das questões pessoais, subjetivas, que possa implicar: “O controlo abstracto de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a ‘defesa da Constituição’ e da ‘legalidade democrática’ através da eliminação de actos normativos contrários à constituição”.³⁷

O acesso a essa jurisdição especial, de regra, ocorre pela utilização de instrumentos já previstos pelo constituinte para utilização daqueles que elegeu legitimados. Essa legitimidade pode ser aberta, para qualquer do povo, ou restrita, circunscrita a determinados órgãos, agentes ou entidades, conforme previsão constitucional.

As decisões obtidas nessa forma de controle garantem segurança jurídica e harmonia do sistema, pois atingem a todos com efeitos *erga omnes*, e não apenas as partes envolvidas no processo. Em relação aos efeitos, sem aprofundar o assunto, são concebidos *ex tunc*, porque algo que não é constitucional, nunca foi e, por isso, incapaz de gerar efeitos. Porém, tanto a doutrina como a jurisprudência vem admitindo a possibilidade de limitação desses efeitos, admitindo-os *ex nunc* ou a partir de determinado momento. Tudo em busca da preservação da harmonia, do equilíbrio e da segurança do sistema jurídico.

No Brasil esse controle compete ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula da Justiça e guardião da Constituição que, contudo, não é eminentemente um

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 982.

Tribunal Constitucional, pois lhe competem outras atribuições diversas do controle de constitucionalidade. A decisão, tomada pela maioria absoluta do STF, não pode ser vista como substitutiva da vontade legislativa, posto que não cabe ao Judiciário interferir noutro Poder: "...o Poder Judiciário, através de seu órgão máximo, limita-se a verificar se houve concordância da lei com a Constituição, se ela obedeceu os requisitos necessários para o surgimento, ou se seu conteúdo não conflita com o disposto na Lei Maior".³⁸

Trata-se de julgamento técnico, típico e exclusivo da atividade judiciária, que verifica a conformação dos dispositivos legais submetidos ao controle com o texto constitucional.

Após a declaração de inconstitucionalidade, o Senado Federal brasileiro foi incumbido de suspender a execução da lei afetada pela decisão do STF (art. 52, inc. X, CF). Trata-se de momento *político* que não está suficientemente concebido pela doutrina. Por não se tratar de atividade jurisdicional, e porque as competências de cada Poder não podem confrontar, não se definiu qual o real sentido do dispositivo: trata-se de atividade vinculada, mero formalismo, que não atinge a atividade jurisdicional, mas apenas lhe conforma no âmbito legislativo; ou o Senado pode agir discricionariamente, deixando de suspender a execução da lei inconstitucional? Regina Ferrari³⁹ e Michel Temer⁴⁰ defendem se tratar de atividade vinculada, que não deixa ao Senado possibilidade de apreciação do mérito do julgamento. Divergem, sustentando a discricionariedade (conveniência e oportunidade) política da atribuição legislativa, Alexandre de Moraes⁴¹ e Clèmerson Clève⁴².

1.4.5.b Via incidental (defesa): controle difuso.

O controle difuso ocorre, sempre, na pendência de uma causa principal, de forma incidental, em via de exceção, para defesa de interesses concretos. Michel Temer aponta as peculiaridades dessa via:

³⁸ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 88.

³⁹ Ibidem, p. 88-90.

⁴⁰ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 47-48.

⁴¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 533-534.

⁴² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 89-95.

A via de exceção (ou de defesa) tem as seguintes peculiaridades: a) só é exercitável à vista de caso concreto, de litígio posto em Juízo; b) o juiz singular poderá declarar a inconstitucionalidade de ato normativo ao solucionar o litígio entre as partes; c) não é declaração de inconstitucionalidade de *lei em tese*, mas de exigência imposta para a solução do caso concreto; d) a *declaração*, portanto, não é o objetivo principal da lide, mas incidente, consequência.⁴³

Inspirado no célebre caso *Madison versus Marbury*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1803, nasceu da afirmação do Juiz Marshal de que é ínsita à atividade jurisdicional a interpretação e aplicação da lei, da qual não se exclui a aferição de constitucionalidade. Logo, todo Juiz deve aplicar a Constituição sempre, e em primeiro lugar, reconhecendo a inconstitucionalidade quando presente nas situações concretas.

O controle difuso, concreto ou aberto, é aquele realizável por qualquer órgão jurisdicional, em qualquer instância, na análise de uma situação específica aventada pelas partes. Enquanto no controle concentrado o processo é objetivo e abstrato, neste a aferição se faz *subjetivamente*, na análise do caso concreto, no transcurso de uma ação. É a possibilidade do sujeito se defender dos efeitos de uma lei inconstitucional, de garantir seus direitos individuais. Por isso, os efeitos da decisão atingirão apenas as partes da ação principal, *ex nunc*, sem irradiar efeitos para terceiros. Assim, a lei reconhecida inconstitucional só deixará de ser aplicada naquele caso, continuando vigente e válida para os demais, que terão de atacá-la em cada situação particular, enquanto não submetida à via concentrada.

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.⁴⁴

Por isso que esse controle ocorre incidentalmente, isto é, no contexto de uma ação principal que reclama a apreciação precedente da constitucionalidade dos dispositivos que regulam determinada relação jurídica. Mesmo se decidido pelo

⁴³ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 44.

⁴⁴ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 531.

órgão de cúpula do sistema jurídico, em grau recursal, a decisão será adstrita ao processo submetido, *inter partes*.

Decorre desse sistema a legitimidade aberta, ou seja, qualquer interessado na declaração de inconstitucionalidade de uma lei poderá argüí-la, na defesa de seu direito junto ao Juízo em que estiver litigando.

1.5 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.

Demonstradas as premissas do sistema de controle da constitucionalidade, impõe-se a revisão da evolução desse sistema no direito constitucional pátrio, para entendê-lo na Constituição de 1988.

A *Constituição Política do Império do Brasil*, de 1824, não previu mecanismo de controle. O Supremo Tribunal Federal não seguiu o exemplo da Suprema Corte norte-americana, deixando de declarar jurisprudencialmente as inconstitucionalidades. Em tempos imperiais o controle se limitava ao âmbito político, principalmente porque aquele arcabouço jurídico, do qual não se exclui a Constituição, estava submetido ao *Poder Moderador* do Imperador, que dissolveu a Assembléia Constituinte em 1823 e impediu o acolhimento do projeto que vinha sendo discutido, e que considerava sem valor quaisquer leis contrárias à Constituição. O Imperador, Chefe Supremo da nação, era o titular de toda organização política e, portanto, soberano do poder constituinte originário.

O dogma da 'soberania do Parlamento', a previsão de um Poder Moderador e mais a influência do direito público europeu, notadamente inglês e francês, sobre os homens públicos brasileiros, inclusive os operadores jurídicos, explicam a inexistência de um modelo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis no Brasil ao tempo do Império.⁴⁵

A *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 1891, inspirada no modelo dos Estados Unidos da América do Norte, e confirmando o disposto na Constituição Republicana Provisória de 1890, legou ao Judiciário, pela primeira vez, o poder de controlar a constitucionalidade das leis: "O Judiciário exercitava, com a Constituição de 1891, um modelo difuso, incidental e sucessivo de fiscalização da

⁴⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização Abstrata de Constitucionalidade* ..., p. 64.

constitucionalidade”⁴⁶. Não se tratava, portanto, e ainda, do controle concentrado, tampouco da via de ação. Esse sistema foi aperfeiçoado pela Lei Federal 221/1894 e pela reforma constitucional de 1826.

A segunda *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 1934, inspirada pelo *welfare state* da Constituição Alemã, de Weimar, manteve o controle difuso, com inovações insuficientes para configurar o controle concentrado. A exigência do *quorum* de maioria dos membros dos tribunais para declaração de inconstitucionalidade; a suspensão das normas inconstitucionais pelo Senado; a representação interventiva, pelo Procurador-Geral da República, originária do STF; nenhum desses instrumentos foi bastante para afirmação do controle objetivo: “Vemos surgir, então, um processo de declaração de inconstitucionalidade diferente daquele próprio da via de exceção; devemos, porém, salientar que não podemos identificar tal processo com a via de ação, visto que o objeto de tal declaração não é anular a lei”.⁴⁷

A *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 1937, instituidora do “Estado Novo” de Getúlio Vargas, manteve o controle difuso e a exigência de *quorum* qualificado para declaração de inconstitucionalidade, mas não previu a representação interventiva e nem a suspensão da lei inconstitucional pelo Senado. Fortalecendo o Poder Executivo – típico das cartas ditatoriais -, retrocedeu no pouco que se havia conquistado ao mitigar as funções controladoras jurisdicionais, possibilitando o controle político sucessivo do controle jurídico: A lei declarada inconstitucional poderia ser submetida ao Parlamento, pelo Presidente da República, se necessária ao *bem estar do povo*, à *promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta*; a confirmação legislativa, por dois terços de cada Casa, tornava sem efeito a decisão judicial:

Por conseguinte, o Presidente da República passa a ser “instância de recurso em matéria de Constituição”: a partir de sua manifestação, a lei, ainda que viciada, poderia voltar a ser reconfirmada pelo Legislativo, fato que, desconsiderando a manifestação do mais alto tribunal do país, proporcionaria, em termos reais, uma efetiva reforma constitucional, porque, sendo o sistema jurídico um todo harmonioso, não se pode conceber que em seu bojo possa haver duas normas de hierarquias diversas conflitantes.⁴⁸

⁴⁶ Ibidem, p. 66.

⁴⁷ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 95-96.

⁴⁸ Ibidem, p. 96-97.

Clèmerson Clève lembra que, como o Legislativo não foi convocado, “coube ao próprio Executivo exercitar, por meio de decreto-lei, a faculdade autorizada pelo art. 96, par. único, da Constituição de 1937”⁴⁹.

A *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 1946, restauradora da democracia, resgatou o sistema estabelecido pela Carta de 1934, com poucas modificações em relação à representação interventiva e função suspensiva do Senado; banuiu, contudo, o controle político sucessivo previsto em 1937.

A *Emenda Constitucional nº 16*, de 1965, em tempos de Atos Institucionais do regime militar revolucionário, inaugurou o controle concentrado da constitucionalidade, com a introdução no sistema de uma ação direta genérica, à disposição do Procurador-Geral da República, e da competência originária do STF.

“Não deixa de ser curioso o fato da representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais”.⁵⁰

Essa mesma Emenda possibilitou que Estados-membros instituíssem processo para aferição de constitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Estadual, à cargo dos Tribunais de Justiça.

Identifica-se, então, o momento histórico de coexistência dos sistemas difuso e concentrado de controle da constitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais contra a Constituição Federal.

A *Constituição do Brasil*, de 1967, inspirada pela Carta de 1937, reforçou os poderes da União e do Presidente da República, necessários à ditadura Militar. Ao tempo que manteve os sistemas difuso e concentrado, retirou dos Estados-membros a autorização para o controle de constitucionalidade de leis municipais no âmbito estadual, possibilitada pela EC 16/65, e transferiu para o Presidente a suspensão do objeto da declaração de inconstitucionalidade do STF, em sede de representação interventiva, que competia ao Congresso.

⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização Abstrata de Constitucionalidade...*, p. 69.

⁵⁰ Ibidem, p. 70.

A *Emenda Constitucional nº 1/69*, na substância, legou ao país nova *Constituição da República Federativa do Brasil*. “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado”⁵¹.

“A Emenda 1 de 1969 não alterou o sistema. Admitiu, todavia, de modo expresso pela primeira vez, a instituição pelos Estados-membros de representação interventiva, para, nos moldes do modelo federal, atuar a fiscalização da constitucionalidade da lei municipal em face dos princípios elencados na Constituição Estadual (art. 15, par. 3º, “d”, da Constituição)”.⁵²

A *Emenda Constitucional nº 7/77* atribuiu ao STF competência originária para interpretar, por provocação do Procurador-Geral da República, com efeito vinculante, normas federais e estaduais (em tese), “excluindo, desta forma, a interpretação de leis ou atos normativos municipais”⁵³. Também previu a possibilidade de concessão de medida cautelar para suspensão da eficácia do ato impugnado até o julgamento.

1.5.1 Constituição de 1988: instrumentos de controle da constitucionalidade.

A *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988, no entusiasmo de redemocratizar o país, garantindo a liberdade e os direitos fundamentais, manteve o controle jurisdicional difuso (art. 102, III) e aperfeiçoou o concentrado, com os seguintes instrumentos: Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, I, a, primeira parte, CF); Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 36, III, CF); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, par. 2º, CF); e Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, par. 1º, CF). A *Emenda Constitucional nº 03/93* acrescentou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, a, 2ª parte). A Lei nº 9.868/99 regulamentou o processo e julgamento de ADIN e ADC perante o STF; e a Lei nº 9.882/99 dispôs sobre processo e julgamento da ADPF, objeto deste trabalho.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 88.

⁵² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização Abstrata de Constitucionalidade ...*, p. 71.

⁵³ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 100.

Ademais, ampliou a legitimação ativa para as ações de inconstitucionalidade (art. 103); incumbiu o Advogado-Geral da União de defender o ato ou lei impugnado junto ao STF (art. 103, par. 1º); determinou a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de controle da constitucionalidade processadas pelo STF (art. 103, par. 1º); e previu o mandado de injunção (art. 102, I, q).

Também resgatou a possibilidade de instituição de representação genérica de inconstitucionalidade no âmbito estadual (art. 125, par. 2º), prevista pela EC 16/65 e abolida pela Constituição de 1967, impedindo que a legitimidade ativa fosse conferida a único órgão.

Manteve a possibilidade de concessão de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, I, p), e não contemplou a representação interpretativa prevista pela EC 7/77.

Vislumbra-se, e se acredita, que o legislador constituinte, tanto o originário como o decorrente, se preocupou sobremaneira com a higidez do corpo constitucional. No afã de disponibilizar vias procedimentais suficientes para realização da *vontade de Constituição* contida na Constituição *jurídica*⁵⁴, legou vários e complexos instrumentos para o sistema de controle da constitucionalidade que, contudo, não contemplam todas as necessidades, conforme observa Regina Ferrari:

Vê-se, portanto, grande desenvolvimento operado no controle da constitucionalidade, em virtude do advento da Constituição de 1988 e de suas emendas, que tratam da mesma matéria, ficando, ainda, sem previsão a declaração de inconstitucionalidade por omissão no âmbito estadual, quando a inércia dos órgãos que exercem as funções estatais impedir a realização da eficácia da Constituição Estadual, bem como a possibilidade de controle da constitucionalidade através da “ação declaratória da constitucionalidade” de leis estaduais e municipais frente à Constituição Federal e, repetindo a nossa antiga Lei Fundamental, deixa de prever a declaração de inconstitucionalidade em tese de lei municipal frente à Constituição Federal, por parte do Supremo Tribunal Federal.⁵⁵

⁵⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*.

⁵⁵ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 103.

2 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS MUNICIPAIS.

Importa, de início, registrar que a pesquisa se limita à aferição da possibilidade da ADPF ser o instrumento viabilizador do controle concentrado das leis municipais, e não de todos os atos normativos municipais. Essa delimitação é necessária em função da natureza, da oportunidade e da extensão do trabalho final de especialização.

O estudo envolvendo a complexidade dos “atos normativos”, em sentido amplo, demandaria abordagem mais aprofundada, de maior fôlego, que não se busca, no momento. Visa-se verificar, apenas, se as leis, como atos normativos primários típicos, resultantes do exercício das competências legislativas originárias, podem ser impugnadas, na forma concentrada, via ADPF.

Para tanto, impõe-se determinar a compreensão metodológica de “lei municipal” para fins do estudo que se desenvolverá doravante.

Lei – *Lei* é norma jurídica geral, abstrata, e coativa, emanada do Legislativo, sancionada e promulgada pelo Executivo, na forma estabelecida para sua elaboração. A norma que satisfizer a esses requisitos é *lei perfeita*, lei em sentido formal e material, diversamente de outros atos que ora têm conteúdo de lei, ora a forma de lei, mas não são leis propriamente ditas. A lei perfeita há que provir do Legislativo e ser sancionada pelo Executivo, salvo as exceções de sanção tácita ou de rejeição de veto, em que são promulgadas pelo presidente da Câmara.⁵⁶

No contexto da lição de Hely Lopes Meirelles, leis municipais são as resultantes do processo legislativo estrito: as emendas à lei orgânica, as leis complementares e as leis ordinárias. As leis delegadas, os decretos legislativos e as resoluções, mesmo sendo previstas como espécies do processo legislativo (art. 59, CF), não observam todos os elementos do conceito doutrinário eleito e, portanto, são consideradas como atos normativos em sentido amplo.

Isto posto, e antes da análise do controle da constitucionalidade de leis municipais, impõe-se verificar a competência legislativa municipal e, por imprescindível, a situação do Município na organização jurídica brasileira.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 10^a. ed. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 499.

2.1 O MUNICÍPIO BRASILEIRO.

A teoria geral do estado prescreve que “*Federação ou Estado Federal* é um Estado formado pela união de vários Estados, que perdem a soberania em favor da União Federal, a qual aparece assim no Direito internacional como um Estado simples”⁵⁷.

Porém, ao constituir a República Federativa do Brasil, em 1988, o constituinte originário prescreveu que será um Estado Democrático de Direito, formado pela *união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal* (art. 1º, CF). Vislumbra-se então, na gênese do Estado brasileiro, a opção por forma republicana diferente daquela típica: uma república decorrente da união de Estados-membros, de Municípios e do Distrito Federal, que se unem em benefício da soberania da União, ente representativo da República Federativa do Brasil na comunidade internacional.

Ao cuidar da organização desse Estado, mais especificamente da organização político-administrativa, estabeleceu a autonomia da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos da Constituição (art. 18, CF).

Literalmente, portanto, afirmou que a federação também é formada pelos Municípios, que têm autonomia político-administrativa.

Hely Lopes Meirelles comemorou: “De início, a Constituição da República de 1988, corrigindo falha das anteriores, integrou o Município na Federação como *entidade de terceiro grau* (arts. 1º e 18), o que já reivindicávamos desde a 1ª edição desta obra [1957], por não se justificar a sua exclusão, já que sempre fora peça essencial da organização político-administrativa brasileira.” E justificou:

A característica fundamental da atual Carta é a ampliação da autonomia municipal, no tríplice aspecto político, administrativo e financeiro, conforme estabelecido nos arts. 29 a 31, 156, 158 e 159, outorgando-lhe, inclusive o poder de elaborar a sua lei orgânica (Carta Própria), anteriormente adotada apenas pelo Estado do Rio Grande do Sul, desde a Lei Júlio de Castilhos, de 12.1.1897. Extinguiu, também, a nomeação de prefeitos para qualquer Município, manteve a eleição direta para vereadores (art. 29) e vedou a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de contas municipais (art. 31, par. 4º).

