

O Controle Abstrato de Constitucionalidade do Direito Estadual e do Direito Municipal

Gilmar Ferreira Mendes

*Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor de Direito
Constitucional nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e Ex-Advogado-
Geral da União.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 1.1 Considerações preliminares; 1.2 Escoço histórico; 1.2.1 O controle de constitucionalidade da lei municipal e o art. 119, I, I, da Constituição de 1967/1969; 1.2.2 O controle do direito estadual e municipal na Constituição de 1988; 2 O controle de constitucionalidade da lei estadual e municipal no âmbito do estado-membro e a jurisdição constitucional federal; 2.1 Necessidade de autorização constitucional; 2.2 Coexistência de jurisdições constitucionais estaduais e federal; 2.3 Concorrência de parâmetros de controle; 2.4 Parâmetro de controle estadual e questão federal; 2.4.1 Parâmetro de controle estadual e questão constitucional federal; 2.4.2 Recurso extraordinário e norma de reprodução obrigatória; 3 Ação declaratória de constitucionalidade no âmbito estadual; 4 A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o controle de atos municipais; 4.1 Considerações gerais; 4.2 O controle direto de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal; 4.3 Pedido de declaração de constitucionalidade (ação declaratória) do direito estadual e municipal e arguição de descumprimento; 5 O controle da omissão legislativa no plano estadual; 6 O controle de constitucionalidade no âmbito do Distrito Federal; 6.1 Considerações preliminares; 6.2 A possibilidade de instituição de ação direta no âmbito do Distrito Federal; 7 Eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em sede de controle abstrato no âmbito estadual; 7.1 Considerações preliminares; 7.2 Processo objetivo e eficácia *erga omnes*; Conclusões; Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

1.1 Considerações preliminares

O Texto Constitucional de 1988 contemplou expressamente a questão relativa ao controle abstrato de normas da lei estadual e municipal em face da Constituição, consagrando no art. 125, § 2º, que compete “ao Estado 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”.

Todas as constituições estaduais, sem exceção, disciplinaram o instituto, com maior ou menor legitimação.

Algumas unidades federadas não se limitaram, porém, a consagrar o controle abstrato de normas dos atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, instituindo, igualmente, a ação direta por omissão.¹

A ausência de menção expressa ao Distrito Federal, no art. 125, § 2º, tem dado ensejo a certa insegurança jurídica quanto ao controle de constitucionalidade do direito distrital em face da Lei Orgânica.

A instituição da ação declaratória de constitucionalidade no plano federal (Emenda nº 3/93) introduz a indagação sobre a possibilidade de adoção desse novo instrumento no âmbito estadual.

1.2 Escorço histórico

Como se sabe, o controle de constitucionalidade da lei municipal, em tese, suscitou amplo debate nos meios acadêmicos e nos tribunais. A controvérsia assumiu maior realce em face do silêncio da Carta Magna de 1967/69, que contemplou, tão-somente, a representação do chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual, bem como para prover a execução da lei (CF 67/69, art. 15, § 3º, *d* – *representação interventiva*).

Admitindo a existência de um “campo deixado em branco pela Constituição Federal”, houve por bem a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo consagrar, na Constituição de 1967, modalidade genérica de controle abstrato de constitucionalidade, cuja iniciativa ficou a cargo do Procurador-Geral do Estado, como se depreende do disposto no art. 51, parágrafo único, da Constituição Estadual:

“Art. 51.

Parágrafo único. Compete ao Procurador-Geral do Estado, além de outras atribuições conferidas por lei, representar ao Tribunal competente sobre a inconstitucionalidade de leis ou atos estaduais e municipais, por determinação do Governador ou solicitação do Prefeito ou Presidente de Câmara interessado, respectivamente.”

1 Cf., *v.g.*, Constituição do Estado do Acre, art. 104, § 3º; Constituição do Estado do Amazonas, art. 75, § 3º; Constituição do Estado da Bahia, art. 134, § 4º; Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, art. 95, XII, *d*; Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 159, § 2º; Constituição do Estado de Rondônia, art. 88, § 3º; Constituição do Estado de Santa Catarina, art. 84, § 3º, e Constituição do Estado de São Paulo, art. 90 (*caput*).

O art. 54, I, e, da Constituição Estadual, estabeleceu a competência do Tribunal de Justiça para julgar a representação interventiva, formulada pelo Procurador-Geral da Justiça, e a modalidade genérica de controle de constitucionalidade, cuja provocação era da competência do Procurador-Geral do Estado.

O instituto do controle de constitucionalidade genérico, consagrado no art. 51 e parágrafo único da Constituição Estadual, somente veio a ter aplicação em 1977, com a propositura da RP 261.928 e da RP 261.929, que tinham por objeto a arguição de inconstitucionalidade, em face da Constituição Federal, de leis dos municípios de São Paulo e de Campinas.²

Ao apreciar as representações, o Procurador-Geral da Justiça suscitou os preliminares de incompetência da justiça estadual e de ilegitimidade *ad causam* da Procuradoria-Geral do Estado. No mérito, sustentou S. Exa. que:

“O ordenamento jurídico-constitucional positivo, no plano federal, não concede aos tribunais superiores dos Estados-membros a jurisdição censória de leis e outros atos normativos, mesmo municipais, abstratamente conflitantes com as regras que o compõem; por isso, não defere a qualquer autoridade local a pretensão de direito material constitucional ao exercício desse excepcional controle, nem cogita do remédio jurídico-processual que conduza a esse resultado. Ao nível da Justiça estadual, não há jurisdição especificamente preservadora da Constituição Federal, nem direito de ação para algum titular, nem ação direta para um eventual legitimado ativo.”³

A compatibilidade do sistema de controle genérico estabelecido no art. 51, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, foi defendida com base em estudos e pareceres de juristas de tomo, como ADA PELLEGRINI GRINOVER, JOSÉ AFONSO DA SILVA, DALMO DALLARI, CELSO RIBEIRO BASTOS, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO e GALENO DE LACERDA.⁴

A corrente doutrinária que sustentou a compatibilidade do controle concentrado, no âmbito estadual, com a ordem constitucional federal enfatizava que a edição de norma de natureza material, não reservada à competência da União, consubstancia um desdobramento dos princípios

2 *Ação direta de controle da constitucionalidade de leis municipais, em tese*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979, p. 9.

3 RIBEIRO, Gilberto Quintanilha. Manifestação do Ministério Público. Preliminares de ilegitimidade ativa e de incompetência do Tribunal de Justiça. In: *Ação direta de controle...*, p. 37-42.

4 *Ação direta de controle...*, p. 5-125; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. O controle de constitucionalidade de leis municipais. *Revista de Informação Legislativa*, 19(76):128-9.

constitucionais, com o necessário preenchimento de claros verificáveis na Carta Magna através do exercício de autonomia do constituinte estadual.⁵

Nessa linha de entendimento, concluiu JOSÉ AFONSO DA SILVA que a matéria se insere, integralmente, na esfera de autonomia estadual, afigurando-se-lhe dispensável, inclusive, a existência ou não dessa modalidade de controle no plano federal.⁶

Vale registrar, a propósito, a seguinte passagem de suas considerações sobre o tema, que continha a síntese da doutrina favorável à adoção do modelo concentrado de constitucionalidade pela unidade federada:

“Trata-se de assunto de inteira competência estadual, que integra o princípio da autonomia federativa, e é de tal ordem que se poderá dizer inexistir federação onde ela porventura seja tolhida. Por isso é que nos parecem incompreensíveis, *data venia*, as dúvidas de parte da doutrina em relação ao vigente art. 51, parágrafo único, da Constituição paulista, que exatamente alberga o princípio da autonomia e defesa acima apontadas. Mais estranhável ainda é recusar legitimidade ao texto, sob a alegação de falta de formas processuais e outros meios para a sua atuação. Ora, nisso há subordinação dos fins aos meios, o que, em matéria constitucional, mais do que em qualquer outro ramo, é inadmissível. É um direito autônomo dos Estados-membros de uma federação, com base na sua capacidade de auto-organização (entre nós, art. 13 da Constituição Federal vigente), estruturar os meios, inclusive processuais, perante os órgãos de seu Poder Judiciário, visando à defesa de sua Constituição. Esse direito decorre do princípio maior do federalismo, e não pode ser tolhido por simples norma de competência atribuída à União. Para a efetividade desse direito estadual, não seria sequer necessário existir modelo na Constituição Federal que devesse ser seguido. Esse não é um direito vinculado a regras menores da Constituição Federal. Veremos, no entanto, que, no Brasil, a Constituição Federal não apenas não o veda como até fornece-lhe as bases necessárias.”⁷

Como se vê, toda a problemática residia, fundamentalmente, no princípio da autonomia dos entes federados, estando a questão subordinada à capacidade de auto-organização do Estado.

5 GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação direta de controle da constitucionalidade na Constituição paulista. In: *Ação direta de controle*, cit., p. 55-6; BASTOS, Celso Ribeiro. O controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos municipais. In: *Ação direta de controle*, p. 72; SILVA, José Afonso. Ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. In: *Ação direta de controle*, p. 85; DALLARI, Dalmo de Abreu. Lei municipal inconstitucional. In: *Ação direta de controle*, p. 120.

6 SILVA, José Afonso da. *Ação direta de declaração...*, p. 85-90.

7 SILVA, José Afonso da. *Ação direta de declaração...*, p. 85.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao acolher a Representação de Inconstitucionalidade nº 261.928, assentou que a matéria envolvia, basicamente, matéria atinente ao direito constitucional estadual, afigurando-se, assim, legítima a norma constitucional que outorgava à Corte de Justiça a competência genérica para julgar a representação de inconstitucionalidade de lei municipal. É o que se constatava na seguinte passagem do voto proferido pelo eminente relator, Desembargador XAVIER HOMRICH:

“A própria Constituição Federal não deixa qualquer dúvida sobre a competência dos Tribunais de Justiça para conhecer e julgar as ações diretas genéricas para declarar a inconstitucionalidade de leis municipais. O art. 116, com a redação da Emenda nº 7, de 13 de abril de 1977, estabelece que ‘somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 144, V), poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de leis ou ato normativo do poder público’. Aí está o fulcro dessa competência, como salienta o erudito parecer do Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA (fl. 110). Preleciona LÚCIO BITTENCOURT, na observação do referido mestre, que esse preceito constitucional, ‘em si mesmo, não é uma norma de funcionamento nem uma regra de competência; estabelece apenas uma condição de eficácia’ (*ibidem*). Mas é evidente que, ao menos ‘implicitamente, define a competência dos tribunais para o exercício do controle de constitucionalidade’, ou através de recurso, na hipótese da via de exceção, ‘ou por via de ação direta, quando prevista sua competência originária’.

Há previsão constitucional, outrossim, para o Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a invalidade da lei ou ato normativo, quando se trata de pressuposto da chamada ação direta interventiva (art. 15, § 3º, letra d, da Constituição Federal). Ora, se o Tribunal de Justiça pode declarar inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, como um *príus* para uma eventual declaração de intervenção, por que não seria competente somente para a ação direta ‘genérica’?

É de concluir-se, em suma, consoante ensina a Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, ‘que a Constituição Federal prevê a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual ou federal, em confronto com a Constituição Federal (arts. 119, I, l, e 11, § 1º, c)’; bem como a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, frente à Constituição Estadual, para o fim de intervenção (art. 15, § 3º, d). ‘Não cuida, a Constituição Federal’, entretanto, de ‘declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual frente à Constituição Estadual; nem a de lei ou ato municipal, frente à Constituição Federal ou Estadual: este último caso só é regulado para efeitos interventivos’ (fl. 47).

Assim, em face do princípio da competência remanescente ou residual conferida ao Estado-membro pela Constituição Federal (art. 13, § 1º), era lícito à Constituição do Estado de São Paulo, 'ocupando campo deixado em branco' pela Carta Magna, 'editar suas próprias normas sobre a ação direta de inconstitucionalidade, desde que circunscritas aos princípios gerais enumerados na Lei Maior, estabelecendo, ao lado da titularidade da ação, a competência funcional para seu conhecimento e julgamento'. Fiel a tais diretrizes, o art. 54, I, e, da Emenda Constitucional nº 2 da Constituição Estadual estabelece que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente as representações sobre inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais apresentadas pelo Procurador-Geral do Estado, ressalvados os casos da competência do Supremo Tribunal federal."⁸

Anteriormente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul havia admitido que, não obstante a omissão da Carta Estadual, dispunha aquela Corte de Justiça de competência para conhecer de arguição de inconstitucionalidade em tese, formulada pelo Procurador-Geral de Justiça. Nesse sentido, pronunciou-se o eminente Desembargador EMÍLIO GISCHKOW:

"Adoto a linha de raciocínio do eminente Procurador. Apenas estou fazendo uma inversão porque me parece que o art. 15 da Constituição Federal, assim como o art. 150 da Constituição Estadual, concede suporte evidente para caracterizar de forma expressa a competência dos tribunais estaduais para o controle da constitucionalidade das leis municipais. O art. 200 da Constituição Federal, que foi salientado pelo Dr. Procurador quando emitiu seu parecer, dispõe: 'As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados'. E é princípio fundamental do sistema constitucional brasileiro que os Estados hão de reger-se pelos mesmos princípios estabelecidos na Constituição Federal. O raciocínio exposto pelo Procurador consiste em que, competindo ao Pretório Excelso, o mais alto Tribunal da República, o conhecimento e julgamento da inconstitucionalidade da lei em tese, também esses dispositivos têm sua incidência em relação aos Tribunais Estaduais no que se refere à legislação municipal. E isso porque o art. 15, embora referindo-se à intervenção, deixa de forma bem expressa, bem nítida, a competência do Tribunal de Justiça.

De forma que, dentro desta ordem de fundamentação, meu voto preliminar é no sentido de dar pela competência deste eg. Tribunal Pleno, para conhecer da representação."⁹

8 *Ação direta de controle...*, p. 137-138.

9 RP 19.522, de 18.06.1973, Rel. Des. EMÍLIO A. MAYA GISCHKOW. In: *Ação direta de controle...*, p. 250.

O Supremo Tribunal Federal apreciou a questão, inicialmente, no RE 91.740/RS (Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE). Em verdade, não se suscitava, no v. arresto recorrido, qualquer dúvida quanto ao cabimento ou não do controle *in abstracto* de norma municipal em face da Constituição Federal. Por isso, o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE se absteve, inicialmente, de examinar o tema, limitando-se, apenas, a externar uma *advertência*, como se pode ler na seguinte passagem de seu voto:

“O exame do caso reclama, ainda que para servir de advertência, uma observação preliminar: o processo, que sobe ao Supremo Tribunal Federal por força da interposição de recurso extraordinário, é de representação do Procurador-Geral da Justiça ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para exame da argüição de inconstitucionalidade, *in abstracto*, de atos legislativos municipais que se diz colidirem com a Constituição da República e com a Lei Complementar Federal nº 25/75.

Ora, tal representação, destinada à argüição, em tese, de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, fundada em contrariedade a preceitos da Constituição Federal, tal representação, repito, não está autorizada pelo nosso sistema constitucional e processual. E cumpriria, como é óbvio, que estivesse, à vista do caráter excepcional da representação de inconstitucionalidade, que é instrumento singularíssimo de controle *in abstracto* da constitucionalidade das leis.

Com efeito, o que a Constituição permite – graças à inovação que a Emenda nº 1/69 introduziu no art. 15, § 3º, letra *d*, da redação que lhe deu – é que o chefe do Ministério Público estadual represente ao Tribunal de Justiça do Estado, para fins de intervenção estadual nos municípios, acerca da inconstitucionalidade, à luz da Constituição Estadual, de atos municipais. É isso, e somente isso.