Observamos, ainda, que, além da competência privativa do Município para algumas matérias (art. 30), a nova Constituição deu-lhe competência comum com a União, os Estados e o Distrito Federal para outras que especifica em seu art. 23. E dentro de sua *competência privativa* está a de “legislar sobre assuntos de *interesse local*” (art. 30, I), em

⁵⁷ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 29ª ed. São Paulo: Globo, 1992, p. 368.

substituição à tradicional expressão “peculiar interesse”, consagrada em todas as Constituições Republicanas anteriores, o que melhor definiu as atribuições privativas da Municipalidade.

No que concerne aos tributos, a Constituição vigente ampliou a sua competência impositiva (art. 156) e aumentou a sua participação nos impostos partilhados (arts. 158 e 159, par. 3º).⁵⁸

Sustentando o equívoco do reconhecimento constitucional do Município como ente federativo de terceiro grau, gerador de uma federação “muito complexa, com entidades superpostas”, José Afonso da Silva reconhece que, nos termos da Constituição, o Município brasileiro tem a peculiaridade de integrar a federação como entidade político-administrativa dotada de *autonomia política* (capacidade de auto-organização e autogoverno), *normativa* (capacidade de fazer leis próprias sobre matéria de sua competência), *administrativa* (administração própria e organização dos serviços locais) e *financeira* (capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas, que é uma característica da auto-administração). E questiona:

Com isso, a Federação brasileira adquire peculiaridade, configurando-se, nela, realmente três esferas governamentais: a da *União* (governo federal), a dos *Estados Federados* (governos estaduais) e a dos *Municípios* (governos municipais), além do *Distrito Federal*, a que a Constituição agora conferiu autonomia. E os municípios transformaram-se mesmo em unidades federadas? A Constituição não diz. Ao contrário, existem onze ocorrências das expressões *unidade federada* e *unidade da Federação* (no singular ou no plural) referindo-se apenas aos Estados e Distrito Federal, nunca envolvendo os Municípios.⁵⁹

José Nilo de Castro rejeita o reconhecimento do Município como unidade federada porque não têm representação no Senado Federal, não podem propor emendas à Constituição Federal, não possuem Poder Judiciário, não possuem Tribunais de Contas e suas leis ou atos normativos não se sujeitam ao controle concentrado do STF:

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

⁵⁸ MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito municipal brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.42-43.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 450-451, 589-591.

[...] De conseqüência, os Municípios não são unidades federadas. Não se tem em momento algum, dispositivo constitucional assecuratório da transformação de nosso Município em unidade federada. Assim, de nada adianta dizer, como está escrito no artigo 1º da Constituição Federal, que o Município é ente componente da Federação, se, pesquisando as demais regras constitucionais, a assertiva não mais avança, tal a desconformidade sistemática, no particular.

[...] Efetivamente, ressalta-se que, ao configurar-se no plano da Federação brasileira, com todas as peculiaridades que o circunscrevem, o Município brasileiro posiciona-se em patamares ímpares aos demais Municípios de todas as outras Federações do mundo. Mas seu realce, no concerto da Federação, não lhe outorga, em nosso ordenamento constitucional, a peça de ente federativo, como equivocadamente se sustenta alhures, apaixonadamente.⁶⁰

Com o devido respeito ao autor, e sem qualquer intenção de manifestar posicionamento acerca do complexo e polêmico assunto, que não é objeto específico do problema, destacou-se duas assertivas que merecem maior reflexão.

A primeira, relativa à afirmação de que os Municípios integram, como membros, a República, fica a dúvida se o autor quis se referir à República Federativa do Brasil, ou à forma de governo, que seria totalmente impróprio em sede de discussão de forma de estado. Nem a aferição de Canotilho, acerca da “densificação conceitual” do termo república, encontra convergência entre república e federação⁶¹.

A segunda, em relação à afirmação da “autonomia como medida da soberania”, a distinção de Michel Temer: soberania “é nota caracterizadora do Estado na ordem internacional” e autonomia “reside na visão interior que se tem do Estado”:

Em face da idéia de *soberania* ressalta a concepção da unidade estatal. Por isso, no plano internacional não tem relevo o saber se a forma de Estado é federal ou unitária. Diante da idéia de *autonomia*, a importância da distinção é inquestionável. É que ela só se encontra onde tiver sede a descentralização política (grau máximo) geradora de domínios parcelares da ordem estatal que, reunidos, formam a unidade. E as relações entre tais domínios é um dos pontos em que se assenta o conceito de Federação. Sem a descentralização política não há como falar-se nesta forma estatal. E é preciso que a divisão aludida tenha sido prevista no texto constitucional. A simples divisão de competências entre várias ordens parciais, feita em nível de lei comum, jamais será elemento caracterizador da Federação porque aquele que as conferiu poderá retirá-las sem qualquer empeco superior. Em síntese: a descentralização política fixada na Constituição é fator indicativo da existência de Estado federal.⁶²

Assim, independentemente das conclusões que a distinção permite, insuficientes isoladamente para exaurir a questão proposta por José Afonso da Silva, importa

⁶⁰ CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. 4ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 55, 59, 60.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 491-500.

⁶² TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p 58, 59.

estabelecer que a autonomia estabelecida constitucionalmente é o grau máximo da descentralização política de uma federação, e que os Municípios brasileiros possuem essa parcela do poder federado.

Com efeito, apesar das divergências acerca da aceitação dos Municípios como entes federativos, que não afeta o objeto deste estudo, a doutrina confirma a autonomia municipal afirmada por José Afonso da Silva.⁶³

A autonomia dos Municípios do Estado Federal brasileiro vem assegurada no art. 18 e disciplinada nos arts. 29 e 30 de sua Lei Fundamental de 1988, e representa a capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração, caracterizando a autonomia política, normativa, administrativa e financeira.⁶⁴

A principal novidade em relação à autonomia municipal, disposta por nossa atual Constituição Federal, é a capacidade dos municípios para elaborarem suas próprias Leis Orgânicas. Estas, na verdade, são as Constituições municipais, que vão determinar a vida dos Municípios, observados os limites constitucionalmente previstos que são: a Constituição Federal, a Constituição Estadual e os preceitos contidos no citado art. 29, [...] ⁶⁵.

Conclui-se, portanto, que o Município possui autonomia normativa; parcela do poder federativo que lhe permite legislar nos limites das competências determinadas constitucionalmente. Os excessos possibilitados pelo exercício dessas competências reclamarão o acionamento dos mecanismos de controle da constitucionalidade, para sustentação da higidez dos preceitos constitucionais, da força normativa da Lei Fundamental e harmonia do sistema normativo.

Antes de se analisar as formas de acionamento do sistema de controle, impõe-se identificar as competências legislativas municipais estabelecidas pelo constituinte ao legar parcela do poder federativo.

2.1.1 Competência legislativa municipal.

José Afonso da Silva afirma que “*Competência* é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir

⁶³ Nesse sentido: José Nilo de Castro, p. 60; Michel Temer, p.104; Clèmerson Clève, *A fiscalização...* p. 39. Alexandre de Moraes, p. 251.

⁶⁴ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 58, 59.

⁶⁵ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Elementos de direito municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 65.

decisões. *Competências* são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções”⁶⁶.

Regina Ferrari registra que a “função legislativa resume-se, por excelência, em elaborar leis, ou seja, normas de conduta, abstratas, gerais e obrigatórias. No Município, limita-se aos assuntos de sua competência, respeitando as reservas constitucionais da União e dos Estados Membros”⁶⁷.

Nesse contexto, e no que interessa, competência legislativa é o poder atribuído pelo constituinte aos Municípios para elaboração das leis necessárias à realização de suas funções.

No delineamento da organização político-administrativa do Estado brasileiro o constituinte repartiu as competências legislativas, segundo o nível de interesse predominante: competência privativa da União, quando predominante o interesse geral ou nacional (art. 22, CF); competência remanescente, ou reservada, e suplementar para os Estados-membros na predominância do interesse regional (art. 25, par. 1º, e 24, par. 2º, CF); competência exclusiva e suplementar para os Municípios, no predomínio do interesse local (art. 30, I e II, CF); e as competências de Estado-membro e Município para o Distrito Federal (art. 32, par. 1º, CF). Havendo convergência de interesses regionais e gerais, possibilitou à União delegar competência aos Estados-membros (art. 22, par. único, CF), e estabeleceu competências concorrentes para União, Estados-membros e Distrito Federal (art. 24, CF).

Para fins metodológicos se registra que a *competência comum* estabelecida no art. 23, da Constituição Federal, é classificada por José Afonso da Silva como competência material, e não competência legislativa⁶⁸; enquanto Alexandre de Moraes classifica como competência administrativa⁶⁹. Comungamos com os posicionamentos porque os enunciados principiológicos arrolados estão, também, relacionados nas competências legislativas, como exemplo: competência comum para proteção de paisagens naturais notáveis (art. 23, III, CF), do meio ambiente (art. 23, VI, CF), das florestas, fauna e flora (art. 23, VII, CF), deve observar a

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 455.

⁶⁷ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Elementos de direito municipal*, p. 72.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 455.

⁶⁹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 265.

competência legislativa concorrente estabelecida no art. 24, incisos VI, VII e VIII, CF; competência comum para registro, acompanhamento e fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos minerais (art. 23, XI, CF), deve observar a competência legislativa privativa da União, estabelecida no art. 22, inciso XII, da Carta Magna. Assim, não haverá abordagem de *competência legislativa comum*.

Retornando às competências legislativas municipais, Alexandre de Moraes ressalta que a “primordial e essencial competência legislativa do Município é a possibilidade de *auto-organizar-se* através da edição de sua Lei Orgânica do Município, diferentemente do que ocorria na vigência da Constituição anterior, que afirmava competir aos Estados-membros essa organização”⁷⁰.

Regina Ferrari esclarece acerca da Lei Orgânica Municipal:

Ela nada mais é do que a Constituição Municipal, que organizará a Administração e a relação entre os órgãos do Executivo e Legislativo, disciplinando a competência legislativa do Município, observadas as peculiaridades locais, bem como sua competência comum, disposta no art. 23 e sua competência suplementar, disposta no art. 30, inciso II, da Constituição Federal.

Porém essa organização não é inteiramente livre, ou seja, o Município não pode organizar-se, organizar os seus órgãos, os seus poderes, da forma que quiser; terá, no ato de elaboração de sua Lei Orgânica, de observar os limites contidos nas Constituições Federal e Estadual e os elencados no art. 29 de nossa Lei Maior.⁷¹

É o próprio art. 29, da Constituição Federal, que incumbe à Câmara Municipal (de Vereadores) a elaboração e promulgação da Lei Orgânica, obedecendo-se o disposto na Carta Magna. Note-se que o Executivo Municipal não possui poder de veto nesse processo legislativo especial. Destaca-se, dentre as disposições estabelecidas pelo constituinte, a organização do Executivo e do Legislativo, as atribuições legislativas e fiscalizatórias da Câmara, e a participação popular no processo legislativo.

Do elenco de competências exclusivas do Município, destaca-se o poder de legislar sobre assuntos de *interesse local* (art. 30, I, CF).

Para José Nilo de Castro a expressão *interesse local* substituiu a expressão *peculiar interesse*, constante de todos os textos constitucionais, desde 1891. “Tanto na expressão peculiar interesse como na de interesse local vislumbra-se cláusula

⁷⁰ Ibidem, p. 277.

⁷¹ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Elementos de direito municipal*, p. 74.

geral de competência, que encarna o conceito de autonomia constitucional, isto é, nos termos da Constituição”⁷². Para o autor, a nova fórmula é mais restritiva que a antiga:

Esta competência explícita diz-se não *enumerada*, contendo previsão abrangente, pois que, ao invés de indicar as hipóteses e espécies de interesse, cuida de enunciar ordenação jurídica de interesses genéricos. São interesses locais, do Município. Mas quais? Todos os que se inserem no domínio local para o exercício da competência legislativa e administrativa municipal. É o Município, como afirmado, detentor de autonomia constitucional, não *federativa*, possuindo seu quinhão constitucional competencial (arts 23, 29, 30 e 182). Indubitavelmente, na partilha constitucional das competências, o menor quinhão coube ao Município.⁷³

Ayrton Pinassi, esposando posição de Toshio Mukai, defende que “o município conseguiu uma maior abrangência na Carta atual, mas que continua tolhendo sua autonomia, ou mesmo liberdade. Cerceado está o município porque apenas pode legislar no residual das outras esferas de governo. Mesmo nos casos dos arts. 23 e 24, onde é admitida a concorrência das leis, a comuna deve submeter-se à legislação maior.”⁷⁴

Para Michel Temer as expressões são idênticas, significando o *interesse predominante* do Município no confronto com os interesses regionais e nacionais, e essa competência municipal “será desvendada casuisticamente”⁷⁵.

Hely Lopes Meirelles também defende que o “interesse local se caracteriza pela *predominância* (e não pela exclusividade) do interesse para o Município, em relação aos do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância”.

Estabelecida essa premissa, é que se dever partir em busca dos assuntos da competência municipal, a fim de selecionar os que são e os que não são de seu interesse local, isto é, aqueles que *predominantemente* interessam à atividade local. Seria fastidiosa – e inútil, por incompleta – a apresentação de um elenco casuístico de assuntos de interesse local do Município, porque a atividade municipal, embora restrita ao território da Comuna, é multifária nos seus aspectos e variáveis na sua apresentação, em cada localidade.⁷⁶

⁷² CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*, p. 179.

⁷³ Ibidem, p. 180.

⁷⁴ PINASSI, Ayrton. *Direito municipalista constitucional*. Campinas: Conan Editora, 1995, p. 120.

⁷⁵ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 105.

⁷⁶ MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito municipal brasileiro*, p. 126-127.

Assim, independentemente da quantidade ou qualidade das competências legadas pelo legislador ao Município para realização de seus fins, é certo que sempre haverá *interesse local predominante*, isto é, aquele que faz relevar os interesses dos Municípios em confronto com os dos Estados-membros e da União, sem que isso implique, necessariamente, em exclusividade. Identificado o interesse e instalado o confronto, exige-se mecanismos de controle da constitucionalidade. E, nesse caso, a lei municipal deve prevalecer, conforme conclui Regina Ferrari:

Desta forma, a lei municipal deve prevalecer em todas as matérias que demonstrem interessar apenas ou predominantemente à comuna, e, conseqüentemente, a lei federal ou estadual que venha a violar este campo de autonomia do Município incorrerá em inconstitucionalidade, por desatender à repartição de competências previstas na Lei Maior do Estado brasileiro.

[...] A identificação do âmbito do interesse local é que vai definir a competência sobre a matéria, o que será determinado casuisticamente, sucumbindo, nestes casos, a competência estadual e federal. Porém, havendo entrechoque de competências dos entes federativos e improcedendo a alegação de interesse local, não pode ser definida a competência como do Município, sob pena de inconstitucionalidade.⁷⁷

Em relação à competência suplementar (art. 30, II, CF), pertinentes as observações de José Nilo de Castro:

De início, convém assinalar a diferença entre a competência suplementar e a competência supletiva. Conforme está dito na norma constitucional (art. 30, II, CR), possui o Município a competência estabelecida, explícita, de suplementar a legislação federal e estadual. O termo suplementar pressupõe o principal, o anterior, passando a ser adicional, qualificativo da norma resultante da competência. Pressupõe, pois, a existência da norma federal e/ou estadual. A competência supletiva, não estabelecida, mas implícita, que possui o Município, atém-se à inexistência da norma, seja federal, seja estadual. Coloca-se no lugar dela, no que couber, suprimindo-lhe a ausência. Não são idênticos os êtimos *suplementar* e *suprir*, embora se tenham empregado esses termos indistintamente.

Destaca-se aqui a competência *suplementar* do Município, expressamente prevista. Exercitar-se-á a mesma, preenchendo o branco das legislações federal e estadual, afeiçoando-se às particularidades e às peculiaridades locais, pois que compatíveis – o texto diz *no que couber*, preenchendo lacunas, deficiências. O exercício da competência suplementar ater-se-á no âmbito de não conflito com as normas *superiores*.⁷⁸

Considerando que essa competência suplementar não pode ser exercitada nas matérias da competência privativa da União, da competência delegada ou reservada dos Estados-membros e do Distrito Federal, tampouco na competência exclusiva dos Municípios, conclui-se que só poderá se aperfeiçoar nas matérias da competência concorrente, mesmo que não constante expressamente do enunciado

⁷⁷ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Elementos de direito municipal*, p. 79, 81.

⁷⁸ CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*, p. 181.

do art. 24, da Constituição Federal, a previsão de exercício pelo Município. Nesse sentido, Regina Ferrari observa:

Cabe salientar que o citado art. 24 refere-se apenas à União, aos Estados e ao Distrito Federal, não incluindo nesse elenco a figura do Município, admitindo a competência suplementar apenas em relação aos Estados. O art. 30, II, veio, de certa forma, suprir a falha do art. 24, não criando competência concorrente para o Município, mas admitindo que ele tem competência legislativa suplementar da legislação federal e estadual, naquilo que couber, ou seja, dentro dos assuntos de interesse local.

A lei federal a ser suplementada pode versar sobre matéria de competência concorrente, prevista no art. 24, e, nesses casos, encontram-se três ordens legislativas competentes atuando: à União compete ditar as normas gerais; ao Estado Membro cabe a regulamentação a nível regional, mas sem invadir o campo de competência municipal, que está afeto aos assuntos de interesse local.⁷⁹

Do exposto, conclui-se que os Municípios tem competência para se auto-organizarem, promulgando a Lei Orgânica, e legislarem sobre assuntos de predominante interesse local, seja pelo exercício da competência exclusiva ou suplementar (da competência concorrente).

Verificada irregularidade no exercício dessa competência legislativa municipal, configuradora de desconformidade constitucional, impõe-se a submissão dos atos legislativos ao controle de constitucionalidade.

2.2 O CONTROLE POLÍTICO.

Impõe-se registrar, inicialmente, que este tópico não trata daquele controle puramente político da constitucionalidade, de inspiração francesa, no qual existe um órgão de conformação política instituído para essa atribuição específica.

Trata-se de hipótese real do sistema brasileiro, no qual controle político pode, e deve, ser realizado pela Câmara Municipal de Vereadores. Embora não submetido a parâmetros jurídicos, posto que a conveniência e a oportunidade são elementos essenciais ao exercício das funções legislativas, é fato que a forma de controle existe e deve ser exercitada.

Esse controle é tipicamente preventivo, porque visa impedir o ingresso de dispositivos legais viciados de inconstitucionalidade no sistema normativo, ou seja, atua antes da promulgação, ou da sanção, e publicação da lei.

⁷⁹ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Elementos de direito municipal*, p. 82.

A premissa está na necessidade da ação dos Vereadores, no desenvolvimento do processo legislativo, guardar conformidade material e formal com o disposto constitucionalmente. Assim, devem observar os limites da competência legislativa municipal e as formalidades do processo legislativo, evitando que o resultado do exercício do múnus seja objeto de aferição de constitucionalidade pelo órgão jurisdicional.