A argüição de inconstitucionalidade em tese, por contrariedade à Constituição Federal, esta só a permite em relação à lei ou ato normativo federal ou estadual, como se vê do seu art. 119, I, letra *l*. Lei ou ato normativo municipal, que acaso colida com a Constituição Federal, só pode ser objeto de contencioso constitucional *in concreto*.

Embora inadmissível, pelos motivos que venho expor, a representação foi conhecida e julgada pelo nobre Tribunal *a quo*, que sequer examinou a questão de ser ela cabível ou incabível. Ninguém, aliás, suscitou tal problema nestes autos.

Em casos análogos – não de representações, mas de mandados de segurança patentemente inidôneos, mas conhecidos e denegados pelo mérito –, tenho entendido que a atitude das instâncias locais não pode vincular o Supremo Tribunal, nem constrangê-lo a consentir, a pretexto

que só do mérito se pode ocupar, no uso de ação ou medida processual que tenha por imprópria e inadequada.

.....

Como ressalva do meu ponto de vista, passo a seguir a orientação da douda maioria. E é em sua homenagem que transponho, sem me decidir por ela, essa questão preliminar.¹⁰

Todavia, o Ministro MOREIRA ALVES considerou que, como o recurso extraordinário fora interposto ao abrigo da alínea *c* do permissivo constitucional (CF 1967/1969, art. 119, III, *c*), que devolvia ao Tribunal “o exame pleno da questão constitucional em causa”,¹¹ caberia examinar, de ofício, se estavam presentes as condições da ação (CPC, art. 267, § 3º). E, após essa consideração preliminar, houve por bem dar provimento ao apelo, pelos seguintes fundamentos:

“Com efeito, o controle da inconstitucionalidade das leis em tese, ainda quando deferido – como sucede no Brasil – ao Poder Judiciário, não é, ao contrário do que ocorre com o controle *incidenter tantum* (que, por isso mesmo, foi admitido nos Estados Unidos da América do Norte, independentemente de texto constitucional que o consagrasse expressamente), insito à atribuição jurisdicional (aplicar a lei válida e vigente ao caso concreto submetido ao Judiciário), mas ato de natureza eminentemente política, uma vez que, por ele, se julga, diretamente e em abstrato, a validade de ato dos outros poderes do Estado (o Legislativo e o Executivo), em face dos preceitos constitucionais a que todos os poderes devem guardar obediência. Por isso mesmo, WILLOUGHBY (*The Supreme Court of the United States*, p. 36, Baltimore, 1890) faz esta advertência:

‘Every act of the legislature is presumably valid. Its constitutionality can be tested only when brought before the court in a specific case. The court never goes to meet a law, nor anticipates its execution by an opinion as to its constitutionality. The court is brought into the political arena, independently of its own will. It judges the law only because it is obliged to judge the case.’ (Todo ato do Poder Legislativo é presumidamente válido. Sua constitucionalidade somente pode ser testada se trazida diante da Corte em caso concreto. A Corte nunca vai de encontro à lei, nem antecipa, em juízo sobre sua constitucionalidade, a execução que lhe dará. A Corte é trazida para a arena política independentemente de sua vontade. Ela julga a lei somente porque é obrigada a julgar o caso.)

10 RTJ, 93(1):458-9.

11 RE 91.740/RS, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, RTJ, 93(1):460-1.

Por isso mesmo, o controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o *incidenter tantum*) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria constituição, como conseqüência, aliás, do princípio da harmonia e independência dos poderes do Estado. Não há que se falar, portanto, nesse terreno, de omissão da Constituição Federal que possa ser preenchida – principalmente quando se trata, como no caso, de meio de controle para a preservação da obediência dela – por norma supletiva de Constituição Estadual. Se nem o Supremo Tribunal Federal pode julgar da constitucionalidade, ou não, em tese, de lei ou ato normativo municipal diante da Constituição Federal, como admitir-se que as Constituições Estaduais, sob o pretexto de omissão daquela, dêem esse poder, de natureza, como disse, eminentemente política, aos Tribunais de Justiça locais, e, portanto, ao próprio Supremo Tribunal Federal, por via indireta, em grau de recurso extraordinário?

Ocorre, pois, no caso, impossibilidade jurídica que reconheço de ofício."¹²

O tema voltou a ser examinado pela Excelsa Corte no RE 92.169/SP, interposto pelo Ministério Público estadual contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, julgando representação da Procuradoria-Geral do Estado, declarou a inconstitucionalidade de lei do município da Capital.¹³ O Supremo Tribunal Federal manteve a orientação anteriormente esposada, afirmando a incompatibilidade com o ordenamento constitucional brasileiro da extensão do controle de constitucionalidade em tese.

1.2.1 O controle de constitucionalidade da lei municipal e o art. 119, I, I, da Constituição de 1967/1969

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 92.169/SP, acima referido, suscitou-se interessante controvérsia sobre a possibilidade de se proceder ao controle de constitucionalidade de leis municipais, mediante representação do Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal. O eminente Ministro CUNHA PEIXOTO vislumbrou a existência de uma lacuna na disposição contida no art. 119, I, I, da Constituição de 1967/1969, por não se referir à lei municipal. Convém registrar, a propósito, algumas passagens de seu voto:

“(…) nossa Constituição, embora postulando a independência e harmonia dos poderes, fez do Judiciário um superpoder, pela prerrogativa que lhe concedeu de considerar inconstitucionais e,

12 RE 91.740/RS, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, RTJ, 93(1):461-462.

13 Rel. Min. CUNHA PEIXOTO, RTJ, 103(3):1085-1117.

portanto, sem efeito, as leis e os atos dos demais poderes. A forma pela qual este superpoder é exercido constitui uma determinação da própria Constituição e, conseqüentemente, não se pode dizer que, fixados dois sistemas pela Constituição, um é o normal e o outro excepcional. Ambos estão colocados no mesmo pé de igualdade e, se se pudesse considerar anormal um deles, seria, sem dúvida, a nosso ver, o método difuso, pois nele se permite que um juiz de primeiro grau decrete a inconstitucionalidade de um ato do Chefe do Poder Executivo, enquanto que, no sistema concentrado, esta atribuição pertence à cúpula do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal.

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

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

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

.....

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

Nem se objete que a competência do Supremo Tribunal Federal é de ordem constitucional, porque aqui, a nosso ver, se trata de competência implícita, ou por força de compreensão, que plenamente se justifica e foi muitas vezes reconhecida pela Excelsa Corte, como assinalava o saudoso Ministro LUIZ GALLOTTI.

‘(...) acolhendo esta tese’ – de ser o Supremo Tribunal Federal competente para, por ação direta, examinar a constitucionalidade ou não de lei municipal em face da Constituição Federal – escreveu FREDERICO MARQUES: ‘A omissão do mandamento constitucional, que só menciona lei federal ou estadual (e ato normativo federal ou estadual), não impede que se estenda ao âmbito do município o que ali está escrito, pois, *a fortiori*, há de poder-se a lei ou ato normativo

municipal que vulnere a Constituição da República' (*Reforma do Poder Judiciário*, v. 1, n. 175, p. 316).

A titularidade para a arguição de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo por ação direta é do Procurador-Geral da República."¹⁴

O Ministro RAFAEL MAYER também manifestou-se no mesmo sentido:

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

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

Todavia, ao formal se deve sobrepor a realidade de exigências incontornáveis. Pela sua autonomia, também constitucionalmente reconhecida, o Município tem atividade legiferante significativa, que pode interessar à própria Federação como um todo, bastando ver a sua integração no Sistema Nacional Tributário e as possíveis repercussões que, neste, as suas normas possam causar."¹⁵

A proposição formulada não mereceu, então, maiores desenvolvimentos. Todavia, o Procurador-Geral da República, Dr. JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE, ofereceu representação de inconstitucionalidade contra a Resolução nº 267, de 20 de janeiro de 1983, editada pela Câmara Municipal de Aracruz/ES, que introduziu a alteração no Regimento Interno da Câmara Municipal, estabelecendo que, em caso de empate, nas eleições da Mesa, seria "proclamado vencedor o concorrente mais votado nas eleições municipais". Alterou-se, assim, o critério então vigente, segundo o qual, em caso de empate, seria considerado eleito o mais idoso.

Na oportunidade, ressaltou-se que a representação envolvia, "já quanto à preliminar de sua admissibilidade, já no que toca ao mérito da arguição de inconstitucionalidade suscitada, questões relevantes sobre as quais parece conveniente e oportuno ao representante provocar a decisão da Alta Corte".¹⁶

Acentuou a Procuradoria-Geral da República, na sua representação, que, não obstante o entendimento do Excelso Pretório no sentido da invalidez

14 RTJ, 103(3):1102-1104.

15 RE 92.169/SP, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO, RTJ, 103(3):1107-1108.

16 RE 92.169/SP, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO, RTJ, 103(3):1107-1108.

das normas das constituições estaduais que atribuem aos tribunais locais o controle, por ação direta, da constitucionalidade de leis municipais, e a despeito da expressão literal do art. 119, I, *l*, da Constituição Federal de 1967/1969, que limita o objeto da representação por inconstitucionalidade do Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, a “ato normativo federal ou estadual”, existiam valiosos pronunciamentos que consideravam as normas municipais subentendidas na menção aos atos normativos estaduais.

Para a adequada apreciação da controvérsia, afigura-se indispensável breve consideração sobre o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.

Como ressaltado, embora o constituinte tenha buscado inspiração no Direito norte-americano, a evolução do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro assumiu características próprias. O Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, instituiu o recurso, para o Supremo Tribunal Federal, da decisão da Justiça do Estado, em última instância, “quando se contestar a validade de leis ou atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos ou essas leis impugnadas” (art. 58, § 1º, *b*).

Posteriormente, o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, instituiu, de forma expressa, o sistema de controle por via de exceção, estabelecendo que “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte”. Tal orientação foi mantida pela Carta Magna de 1891 (arts. 59, § 1º, e 60). A Lei nº 221, de 10 de novembro de 1894, veio completar o sistema difuso de controle de constitucionalidade, fixando, no art. 13, § 10, que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.¹⁷

A Constituição de 1934 inovou significativamente o sistema de controle, estabelecendo o *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade nos tribunais (art. 179) e admitindo a suspensão de execução pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pela Excelsa Corte (art. 91, IV).

Pôde-se atribuir, dessarte, eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

17 BUZUID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 30-31; BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. RDP, 1(4):35; POLETTI, Ronaldo Rebelo de Brito. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 90.

E foi com a Constituição de 1934 que se introduziu, entre nós, ainda que de forma incipiente, o controle de constitucionalidade por via de ação, atribuindo-se ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o exame do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da lei declaratória de intervenção, no caso de violação dos chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 12, § 2º, c/c o art. 7º, I, a a h).¹⁸

A Constituição de 1946 preservou, em linhas gerais, o sistema da Constituição de 1934, condicionado a intervenção federal, na hipótese de violação aos princípios sensíveis (art. 7º, VII), à prévia declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do ato de Governo estadual submetido a seu exame e julgamento mediante representação do Procurador-Geral da República (art. 8º, parágrafo único).

E a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, introduziu, dentre as atribuições do Supremo Tribunal Federal, a competência para processar e julgar originariamente a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (CF de 1946, art. 101, I, k). Assim, procedeu-se à extensão do controle direto de constitucionalidade às leis federais, desvinculando o exercício da ação de inconstitucionalidade do processo interventivo.¹⁹

Passou-se a adotar, portanto, no direito constitucional brasileiro, ao lado do amplo controle difuso, o julgamento da constitucionalidade da norma federal ou estadual, em tese, sem outra finalidade que não a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele incompatíveis.

A exposição de motivos do Projeto de Emenda subscrita pelo Ministro da Justiça dedicou o seguinte trecho ao novo instituto:

“Ao lado desse conjunto de providências, outras foram aventadas em direção oposta: a do reforço da competência do Supremo, através de dois novos institutos de ‘legitimidade constitucional’, que ele mesmo propôs:

a) ‘uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8º, parágrafo único, da Constituição Federal)’;

b) ‘uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo’.

18 POLETTI. Ob. cit., p. 93; BARBI. Ob. cit., p. 35.

19 BASTOS, *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 65; BARBI. Ob. cit., p. 41; POLETTI. Ob. cit., p. 96.

A 'representação', limitada em sua 'iniciativa', tem o mérito de facultar desde logo a definição da 'controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres'. Afeiçoa-se, no rito, às 'representações' de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados, dos 'princípios' que integram a lista do inciso VII do art. 7º. De algum modo a inovação, estendendo a vigilância às 'leis federais em tese', completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos." (*Diário do Congresso Nacional*, 5 nov. 1965, p. 9297)

Embora o documento aludido fizesse menção, tão-somente, à lei federal, o Projeto de Emenda já se referia, de forma expressa, à "lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual". Todavia, não cuidou o referido Projeto, e também a Emenda nº 16, do controle de constitucionalidade *in abstracto* da lei municipal em face da Constituição Federal. Não se tratava, porém, de olvido ou omissão. Ao revés, atento à relevância do controle direto de constitucionalidade da lei municipal, estabeleceu o constituinte, no art. 124, XIII, a seguinte norma:

"Art. 124 (...)

XIII – a lei poderá estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado."

A Constituição de 1967 reproduziu as disposições da Carta Magna de 1946 pertinentes ao controle de constitucionalidade, omitindo, porém, o dispositivo que permitia a disciplina do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato dos municípios que contrariassem a Constituição Estadual. Com a Emenda nº 1, de 1969, viria a ser introduzida, em nosso sistema jurídico, a representação interventiva da lei municipal (art. 15, § 3º, d).

1.2.2 O controle do direito estadual e municipal na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 pôs termo à discussão, autorizando os Estados a instituir representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º).

Surgem agora outras questões.

Indaga-se, *v.g.*, sobre os efeitos das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça com base em normas constitucionais estaduais cuja reprodução é expressamente exigida ou determinada pelo constituinte federal. Pergunta-se sobre o cabimento do recurso extraordinário contra decisão proferida pelo

Tribunal estadual em sede de ação direta. A introdução da ação declaratória no âmbito federal permite que se suscite indagação sobre a possibilidade de criação de ação análoga no âmbito estadual. Da mesma forma, afigura-se legítimo indagar-se sobre a admissibilidade do controle abstrato no plano do Distrito Federal.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL E MUNICIPAL NO ÂMBITO DO ESTADO-MEMBRO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FEDERAL

2.1 Necessidade de autorização constitucional

A controvérsia sobre a admissibilidade do controle de constitucionalidade da lei municipal suscita, como ressaltado, inevitável indagação quanto à possibilidade de criação, na esfera estadual, de uma autêntica jurisdição constitucional (*Landesverfassungsgerichtsbarkeit*).

Não é preciso dizer que, no estado federativo, a criação de órgãos destinados a exercer a jurisdição constitucional não se há de fundar, exclusivamente, na eventual existência de paradigma no âmbito do Poder Central. Cuidando de uma tarefa peculiar, faz-se mister que o constituinte reconheça aos entes federados o poder para instituir órgãos de defesa da Constituição. É o que ensina, com precisão, ERNST FRIESENHAHN, na seguinte passagem:

“Constitui tarefa da jurisdição constitucional garantir, nos diferentes processos, uma defesa institucional autônoma da Constituição. A jurisdição constitucional distingue-se de outros tipos de jurisdição mediante uma peculiar relação com o texto constitucional. E, por isso, ocupa lugar de destaque na organização estatal concebida pela Constituição. Os Tribunais constitucionais são considerados entre os chamados ‘órgãos constitucionais’ (*Verfassungsorgane*).