Dessa forma, o controle político da constitucionalidade das Leis Orgânicas e respectivas emendas é exercido única e exclusivamente pelos Vereadores, posto que são promulgáveis independentemente de sanção do Executivo.

Em relação às leis complementares e leis ordinárias, em que pese a possibilidade de participação do Executivo no processo legislativo (iniciativa, veto e sanção), é de se reafirmar que a decisão, a palavra final, é do Legislativo. Daí que, mesmo sendo mantido o veto do Prefeito a dispositivo que entende inconstitucional, o controle político é realizado pela Câmara, que pode divergir e derrubar o veto. Não se pode negar contudo, que o Executivo participa do controle político, mas como coadjuvante, porque não lhe cabe legislar.

Do exposto, seja através de comissões de constituição e justiça, ou do próprio plenário, os Vereadores brasileiros possuem o poder-dever de controlar politicamente a conformidade constitucional das leis que produzem, e isso independentemente da possibilidade de atuação do Poder Judiciário, consagrada pelo *princípio da inafastabilidade da jurisdição*.

2.3 O CONTROLE JURISDICIONAL.

Superado o processo legislativo, e seu típico controle político, a lei promulgada, ou sancionada, e publicada, passa a integrar o mundo jurídico, sendo passível de questionamento acerca da constitucionalidade no âmbito jurisdicional, ou seja, na seara repressiva, que visa invalidar a lei inserida no sistema normativo em desconformidade com o texto constitucional.

Com efeito, exercitada a competência legislativa pela Câmara Municipal, a lei se submete à pirâmide normativa, devendo guardar conformação com a supremacia constitucional, e demais diplomas decorrentes da fórmula kelseniana. Esse controle

é realizado, eminentemente, pelo Poder responsável de aplicar a lei, administrar a Justiça, de guardar a constituição e a legalidade, que é o Judiciário. Nessa esfera os critérios de conveniência e oportunidade são superados pela tecnicidade jurídica que deve orientar as decisões.

Analisando o texto constitucional se verifica que os Municípios não foram agraciados com órgãos do Poder Judiciário, mas apenas a União, os Estados-membros e o Distrito Federal, conforme rol do art. 93, da Constituição Federal. Também restou estabelecido que os Estados-membros e o Distrito Federal organizarão suas Justiças Estaduais (art. 125, CF), enquanto a União organizará Justiça Federal, incumbida de interesse da União e seus entes (art. 109, CF). Para José Nilo de Castro essa ausência do Judiciário no âmbito municipal é mais um indicativo de que o Município não é entidade federada⁸⁰.

Independentemente da opção do constituinte, as leis municipais não estão imunes do controle de constitucionalidade, em que pese o controle concentrado revelar peculiaridades decorrentes dessa opção, conforme se verá.

2.3.1 Controle difuso.

O controle difuso, concreto ou aberto, pode ser realizado por qualquer órgão jurisdicional, de qualquer instância, no julgamento de caso concreto. Nesse contexto, a lei municipal sempre poderá ser objeto do controle de constitucionalidade pela via difusa, na qual o interessado deduz a alegação como forma de defender seu direito (via de defesa).

Assim, qualquer Juízo, monocrática ou coletivamente, no exercício de suas competências jurisdicionais comuns ou especiais, poderá proferir julgamento acerca da constitucionalidade de uma lei municipal numa situação específica, subjetiva, trazida pelas partes litigantes num processo qualquer, que não tenha o fim único e exclusivo de questionar a constitucionalidade da lei em tese, objetivamente. Decorre daí a legitimidade aberta, ou não limitada, posto que qualquer interessado pode questionar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei municipal para defender seus interesses.

⁸⁰ CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*, p. 53.

Nessa via a questão principal do processo não é a inconstitucionalidade, mas outro pedido que pode ser procedente em razão do vício alegado. Exemplificativamente, o caso de alguém que ajuíza mandado de segurança para proteger direito líquido e certo lesado por ato de autoridade pública fundamentado em lei municipal inconstitucional: O Juiz não vai julgar a inconstitucionalidade da lei mas, reconhecendo-a, deixa de aplicar a lei questionada e concede a segurança para os fins perseguidos naquele caso concreto, com efeitos somente entre as partes.

Registra-se ainda, que a supremacia constitucional e a pirâmide normativa possibilitam o controle da constitucionalidade, na via de defesa, tanto da Constituição Federal, quanto da Estadual. O interessado pode se defender de lesão a direito sustentando inconstitucionalidade da lei municipal em confronto com a Constituição Federal, como da Estadual, ou de ambas, se for o caso, cabendo ao Juízo competente o julgamento da preliminar. Nesse particular, Clémerson Clève sustenta que os Juízes Estaduais exercem, simultaneamente, jurisdição constitucional federal e jurisdição constitucional estadual⁸¹.

Se a decisão de inconstitucionalidade da lei municipal decorrer de confronto com a Constituição Federal, e sendo acionada a instância recursal ordinária, o Tribunal deverá observar a cláusula de reserva de plenário, estabelecida no art. 97, da CF, que exige voto da maioria absoluta dos seus membros, ou do respectivo órgão especial, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, dos quais não estão excluídos os municipais. “A inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só poder ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal”⁸².

Regina Ferrari esclarece o mecanismo, e seus efeitos:

Portanto, quando o citado art. 97 da Constituição Federal prevê que estão obrigados à sua observância os membros dos tribunais, inclusive os do respectivo órgão especial, abraça, também, os tribunais de Segunda Instância quando de sua atuação no controle difuso de

⁸¹ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização Abstrata de Constitucionalidade* ..., p. 261.

⁸² MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 532.

inconstitucionalidade, quando então, o processo fica suspenso e a questão constitucional é remetida, com base no art. 481 do CPC, ao pleno do Tribunal ou ao Órgão Especial do Tribunal, acompanhado do respectivo acórdão, em conformidade com o previsto no art. 97 da Constituição Federal combinado com o art. 481 do CPC.

[...] Outro ponto deve aqui ser ponderado, ou seja, não é possível, para tal fim, confundir o controle concentrado, direto e abstrato de constitucionalidade com o controle difuso. No controle concentrado, os efeitos são sempre *erga omnes* e vinculantes como no caso da ação declaratória de constitucionalidade. No controle difuso, embora a lei tenha sido declarada inconstitucional pelo plenário, os efeitos ficam restritos àquele caso concreto, estendendo-se, depois, para os demais órgãos fracionários, em face do parágrafo único do art. 481, do CPC⁸³.

Se a decisão declaratória de inconstitucionalidade transitar em julgado em Tribunal paranaense, a Câmara Municipal será comunicada para suspensão da execução da lei impugnada, conforme disposto no art. 113, da Carta Araucariana. Para Clèmerson Clève esse dispositivo acolhe o pacto federativo com melhor técnica, porque a Assembléia Legislativa, sendo órgão estadual, não dispõe de legitimidade para sustar a execução de lei municipal⁸⁴.

Admitido o recurso extraordinário, principalmente pelos permissivos do art. 102, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal exercer sua função precípua de guardião da Carta Magna, conforme leciona Clèmerson Clève:

No Supremo Tribunal Federal, o procedimento para a declaração incidental de inconstitucionalidade encontra-se previsto nos artigos 176, 177 e 178 do respectivo Regimento Interno. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer processo submetido ao Plenário, será ela julgada depois de ouvido o Procurador-Geral da República. Feita a argüição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário, independentemente de acórdão, depois da manifestação do Ministério Público. Do mesmo modo procederão o Presidente do Tribunal e os das Turmas, se a inconstitucionalidade for alegada em processo de sua competência. O Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa. Não há, portanto, devolução do processo para a Turma, como ocorre nos feitos que tramitam perante os demais tribunais, onde a competência é cindida, manifestando-se um julgamento sucessivo (um sobre a questão constitucional de competência do Pleno ou do órgão especial e outro sobre o caso concreto de competência da Turma ou Câmara). Declarada, incidentalmente a inconstitucionalidade, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X, da Constituição Federal.

[...] A competência do Senado Federal não se restringe aos atos normativos federais. Com efeito, cabe ao Senado, como órgão da Federação suspender a execução, igualmente, dos atos normativos (leis, decretos, etc.) estaduais e municipais⁸⁵.

⁸³ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 197, 199.

⁸⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização Abstrata de Constitucionalidade ...*, p. 262.

⁸⁵ *Ibidem*, p.86, 94.

Do exposto, é possível afirmar que o trânsito em julgado da decisão de primeira instância, reconhecedora de inconstitucionalidade *incidenter tantum* de lei municipal em confronto com a Constituição Federal, só atingirá as partes litigantes, e circunscrita ao julgamento do pedido principal. Transitada em julgado na instância recursal ordinária, a declaração de inconstitucionalidade de Tribunal paranaense também se restringe ao caso concreto, e aos órgãos fracionários envolvidos, gerando comunicação à Câmara de Vereadores para suspensão da execução da lei viciada. O trânsito em julgado na instância extraordinária se limita ao caso julgado, com comunicação ao Senado para a suspensão a execução da lei: “Na medida em que o Senado é o órgão de representação dos Estados-membros no Congresso Nacional, ele dispõe de inequívoca legitimidade para sustar a execução de todos os atos normativos inválidos (e assim declarados por decisão do STF) de todos os níveis governamentais da Federação”⁸⁶.

Se, porém, o confronto for exclusivamente com dispositivo da Constituição Estadual, não haverá possibilidade de acesso à instância extraordinária, porque os permissivos do art. 102, inciso III, da Constituição Federal não comportam recurso extraordinário envolvendo contrariedade, inconstitucionalidade ou validade de leis municipais em face de Constituições Estaduais. “Assim, não existe ofensa à nova Lei Magna quando se afirma que não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer, através de recurso extraordinário, na via de defesa, própria do sistema difuso, da inconstitucionalidade de lei municipal face à Constituição do Estado Membro”⁸⁷.

Nesses casos as decisões dos Tribunais Estaduais são irrecorríveis. “Como já foi dito, quando o confronto reside entre uma norma municipal e a Constituição Estadual, a decisão do Tribunal de Justiça é definitiva, isso em relação ao método difuso e ao método concentrado.”⁸⁸

Clèmerson Clève recomenda atenção e cautela quando a norma da Constituição Estadual reproduzir outra da Carta Federal:

A fiscalização da constitucionalidade da lei ou ato normativo municipal diante da Constituição Estadual exige certa dose de atenção. O Município, no Brasil, alcançou foros

⁸⁶ Ibidem, p. 262.

⁸⁷ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Controle da constitucionalidade das leis municipais*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 73.

⁸⁸ Ibidem, p. 81.

de ente constitucional, possuindo autonomia política e uma esfera própria de competência material e legislativa. Diante disso, se as leis e os atos normativos não podem afrontar o texto constitucional estadual, sob pena de inconstitucionalidade, também é verdadeiro que os Estados-membros devem respeitar a autonomia municipal sob pena, igualmente de prática de inconstitucionalidade. (...) É de cautela, por isso, verificar, sempre que se argüir a inconstitucionalidade de uma lei municipal diante da Constituição Estadual, se na situação discutida, o Estado-membro poderia estabelecer a referida norma constitucional invocada como parâmetro da invalidade ou se, ao contrário, invadiu esfera privativa do Município. Decidida a questão, e sendo a norma paramétrica daquelas de reprodução compulsória, é imperioso conferir, ademais, se a interpretação oferecida pelo Tribunal de Justiça local não ofende a Constituição Federal⁸⁹.

Regina Ferrari sustenta a possibilidade de acionamento da via extraordinária nesses casos: “No sistema difuso, próprio da via de defesa, havendo a repetição e o pré-questionamento, ou seja, quando a questão tenha sido ventilada na decisão recorrida, poder caber recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, já que a argüição está vinculada a um caso concreto,[...].⁹⁰”

2.3.2 Controle concentrado.

Já se afirmou (item 1.4.5.a) que o controle concentrado serve para a via de ação, pela qual se acessa, diretamente, o órgão de cúpula da jurisdição constitucional, em processo autônomo e objetivo de análise da constitucionalidade. Nessa via não importa o caso concreto, as situações subjetivas, mas a lei em tese, abstratamente, que deve se conformar com a pirâmide normativa e seu pressuposto, a supremacia constitucional.

No Brasil o constituinte encarregou o Supremo Tribunal Federal de *guardar* a Constituição, precipuamente, ou seja, não exclusivamente, e nem unicamente, porque manteve a via difusa de controle, existente desde 1891. Ademais, o STF não julga apenas questões constitucionais na via direta, mas é instância extraordinária da via difusa, e tem outras competências originárias não adstritas à matéria constitucional. Por isso, mesmo sendo a última instância da jurisdição constitucional brasileira, não se pode afirmar que seja, eminentemente, uma Corte Constitucional⁹¹.

⁸⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização Abstrata de Constitucionalidade* ..., p. 274-275.

⁹⁰ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Controle da constitucionalidade das leis municipais*, p. 81.

⁹¹ Nesse sentido: José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 527; Alexandre de Moraes, p. 425. Contra: Michel Temer, p.46; Clèmerson Clève, *A fiscalização...* p. 39..

O constituinte originário legou os seguintes instrumentos para provocação do controle concentrado: Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 36, III, CF), legitimando o Procurador-Geral da República a representar ao STF para intervenção da União nos Estados-membros e Distrito Federal (art. 34, VII, CF); Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, I, a, primeira parte, CF), de lei ou ato normativo federal ou estadual, sem legitimação ativa para órgãos municipais (art. 103, I a IX, CF); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, par. 2º, CF), para tornar efetiva norma da Constituição Federal, sem legitimação ativa para órgãos municipais (art. 103, I a IX, CF); Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, par. 1º, CF), da Constituição Federal, carente de regulamentação.

O constituinte decorrente acrescentou, pela Emenda Constitucional nº 03/93, Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, a, 2ª parte), de lei ou ato normativo federal ou estadual, também sem legitimação ativa para órgãos municipais (art. 103, par. 4º, CF).

Logo, na organização do Estado brasileiro o constituinte não legou instrumento para o controle concentrado de leis municipais, dentre aqueles que disponibilizou, tampouco concedeu legitimidade ativa para órgão municipal acionar o sistema. Por outro lado, não inseriu na Carta Magna dispositivo limitador da inserção das leis municipais no controle concentrado. Com efeito, se não deixou instrumento específico, também não impediu o STF de controlar a constitucionalidade das leis municipais, nem proibiu o constituinte decorrente de alterar (ampliando ou reduzindo) a competência do Supremo. Nesse sentido, registra-se que, deliberadamente, deixou um dos instrumentos, a ADPF, para ser regulamentado pelo legislador ordinário, por lei ordinária - sequer lei complementar exigiu, conforme dicção do art. 102, par. 1º, da CF. Esse aspecto, porém, é objeto do próximo capítulo.

Por ora importa verificar que, na esfera federal, “a Constituição da República deixou em aberto o problema das leis ou atos normativos municipais quanto à

declaração de inconstitucionalidade por meio de ação direta, não tendo atribuído a qualquer Tribunal a competência para conhecimento e julgamento do assunto”⁹².

Regina Ferrari lastima a omissão do constituinte:

O silêncio do legislador constituinte é questionável, mesmo reconhecendo que maior parte desses conflitos acarretam, também, inconstitucionalidade no campo estadual, passíveis, segundo o art. 125, parágrafo 2º, de serem analisados pelo Tribunal de Justiça dos Estados Membros. Porém, tais conflitos podem advir do confronto entre a lei e a Constituição Federal sem ofensa à Constituição Estadual, e esses casos deverão esperar que alguém venha alegar a incompatibilidade no curso de um processo comum o que pode acarretar, ainda, a existência de decisões que operem umas no sentido da constitucionalidade, outras no da inconstitucionalidade do mesmo preceito normativo.

Assim, a omissão do legislador constituinte, em vez de configurar uma lacuna, parece demonstrar o interesse dirigido ao fim, sendo, portanto, expressa vontade no sentido de restringir o controle da constitucionalidade ao modelo definido pela Lei Maior⁹³.

Por outro lado, o constituinte originário possibilitou aos Estados-membros a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (art. 125, par. 2º).

Se, contudo, não se pode afirmar que o dispositivo é instrumento do controle concentrado, também não se pode negar que possibilita a concentração do controle de constitucionalidade na esfera estadual, isto é, a decisão dos Tribunais Estaduais se dará na via de ação, com efeitos *erga omnes*, e definitiva, ou seja, nos mesmos contornos do sistema concentrado federal.

No Paraná, o constituinte estadual exercitou a competência decorrente e instituiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Carta Paranaense (art. 111, CEPR).

Dentre os legitimados ativamente, o Prefeito e a Mesa da Câmara do Município afetado na autonomia por lei ou ato normativo local ou estadual. A Procuradoria-Geral do Estado é incumbida de defender a presunção de legitimidade do objeto da impugnação, e o Procurador-Geral de Justiça deverá se manifestar sempre acerca do questionamento. A declaração de inconstitucionalidade depende do voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal, ou de seu Órgão Especial, e será

⁹² DALLARI, Dalmo de Abreu. Lei Municipal Inconstitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 11, dez./1977 *apud* FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Controle da constitucionalidade das leis municipais*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 74.

⁹³ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Controle da constitucionalidade das leis municipais*, p. 80-81.

comunicada à Assembléia, ou à Câmara Municipal, para suspensão da lei ou ato viciado.

Em relação às normas da Constituição Federal reproduzidas nas Cartas Estaduais, Clèmerson Clève considera que a decisão do STF, na Reclamação 383-3/SP, relatada pelo Ministro Moreira Alves, solucionou a problemática:

Encontra-se, hoje, definida a possibilidade de interposição de recurso extraordinário contra decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade estadual. Pode, por conseguinte, o Tribunal de Justiça local processar e julgar ação direta contra lei ou ato normativo municipal ou estadual em face da Constituição estadual, mesmo quando esta reproduza dispositivo da Lei Fundamental Federal⁹⁴.

O Supremo Tribunal Federal firmou essa orientação jurisprudencial⁹⁵:

Reclamação. Ação direta de inconstitucionalidade julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. - A ação direta de inconstitucionalidade em causa foi, afinal, julgada procedente exclusivamente com base em dispositivos constitucionais estaduais, ainda que de reprodução de dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados-membros. Ora, esta Corte, desde o julgamento da Reclamação 383, por seu Pleno, firmou o entendimento de que é admissível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados-membros e, portanto, por via de consequência, seu julgamento por esses Tribunais com base nesses dispositivos constitucionais estaduais, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual que faz essa reprodução contrariar o sentido e o alcance da norma constitucional federal reproduzida. Reclamação julgada improcedente⁹⁶.