No estado federal, somente pode existir jurisdição constitucional no âmbito do Estado-membro se a Constituição Federal assegura às unidades federadas não só a liberdade para criar, por sua própria deliberação, constituições autônomas, mas também o poder para regular, especificamente, a defesa judicial de sua Constituição.”²⁰

A lição do emérito jurista explicita, com clareza, a problemática da jurisdição constitucional, no âmbito da unidade federada. A invocação do paradigma federal não se afigura suficiente para legitimar a criação de Cortes

20 FRIESENHAHN, Ernst. *Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit*. In: STARCK, Christian (org.). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1. Aufl., Tübingen, Mohr, v. 1, 1976, p. 749-750.

constitucionais, nos limites do Estado-membro. Não basta, igualmente, a outorga do poder constituinte decorrente. Faz-se mister que se reconheça o poder de disciplinar a defesa judicial de sua Lei Maior.

A Constituição alemã contempla, expressamente, a possibilidade de se instituir a jurisdição constitucional, no plano estadual, como se depreende da leitura do preceituado nos arts. 93, § 1º, n. 4 e 4b, 99, e 100, § 1º. O *Bundesverfassungsgericht*, em uma de suas primeiras decisões, afirmou a compatibilidade da jurisdição constitucional estadual com os princípios insculpidos na Lei Fundamental:

“Em um Estado marcadamente federativo, como a República Federal da Alemanha, os planos constitucionais da União e dos Estados estão, fundamentalmente, situados um ao lado do outro. A Lei Fundamental contém poucas disposições que devem ser incorporadas pelas Cartas estaduais. No mais, podem os Estados emprestar a conformação desejada ao seu direito constitucional e, com isso, à sua jurisdição constitucional.”²¹

Efetivamente, todos os *Länder*, com exceção de Schleswig-Holstein,²² instituíram a jurisdição constitucional de forma diferenciada.²³

2.2 Coexistência de jurisdições constitucionais estaduais e federal

A amplitude da jurisdição constitucional no Estado federal suscita inúmeras questões. A inexistência de regras de colisão – como é o caso da Alemanha e do Brasil – enseja insegurança, em determinadas situações, quanto à competência da jurisdição estadual ou federal.²⁴

Como os atos do poder estadual estão submetidos às jurisdições constitucionais estaduais e federal, torna-se evidente, em certos casos, a concorrência de competências,²⁵ afigurando-se possível submeter uma questão tanto à Corte estadual quanto ao *Bundesverfassungsgericht*, nos casos de dupla ofensa.

Todavia, como enunciado, os parâmetros para o exercício do controle de constitucionalidade pelo *Bundesverfassungsgericht* hão de ser,

21 *BVerfGE* 4:178(189).

22 Berlim continua a ter uma situação peculiar decorrente dos problemas históricos oriundos da Segunda Guerra. Schleswig-Holstein preferiu valer-se da cláusula contida no art. 99 da Lei Fundamental, que defere a apreciação de questões constitucionais, no âmbito da unidade federada, em caráter supletivo, ao *Bundesverfassungsgericht*.

23 PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht; die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*. 3. ed. Munique: C. H. Beck, 1991, p. 372 ss.; FRIESENHAHN. In: STARCK, Christian. Ob. cit. p. 750.

24 PESTALOZZA. Ob. cit., p. 374-375.

25 PESTALOZZA. Ob. cit., p. 374-375.

fundamentalmente, a Constituição e as leis federais.²⁶ Da mesma forma, parâmetro para o controle de constitucionalidade exercido por um *Landesverfassungsgericht* é a Constituição Estadual, e não a Lei Fundamental ou as leis federais.²⁷

Situação semelhante verifica-se entre nós. Parâmetro de controle do juízo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal haverá de ser apenas a Constituição Federal. O controle abstrato de normas perante o Tribunal de Justiça Estadual será apenas e tão-somente a Constituição Estadual.

Tais afirmações não logram afastar toda a problemática que envolve o tema. Observe-se que a Lei Fundamental outorga uma ampla competência à União (arts. 73, 74, 74a, 75, 104a, 105 e 107). Algumas disposições contidas na Lei Fundamental, como as que disciplinam os direitos fundamentais, integram, obrigatoriamente, o direito estadual.²⁸

Não obstante a existência de esferas normativas diferenciadas, afigura-se legítima a conclusão de PESTALOZZA, segundo a qual a existência das jurisdições estaduais e federal outorga ao lesado uma dupla proteção, seja quando o ato se afigure incompatível com disposições federais e estaduais materialmente diversas, seja quando malfira preceitos concordantes da Constituição Federal ou da Carta Estadual.

Como observado, a coexistência de jurisdições constitucionais federal e estadual enseja dúplice proteção judicial, independentemente da coincidência ou divergência das disposições contidas na Carta Magna e na Constituição Estadual. A ampla autonomia de que gozam os Estados-membros em alguns modelos federativos milita em favor da concorrência de jurisdições constitucionais.

Portanto, uma mesma lei estadual pode ser compatível com a Lei Maior e incompatível com a Carta Estadual. Daí abster-se o *Bundesverfassungsgericht* de se pronunciar sobre a validade da lei estadual, limitando-se a declarar a sua compatibilidade com a Lei Fundamental ou com o direito federal.²⁹ E, às objeções quanto à inexistência de objeto no controle de constitucionalidade em face da Lei Fundamental, no caso de inconstitucionalidade diante da Carta Estadual, responde FRIESENHAHN, com proficiência:

“Tal restrição não leva em conta que, no direito constitucional, há que se distinguir o juízo sobre a validade da competência para apreciar essa validade ou declarar a invalidade.” (*Dieser Einwand übersieht,*

26 *BVerfGE* 6:382; *BVerfGE* 11:94; FRIESENHAHN. In: STARCK. Ob. cit., p. 752.

27 FRIESENHAHN. Zur Zuständigkeitsabgrenzung... In: STARCK. Ob. cit., p. 754.

28 PESTALOZZA. Ob. cit., p. 17.

29 SÖHN, Hartmut. *Die abstrakte Normenkontrolle*. In: STARCK. Ob. cit., p. 318-19.

dass im Verfassungsrecht zu unterscheiden ist, ob materiell eine Norm ungültig ist und wer befugt ist, die Gültigkeit zu prüfen und die Ungültigkeit geltend zu machen.)³⁰

Não se deve olvidar, outrossim, que pronunciamento genérico de Corte estadual quanto à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face do Texto Magno, pareceria totalmente incompatível com o exercício do controle concentrado de constitucionalidade pela Corte constitucional federal.

Esta questão foi suscitada, entre nós, pelo eminente Ministro MOREIRA ALVES, no RE 92.169/SP (Rel. Min. CUNHA PEIXOTO), ressaltando que:

“(...) se fosse possível aos Tribunais de Justiça dos Estados o julgamento de representações dessa natureza, com relação a leis municipais em conflito com a Constituição Federal, poderia ocorrer a seguinte situação esdrúxula. É da índole dessa representação – e isso hoje é matéria pacífica nesta Corte – que ela, transitando em julgado, tem eficácia *erga omnes*, independentemente da participação do Senado Federal, o que só se exige para a declaração *incidenter tantum*. O que implica dizer que se transitasse em julgado a decisão nela proferida por Tribunal de Justiça, esta Corte Suprema estaria vinculada à declaração de inconstitucionalidade de Tribunal que lhe é inferior; mesmo nos casos concretos futuros que lhe chegassem por via de recurso extraordinário. O absurdo da consequência, que é da índole do instrumento, demonstra o absurdo da premissa.”³¹

Também o Ministro LEITÃO DE ABREU dela se ocupou, como se vê na seguinte passagem de seu voto:

“Gostaria de deduzir, com o desenvolvimento que o alto relevo dessa questão constitucional comportaria, as razões que, a meu sentir, militariam a favor da tese perfilhada pelo acórdão recorrido, se superáveis, em relação ao presente caso, todos os óbices que se levantam acerca do cabimento da representação proposta perante o Tribunal local, para a declaração de inconstitucionalidade da lei municipal, de que na hipótese se trata, por incompatibilidade com a Constituição Federal. Não achei meios jurídicos, todavia, que me habilitassem a vencer o obstáculo, levantado pelo Ministro MOREIRA ALVES, no que diz respeito à situação que se criaria no caso de se declarar, pelo Tribunal de Justiça, inconstitucionalidade de lei municipal, por denotar conflito com a Carta Federal, sem que dessa decisão se manifeste recurso extraordinário. Transitada em julgado decisão dessa natureza, ficaria, na verdade, o Supremo Tribunal

30 FRIESENHAHN. In: STARCK. Ob. cit., p. 752.

31 RTJ, 103(3):1115.

vinculado à declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo Tribunal de Justiça e, por via de conseqüência, impossibilitado de julgar casos concretos futuros que, em recursos extraordinários, se trouxessem à sua apreciação. Como essa conseqüência, que seria inelutável, se me afigura, também, inadmissível, não há senão concluir, a meu ver malgrado a elegante construção jurídica do Tribunal paulista, pela inconstitucionalidade das expressões 'inconstitucionalidade' do art. 54, I, e, da Constituição do Estado de São Paulo. Conhecendo, pois, do recurso, lhe dou provimento para que a inconstitucionalidade assim fique pronunciada."³²

As considerações então expendidas faziam referência à instituição de mecanismo de controle de constitucionalidade, no âmbito da unidade federada, tendo em vista as especificidades do direito constitucional positivo brasileiro. Todavia, parece lícito enfatizar que a possibilidade de coexistência de jurisdições constitucionais federal e estadual pressupõe, em uma estrutura federativa, expressa previsão constitucional e uma definição dos "parâmetros de controle" (*Kontrollmassstäbe*). Dessarte, mesmo quando as disposições dos textos constitucionais federal e estadual tiverem idêntico conteúdo, há de se admitir a autonomia dos pronunciamentos jurisdicionais da Corte federal ou de Tribunal estadual.

O *Bundesverfassungsgericht* firmou entendimento no sentido de que a adoção pela Constituição Estadual de normas com conteúdo idêntico a preceitos constitucionais federais dilarga a dúplici garantia jurisdicional, permitindo que os recursos constitucionais e o controle de normas possam ser instaurados perante o Tribunal constitucional estadual, nos termos da Constituição Estadual, ou perante a Corte constitucional federal, tendo como parâmetro a Lei Fundamental.³³

Em caso de dissídio jurisprudencial específico entre o *Bundesverfassungsgericht* e um *Landesverfassungsgericht*, há de prevalecer a orientação consolidada pelo órgão federal.³⁴

Embora na Alemanha se consagre o princípio de que *Bundesrecht bricht Landesrecht* (o direito federal rompe o direito estadual) (LF, art. 31) e

32 RE 92.169/SP, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO, RTJ, 103(3):1116-17.

33 BVerfGE 36:342(368); cf., também, PESTALOZZA. Ob. cit., p. 375. Nesse caso, não seria de aplicar-se o princípio *Bundesrecht bricht Landesrecht*, constante do art. 31, da Lei Fundamental, uma vez que, segundo o *Bundesverfassungsgericht*, "direito constitucional federal não quebra direito constitucional estadual de conteúdo idêntico" [*Bundesverfassungsrecht bricht inhaltsgleiches Landesverfassungsrecht nicht* – BVerfGE 36:342(343)]. Ademais, no tocante aos direitos fundamentais, é de admitir-se que o princípio constante do art. 131 sofre restrições decorrentes da aplicação do disposto no art. 142, que admite a subsistência do direito constitucional estadual pertinente às garantias individuais.

34 BVerfGE 36:342(368-9). KLAUS STERN [Kommentar zum Grundgesetz (Bonner Kommentar), art. 100, n. 268-74] anota que, assim como o *Bundesverfassungsgericht* vê-se compelido a aplicar, incidentalmente, direito estadual, devem as Cortes estaduais aplicar, muitas vezes, de forma incidental ou *principaliter*, o direito federal.

a Lei Fundamental outorgue ampla competência legislativa à União, não há dúvida de que o texto da Lei Fundamental – muito menos analítico do que as Constituições brasileiras em geral, especialmente a de 1988 – deixa ainda significativo espaço para o constituinte estadual, sobretudo no que concerne à organização político-administrativa e à política educacional.

O próprio princípio de homogeneidade (*Homogenitätsgebot*), previsto no art. 28 da Lei Fundamental, é suficientemente impreciso para permitir aos Estados-membros alguma liberdade na concretização dos postulados da República, democracia, e estado de direito social.

Por outro lado, a própria Corte constitucional firmou orientação no sentido de que disposições constitucionais estaduais de conteúdo idêntico às do direito constitucional federal não são atingidas pela cláusula do art. 31.³⁵ Argumenta-se que o princípio do *Bundersrecht bricht Landesrecht* disciplina a colisão (entre normas contraditórias), não sendo aplicável, por isso, às situações jurídicas análogas ou semelhantes instituídas pelos Estados. Assim, muitos Estados reproduzem ou até mesmo ampliam o catálogo de direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental.

Sob o império da Constituição de 1988, suscitou-se, entre nós, questão relativa à competência de Tribunal estadual para conhecer de ação direta de inconstitucionalidade, formulada contra lei municipal em face de parâmetro constitucional estadual, que, na sua essência, reproduzia disposição constitucional federal. Cuidava-se de controvérsia sobre a legitimidade do IPTU instituído por lei municipal de São Paulo, Capital (Lei municipal nº 11.152, de 30.12.1991). Concedida a liminar pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, opôs a Prefeitura Municipal de São Paulo reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, sustentando que, embora fundada em inobservância de preceitos constitucionais estaduais, a ação direta acabava por submeter à apreciação do Tribunal de Justiça do Estado o contraste entre a lei municipal e as normas da Constituição Federal (Reclamação nº 383, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

Anteriormente, julgando a Reclamação nº 370, afirmara o Supremo Tribunal Federal que faleceria aos Tribunais de Justiça Estaduais competência para conhecer de representação de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal em face de parâmetros – formalmente – estaduais, mas substancialmente integrantes da ordem constitucional federal. Considerou-se então que a reprodução na Constituição Estadual de normas constitucionais obrigatórias em todos os níveis da federação “em termos estritamente jurídicos” seria “ociosa”.³⁶ Asseverou-se que o texto local de reprodução formal ou material, “não obstante a forma de proposição normativa do seu

35 *BVerfGE* 36, 366.

36 Reclamação nº 370, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, DJ 29.06.2001.

enunciado, vale por simples explicitação da absorção compulsória do preceito federal, essa, a norma verdadeira, que extrai força de sua recepção pelo ordenamento local, exclusivamente, da supremacia hierárquica absoluta da Constituição Federal".³⁷

A tese concernente à ociosidade da reprodução de normas constitucionais federais obrigatórias no texto constitucional estadual esbarra já nos chamados princípios sensíveis, que impõem, inequivocamente, aos Estados-membros a rigorosa observância daquele estatuto mínimo (CF, art. 34, VII). Nenhuma dúvida subsiste de que a simples omissão da Constituição Estadual, quanto à inadequada positivação de um desses postulados, no texto magno estadual, já configuraria ofensa suscetível de provocar a instauração da representação interventiva.