Por fim, foi prevista Ação de Inconstitucionalidade por Omissão de medida para tornar efetiva norma da Constituição Estadual (art. 113, par. 1º, CEPR). “Como se vê, o universo aqui é o da prática das medidas estaduais e municipais necessárias para tornar efetiva a Constituição do Estado do Paraná. Porém, é bom que se esclareça, foge dessa competência a declaração de omissão de atos municipais quando o poder-dever advenha de previsão expressa na Lei Orgânica Municipal”⁹⁷.

⁹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização Abstrata de Constitucionalidade* ..., p. 274.

⁹⁵ No mesmo sentido, dentre outros: RE 199293/SP – Min. Marco Aurélio; RE 353350 Agr/ES – Min. Carlos Velloso; RCL 596 primeira/MA – Min. Gilmar Mendes; PET 2788 Agr/RJ – Min. Carlos Velloso. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 fev. 2005.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Ação direta de inconstitucionalidade julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo... Reclamação 358/SP. Relator: Ministro Sydney Sanches, 8 jun. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 fev. 2005.

⁹⁷ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Controle da constitucionalidade das leis municipais*, p. 89.

3 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.

Como já afirmado, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) foi introduzida no sistema jurídico brasileiro, originariamente, pelo constituinte de 1988, no único parágrafo do art. 102 da Carta Magna, ou seja, no dispositivo constitucional que incumbe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, alterou o dispositivo para incluir a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) no segundo parágrafo, mantendo a ADPF no parágrafo primeiro.

Vislumbra-se, topicamente, inconteste que a ADPF é instrumento destinado ao controle concentrado da constitucionalidade, sem delimitação de objeto pelo constituinte originário, que incumbiu o legislador ordinário de regulamentar o instituto. Logo, é absolutamente claro que o sistema de controle da constitucionalidade dispõe de um instrumento denominado para impedir o descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, processável pelo STF, no exercício do controle concentrado, nas hipóteses e forma que o legislador derivado dispusesse em lei específica.

Para André Tavares a Argüição está inserida na jurisdição do controle concentrado, de competência exclusiva do STF. Como o constituinte não detalhou o instrumento, não deixou claro o seu objeto, reconhece “reserva de boa margem de discricionariedade ao legislador ordinário para o delineamento do instituto”, e mais:

A norma, pois, é de eficácia imediata, sendo, porém, regulamentável. Embora não haja perfeita símile entre a classificação adotada até este ponto e a de José Afonso da Silva, pode a norma ser caracterizada como sendo de eficácia plena, porque seus efeitos têm sido irradiados desde a entrada em vigor da Constituição, deixando apenas eventuais aspectos secundários da sua incidência para regulamentação posterior⁹⁸.

Humberto Peña de Moraes sustenta se tratar da “única norma constitucional, não auto-aplicável, ou de eficácia limitada, definidora de competências do Supremo Tribunal Federal⁹⁹”. Também Helder Martinez Dal Col entende se tratar de “norma

⁹⁸ TAVARES, André Ramos, *Tratado da argüição de preceito fundamental (Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 93, 96.

⁹⁹ MORAES, Humberto Peña de. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: apontamentos para compreensão do tema*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nº 41, jul/set. 2001, p. 33.

de eficácia limitada e pendente de regulamentação por lei ordinária”¹⁰⁰. No mesmo sentido Oswaldo Saraiva Filho, aduzindo que “o próprio Poder Constituinte delegou ao legislador ordinário a competência para regulamentar o instituto, com o objetivo precípua de instituir mais um mecanismo de defesa e garantia da observância dos preceitos fundamentais resguardados na Constituição”¹⁰¹.

Regina Ferrari afirma que não se trata de norma de eficácia plena, devido à baixa densidade normativa; mas norma de eficácia limitada que “compõe a tipologia das normas constitucionais de princípio institutivo, na medida em que traça um esquema geral de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, a fim de que o legislador infraconstitucional o estructure definitivamente”¹⁰².

André Tavares cita as decisões dos Agravos Regimentais em Agravos de Instrumento nº 145.860/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio e julgado em fevereiro de 1993, e nº 144.834/PR, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão e julgado em março de 1993, como sendo marcos do posicionamento STF, exigente de lei regulamentadora, “contrário à aplicabilidade imediata da norma constitucional instituidora da arguição de descumprimento”¹⁰³.

Regina Ferrari identifica no Agravo Regimental em Petição nº 1.140/TO, relatado pelo Ministro Sydney Sanches e julgado em maio de 1996, a negativa do conhecimento de arguição pelo Supremo enquanto não regulamentado o dispositivo.

Para Lenio Streck o julgamento mais importante foi o que negou conhecimento à Petição 1.365/DF, relatada pelo Ministro Néri da Silveira e julgada em dezembro de 1997, na qual o ex-Presidente Fernando Collor de Mello alegava descumprimento de preceito fundamental na decisão do Congresso Nacional que cassou-lhe direitos políticos por oito anos. “E é essa falta de lei regulamentadora que foi usada como argumento para o não conhecimento, e portanto, rejeição, de todas as arguições de

¹⁰⁰ DAL COL, Helder Martinez. *O significado da expressão “preceito fundamental” no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, par. 1º, da CF*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 39, abr/jun. 2002, p. 177.

¹⁰¹ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência, nº 17, set/2000, caderno 1, p. 446.

¹⁰² FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 426.

¹⁰³ TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 90.

descumprimento intentadas junto ao Supremo Tribunal, antes do advento da Lei 9.882”¹⁰⁴.

A questão legislativa regulamentadora foi superada pela Lei nº 9.882, publicada no Diário Oficial da União em 06 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do par. 1º, do art. 102, da Constituição Federal.

Antes de analisar o quê importa ao trabalho, convém abordar aspectos históricos do processo legislativo e de institutos assemelhados no direito comparado.

3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS.

Impõe-se breve retrospecto histórico dos movimentos que possibilitaram a introdução da ADPF da forma que se encontra regulamentada no sistema normativo brasileiro.

André Tavares identifica num projeto de Júlio de Castilho, apresentado à Comissão Constitucional da Assembléia Constituinte de 1891, um instrumento *semelhante* a ADPF: uma medida judicial, da competência do Supremo Tribunal, que visava proteger os princípios constitucionais *cardaes* da Constituição de eventual infringência de lei estadual. Mas é na ação direta interventiva, desde a Constituição de 1891, que vislumbra a fórmula precursora da atual Arguição, acrescentada ao denominado *Projeto A* da atual Carta pela emenda coletiva substitutiva nº 2P02040-2, que foi aprovada mesmo com parecer desfavorável do Relator-Geral da Constituinte, Bernardo Cabral. Na seqüência, recebeu redação final no *Projeto B*, que foi promulgado, e subsistiu às tentativas de supressão da revisão constitucional de 1993¹⁰⁵.

Em março de 1997, a Deputada Sandra Starling apresentou o Projeto de Lei nº 2.872, objetivando regulamentar o art. 102, par. único, da CF, como *reclamação* por descumprimento de preceito fundamental na interpretação ou aplicação dos

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Os meio de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de eficácia da constituição*. Porto Alegre: Revista da AJURIS, nº 81, t. I, mar. 2001, p. 104.

¹⁰⁵ TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 11-23.

regimentos internos das Casas do Congresso Nacional, exclusivamente no curso do processo legislativo.

Gilmar Mendes relata que, em maio do mesmo ano de 1997, juntamente com Celso Ribeiro Bastos, concluíram que a ADPF poderia ser o instrumento adequado para o combate do que ficou conhecido como “guerra de liminares”, e também poderia contemplar o incidente de inconstitucionalidade. Assim, Celso Bastos elaborou o esboço do projeto, que foi ampliado em segunda versão pelo próprio Gilmar Mendes, comportando também o incidente de inconstitucionalidade e outras disposições propostas pela Comissão Caio Tácito para a disciplina da ADIN e da ADC. Depois de apresentarem o projeto ao Ministro da Justiça, em junho de 1997, foram designados para compor comissão encarregada de apresentar o anteprojeto de lei, juntamente com Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins e Oscar Dias Corrêa, sob a presidência de Celso Bastos. Concluídos os trabalhos, o anteprojeto foi encaminhado ao Ministro da Justiça que, em maio de 1998, remeteu-o às considerações do STF¹⁰⁶.

André Tavares recorda que o projeto da Deputada Sandra Starling recebeu parecer favorável do relator, Deputado Prisco Viana, nos termos do substitutivo que apresentou, e que “teve inspiração ampla e irrestrita na proposta apresentada pela Comissão Celso Bastos”¹⁰⁷. Esse substitutivo foi aprovado pelas Comissões e pelos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo sancionado com vetos presidenciais que suprimiram o controle do processo legislativo perseguido pelo projeto original; a legitimidade ampla para qualquer pessoa utilizar o instrumento; a representação direta ao STF se o Procurador-Geral da República não acolhesse pedido para propositura da Arguição; e o quorum de votação no STF, então superior ao exigível para a ADIN.

Registra-se que, ultrapassada a primeira etapa da almejada reforma do Judiciário, ainda não houve promulgação de qualquer emenda que afetasse a disposição constitucional da ADPF.

Concluindo, oportuna a reflexão de Roberto Mandelli Junior:

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental (par. 1º do art. 102 da Constituição Federal)*. São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência, nº 04, fev. 2000, caderno 1, p. 114.

¹⁰⁷ TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 31.

Embora os valores e princípios constitucionais devessem nortear os órgãos do poder político que participam da elaboração legislativa, constata-se no processo legislativo da Lei nº 9.882/99 uma intenção de transformar a arguição de descumprimento de preceito fundamental em instrumento de defesa da governabilidade e não da Constituição e dos direitos fundamentais. Uma interpretação isolada e descuidada da Lei nº 9.882/99 pode caminhar nesta direção¹⁰⁸.

3.2 INSTITUTOS ASSEMELHADOS NO DIREITO COMPARADO.

Para o fim proposto, saber se a ADPF é instrumento que possibilita o controle concentrado da constitucionalidade das leis municipais, a pesquisa no direito comparado não se mostra imprescindível, em função da peculiar conformação constitucional do Município na Federação brasileira, como já demonstrado. Porém, a compreensão da ADPF não prescinde dessa comparação, mesmo que sintética.

Antes da regulamentação do instituto, José Afonso da Silva esperava que a “lei prevista bem poderia vir a ter a importância da Lei de 17.4.51 da República Federal da Alemanha que instituiu o *Verfassungsbeschwerde*, que tem se traduzido ao pé da letra por agravo constitucional ou recurso constitucional, mas que, em verdade é mais do que isso¹⁰⁹”. Citando Mauro Cappeletti, esclarece que esse instrumento do direito alemão pode ser utilizado por qualquer pessoa para provocar a jurisdição do Tribunal Constitucional Federal, visando a tutela de direitos fundamentais subjetivos lesados por ato de autoridade pública, ou para impugnação de algumas decisões judiciais.

Acolhendo a sugestão de José Afonso como “melhor caminho” para regulamentação do instituto, Clèmerson Clève advertia: “A *verfassungsbeschwerde* não pode, porém, sem mais, ser transplantada para o Brasil. A imensa maioria dos *recursos constitucionais* propostos, perante a Corte Constitucional alemã, impugnaram decisões judiciais. Ora, no Brasil, o recurso extraordinário serve para a mesma finalidade. De modo que, entre nós, a lei deverá conferir à *arguição* uma funcionalidade muito menor que a alcançada pelo *recurso constitucional* alemão”¹¹⁰.

¹⁰⁸ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: Recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Forense, 2003, p. 225.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 530.

¹¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização Abstrata de Constitucionalidade* ..., p. 278.

Para o autor, a lei deveria definir os preceitos fundamentais objetos da proteção da ADPF, que deveria ter caráter supletivo, manejável após a exaustão das vias ordinárias, e desde que não houvesse anterior decisão de mérito do STF, dotada de efeito vinculante.

Na abordagem do tema, André Tavares apresenta o *writ of certiorari*, do direito norte-americano, como instrumento colocado à disposição das partes para provocação da Suprema Corte em “casos de importância pública, e que requeiram uma rápida decisão”¹¹¹. Nesses casos, cabe à Suprema Corte, discricionariamente, examinar a relevância geral (grande número de pessoas), e não apenas subjetiva (partes do processo), da questão e aquilatar a validade do processo apreciado por outro Juízo, mesmo que pendente de apreciação em Corte de Apelação¹¹².

Tratando da *Verfassungsbeschwerde*, do direito alemão, destaca que se trata de recurso constitucional à disposição de qualquer pessoa (física ou jurídica), para defesa de direitos constitucionais individuais violados pelo Poder Público. É instrumento da fiscalização concreta, via de ação direta, que permite até o controle de lei, e não apenas do ato da autoridade¹¹³.

Assim, tem duplo fundamento: função subjetiva, no caso concreto, e objetiva, em defesa da Constituição. Nesse sentido, Hans Rupp afirma que “o processo de recurso constitucional não responde simplesmente ao objetivo de natureza subjetiva que constitui a proteção dos direitos fundamentais do cidadão em face do Poder Público: como todos os processos que se desenvolvem perante o Tribunal Constitucional Federal, ele tem igualmente uma finalidade objetiva, que é o esclarecimento dos problemas de direito constitucional pela interpretação da lei fundamental”¹¹⁴. “Portanto, o cidadão, ao defender judicialmente seus direitos individuais fundamentais, está por realizar uma atividade que ao mesmo tempo serve à defesa objetiva da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo,

¹¹¹ TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 42.

¹¹² Ibidem, p. 38-43.

¹¹³ Ibidem, p. 43-47.

¹¹⁴ RUPP, Hans G. *apud* SARMENTO, Daniel. *Apostamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 224, abr/jun. 2001, p. 99.

posto que o recurso desempenha, além da função corretiva na situação particular que lhe originou, também, uma influência social pedagógica e preventiva”¹¹⁵.

Lenio Streck destaca que o prévio esgotamento das instâncias judiciais ordinárias é um dos pressupostos processuais mais importantes do instituto, que tem caráter subsidiário, exceto se a questão “é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e irreparável, caso ele for remetido primeiro à via judicial”¹¹⁶.

Em relação ao *Poupularklage*, do direito bávaro, André Tavares anota que se distingue do *Verfassungsbeschwerde* alemão porque está limitado à proteção dos direitos fundamentais, enquanto este serve à outros direitos constitucionais enumerados¹¹⁷.

Para Daniel Sarmiento o *recurso de amparo*, do direito espanhol, tem disciplina muito semelhante à da *Verfassungsbeschwerde*, pois está à disposição de qualquer pessoa que pretenda acessar o Tribunal Constitucional, depois de esgotar as vias judiciais ordinárias, visando tutela de direitos fundamentais (art. 14 e 30, da Constituição Espanhola) afetados por atos de autoridade pública¹¹⁸.

O *amparo* é um procedimento especial que, embora denominado recurso, representa um processo substantivo e independente, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e as liberdades públicas reconhecidas pela Constituição (princípio da igualdade, direito à vida, à integridade física e moral, à liberdade religiosa, ideológica e de culto, à liberdade e à segurança, à honra, à intimidade e à própria imagem, à inviolabilidade de domicílio, etc.). O recurso de amparo pode ser interposto por qualquer pessoa (natural ou jurídica) que invoque um legítimo interesse, bem como pelo defensor do povo e pelo Ministério Público. (...) Para interpor o *recurso de amparo*, é preciso esgotar, previamente, as vias judiciais¹¹⁹.

Por isso, também cumpre “dupla função, vale dizer, tanto é uma garantia subjetiva, para a proteção de direitos individuais, quanto objetiva, para a proteção do ordenamento constitucional”¹²⁰. Citando Mieres Mieres, André Tavares anota que a questão subjetiva, contudo, é elemento essencial do amparo, concebido para servir

¹¹⁵ CRUZ, Rômulo Lago. *Arguição de descumprimento fundamental: sistema aberto de legitimidade ad causam*. São Luis: Revista do Ministério Público do Maranhão, nº 10, jan/dez. 2003, p. 248.

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional*, p. 106.

¹¹⁷ TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 47.

¹¹⁸ SARMENTO, Daniel. *Apostamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 224, abr/jun. 2001, p. 99.

¹¹⁹ VELOSO, ZENO apud MELO, Teresa; LOULA, Pedro. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: novo mecanismo de tutela das normas constitucionais*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 357, set/out. 2001, p. 417.

¹²⁰ TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 50.

de remédio às lesões efetivamente produzidas a direitos e liberdades, e não para o controle direto e abstrato da constitucionalidade de leis, tanto que “a declaração de inconstitucionalidade não pode formar parte da pretensão do amparo, configurando-se o Juízo de constitucionalidade da lei como um incidente”¹²¹. A questão da inconstitucionalidade, contudo, obriga o Tribunal a instaurar procedimento autônomo e objetivo de controle, a *autoquestão* ou *controle sucessivo de constitucionalidade*:

Na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional distinguiu-se o *amparo* do controle de constitucionalidade. O art. 55.2 determina que o incidente de inconstitucionalidade surgido no recurso de amparo tenha uma solução dúplice. Por um lado, resolve-se por meio de um juízo de inconstitucionalidade com efeitos limitados ao caso concreto. De outro lado, o Tribunal é obrigado a deflagrar, *ex officio*, um segundo processo, cujo objetivo é, exclusivamente, a resolução da questão constitucional, e cujo procedimento será próprio dos processos de constitucionalidade¹²².

Do sistema italiano, André Tavares cita a *auto-remissão*, instituto pelo qual o Juiz, ao verificar questão fundada de legitimidade constitucional a ser solucionada, e da qual dependa o julgamento de processo em curso na sua competência, suspende-o e submete o incidente de constitucionalidade à apreciação da Corte Constitucional. Trata-se de poder-dever do magistrado que deve fundamentar a relevância da questão, ou seja, o nexo lógico entre a necessidade de solucionar o conflito de determinada norma com dispositivo constitucional para poder julgar o caso concreto; deverá demonstrar que depende da solução da questão constitucional para julgar a causa principal. “Pode-se dizer que o juízo que provoca a Corte Constitucional com a questão constitucional desenvolve a função de ‘filtro’ dessas questões”¹²³.

Do direito português, no qual subsistem controle difuso e concentrado, André Tavares destaca uma espécie de *auto-remissão*, procedimento que submete ao controle abstrato, e sucessivo, norma que tenha sido declarada inconstitucional em três casos concretos. “Trata-se de mecanismo pelo qual torna-se possível passar de um sistema de controle a outro, vale dizer, do modelo difuso (que conte com três casos concretos pelo menos) para o abstrato”¹²⁴.

¹²¹ Ibidem, p. 51.

¹²² Ibidem, p. 55-56.

¹²³ Ibidem, p. 62.

¹²⁴ Ibidem, p. 63.

Da Áustria, o *individualbeschwerde*, que possibilita aos particulares questionar lei inconstitucional perante a Corte Suprema, sem necessidade de esgotar a via judicial, mas apenas a administrativa. Se por um lado a doutrina discute quais os direitos estariam amparados, se os constitucionalmente protegidos ou qualquer direito subjetivo, por outro é certo que concede “importância primária aos direitos e liberdades fundamentais garantidos constitucionalmente como critérios seguros para o desenvolvimento da tarefa de controle da constitucionalidade¹²⁵”. Trata-se de procedimento autônomo, de caráter objetivo, marcado pela oficialidade, que possibilita o julgamento da questão mesmo na hipótese de desistência da parte.

O constituinte venezuelano incumbiu a Suprema Corte de Justiça de declarar nulidade total ou parcial de leis nacionais, estaduais e municipais, bem como de atos dos respectivos Legislativos, e atos do Executivo Nacional que conflitem com a Constituição. Qualquer pessoa que tenha interesse lesado por tais leis ou atos pode demandar no controle concentrado¹²⁶.

Da Bélgica, André Tavares ressalta o modelo concentrado restrito exercido exclusivamente pela *Cour d'Arbitrage*, órgão da Justiça Constitucional incumbido de fiscalizar a observância de três dispositivos constitucionais relativos à repartição de competências legislativas. “Em outras palavras, não bastava qualquer lesão constitucional, havendo de ser lesão a determinados preceitos constitucionais, únicos que autorizariam a validade no uso da medida¹²⁷”.

Por fim, André Tavares afirma que a ADPF é “uma legítima criação brasileira, nada, pois, encontrar-se-á que seja amplamente aproveitável e que, em sua essência, tenha servido de modelo para o constituinte nacional”, reconhecendo na *Verfassungsbeschwerde* o “modelo de inspiração que acabou norteando os trabalhos do legislador ao formalizar a Lei da Arguição¹²⁸”.

Daniel Sarmiento identifica o paralelo doutrinário da ADPF com o citado instituto do direito alemão e o *recurso de amparo*, sugerindo cautela no entendimento, em função da marcante diferença dos sistemas, posto que na Alemanha e na Espanha não existe o controle difuso de constitucionalidade, “os juízes e tribunais ordinários

¹²⁵ Ibidem, p. 64.

¹²⁶ Ibidem, p. 65-66.

¹²⁷ Ibidem, p. 67.

¹²⁸ Ibidem, p. 35-36, 37.

não estão, em nenhum destes países, autorizados a tutelar direitos fundamentais violados, quando a ofensa decorrer da aplicação de lei contrária à Constituição”, restando-lhe apenas submeter a questão de inconstitucionalidade às respectivas Cortes Constitucionais¹²⁹.

Do exposto, verifica-se que as peculiaridades do Município na Federação brasileira, as singularidades da ADPF, e o complexo sistema de controle da constitucionalidade pátrio justificam a realização deste trabalho, que busca aferir a possibilidade da Arguição servir ao controle concentrado das leis municipais.

3.3 NATUREZA JURÍDICA, OBJETO E LEGITIMAÇÃO ATIVA.

Para verificar se a ADPF serve para o controle concentrado de leis municipais, impõe-se verificar que tipo de instrumento processual caracteriza (natureza jurídica); qual direito material visa proteger (objeto); e quem pode utilizá-la (legitimação ativa).

3.3.1 Natureza jurídica:

Tratando da competência do STF, principalmente da guarda da Constituição, o constituinte criou instrumentos para a provocação da jurisdição constitucional, que denominou de ação, expressamente: a Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, I, a, primeira parte, CF) e a Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, a, 2ª parte, CF). Tratando da legitimidade para ação de inconstitucionalidade (direta), previu a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, par. 2º, CF) que, obviamente, só pode se verificar na via da ação direta que estava regulando; daí o reconhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Uma das formas de intervenção da União nos Estados-membros depende de representação do Procurador-Geral da República para assegurar a observância de determinados princípios constitucionais (art. 36, III, CF), pelo que se reconhece a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva. Nesses casos os legitimados para agir devem provocar a jurisdição do STF na via direta, por meio de ação autônoma, independentemente da existência de outros processos.

¹²⁹ SARMENTO. Daniel. *Apontamentos sobre a arguição ...*, p. 95.

Sem a mesma ênfase delimitadora da natureza do instrumento, o constituinte instituiu uma *argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição* (art. 102, par. 1º, CF). Não limitou, portanto, que se tratava de uma ação direta de descumprimento de preceito fundamental, tampouco de uma representação para assegurar o cumprimento de preceito fundamental; criou-se uma *argüição*.

Processualmente não se vislumbra que alguém possa propor ação ou representação, diretamente ao órgão competente, sem que o faça de forma autônoma, inovadora da relação processual. Por outro lado, não é difícil conceber que uma *argüição* seja produzida da mesma forma autônoma, inaugural, mas também não se descarta a hipótese de que seja deduzida no contexto de outra ação, de forma incidente, preliminar ou prejudicial. Traçando um parâmetro com o controle de constitucionalidade, o controle concentrado exige ação direta, enquanto o difuso se aperfeiçoa com o incidente. Da forma como restou disposto o art. 102, par. 1º, da CF, confirma-se a baixa densidade normativa, característica das normas constitucionais de eficácia plena, de princípio institutivo impositivo¹³⁰, que exige do legislador infraconstitucional a legislação integrativa. Note-se, contudo, que a atividade legislativa decorrente não foi limitada pelo constituinte.

Exercendo essa competência legislativa, a Lei nº 9.882/99 regulamentou a ADPF, dispondo em seu terceiro artigo os requisitos da petição inicial, instrumento inaugural de processo, que permite o exercício do direito de ação; referida lei não permitiu que a *argüição* fosse deduzida de outra forma.

Sérgio Resende de Barros critica a possibilidade de *argüição* como ação direta:

“Para esse controle, não quis mais nada além do que criou, quando previu a *argüição* de preceito fundamental decorrente desta Constituição não criou aí nenhuma outra ADIN para controlar constitucionalidade diante desta Constituição. Criar ADIN depois de já ter criado ADIN seria um absurdo rebarbativo e contraditório. O que criou foi outra coisa: uma *argüição* de descumprimento, talvez para suceder à anterior *argüição* de relevância (EC nº 1/69, art. 119, par. 3º, c), com o fito de reduzir a questão federal ao descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição. Mas, mesmo se não for isso, seja o que for, é uma *argüição* e não uma ação. Uma *argüição*, embora seja objeto de processamento e julgamento, não tem natureza de ação. É meramente um *accessorium inalterum incidens e não um principale in se*. Jamais poderia ser transformada em uma ação direta para controle principal da constitucionalidade.”¹³¹

¹³⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. p. 126.

¹³¹ BARROS, Sérgio Resende de. Inconstitucionalidade das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99. *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo: [s.n.], nº 2, 2000, p. 197.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, também aponta “ser ela uma nova ação direta de inconstitucionalidade, com outro nome¹³²”.

José Maria Tesheiner discorda:

De regra, a ação direta de inconstitucionalidade, mesmo que diga respeito a preceito fundamental, exclui a ação de descumprimento, por uma razão bastante simples: é que descumprimento é antes de tudo ato no mundo dos fatos. Lei inconstitucional não descumpra a Constituição. Normatiza em sentido incompatível com a Constituição. A lei nº 9.882/99 não veio para criar uma segunda e desnecessária ação de inconstitucionalidade. Por isso mesmo, dela não decorre um corte no objeto da antiga ação direta de inconstitucionalidade. O que antes era passível de ser declarado inconstitucional, por ação direta de inconstitucionalidade, continua dela sendo objeto, ainda que se invoque preceito fundamental. A ação de descumprimento tem objeto próprio, novo, não compreendido pela ação direta de inconstitucionalidade.¹³³

Para Regina Ferrari a ADPF é “instrumento autônomo de controle abstrato da constitucionalidade, compondo processo do tipo objetivo¹³⁴”. André Tavares afirma se tratar de “ação judicial, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que desencadeia o denominado processo objetivo”¹³⁵. Também sustentam se tratar de ação judicial Pedro Loula e Teresa Melo¹³⁶, Humberto Peña de Moraes¹³⁷, e Francisco Wildo Lacerda Dantas¹³⁸.

Para os fins deste trabalho, a ADPF será considerada ação constitucional.

3.3.2 Objeto.

A fórmula descritiva do art. 102, par. 1º, da CF, deu ao Supremo competência para apreciar a *arguição por descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição*, como já afirmado. Não se trata, portanto, de apreciação da constitucionalidade, ou inconstitucionalidade (por ação ou omissão), ou ainda

¹³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 03 de dezembro de 1999). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre [s.n.], v. 18, 2000, p. 183.

¹³³ TESHEINER, José Maria. *Notas sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Revista Jurídica, nº 283, maio 2001, p. 17-18.

¹³⁴ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 429.

¹³⁵ TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 249.

¹³⁶ MELO, Teresa; LOULA, Pedro. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*: ..., p. 419;

¹³⁷ MORAES, Humberto Peña de. *Arguição de descumprimento* ..., p. 38.

¹³⁸ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição Constitucional: ação e processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 783, jan. 2001, p. 115

intervenção para asseguramento de princípios constitucionais (art. 34, inc. VI, CF), posto que para esses fins já havia previsão de instrumentos específicos. O constituinte visou assegurar a higidez dos preceitos constitucionais fundamentais, determinando ao legislador ordinário que regulamentasse o instituto que disponibilizou para impedir o descumprimento desses preceitos.

Regina Ferrari defende que a expressão *descumprimento* é “empregada no sentido de qualquer desobediência a um preceito fundamental, ou seja, tomada a Constituição como Lei Fundamental do sistema jurídico, tudo que não estiver conforme com aquilo que propugna, pode estar envolvido no conceito de descumprimento, por estar desconforme, ser incompatível com o que ordena ou determina”¹³⁹.

Defendendo se tratar de uma espécie do gênero inconstitucionalidade, Roberto Mandelli Júnior afirma que *descumprimento* “significa deixar de cumprir, não satisfazer, não realizar; no caso, não satisfazer, não realizar um preceito constitucional fundamental”. Para o autor a “inconstitucionalidade designa uma incompatibilidade com a Constituição, comportando variações como o descumprimento (art. 102, par. 1º, CF), a contrariedade (art. 102, III, “a”, CF) e a própria inconstitucionalidade (art. 97; art. 102, I, “a”; e art. 125, par. 2º, CF)”¹⁴⁰.

Para André Tavares o *descumprimento* da Constituição exige conduta positiva do infrator, um ato de vontade que não se subsume a toda e qualquer incompatibilidade entre atos ou fatos e a Constituição, porque nesse caso se trata de inconstitucionalidade direta, conceito negativo atrelado a todo o modelo constitucional apresentado. Após profunda análise do tema, o autor conclui:

Assim, o descumprimento não deixa de ser uma inconstitucionalidade, mas para além dos estritos termos em que esta tem sido compreendida pela dogmática jurídica. Mesmo porque algumas das hipóteses que até então eram consideradas como hipóteses de inconstitucionalidade clara (no sentido de submeterem-se às clássicas formas de controle concentrado) passaram para o âmbito exclusivo da sindicabilidade por meio da arguição. É o que se dá com todas as leis e atos normativos que contrariarem preceito fundamental¹⁴¹.

¹³⁹ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 443.

¹⁴⁰ MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil...*, p. 235, 236.

¹⁴¹ TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 167-171, 215.

Roberto Mandelli Júnior afirma que a “finalidade do instrumento (‘arguição de descumprimento’), delimitada pela própria Constituição Federal é verificar uma contrariedade, uma incompatibilidade de um ato do Poder Público com um preceito constitucional fundamental, ou seja, um descumprimento (uma inconstitucionalidade)”¹⁴².

Do exposto, a ADPF não visa à declaração de constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, ou ainda à intervenção, como já afirmado, mas garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais, ainda que para isso não prescindia da sindicabilidade da constitucionalidade dos atos infringentes desses preceitos.

Na regulamentação do instituto o legislador ordinário estipulou que essa proteção seja realizada como forma de evitar ou reparar lesão resultante de ato do Poder Público (art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99), ou quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1º, par. único, da Lei nº 9.882/99). Essas modalidades serão apreciadas na seqüência. Por ora, importa aferir o significado da expressão *preceito fundamental*, principalmente porque nem o constituinte, nem o legislador ordinário esclareceram o que são, ou quais são esses preceitos.

Com efeito, no texto constitucional não há nenhuma outra referência a *preceito* (no singular) além da inserta no art. 102, par. 1º. Por outro lado, o constituinte listou *preceitos* (no plural) a serem observados na organização dos partidos políticos (art. 17, *caput*), na elaboração das Leis Orgânicas Municipais (art. 29, *caput*), e pelos programas de assistência integral à saúde de crianças e adolescentes (art. 227, par. primeiro). Vislumbra-se que não há qualquer conexão entre esses dispositivos, mas há indicativo de que preceitos sejam prescrições a serem observadas em determinadas oportunidades.

¹⁴² MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*..., p. 235, 236.

André Tavares adverte que *preceito* não se identifica com *princípio*, nem com *regra*, mas com *qualquer norma* à qual o constituinte entendeu agregar grau de especificidade, de ser *fundamental*¹⁴³.

Em relação a fundamental (singular), e fundamentais (plural), há uma série de dispositivos nos quais as expressões foram utilizadas, de forma que não se pode extrair significação conclusiva.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho adverte que essa noção de fundamentalidade permite “dar a entender que na Constituição há normas fundamentais e normas não fundamentais. Ora, disto se pode extrair de que há uma diferença entre estas no seu status, o que contraria a doutrina tradicional, pacífica, de que todas as regras constitucionais são igualmente cogentes”¹⁴⁴.

André Tavares define como fundamentais os preceitos que “conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional”, e não verifica contradição em afirmar a fundamentalidade de algumas normas constitucionais em relação a outras, porque a unidade não obriga à assimilação igualitária dos seus conteúdos, mas a obrigação da efetivação de todos¹⁴⁵.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a “regulamentação pelo legislador ordinário pouco contribuiu para a clarificação dos contornos do instituto, inclusive quanto ao seu objeto e finalidade, a respeito dos quais nunca houve consenso e, a depender do que se vislumbra em termos de produção doutrinária, dificilmente se logrará obter uma certa uniformidade, ao menos não antes de que se venha a sedimentar alguma orientação por parte do Supremo Tribunal Federal”¹⁴⁶.

Gilberto Schäfer também lamenta a falta de fixação do “que se entende por preceito fundamental”. Para ao autor, contudo, entre os preceitos “devem estar as normas que constituem o núcleo fundamental essencial do Estado de Direito Brasileiro, devendo necessariamente ser englobados os princípios contidos no título

¹⁴³ TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 115-120.

¹⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional ..., p. 182.

¹⁴⁵ TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 120-124.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Alguns aspectos controversos*. Porto Alegre: Revista da AJURIS, nº 84, t. I, dez. 2001, p. 118.

I, bem como nas garantias do art. 60 da CF, não sendo difícil reconhecer diferenças entre as normas que formam o edifício constitucional”¹⁴⁷.

Afirmando se tratar de conceito intangível, André Tavares sustenta o acerto do legislador em não elucidar o conceito: “De um lado, porque poderia cair no absurdo de reiterar todos os termos constitucionais, para não deixar de indicar qualquer possível preceito fundamental. De outra parte, porque certamente iria incidir – sem prejuízo do primeiro inconveniente apontado – na violação da vontade constitucional por restrição ou alargamento indevido do campo de incidência da medida especial”¹⁴⁸. Para o autor, o conceito apresenta caráter extremamente abstrato, com dinamicidade interna que permite ao STF adaptar o objeto do instrumento na medida em que a sociedade evolui.

José Afonso da Silva afirma a distinção entre preceitos e princípios: “‘Preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’. É mais ampla, abrange a estes e todas prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais (tít. II)”¹⁴⁹.

Humberto Peña de Moraes também sustenta que *preceito* não se confunde com *princípio*, embora este esteja incluído naquele. Para o autor, “em que pese a ausência de hierarquia normativa entre os diversos dispositivos constitucionais, em razão do princípio da unidade da Constituição, não há negar, todavia, a existência entre eles de uma hierarquia axiológica, isto é, de uma hierarquia de valores, decorrente de notável relevância que uns ostentam em face de outros”¹⁵⁰.

Por isso Pedro Loula e Teresa Melo afirmam que “o preceito que é objeto da arguição de descumprimento é aquele que se apresenta, ao mesmo tempo, como normativa e axiologicamente fundamental, e que desempenha papel de sua relevância para a ordem constitucional”¹⁵¹.

¹⁴⁷ SCHÄFER, Gilberto. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF). Porto Alegre: Revista da AJURIS, nº 83, t. I, set. 2001, p. 201-202.

¹⁴⁸ TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p.113.

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 530.

¹⁵⁰ MORAES, Humberto Peña de. *Arguição de descumprimento ...*, p. 34.

¹⁵¹ MELO, Teresa; LOULA, Pedro. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: ...*, p. 424.

Para Celso Bastos e Aléxis Vargas “não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida a maior Constituição do mundo, mas tão somente aos grandes princípios e regras basilares deste diploma”, destacando como tais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais¹⁵².

Gilmar Ferreira Mendes afirma não ser possível negar aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros), e aos princípios protegidos pelas cláusulas pétreas (art. 60, par. 4º), a qualidade de preceitos fundamentais. Um dos autores da Lei da ADPF sustenta a abrangência do conceito de preceito fundamental às regras e princípios constitucionais:

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.¹⁵³

No mesmo sentido Clèmerson Merlin Clève e Cibele Fernandes:

É verdade que a Lei 9.882/99 não definiu quais sejam estes preceitos fundamentais. E neste particular andou muito bem, já que não cabe ao legislador ordinário realizar uma interpretação autêntica da obra do constituinte. Os preceitos fundamentais são aquelas normas constitucionais que garantem a identidade da Constituição. Sem sombra de dúvida, é possível afirmar que as cláusulas pétreas, mormente as consignadas no art. 60, par. 4º, são preceitos fundamentais. Com efeito, se a norma constitucional violada não tem natureza de preceito fundamental, não há margem de escolha: não é possível ajuizar arguição.¹⁵⁴

¹⁵² BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Gálias de Souza. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a Advocatória*. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2004, p. 1.

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: identificação do parâmetro de controle para os fins do art. 103, par. 1º, da Constituição Federal*. São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência, nº 05, mar. 2001, caderno 1, p. 144.

¹⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin; DIAS, Cibele Fernandes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás*, [s.n.], nº 21, jan./dez. 2001, p. 51.