Não é menos certo, por outro lado, que o Estado-membro está obrigado a observar outras disposições constitucionais estaduais, de modo que, adotada a orientação esposada inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal, ficaria o direito constitucional estadual – substancial – reduzido, talvez, ao preâmbulo e às cláusulas derogatórias. Até porque, pelo modelo analítico de Constituição adotado entre nós, nem mesmo o direito tributário estadual pode ser considerado, segundo uma orientação ortodoxa, um direito substancialmente estadual, já que, além dos princípios gerais, aplicáveis à União, aos Estados e Municípios (arts. 145-149), das limitações aos poderes de tributar (arts. 150-152), contempla o texto constitucional federal, em seções autônomas, os impostos dos Estados e do Distrito Federal (Seção IV – art. 155) e os impostos municipais (Seção V – art. 156). Como se vê, é por demais estreito o espaço efetivamente vago deixado ao alvedrio do constituinte estadual.

São elucidativas, a propósito, as seguintes passagens dos votos do Ministro MOREIRA ALVES:

“É petição de princípio dizer-se que as normas das constituições estaduais que reproduzem, formal ou materialmente, princípios constitucionais federais obrigatórios para todos os níveis de governo na federação são inócuas, e, por isso mesmo, não são normas jurídicas estaduais, até por não serem jurídicas, já que jurídicas, e por isso eficazes, são as normas da Constituição Federal reproduzidas, razão por que não se pode julgar, com base nelas, no âmbito estadual, ação direta de inconstitucionalidade, inclusive, por identidade de razão, que tenha finalidade interventiva. (...)”

Essas observações todas servem para mostrar, pela inadmissibilidade das conseqüências da tese que se examina, que não é exato pretender-se que as normas constitucionais estaduais que reproduzem as normas

37 Reclamação nº 370, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, DJ 29.06.2001.

centrais da Constituição Federal (e o mesmo ocorre com as leis federais ou até estaduais que fazem a mesma reprodução) sejam inócuas e, por isso, não possam ser consideradas normas jurídicas. Essas normas são normas jurídicas, e têm eficácia no seu âmbito de atuação, até para permitir a utilização dos meios processuais de tutela desse âmbito (como o recurso especial, no tocante ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, e as ações diretas de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual). Elas não são normas secundárias que correm necessariamente a sorte das normas primárias, como sucede com o regulamento, que caduca quando a lei regulamentada é revogada. Em se tratando de norma ordinária de reprodução ou de norma constitucional estadual da mesma natureza, por terem eficácia no seu âmbito de atuação, se a norma constitucional federal reproduzida for revogada, elas, por terem eficácia no seu âmbito de atuação, persistem como normas jurídicas que nunca deixaram de ser. Os princípios reproduzidos, que, enquanto vigentes, se impunham obrigatoriamente por força apenas da Constituição Federal, quando revogados, permanecem, no âmbito de aplicação das leis ordinárias federais ou constitucionais estaduais, graças à eficácia delas resultante.”

A prevalecer tal orientação advogada na Reclamação nº 370, restaria completamente esvaziada a cláusula contida no art. 125, § 2º, da Constituição, uma vez que, antes de qualquer decisão, deveria o Tribunal de Justiça verificar, como questão preliminar, se a norma constitucional estadual não era mera reprodução do direito constitucional federal.

De resto, não estaria afastada a possibilidade de que, em qualquer hipótese, fosse chamado o Supremo Tribunal Federal, em reclamação, para dirimir controvérsia sobre o caráter federal ou estadual do parâmetro de controle.

A propósito, observou o Ministro MOREIRA ALVES:

“(…) em nosso sistema jurídico de controle constitucional, a ação direta de inconstitucionalidade tem como *causa petendi* não a inconstitucionalidade em face dos dispositivos invocados na inicial como violados, mas a inconstitucionalidade em face de qualquer dispositivo do parâmetro adotado (a Constituição Federal ou a Constituição Estadual). Por isso é que não há necessidade, para a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, que se forme maioria absoluta quanto ao dispositivo constitucional que leve cada juiz da Corte a declarar a inconstitucionalidade do ato. Ora, para se concluir, em reclamação, que a inconstitucionalidade argüida em face da Constituição Estadual seria uma argüição só admissível em face de princípio de reprodução estadual que, em verdade, seria princípio constitucional federal, mister se faria que se examinasse a argüição

formulada perante o Tribunal local não apenas – como o parecer da Procuradoria-Geral da República fez no caso presente, no que foi acompanhado pelo eminente Ministro VELLOSO no voto que proferiu – em face dos preceitos constitucionais indicados na inicial, mas também de todos os da Constituição Estadual. E mais, julgada procedente a reclamação, estar-se-ia reconhecendo que a lei municipal ou estadual impugnada não feriria nenhum preceito constitucional estritamente estadual, o que impossibilitaria nova arguição de inconstitucionalidade em face de qualquer desses preceitos, se, na conversão feita por meio da reclamação, a ação direta estadual em face da Constituição Federal fosse julgada improcedente, por não-violação de qualquer preceito constitucional federal que não apenas os invocados na inicial. E como, com essa transformação, o Supremo Tribunal Federal não estaria sujeito ao exame da inconstitucionalidade da lei estadual ou municipal em face dos preceitos constitucionais invocados na inicial perante o Tribunal de Justiça, e tidos, na reclamação, como preceitos verdadeiramente federais, mudar-se-ia a *causa petendi* da ação: de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual para inconstitucionalidade em face da Constituição Federal, sem limitação, evidentemente, aos preceitos invocados na inicial.”³⁸

Não se deve olvidar que o chamado *poder constituinte decorrente* do Estado-membro é, por sua natureza, um poder constituinte limitado, ou, como ensina, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, é um poder que “nasce, vive e atua com fundamento na Constituição Federal que lhe dá supedâneo; é um poder, portanto, sujeito a limites jurídicos, impostos pela Constituição Maior”.³⁹ Essas limitações são de duas ordens: as constituições estaduais não podem contrariar a Constituição Federal (*limitação negativa*); as constituições estaduais devem concretizar no âmbito territorial de sua vigência os preceitos, o espírito e os fins da Constituição Federal (*limitação positiva*).⁴⁰

A idéia de limitação material (*positiva ou negativa*) do poder constituinte decorrente remonta, no direito constitucional brasileiro, à Constituição de 1891, que, no art. 63, previa que cada Estado seria regido “pela Constituição e pelas leis” que adotasse, “respeitados os princípios constitucionais da União”. Embora o texto não explicitasse quais eram esses princípios, havia certo consenso na doutrina sobre o conteúdo dessa cláusula. As controvérsias político-constitucionais instauradas levaram o constituinte

38 Reclamação nº 383, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ, n. 147.

39 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo, 1979, p. 130.

40 FERRAZ. Ob. cit., p. 133.

derivado, na Reforma de 1926, a elencar, expressamente, esses princípios.⁴¹ Essa tendência foi preservada pelas constituições que a sucederam.⁴²

A doutrina brasileira tem-se esforçado para classificar esses princípios constitucionais federais que integram, obrigatoriamente, o direito constitucional estadual. Na conhecida classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, esses postulados podem ser denominados “princípios constitucionais sensíveis, extensíveis e estabelecidos”. Os *princípios constitucionais sensíveis* são aqueles cuja observância é obrigatória, sob pena de intervenção federal (CF/88, art. 34, VII). Os *princípios constitucionais extensíveis* consistem nas regras de organização que a Constituição estendeu aos Estados-membros (v.g., CF, art. 25). Os *princípios constitucionais estabelecidos* seriam aqueles princípios que limitam a autonomia organizatória do Estado.

A Constituição de 1988 foi moderada na fixação dos chamados *princípios sensíveis*.

Nos termos do art. 34, VII, devem ser observados pelo Estado-membro, sob pena de intervenção: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública direta e indireta.