Também, Walter Claudius Rothenburg:

Não tendo o constituinte definido explicitamente quais os preceitos que ensejariam a arguição, seguiu no bom caminho o legislador, sob pena de oferecer um rol aquém ou além da vontade constitucional. Resta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a avaliação casuística dessa fundamentalidade, embora a Constituição indique um grupo de preceitos fundamentais “acima de qualquer suspeita”, que inclui – para ilustrar – os princípios fundamentais (artigos 1º a 4º), grande parte dos (senão todos) direitos e garantias fundamentais (artigos 5º a 7º), as cláusulas pétreas (artigo 60, par. 4º), os princípios constitucionais sensíveis (artigo 34, VII), os princípios da ordem econômica (artigo 170).¹⁵⁵

Para Nagib Slaibi Filho, “A expressão preceito fundamental conduz a um grau de grande densidade na afronta aos valores constitucionais, o que somente pode ser percebido em cada caso, mesmo porque também, e principalmente, ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, aplica-se a velha parêmia de *minime ne curiat praetor*, a introduzir o princípio da bagatela ou da insignificância¹⁵⁶”.

Carlos Alberto Menezes Direito sustenta que o legislador pretendeu alcançar todos os direitos e garantias constitucionais; não só os elencados na declaração de direitos, mas também “todos aqueles direitos vinculados ao exercício das liberdades públicas e aos direitos sociais, vinculados à dignidade humana, alcançando, assim, os fundamentos da República, tal e qual definidos no art. 1º da Constituição Federal, suscetíveis de descumprimento pelo Poder Público, oriundo o descumprimento de atos abusivos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”¹⁵⁷.

Helder Dal Col prefere conceber amplamente o instituto, dando-lhe aplicabilidade abrangente, para efetivo controle da constitucionalidade, “podendo ser cabível tanto em situações de ameaça ou violação de qualquer preceito fundamental, assim entendidos tanto aqueles de maior conteúdo axiológico, quanto todos os demais previstos no bojo da Constituição e dela decorrentes, aqui incluindo os demais

¹⁵⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. Um resumo sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*..., p. 252.

¹⁵⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, f. 2. Disponível em <http://www.nagib.net/artigos/art_const/art_const2.doc>. Acesso em: 30 de janeiro de 2004.

¹⁵⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes, As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, p. 165.

direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais, agasalhados pelo art. 5º, par. 2º¹⁵⁸.

Willis Santiago propõe uma visão diferenciada do assunto:

Preceito fundamental, em nossa proposta, seria, tal como expresso na dicção normativa (2ª frase do par. 1º, art. 102, CF), aquele decorrente da Constituição, dela derivado por um processo de intelecção, resultante em ato do Poder Público que se impugna por considerá-lo violador da ordem constitucional. É assim que, avançando um [sic] hipótese bastante diversa daquelas até o momento aventadas, postulamos ser o preceito fundamental a *interpretação* que fazem representantes do Poder Público de um conjunto normativo, podendo aí serem incluídas regras, constitucionais ou não, e princípios, explícitos ou implícitos. Por outro lado, o preceito será tido como “fundamental” em razão do vínculo que se pode estabelecer entre ele e a “fórmula política” adotada na Constituição.¹⁵⁹

Carlos Velloso demonstra a consciência do múnus do Supremo Tribunal:

O Ministro Oscar Dias Corrêa, que integrou a Comissão que elaborou o anteprojeto de que resultou a Lei 9.882/99, lecionou, conforme citação do Ministro Néri da Silveira, no voto que proferiu na ADPF 01, que ‘cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto constitucional é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro – a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua discríção indicá-los.’ E acrescentou: ‘Parece-nos, porém, que desde logo, podem ser indicados, porque pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado, o voto direto secreto, universal e periódico; a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do Estado democrático, vale dizer, a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político administrativa;...’¹⁶⁰

Em relação à expressão *decorrente desta Constituição*, constante da parte descritiva do art. 102, par. 1º, da CF, Regina Ferrari adverte que a “Lei fundamental inclui neste contexto não só aquilo que está expresso, mas, também o que está

¹⁵⁸ DAL COL, Helder Martinez. *O significado da expressão “preceito fundamental” no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, par. 1º, da CF*, p. 183.

¹⁵⁹ SANTIAGO, Willis. Sobre a natureza dos preceitos fundamentais decorrentes da ordem constitucional e sua tutela por meio da arguição de seu descumprimento. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*:..., p. 260-261.

¹⁶⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_12/DIALOGO-JURIDICO-12-MARCO-2002-CARLOS-MARIO-VELLOSO.pdf>. Acesso em: 30 de janeiro de 2004, p. 5.

implícito e assim, em decorrência do silêncio legislativo, surge a necessidade de um trabalho interpretativo, empreitada que compete ao nosso Pretório Excelso”¹⁶¹.

A interpretação do Supremo é a responsável pela viabilidade, mobilidade, contornos e efetivação da vontade do constituinte, conforme afirma Daniel Sarmento: “Ao valer-se de um conceito jurídico indeterminado, a lei conferiu uma maleabilidade maior à jurisprudência, que poderá acomodar com mais facilidade mudanças no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da Constituição. Caberá, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, definir tal conceito, sempre a partir da consideração do dado axiológico subjacente ao ordenamento constitucional”¹⁶².

Por fim, a conclusão de André Tavares:

Admitindo-se essa situação, é preciso insistir que o correto dimensionamento de cada um dos preceitos fundamentais dar-se-á por obra do Tribunal Constitucional, identificando, em cada caso a ele submetido, a ocorrência ou não de violação a determinado preceito fundamental, com o que acabará, inexoravelmente, apontando ou construindo, pouco a pouco, o conteúdo dos preceitos fundamentais.

Dessa forma, pode-se afirmar com segurança, quanto a todos os preceitos fundamentais, que “não devem ser aclarados em sua totalidade, já que sua própria redação se justificava na necessária margem que haveria de deixar-se à atuação das forças políticas dominantes em cada momento”. É verdadeira margem de discricionariedade deixada ao legislador e fiscalizada pelo Tribunal Constitucional. E isso é verdadeiro seja quanto aos princípios, seja quanto às regras, máxime aquelas que consagram direitos humanos.¹⁶³

Registra-se, então, que a Arguição objetiva evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição de 1988, cuja identificação compete ao STF.

3.3.3 Legitimação ativa.

O inciso remanescente do segundo artigo da Lei nº 9.882/99 estabelece que estão legitimados ativamente para propor a ADPF os mesmos legitimados para a ADIN (art. 103, CF), isto é: o Presidente da República; as Mesas do Senado Federal e Câmara dos Deputados; as Mesas das Assembléias Legislativas; Governadores de Estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos

¹⁶¹ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 441-442.

¹⁶² SARMENTO, Daniel. *Apostamentos sobre a arguição ...*, p. 101.

¹⁶³ TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental...*, p. 154.

Advogados do Brasil; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Note-se que não há previsão constitucional de legitimidade ativa para o Governador e a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal. A Lei nº 9.868/99, que tratou do processo e julgamento da ADIN e da ADC, ressaltou essas legitimidades nos incisos IV e V, do segundo artigo. Considerando que o Distrito Federal também exerce competências de Estado-membro, não se mostra inconstitucional essa ampliação de rol realizada pelo legislador ordinário; antes, se mostra necessária, posto dar tratamento isonômico ao Executivo e ao Legislativo do Distrito Federal.

A crítica da doutrina fica por conta do veto presidencial ao dispositivo que legitimava qualquer pessoa, lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, a propor ADPF, impedindo que o instrumento ganhasse os contornos de institutos do direito comparado, conforme já verificado.

Rômulo Lago e Cruz lembra, das razões do veto, que o Chefe do Executivo “receava que esta possibilidade de qualquer indivíduo manusear este instituto congestionaria, sobremaneira, o Órgão de cúpula do Judiciário brasileiro com uma sobrecarga de processos, dos quais muitos sequer possuiriam correlata relevância jurídica ou interesse público na fiscalização abstrata da constitucionalidade”¹⁶⁴. Para o autor, da forma como restou regulamentada, a legitimação não atendeu sua finalidade, havendo necessidade de nova produção legislativa.

Mauro Sérgio Rocha observa na restrição a concentração do controle no plano objetivo:

Como salientado, a legitimação, originariamente dirigida aos interessados (partes litigantes), foi vetada e, por consequência, concentrou-se, mais uma vez, nas mãos dos órgãos e pessoas inscritas no art. 103, CF. Aqui, portanto, a arguição se materializará no plano objetivo e não subjetivo, ou seja, assemelhando-se à ADin e ADC.

Como sói acontecer, não andou bem o Chefe do Executivo Federal. A sobrecarga da Suprema Corte (justificativa para o veto), poderia ser mitigada pelos órgãos jurisdicionais *a quo* (juízo de admissibilidade), a exemplo dos recursos especial e extraordinário. Esse “filtro” se constituiria em condição de procedibilidade das referidas arguições, como ocorre na Alemanha, sítio em que se realiza o exame prévio sobre o cabimento dos denominados recursos constitucionais (*verfassungsbeschwerde*).¹⁶⁵

¹⁶⁴ CRUZ, Rômulo Lago. *Arguição de descumprimento fundamental*: ..., p. 251.

¹⁶⁵ ROCHA, Mauro Sérgio. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental e o aprimoramento do controle brasileiro da constitucionalidade*. Recife: Livro de Teses Cível: O Ministério Público e a Cidadania Plena. vol. 02, t. II, 2001, p.374-375.

Para Lenio Streck, porém, “trata-se de *uma clara restrição do direito fundamental* de buscar junto ao Tribunal Maior o resgate de direitos violados, o que se configura em violação à Constituição Federal”¹⁶⁶.

André Tavares sustenta que o veto “não alcançou seu objetivo, na medida em que a natureza da argüição incidental exigia, independentemente da previsão expressa, um sistema que contemplasse autores diversos daqueles previstos para a ação autônoma de argüição” e, por isso, haveria de prevalecer a interpretação que seria viável a interposição por qualquer interessado¹⁶⁷.

Considerando esse posicionamento, Pedro Lenza registra que “o STF pacificou o entendimento da falta de legitimação para agir a *qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público*”, a partir da decisão que negou seguimento à ADPF nº 11, proposta por Fábio Monteiro de Barros Filho, por ilegitimidade ativa; posicionamento que foi reafirmado nas ADPF nº 19, 20, 23, 29, 27 e 31¹⁶⁸.

Legitimados, portanto, os arrolados no art. 103, da CF.

3.4 MODALIDADES DA ARGÜIÇÃO.

Conforme demonstrado, a ADPF é ação judicial que possibilita a instauração de processo objetivo, abstrato, de controle da constitucionalidade, junto ao STF.

Analisando o art. 1º, da Lei nº 9.882/99, se verifica que a ação pode ser proposta para evitar ou reparar ato lesivo de preceito fundamental praticado por agente do Poder Público (*caput*), e também na existência de controvérsia judicial relevante acerca da aplicação de preceito fundamental (par. único, I).

Vislumbra-se, assim que há possibilidade de acionar o Supremo para evitar ou reparar lesão decorrente de ato do Poder Público, de forma autônoma e independentemente de qualquer outra situação processual. Também é possível provocar a jurisdição do STF quando houver controvérsia judicial relevante acerca da aplicação de preceito fundamental, ou seja, de forma relacionada e dependente de outras situações processuais. Daí a concepção das modalidades de ADPF:

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Os meio de acesso ...*, p.107.

¹⁶⁷ TAVARES, André Ramos, *Tratado da argüição de preceito fundamental*, p.404-406.

¹⁶⁸ LENZA, Pedro. A argüição de descumprimento de preceito fundamental sob a perspectiva do STF. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil...*, p. 206.

independente e dependente. Registra-se que a análise dessas modalidades parte do pressuposto que só podem sindicar o descumprimento de preceito fundamental, conforme expresso no art. 1º, da Lei da ADPF, que menciona, literalmente, o art. 102, par. 1º, da CF.

3.4.1 Argüição independente.

Registra-se, inicialmente, que a doutrina denomina essa modalidade, também, de Argüição *autônoma* ou *direta*. Metodologicamente, porém, opta-se por denominá-la de *independente*, evitando-se a compreensão dúbia da expressão *autônoma*, utilizada na aferição da natureza jurídica da ADPF, e no qual se verificou a autonomia do instituto, ou seja, a desnecessidade de qualquer outra medida para aperfeiçoá-lo, tanto que é concebido, majoritariamente, como *ação judicial*. Por outro lado, a expressão *direta* induz à aproximação com outras ações diretas do controle da constitucionalidade, com as quais forma o conjunto de instrumentos disponibilizados para a provocação da jurisdição constitucional do STF, e da qual não se exclui a modalidade dependente, que será analisada a seguir.

Assim, afirma-se a ADPF como instituto jurídico autônomo, classificável como ação constitucional, ajuizável diretamente perante o STF, para instauração do processo objetivo e concentrado de controle da constitucionalidade. A Argüição independente, prevista no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99, possibilita demandar a sindicabilidade de ato do Poder Público ao qual se imputar lesão a preceito constitucional fundamental, independentemente de condição de admissibilidade. Distingue-se, portanto, da Argüição dependente porque prescinde da existência de relevante controvérsia acerca da aplicação de preceito constitucional no curso de outros processos, conforme se verificará.

Para Pedro Lenza essa modalidade “decorre da possibilidade de propositura da ação sem a prévia necessidade de processo anterior no qual se discuta o descumprimento de determinado preceito fundamental”¹⁶⁹.

¹⁶⁹ LENZA, Pedro. A argüição de descumprimento de preceito fundamental sob a perspectiva do STF. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil...*, p. 201.

Daniel Sarmiento afirma que essa via serve ao controle abstrato da constitucionalidade, pelo processo objetivo. “Ela deve ser utilizada exatamente nas hipóteses em que estas outras ações constitucionais não forem cabíveis, ou não se revelarem idôneas para afastar ou impedir a lesão à preceito fundamental da Constituição, consoante disposto no art. 4º, par. 1º, da Lei nº 9.882/99¹⁷⁰”.

Para Regina Ferrari “a melhor exegese parece ser a que desconhece o caráter residual ou subsidiário da argüição, reconhecendo seu *status* próprio, de instrumento reservado para resguardar a observância de preceitos fundamentais, o que lhe confere a preferência para tutelá-los, e isto, pela impossibilidade do descumprimento ser sanada por outros meios processuais de controle objetivo previstos em nossa Lei Fundamental”¹⁷¹.

André Tavares afirma o caráter principal, e não subsidiário, da ADPF, “cabível, sempre, *absolutamente sempre*, que houver violação de preceito constitucional fundamental”. A Argüição “é tão primordial (ou principal) quanto a ação direta de inconstitucionalidade – ou até de relevância superior, se se quiser”, posto figurarem no mesmo artigo 102, da CF. Nessa linha de entendimento, sempre que houver lesão a direito fundamental, a ADPF afasta o cabimento de qualquer outra ação, ou seja, exclui a hipótese de utilização de outros instrumentos do sistema processual constitucional. Em relação ao disposto no art. 4º, par. 1º, da Lei nº 9.882/99, de que não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, o autor defende que a interpretação válida “só pode ser encontrada no sentido de considerar ter o legislador pretendido propiciar o cabimento da argüição *também* em todos os demais casos em que o descumprimento de preceito constitucional fundamental não possa ser sanado por não encontrar via adequada”¹⁷².

Pela dicção do art. 1º, da Lei da ADPF, verifica-se que pode ser ajuizada para evitar ou prevenir lesão a preceito fundamental, ou seja, pode ser ajuizada preventivamente (antes) ou repressivamente (depois) à ocorrência da lesão.

Assim, efetivada a lesão a preceito fundamental, o legitimado pode ajuizar ADPF *repressiva* junto ao STF, pedindo reparação. Para tanto, deverá demonstrar o ato

¹⁷⁰ SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a argüição ...*, p. 97.

¹⁷¹ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 450.

¹⁷² TAVARES, André Ramos, *Tratado da argüição de preceito fundamental...*, p. 233, 240, 242.

questionado, indicando o preceito fundamental que considera ter sido violado e apresentar prova da violação, demonstradora do nexo de causalidade entre o ato violador e a lesão.

Na hipótese de ADPF *preventiva*, logicamente, não haverá lesão; o pedido buscará a medida necessária para evitá-la. Haverá que se comprovar a possibilidade de realização de ato lesivo e o nexo de causalidade com eventual lesão a preceito fundamental.

Os atos sindicáveis são aqueles praticados pelo *Poder Público*, que para André Tavares representa todos os atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de todos os níveis federativos, inclusive os atos discricionários e os realizados na atuação do Estado fora do âmbito público, ou seja, no âmbito privado, particular. Estão afastados, portanto, os atos puramente privados, particulares¹⁷³.

Regina Ferrari sustenta que, “sendo a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição uma forma de controle concentrado da constitucionalidade sobre atos do Poder Público, normativos ou não, encontram-se aí inseridos os atos de todos os entes federativos parciais que compõe a Federação brasileira”. A autora ressalta que esses atos devem, necessariamente, derivar de ação, posto que o constituinte e o legislador ordinário não possibilitaram a Argüição por omissão e, por isso, “não é possível estender para a argüição de descumprimento fundamental [sic] por omissão a sistemática prevista pela Constituição Federal para a inconstitucionalidade por omissão”¹⁷⁴.

Olavo Ferreira e Rodrigo Fernandes comungam do entendimento de Daniel Sarmiento, de que expressão ato do Poder Público “deve ser compreendida em seu sentido mais lato, alcançando, também, os de particulares que agem investidos de autoridade pública, como os praticados por empresas concessionárias e permissionárias de serviço público”¹⁷⁵.

¹⁷³ Ibidem, 209-211, 309.

¹⁷⁴ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade, p. 457, 447.

¹⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99 In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERNANDES, Rodrigo Pieroni. *A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 363, set/out. 2002, p. 121.

Pedro Lenza também defende a sindicabilidade de todos os atos do Poder Público, “seja de que esfera for, não se restringindo a atos normativos, podendo a lesão resultar de *qualquer ato administrativo, inclusive decretos regulamentares*”¹⁷⁶.

A modalidade independente é instrumento para controlar inconstitucionalidade de atos do Poder Público que impliquem descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição.

3.4.2 Argüição dependente.

A doutrina denomina essa modalidade, também, de Argüição *incidental*, *decorrente* ou *por derivação*. Metodologicamente, opta-se por denominá-la *dependente*, porque sua admissão exige a existência de outros processos nos quais a aplicação de preceito constitucional fundamental tenha gerado controvérsia judicial relevante que deve ser solucionada pelo STF. Logo, em que pese ser autônoma, ajuizável pela via da ação direta (da qual é espécie), não se viabiliza só pela lesão ao preceito, mas pela controvérsia judicial instalada em torno de sua aplicação; isto é, depende de outros processos. A utilização da expressão *incidental* pode induzir aproximação com a forma de sindicabilidade da constitucionalidade no controle difuso (incidentalmente), ou com o incidente de inconstitucionalidade (propriamente dito) de outros sistemas jurídicos, com o qual não se confunde na essência. Logo, mais do que derivar da forma básica (independente), ou decorrer de qualquer outra controvérsia judicial, essa modalidade *depende* da existência de outros processos envolvendo lesão a preceito fundamental, e não qualquer preceito constitucional.

A opção metodológica visa evitar confusões conceituais como a que se vislumbra, com o devido respeito, no posicionamento de Carlos Alberto Menezes Direito, ao sustentar que o veto à legitimação ampla (art. 2º, inc. II, da Lei nº 9.882/99) desautoriza a admissão dessa modalidade: “A hipótese de os legitimados apresentarem a argüição estando em curso a ação judicial é, ainda, argüição na modalidade direta, não incidental, que seria aquela, e somente aquela que qualquer das partes ou o próprio órgão judicial poderia suscitar, como no caso do incidente de

¹⁷⁶ LENZA, Pedro. A argüição de descumprimento de preceito fundamental sob a perspectiva do STF. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil...*, p. 201.

inconstitucionalidade dos Tribunais”¹⁷⁷. Como não se trata desse tipo de incidente aventado, a ação direta dos legitimados é *dependente* da controvérsia instalada processualmente, e não incidental. Mesmo que cabível a crítica ao veto, não se pode relegar o instituto porque restrita a legitimação.

A opção pela denominação Arguição dependente visa afastar essa aproximação de institutos, também revelado por Pedro Loula e Teresa Melo, ao defenderem que a ADPF “não tem natureza de ação, mas de um *incidente de inconstitucionalidade* [...] exemplo de controle *misto*, pois na prática permite a transmutação do controle difuso em concentrado, estabelecendo-se um mecanismo de ligação entre os dois sistemas”¹⁷⁸.

André Tavares, que nega a subsidiariedade e sustenta “até a relevância superior” da ADPF em relação a outros instrumentos de controle, depois de conceituar a Arguição, em sentido amplo, como “ação judicial”, acolhe esta modalidade não “propriamente como uma ação direta, mas sim um incidente que surge no seio de um processo judicial [...] Trata-se, pois, de um incidente de descumprimento de preceito fundamental, que também se poder [sic] designar como arguição por derivação”¹⁷⁹. Contudo, defende sua constitucionalidade, desde que respeitado o objeto: sindicabilidade de relevante questão jurídica fundada no descumprimento de preceito fundamental.

Sérgio Resende de Barros sustenta se tratar de *ação principal* e, por isso, inconstitucional: “Com isso, transformando uma arguição incidental em ação principal, assim o legislador alterou a forma essencial do instituto, extrapolando em muito o que lhe autorizava a Constituição”¹⁸⁰.

Atenta a esse aspecto, Regina Ferrari afirma que a modalidade analisada configura ação autônoma, específica, que desloca o objeto do controle difuso para o controle concentrado, visando antecipar decisões relativas às controvérsias constitucionais, e não pode ser confundida com os incidentes processuais nem com os incidentes de inconstitucionalidade de outros sistemas jurídicos. Porém, ao

¹⁷⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes, As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 169.

¹⁷⁸ MELO, Teresa; LOULA, Pedro. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: ...*, p. 420.

¹⁷⁹ TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 240, 249, 293, 295

¹⁸⁰ BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 613.

ampliar o universo constitucional do instituto, o legislador ordinário incluiu no controle concentrado “um verdadeiro incidente” nos processos em curso, que só cabia ao constituinte: “A Lei nº 9.882/99 não tem este poder, o que permite deduzir que o inciso I, do parágrafo único do artigo 1º, ofende frontalmente o parágrafo 1º, do artigo 102 da Lei Fundamental”¹⁸¹.

Gilmar Mendes admite a inclusão do incidente de inconstitucionalidade, no Projeto da Comissão Celso Bastos, convertido na Lei da ADPF: “Assumi a responsabilidade de elaborar uma segunda versão do esboço, introduzindo o incidente de inconstitucionalidade”. Para o autor essa fórmula “permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da ‘interpretação autêntica’ do Supremo Tribunal Federal”¹⁸².

Celso Bastos e Aléxis Vargas defendem que a regulamentação do instituto enriqueceu o sistema de controle da constitucionalidade, principalmente pela previsão dessa modalidade de Arguição, que “faz uma ponte entre o controle concentrado e o difuso, uma vez que sua decisão incidirá diretamente sobre os diversos processos judiciais”, permitindo a antecipação do deslinde da questão pelo STF: “Porém, a novel ação serve somente aos preceitos fundamentais, e nesse caso não se admite controvérsia ou demora. Há que se decidir univocamente sobre o tema magno, sob pena de ser atropelada a segurança jurídica e o Estado de Direito, que ficam seriamente prejudicados diante do dissenso acerca dos seus pilares de sustentação, que são os preceitos fundamentais da Lei Maior”¹⁸³.

Pedro Lenza não discute a utilidade da modalidade, mas sustenta que “não se pode admitir como permitida a forma de sua instituição por legislação infraconstitucional”¹⁸⁴.

Alexandre de Moraes também afirma a inconstitucionalidade do dispositivo por esse motivo, alegando que o “legislador ordinário utilizou-se de manobra para

¹⁸¹ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade, p. 466-476.

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental (par. 1º do art. 102 da Constituição Federal)*, p. 114, 111.

¹⁸³ BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Gálias de Souza. *A arguição de descumprimento ...*, p. 1.

¹⁸⁴ LENZA, Pedro. A arguição de descumprimento de preceito fundamental sob a perspectiva do STF. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil...*, p. 213.

ampliar, irregularmente as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal que, conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno”¹⁸⁵.

Também duvidando da possibilidade da lei ordinária poder regulamentar o que entende ser “verdadeiro incidente de inconstitucionalidade”, Gilberto Schäfer observa nos argumentos favoráveis à agilidade na solução das controvérsias judiciais a possibilidade de concepção de um “sistema de avocação com graves conseqüências para a independência do Judiciário. [...] Assim, a interpretação, mais conforme a constituição, é de que este instituto apenas possa ser usado para atos lesivos, mas não atos judiciais (embora deles decorrentes), só podendo ser usado depois de vencidas as demais etapas impugnatórias, dado o caráter subsidiário da argüição”¹⁸⁶.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho é contundente: “seu objetivo real, disfarçado embora, é introduzir uma forma de advocatória, concentrando nas mãos do Supremo Tribunal Federal questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias”¹⁸⁷.

Rômulo Lago e Cruz defende não se tratar de advocatória, que permitiria ao STF chamar a si o julgamento de qualquer matéria politicamente interessante; “na argüição, o controle de constitucionalidade somente se dá acerca de matéria específica – descumprimento de preceitos fundamental – além do que no processo objetivo vigoram também os princípios de *ne procedat iudex ex officio* e *nemo iudex sine actore*, sendo necessária, portanto, a provocação da jurisdição constitucional”¹⁸⁸.

Celso Bastos rechaça a aproximação da ADPF com a advocatória:

Entretanto, difere-se, em muito, da antiga advocatória, através da qual o Supremo Tribunal Federal podia chamar para si o julgamento de qualquer matéria politicamente interessante. Não se trata mais disso. Como dito, trata-se de mecanismo de controle da constitucionalidade, originalmente previsto na Lei Maior, que amplia a cidadania brasileira e a segurança jurídica, através do qual, mediante a provocação dos legitimados pelo artigo 103 da Carta Magna, o Excelso Pretório poderá suspender os processos liminarmente e proferir decisões com efeito vinculante apenas sobre a questão constitucional. O juiz de direito não é mais afastado da sua posição de julgador, como era anteriormente. Não há, no

¹⁸⁵ MORAES, Alexandre *apud* TESHEINER, José Maria. *Notas sobre a argüição* ..., p. 18.

¹⁸⁶ SCHÄFER, Gilberto. *Argüição de descumprimento* ..., p.202-203.

¹⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro*, p. 183.

¹⁸⁸ CRUZ, Rômulo Lago. *Argüição de descumprimento fundamental: ...*, p. 257.

caso, julgamento do feito, mas tão somente uma baliza exata daquilo que se considera fundamental para a ordem jurídica. O deslinde da questão constitucional através da arguição de descumprimento de preceito fundamental não contraria o princípio do juiz natural, uma vez que o magistrado fica mantido no seu papel de julgador e o Supremo no papel de guardião da Constituição.

O Judiciário brasileiro já deu demonstrações de que pode ser assaltado por situações que o colocam em verdadeiro caos, onde várias decisões têm condições de prevalecer, mesmo sendo contraditórias entre si. Isso não pode ser admitido diante de preceitos fundamentais, sob pena de ruir todo o ordenamento a que dão sustentação. O sistema estava carente de um mecanismo que lhe conferisse mais racionalidade e segurança, para melhor servir ao cidadão. Um mecanismo que nos aproxime da aplicação integral da Carta Magna.¹⁸⁹

Enfrentando a alegação de inconstitucionalidade, decorrente da ampliação da competência do STF, Juliano Bernardes sustenta:

Contudo, justamente por não se poder identificar quais sejam os contornos constitucionais específicos da ADPF, a melhor interpretação é aquela segundo a qual as hipóteses do inciso I devem ser conciliadas com o *caput* do art. 1º. E não há nada de errado em que um mesmo remédio constitucional apresente duas facetas, desde que seu escopo não seja alterado. Colhe-se como exemplo o *habeas corpus*, modalidade de ação autônoma de impugnação, freqüentemente utilizada em substituição a recursos processuais, assim como para rever sentença penal condenatória já transitada em julgado, bastando que seu objeto não se distancie da garantia constitucional de locomoção do paciente.

Destarte, como o descumprimento a preceito fundamental tanto se pode dar nas hipóteses arroladas no *caput* quanto naquelas disciplinadas pelo inciso I do art. 1º da Lei 9.882/99, o cabimento da ADPF em face de umas não afasta sua adequação em relação às demais. Conforme sustentou André Ramos Tavares, “trata-se de facetas complementares de um instituto único, que só contribuem para sua estruturação ampla dentro do sistema. Não se trata de um instituto ‘monolítico’.” Caso contrário, se não coubesse a ADPF nas situações descritas no inciso I, considerando a limitação estampada no par. 1º do art. 4º da Lei 9.882/99, quase nada sobraria à arguição¹⁹⁰.

Confessado o desejo de introduzir o incidente de inconstitucionalidade no sistema brasileiro de controle da constitucionalidade, e apesar do deslocamento da questão constitucional para o STF, possibilitado também por outros instrumentos que servem ao controle concentrado, não se pode afirmar peremptoriamente que o disposto no art. 1º, par. único, inciso I, da Lei da ADPF, tenha sido suficiente para tanto.

Com efeito, mesmo que identificável o que Walter Claudius Rothenburg denominou de “variante de incidente de constitucionalidade¹⁹¹”, o dispositivo legal

¹⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Gálias de Souza. *A arguição de descumprimento ...*, p. 1.

¹⁹⁰ BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeitos das normas constitucionais no sistema normativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30-31.

¹⁹¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Um resumo sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil:...*, p. 249.

não possibilita a sindicabilidade da inconstitucionalidade ampla, típica dos incidentes estrangeiros, mas apenas, e restritamente, a solução de controvérsia relevante acerca de descumprimento de preceito fundamental; a inconstitucionalidade decorrente de descumprimento de preceito fundamental é pressuposto básico do instituto, que visa reparar a lesão provocada por decisões judiciais controversas, e relevantes.

Walter Claudius Rothenburg não concebe necessidade de distinguir as modalidades da ADPF, porque não “enxerga objetos distintos para cada modalidade de arguição [...] ambas as modalidades de arguição possuiriam o mesmo campo objetal¹⁹²”. Considerando a amplitude do conceito de “ato do Poder Público”, já verificada, assiste-lhe razão, posto que as decisões judiciais geradoras da controvérsia relevante poderiam ser sindicadas diretamente, independentemente, conforme a modalidade básica do *caput*. Subsistiria, contudo, os entraves jurisprudenciais acerca do controle concentrado de atos normativos municipais e anteriores à Constituição, e se vislumbra que viabilizá-lo estava na vontade do legislador ordinário.

Por falar em vontade legislativa, verificou-se no desenvolvimento deste estudo que, ao instituir a ADPF, o constituinte só limitou a atividade regulamentadora do legislador ordinário em relação à competência para julgamento (do STF) e objeto (descumprimento de preceito fundamental decorrente da constituição), legando-lhe poderes amplos para conformar o novel instituto. Logo, não havia óbice à conformação processual do instrumento, desde que preservada a competência e a finalidade de garantir cumprimento de preceito constitucional fundamental. Ademais, como sustentam Pedro Loula e Teresa Melo, o constituinte não impôs que o legislador ordinário obedecesse o modelo estabelecido para a ADIN: “Se assim o fosse, a disciplina do novo instituto por lei própria seria desnecessária, bastando que se aplicassem, por analogia, as disposições concernentes à ADIn¹⁹³”.

Tratando, portanto, do mesmo instituto jurídico autônomo, classificável como ação constitucional inaugural de processo objetivo e concentrado de controle da

¹⁹² ROTHENBURG, Walter Claudius. Um resumo sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil:...*, p. 249-250.

¹⁹³ MELO, Teresa; LOULA, Pedro. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: ...*, p. 424.

constitucionalidade, o legislador ordinário previu que o descumprimento de preceito fundamental decorrente de controvérsia judicial relevante seria sindicável por uma modalidade especial de Argüição. “Vê-se, assim, que a argüição de descumprimento poderá ser manejada para solver controvérsias constitucionais sobre a constitucionalidade do direito federal, do direito estadual e também do direito municipal”¹⁹⁴.

Não foi o legislador ordinário que fixou a competência do STF para julgamento da ADPF, mas o próprio constituinte. O legislador ordinário apenas previu as formas processuais pelas quais tutelaria os preceitos fundamentais, conforme sustenta Oswaldo Saraiva Filho:

Destarte, o próprio Poder Constituinte delegou ao legislador ordinário a competência para regulamentar o instituto, com o objetivo precípua de instituir mais um mecanismo de defesa e garantia da observância dos preceitos fundamentais resguardados na Constituição. Caberia, pois, ao legislador ordinário a elaboração de uma norma regulamentar que atendessem amplamente aos objetivos do instituto, conforme previsto constitucionalmente, o que se deu com o advento da Lei nº 9.882/99¹⁹⁵.

Assim, como cabe ao Supremo guardar a Constituição, o que implica, primordialmente, controlar a constitucionalidade do sistema normativo, não se pode conceber que estará negando a jurisdição difusa quando for provocado, pelos instrumentos hábeis, para exercer o controle concentrado. Nesses casos, não estará julgando as situações concretas, subjetivas, mas a conformidade dos atos sindicados com a Constituição e que, no particular, impõe a observância de cumprimento dos preceitos fundamentais.

A “comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado” (art. 3º, inc. V, da Lei nº 9.882/99), contudo, é condição de admissibilidade dessa modalidade, conforme André Tavares¹⁹⁶. Logo, distingue-se da modalidade independente porque exige a demonstração da relevância da controvérsia judicial instaurada em outros processos, sob pena de não ser conhecida.

¹⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental I*. São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência, nº 011, jun. 2001, caderno 1, p. 309.

¹⁹⁵ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Argüição de descumprimento ...*, p. 449.

¹⁹⁶ TAVARES, André Ramos, *Tratado da argüição de preceito fundamental...*, p. 423.

Não basta, porém, qualquer controvérsia judicial, mas controvérsia *relevante* instaurada acerca da aplicação dos preceitos constitucionais fundamentais. Logo, controvérsias constitucionais que não sejam relevantes, mesmo que envolvam preceitos fundamentais, estão ao largo da proteção dessa via.

Para Regina Ferrari, “relevante, para fins de cabimento da argüição é aquilo que tem fundamento, que é legítimo, razoável, que se mostra admissível, evidente, insuperável, características que fazem com que a controvérsia suscitada atinja o interesse público, isto é, um interesse diferente daquele subjetivo que é próprio das partes envolvidas em processo judicial subjetivo¹⁹⁷”.

Por fim, impõe-se registrar que, em 05/12/01, o Ministro Néri da Silveira, relator da ADIN 2.231-DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, concedeu liminar para dar interpretação conforme à Constituição ao citado art. 1º, par. único, inciso I, da Lei da ADPF, excluindo sua aplicação nas controvérsias constitucionais ajuizadas. Com efeitos *ex nunc*, até o julgamento final, a ação pende de julgamento, com vista ao Ministro Sepúlveda Pertence¹⁹⁸.

Conclui-se que o instrumento concebido para tutelar a aplicação dos preceitos constitucionais fundamentais em situação de relevante controvérsia judicial acerca de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, depende da entrega da prestação jurisdicional constitucional provocada ao STF.

3.5 SINDICABILIDADE DE LEIS MUNICIPAIS VIA ADPF

A sindicabilidade da constitucionalidade das leis dos Municípios brasileiros é possível, desde a primeira Constituição republicana, pela via difusa. Logo, é da tradição constitucional brasileira permitir que qualquer Juiz analise, nos casos concretos que julga, a inconstitucionalidade da legislação municipal argüida na via de defesa.

Introduzindo o controle concentrado no sistema brasileiro, a EC 16/65 possibilitou que os Estados-membros instituíssem processo para aferição da constitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Estadual, à

¹⁹⁷ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade, p. 477.

¹⁹⁸ Conforme informações obtidas junto ao *site* do STF, em 20/02/2005.

cargo dos Tribunais de Justiça. A Constituição Federal de 1988 manteve essa possibilidade (art. 125, par. 2º), e o Estado do Paraná materializou essa competência (art. 113 a 114, CEPR). Embora possibilite a concentração na via direta estadual, não se pode sustentar que se trate de controle concentrado típico da doutrina constitucional, principalmente porque o STF tem admitido recurso extraordinário de decisões proferidas nessa via, se a interpretação da norma constitucional estadual contrariar o sentido e o alcance da norma federal reproduzida, conforme afirmado alhures. Em que pese ser possível aos Tribunais Estaduais realizarem controle de normas estaduais e municipais por via de ação direta, a jurisdição constitucional concentrada é exclusiva do STF, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro.

Metodologicamente, portanto, quando se investiga a possibilidade da ADPF ser instrumento hábil à provocação do controle concentrado das leis municipais, o intuito é aferir se é possível levar à cúpula jurisdicional a sindicabilidade da legislação municipal. Conforme se verificou, a Constituição de 1988 não afirmou essa possibilidade, mas também não excluiu; do contrário, previu um instrumento específico para a tutela de preceitos fundamentais (ADPF) que deveria ser regulamentado pelo legislador ordinário.

A Lei nº 9.882/99, que regulamentou a Arguição, rompeu a citada tradição constitucional brasileira, permitindo a sindicabilidade de qualquer ato de Poder Público, sem limitação de esfera federativa, pelo STF. Em que pese suspensão liminarmente, também incumbiu o Supremo de reparar lesão a preceito fundamental decorrente de relevante controvérsia judicial acerca de direito municipal.

Se antes da Lei da ADPF não havia possibilidade de sindicabilidade concentrada da legislação municipal, não se pode negar que ela foi inaugurada, não da forma pura, mas reflexa nos atos veiculadores de descumprimento de preceito fundamental. Com efeito, o paradigma da sindicabilidade não será a lei, abstratamente concebida, mas os atos lesivos que possibilita, inclusive os jurisdicionais provocadores de relevante controvérsia, sempre inerentes a preceitos constitucionais fundamentais.

Celso Bastos e Aléxis Gálias confirmam: “A legislação em comento cria uma forma inovadora na fiscalização da constitucionalidade. Entre as novidades,

destaca-se a possibilidade do controle concentrado da constitucionalidade de lei municipal, que antes só era possível pela via difusa¹⁹⁹”.

Regina Ferrari também:

É de conhecimento geral que, até o advento da Lei 9.882/99, não era possível o controle abstrato da constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal, sujeitando-se apenas ao controle difuso. O controle abstrato ficava restrito em face das constituições estaduais, realizados pelos Tribunais de Justiça, conforme disciplina prevista no artigo 125, par. 2º, de nossa Lei Fundamental. Porém, sendo a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição uma forma de controle concentrado da constitucionalidade sobre atos do Poder Público, normativos ou não, encontram-se aí inseridos os atos de todos os entes federativos parciais que compõe a Federação brasileira.

Agora, o controle abstrato das leis municipais frente às normas constitucionais federais – quando constituam preceitos fundamentais – pode ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

[...] A simples leitura do parágrafo único do art. 1º, da Lei 9882/99, propicia a aceitação de que ao Supremo Tribunal Federal cabe exercer o controle abstrato das leis ou atos normativos municipais frente à Constituição Federal, ou seja controlar a produção normativa do legislativo do Município, e isto desde sua Lei Orgânica até suas leis ordinárias, inclusive o regimento interno da Câmara Municipal²⁰⁰.

Sérgio Resende de Barros discorda, sustentando que a ampliação de institutos torna o sistema de controle da constitucionalidade confuso. “Inconstitucionalidades são flagrantes nesse sistema conturbado. Por exemplo, dando o que a Constituição negou, a Lei nº 9869/99 legitima o Governador do Distrito Federal *ad causam* e a Lei nº 9.882/99 ‘autoriza’ o controle direto de leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal, o que refoge ao texto e ao espírito da Constituição de 1988²⁰¹”.

Alexandre de Moraes nega a possibilidade de controle concentrado das normas municipais:

O único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o difuso.

[...] Note-se que foi criada pela Lei nº 9982/99 a possibilidade de um dos co-legitimados argüir ao Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, fora das hipóteses cabíveis no controle concentrado, quais sejam: controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo municipal e controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição Federal. Em ambas as hipóteses o Supremo Tribunal Federal já havia decidido faltar-lhe competência para essa análise, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, por ausência de previsão expressa na Constituição Federal, não sendo admissível que o

¹⁹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Gálias de Souza. *A arguição de descumprimento ...*, p. 1.

²⁰⁰ FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade, p. 456-457.

²⁰¹ BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 614.

legislador ordinário, por meio de uma manobra terminológica amplie essa competência sem alterar o art. 102, I, a da CF²⁰².

Nagib Slaibi Filho também se posiciona pela inconstitucionalidade desse controle: “Note-se, ainda, que a Constituição, instituindo a ADin no art. 102, I, ‘a’, para controle da constitucionalidade dos atos federais e estaduais, implicitamente instituiu uma reserva de atuação para tal remédio jurídico processual, reserva esta que não poderia ser estendida pela lei ordinária – no caso, a Lei nº 9.882/99 – à cognição da constitucionalidade dos atos municipais pela Corte Constitucional através do controle concentrado.”²⁰³

Festejando a submissão do direito municipal ao controle concentrado como “inovação do maior relevo”, Daniel Sarmento rebate:

Alexandre de Moraes sustenta que a extensão do controle abstrato de constitucionalidade aos atos normativos municipais seria inconstitucional, pois violaria o desígnio do constituinte originário de restringir este controle às normas federais e estaduais, cristalizado na redação do art. 102, I, alínea a, do texto magno. Não comungamos deste seu posicionamento. A Constituição Federal limitou apenas o cabimento da Adin às normas federais e estaduais, mas não estendeu este seu regramento a todos os mecanismos de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Não há qualquer restrição ao controle de atos normativos municipais no art. 102, §1º da Constituição Federal, e não há porque traçar, neste particular, qualquer analogia entre a ADPF e a Adin. Até porque, uma das razões que motivou a criação da ADPF foi sua possibilidade de atingir situações que os outros mecanismos já existentes de controle de constitucionalidade não tinham aptidão de alcançar.

A contrário do que afirma Alexandre de Moraes, não se trata, no nosso entendimento, de extensão da competência do STF por meio de lei, o que efetivamente seria vedado, já que a competência do Supremo foi discriminada, de modo exaustivo, pelo texto constitucional. Na verdade, há expressa previsão constitucional da competência do STF para julgamento da ADPF, e a Lei nº 9.882/99 cingiu-se a regulamentar dito instituto, como lhe determinara a Constituição²⁰⁴.

Olavo Ferreira e Rodrigo Fernandes comungam, integralmente, esses argumentos defensivos da constitucionalidade do instrumento²⁰⁵.

Carlos Velloso registra preocupação com a possibilidade do STF consagrar, por essa via, uma “ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em

²⁰² MORAES, Alexandre *apud* VAINSENCER, Tânia. *A argüição de descumprimento de preceito fundamental e o direito municipal*. Disponível em <<http://www.queirozcavalcanti.adv.br/asp/textos/vainsencher-01c.asp>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2004, p. 3.

²⁰³ SLAIBI FILHO, Nagib. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*, p. 10.

²⁰⁴ SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a argüição ...*, p. 103.

²⁰⁵ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERNANDES, Rodrigo Pieroni. *A argüição de descumprimento de preceito fundamental ...*, p. 127-128.

face da Constituição Federal, inclusive dos atos anteriores a esta. E isto o constituinte não quis nem seria suportável pelo Supremo Tribunal Federal, dado que temos mais de cinco mil municípios”²⁰⁶.

Flávia Piovesan e Renato Stanzola não vislumbram a aventada possibilidade, porque os institutos apresentam “distinções bastante nítidas”. Em relação à sobrecarga do STF, citam Vital Moreira:

Seguramente que a justiça constitucional não pode ser banalizada, nem os tribunais constitucionais devem ver-se sepultados sob aluviões de milhares de processos por ano. No entanto, os remédios para essas situações devem procurar-se preferentemente em instrumentos de filtragem dos recursos ou acções impertinente e não no maltusianismo artificial de negar aos titulares de direitos ou prerrogativas constitucionalmente protegidos os instrumentos processuais adequados à sua defesa contra os poderes instituídos²⁰⁷.

Gilmar Mendes enaltece o instituto, vislumbrando, inclusive, a possibilidade de diminuição do volume submetido ao STF pela via difusa:

A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.

O bom observador poderá perceber que o novo instituto contém um enorme potencial de aperfeiçoamento do sistema pátrio de controle de constitucionalidade²⁰⁸.

Para André Tavares a regulamentação da ADPF colmatou lacunas do controle concentrado brasileiro, dentre as quais a da fiscalização da constitucionalidade de lei municipal pelo STF, constituindo fórmula de preservação do federalismo, conforme Dicey e Ruy Barbosa. Para o autor, que defende a constitucionalidade das duas modalidades de Arguição, a “novidade gera um efeito ordenador em todo o Direito, no sentido de que passam a ser fornecidos, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, em relação a alguma lei ou ato municipal, parâmetros seguros para as demais entidades municipais”²⁰⁹.

²⁰⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *A arguição de descumprimento...*, p. 6.

²⁰⁷ PIOVESAN, Flávia, STANZIOLA, Renato. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Inovações e aspectos polêmicos. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil...*, p. 113.

²⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental (par. 1º do art. 102 da Constituição Federal)*, p. 114.

²⁰⁹ TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 282-283, 311.

Registra-se, por oportuno, que depois da regulamentação da ADPF o Supremo não negou mais a possibilidade de controle concentrado das leis municipais pela via independente (direta ou autônoma), como se extrai de recente despacho do Ministro Sepúlveda Pertence:

Entre as hipóteses de cabimento de ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a) não reside a que pretende examinar, in abstrato, a legislação municipal: desta, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que o único controle de constitucionalidade - frente à Constituição Federal - é o difuso. Sobreveio, após esta Corte firmar entendimento sobre a questão, a criação normativa constitucional da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que viabiliza a discussão - pela via concentrada - de norma municipal²¹⁰.

Vislumbra-se, portanto, que a ADPF viabilizou o controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais.

Contudo, não se pode deixar de concordar com a atenta observação de Gustavo Binenbojm, no sentido de que, na expressiva linguagem de José Carlos Barbosa Moreira, em relação aos atos municipais, agora impugnáveis via Arguição, corre-se o risco de se estar diante de um “sino sem badalo”. Isso porque, malgrado tenha a Lei nº 9.882 previsto a hipótese de insurgência contra os mesmos, não elasteceu, contudo, o rol de legitimados ativos aptos a intentarem a mencionada Arguição aos Prefeitos Municipais, às Câmaras Municipais ou a qualquer outra entidade pública ou privada de âmbito municipal²¹¹.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão. Reclamação 2970/RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 23 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 fev. 2005.

²¹¹ PIOVESAN, Flávia, STANZIOLA, Renato. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Inovações e aspectos polêmicos. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil...*, p. 112.

CONCLUSÃO

A tradição constitucional brasileira possibilita o controle difuso de constitucionalidade, do qual não se excluem as leis municipais, desde a primeira Constituição Republicana, de 1891.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil (escrita, dogmática e rígida), promulgada em 5 de outubro de 1988, instituiu o Supremo Tribunal Federal como órgão máximo da jurisdição constitucional, incumbido do controle concentrado da constitucionalidade do conjunto normativo. Dentre os instrumentos que instituiu para o exercício do controle na via de ação direta, nenhum possibilitava o controle abstrato das leis municipais, em que pese ter resgatado a possibilidade de representação genérica de inconstitucionalidade no âmbito estadual.

Dentre os instrumentos do controle concentrado, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, foi instituída na norma de eficácia contida, de princípio institutivo, prevista no art. 102, par. 1º, da CF.

Novidade da Constituição de 1988, também, a concessão de autonomia federativa aos Municípios, dentre as quais se destaca a normativa, que possibilitou auto-organização por Lei Orgânica Municipal e atividade legislativa nos assuntos de predominante interesse local, no exercício de competências exclusivas e suplementares da competência concorrente.

Dentre os atos normativos que o Município pode utilizar no exercício da competência legislativa, delimitou-se o objeto deste estudo àqueles decorrentes do processo legislativo estrito: emendas à lei orgânica, leis complementares e leis ordinárias. Visava-se investigar se a ADPF era instrumento hábil a possibilitar o controle concentrado desses atos normativos.

A Lei nº 9.882/99, regulamentou a Arguição como ação constitucional que possibilita sindicar, diretamente, inconstitucionalidade derivada do descumprimento de preceito fundamental, no qual não se incluem as omissões.

A definição do que são preceitos fundamentais decorrentes da Constituição é tarefa exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

A legitimidade ativa é restrita aos arrolados no art. 103, da CF (mesmos da ADIN).

Pela modalidade independente é possível a prevenção ou reparação de preceito fundamental lesado por qualquer ato do Poder Público.

Na via preventiva, que visa evitar o aperfeiçoamento da lesão, a lei municipal será fiscalizada diretamente, posto inexistir ato do Poder Público. Não será, contudo, sindicada exclusivamente, porque depende da indicação do ato potencialmente lesivo. Logo, não se trata puramente de controle de constitucionalidade da lei, não viabilizado pela ADIN, mas de utilização de paradigma normativo para a prevenção de descumprimento (inconstitucional) de preceito fundamental.

A via repressiva, que permite reparar os preceitos fundamentais lesados, da mesma forma, sindicará a lei municipal como suporte normativo de ato inquinado lesivo. Inexistirá, também, fiscalização exclusiva da lei.

O legislador também possibilitou o ajuizamento, pela modalidade dependente, quando for relevante o fundamento da controvérsia judicial constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, acerca da aplicação dos preceitos fundamentais. Em que pese suspensos os dispositivos autorizadores, é de se registrar que permite a sindicabilidade de atos jurisdicionais geradores de relevante controvérsia acerca da aplicação de preceito fundamental, originada por lei municipal.

Conclui-se, portanto, que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é instrumento que viabiliza o controle concentrado das leis municipais.

O aperfeiçoamento do instituto, que acresce o *status* do Município na Federação brasileira, depende da interpretação do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, incumbe ao guardião da Constituição estabelecer o quanto pode fiscalizar para garantir a força normativa da Carta Magna, legitimando a *vontade de constituição* legada pelo Poder constituinte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 29ª ed. São Paulo: Globo, 1992.

BARROS, Sérgio Resende de. *Inconstitucionalidade das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99*. São Paulo: Revista Direito Mackenzie, nº 1, jan/jun. 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Gálias de Souza. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a Advocatória*. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2004.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeitos das normas constitucionais no sistema normativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Ação direta de inconstitucionalidade julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo... Reclamação 358/SP. Relator: Ministro Sydney Sanches, 8 jun. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 fev. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. 4ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *(ADIN) E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA: Carência de ação quando a ação civil pública for usada como forma paralela de declaração de inconstitucionalidade, após análise da extensão do efeito erga omnes – Noções sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua natureza jurídica*. Juris Síntese. Porto Alegre: Editora Síntese, nº 23, mai/jun. 2000, p. 9.

CLEVÊ, Clemerson Merlin. *A fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____; DIAS, Cibele Fernandes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Goiânia: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, [s.e.], nº 21, jan./dez. 2001, p. 51.

CRUZ, Rômulo Lago. *Arguição de descumprimento fundamental: sistema aberto de legitimidade ad causam*. São Luis: Revista do Ministério Público do Maranhão, nº 10, jan/dez. 2003.

DAL COL, Helder Martinez. *O significado da expressão “preceito fundamental” no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, par. 1º, da CF*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 39, abr/jun. 2002, p. 171.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição Constitucional: ação e processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 783, jan. 2001, p. 115.

DELGADO, José Augusto. *O Controle de Constitucionalidade das leis Municipais*. Disponível em <<http://www.jfrn.gov.br/docs/especial07.doc>>. Acesso em: 30 de junho de 2004.

DIAS, Eduardo Rocha. *Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 55, abr. 2000, p. 50.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERRARI, Regina Maria Nery Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Controle da constitucionalidade das leis municipais*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Elementos de direito municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FERREIRA, Antonio Gomes. *Dicionário de latim-português*. Porto: Porto Editora [s.a.].

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERNANDES, Rodrigo Pieroni. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 363, set/out. 2002, p. 121.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 03 de dezembro de 1999)*. Porto Alegre: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 18, 2000, p. 181.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey., 1997.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; SOARES, Guilherme. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: perspectivas do novo instrumento brasileiro de justiça constitucional*. Florianópolis: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, vol. 13, p. 59.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris Editora, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 10^a. ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9^a. ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002.

MAUÉS, Antonio G. Moreira, COLARES, Patrick Menezes. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o direito anterior à constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 39, abr/jun. 2002, p. 251.

MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito municipal brasileiro*. 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MÉLEGA, Luiz Henrique Cavalcanti. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF - art. 102, par. 1º da C.F.*. São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência, nº 05, mar. 2001, caderno 1, p. 142.

MELO, Teresa; LOULA, Pedro. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: novo mecanismo de tutela das normas constitucionais*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 357, set/out. 2001, p. 417.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental (par. 1º do art. 102 da Constituição Federal)*. São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência, nº 04, fev. 2000, caderno 1, p. 114.

_____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. Disponível em <http://www.ww.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-13/argui-des.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2004.

_____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: identificação do parâmetro de controle para os fins do art. 103, par. 1º, da Constituição Federal*. São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência, nº 05, mar. 2001, caderno 1, p. 145.

_____. *Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental I*. São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência, nº 011, jun. 2001, caderno 1, p. 309.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Humberto Peña de. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: apontamentos para compreensão do tema*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nº 41, jul/set. 2001, p. 33.

OLIVEIRA, Keli dos Reis. *O controle de constitucionalidade e seus efeitos no direito brasileiro*. Juris Síntese. Porto Alegre: Editora Síntese, nº 41, maio/jun. 2003.

PINASSI, Ayrton. *Direito municipalista constitucional*. Campinas: Conan Editora, 1995.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade - Arguição de descumprimento de preceito fundamental – art. 11 da Lei nº 9.882 de 3/12/1999*. Franca: Revista Jurídica da Universidade de Franca, nº 10, 2003, p. 70.

REIS, Palhares Moreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Boletim de Direito Administrativo, nº 6, jun. 2003, p. 466.

ROCHA, Mauro Sérgio. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental e o aprimoramento do controle brasileiro da constitucionalidade*. Recife: Livro de Teses Cível: O Ministério Público e a Cidadania Plena. vol. 02, t. II, 2001, p. 371.

_____. *O controle brasileiro da constitucionalidade e suas particularidades originadas da Constituição de 05/10/88 e Emenda Constitucional nº 03/93 (Invocações de Direito Comparado e o Controle da Constituição do Estado do Paraná)*. Curitiba: Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Curitiba, nº 8, 1994, p. 30.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O contrato social*. Trad. Antonio de P. Machado. Estudo crítico: Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência, nº 17, set/2000, caderno 1, p. 449.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Alguns aspectos controversos*. Porto Alegre: Revista da AJURIS, nº 84, t. I, dez. 2001, p. 117.

SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 224, abr/jun. 2001, p. 95.

SCHÄFER, Gilberto. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)*. Porto Alegre: Revista da AJURIS, nº 83, t. I, set. 2001, p. 201.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 530.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Disponível em <http://www.nagib.net/artigos/art_const/art_const2.doc>. Acesso em: 30 de janeiro de 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Os meio de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de eficácia da constituição*. Porto Alegre: Revista da AJURIS, nº 81, t. I, mar. 2001, p. 97.

TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental (Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____, ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: Recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Forense, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TESHEINER, José Maria. *Notas sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Revista Jurídica, nº 283, maio 2001, p. 17.

VAINSENCER, Tânia. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o direito municipal*. Disponível em <<http://www.queirozcavalcanti.adv.br/asp/textos/vainsencher-01c.asp>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_12/DIALOGO-JURIDICO-12-MARCO-2002-CARLOS-MARIO-VELLOSO.pdf>. Acesso em: 30 de janeiro de 2004.