O texto constitucional contém, todavia, uma pletora de disposições que afetam a organização da unidade federada como um todo.⁴³ Pretender

41 Cf. Emenda Constitucional de 1926, art. 6º: “O Governo Federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo:

I – para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro;

II – para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana; b) o regime representativo; c) o governo presidencial; d) a independência e a harmonia dos Poderes; e) a temporariedade das funções eletivas e a responsabilidade dos funcionários; f) a autonomia dos municípios; g) a capacidade para ser eleitor ou elegível nos termos da Constituição; h) um regime eleitoral que permita a representação das minorias; i) a inamovibilidade e vitaliciedade dos magistrados e a irredutibilidade dos seus vencimentos; j) os direitos políticos e individuais assegurados pela Constituição; k) a não-reeleição dos Presidentes e Governadores; a possibilidade de reforma constitucional e a competência do Poder Legislativo para decretá-la”.

42 Constituição de 1934 (arts. 7º e 12, V); Constituição de 1937 (arts. 21, I, e 9º, e); Constituição de 1946 (arts. 18 e 7º, VII); Constituição de 1967/69 (arts. 10, VII, e 13); Constituição de 1988 (arts. 25 e 34, VII).

43 I – A propósito de normas da Constituição Federal vigente que afetam a organização do Estado-membro, mencione-se, a título de exemplo:

– a previsão de idade mínima estabelecida como condição de elegibilidade, inclusive para cargos estaduais e municipais (art. 14, VI, b, c e d);

– a disciplina sobre incorporação, subdivisão e desmembramento do Estado-membro dependente de aprovação popular e de aprovação do Congresso Nacional, mediante Lei Complementar (art. 18, § 3º);

– a vedação à União, aos Estados e Municípios de estabelecimento de cultos religiosos e igrejas, bem como de outorga de subsídios a instituições religiosas, de recusar fé a documentos públicos e de criar distinção entre brasileiros ou preferências entre si (CF, art. 19);

– a vedação ao Estado-membro de legislar sobre matéria da competência privativa da União (CF, art. 22), ressalvada autorização expressa prevista no art. 22, parágrafo único;

– a previsão de critério para fixação do número de deputados estaduais na Constituição Federal, aplicando-se aos Deputados estaduais as regras da Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade,

imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimento e incorporação às Forças Armadas (CF, art. 27 e § 1º);

– a disciplina sobre fixação de remuneração de parlamentares estaduais (EC 19/98);

– a definição do mandato do Governador e do Vice-Governador do Estado (quatro anos), cuja eleição deverá realizar-se noventa dias antes do término do mandato de seus antecessores, devendo a posse ocorrer no dia 1º de janeiro do ano subsequente (CF, art. 28);

– a previsão de perda do mandato do Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada posse mediante concurso público (art. 28, parágrafo único);

II – Observe-se, ainda, que a organização da administração pública federal, estadual, distrital e municipal está submetida às seguintes exigências:

a) acesso a cargo público e emprego público mediante concurso, cuja validade será de dois anos, prorrogável uma vez, por igual período (CF, art. 37, II e III);

b) liberdade de associação sindical e direito de greve, nos termos de lei complementar (CF, art. 37, V e VI);

c) reserva de cargos para pessoas deficientes e definição de critérios para sua admissão (CF, art. 37, VIII);

d) contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX);

e) revisão geral de remuneração dos servidores públicos, na mesma data, sem distinção de índices entre servidores civis e militares (CF, art. 37, X);

f) fixação de limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores e o estabelecimento de tetos para remuneração nos planos federal, estadual e municipal (CF, art. 37, XI);

g) fixação dos vencimentos dos cargos do Executivo como padrão para os demais Poderes (CF, art. 37, XII);

h) irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, XV);

i) vedação de acumulação remunerada de cargos (CF, art. 37, XVI e XVII);

j) necessidade de autorização legislativa para criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública, bem como para a criação de subsidiárias ou para a participação delas em empresas privadas (CF, art. 37, XIX e XX);

k) adoção obrigatória de processo de licitação pública para contratação de obras, serviços, compras e alienações (CF, art. 37, XXI);

l) proibição de publicidade oficial contendo promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (CF, art. 37, § 1º);

m) disciplina jurídica da situação do servidor público no exercício de mandato eletivo federal, estadual e municipal (CF, art. 38);

n) obrigatoriedade de adoção de regime único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, nos planos federais, estaduais e municipais (CF, art. 39);

o) isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados no mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em todos os planos (CF, art. 39, § 2º);

p) disciplina jurídica da aposentadoria e da pensão por morte para os planos federal, estadual e municipal (CF, art. 40);

q) estabilidade de servidores após dois anos de efetivo exercício (CF, art. 41);

r) disciplina sobre a situação jurídica do servidor militar federal e estadual (CF, art. 42);

s) disciplina sobre a organização da justiça e o regime jurídico da magistratura nos planos federal e estadual – iniciativa de lei para alteração de número de membros dos tribunais inferiores, criação e extinção de cargos e fixação de vencimentos de seu membros, dos serviços auxiliares e dos juizes que lhes forem vinculados, criação ou extinção dos tribunais inferiores, alteração da organização judiciária –, contendo uma seção sobre os tribunais e juizes dos Estados (CF, arts. 93, 96, 98, 125 e 126);

t) disciplina da situação jurídica do Ministério Público da União e dos Estados, funções, garantias e vedações (CF, arts. 127, 128 e 129);

u) disposição sobre atribuições e garantias dos procuradores do Estado e do Distrito Federal (CF, art. 132);

que a reprodução dessas normas federais no texto constitucional estadual implica na sua descaracterização como parâmetro de controle estadual revela-se assaz perigoso para a própria segurança jurídica. Até porque haveria imensa dificuldade de se identificar, com precisão, uma norma ontologicamente estadual. Não é preciso dizer que adoção do critério proposto na Reclamação nº 370 importaria, na sua essência, no completo esvaziamento da jurisdição constitucional estadual.

Portanto, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 383 veio restabelecer a melhor doutrina,⁴⁴ assentando que, posta a questão da constitucionalidade da lei municipal (ou da lei estadual) em face da Constituição Estadual, tem-se uma questão constitucional estadual.

v) disposição sobre a organização da defensoria pública (CF, art. 134);

w) disciplina sobre as polícias militares e corpos de bombeiros militares enquanto forças auxiliares do Exército, subordinando-as diretamente aos Governadores do Estado (CF, art. 144, § 6º);

III – Quanto à organização dos Municípios, contém a Constituição inúmeras disposições. A título de exemplo, mencionem-se as seguintes:

a) eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito e dos Vereadores para mandato de quatro anos mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País;

b) eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito até noventa dias antes do término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77, no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores;

c) posse do Prefeito e do Vice-Prefeito no dia 1º de janeiro do ano subseqüente ao da eleição;

d) número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

(1) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;

(2) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;

(3) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;

e) remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura para a legislatura seguinte, observado o disposto nos arts. 37, XI, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, da Constituição Federal (CF, art. 29, V);

f) inviolabilidade dos Vereadores, por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município, proibição e incompatibilidades no exercício da vereança, e similares, no que couber, ao disposto na Constituição para os membros do Congresso Nacional e, na Constituição do respectivo Estado, para os membros da Assembléia Legislativa (CF, art. 29, VIII);

g) julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça;

h) competência do Município para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar à legislação federal e estadual, quando cabível, criação ou majoração de tributo, criação, organização e supressão de distritos, ordenamento territorial, planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, proteção do patrimônio histórico-cultural (CF, art. 30);

i) controle externo mediante atuação do Poder Legislativo Municipal, auxiliado pelo Tribunal de Contas do Estado (CF, art. 31, § 3º);

j) proibição de criação de Tribunais ou Conselhos de Contas municipais (CF, art. 31, § 4º); e

k) intervenção dos Estados nos Municípios, quando deixar de ser paga sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada, não forem prestadas contas devidas, na forma da lei, não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento de ensino ou quando o Tribunal de Justiça der provimento à representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

44 Cf. sobre o assunto: MENDES. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

Vê-se que, dado o caráter vinculativo e a índole genérica inerentes ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, a possibilidade de coexistência entre jurisdições constitucionais federal e estadual, em uma ordem federativa, exige, igualmente, a definição de “parâmetros de controle” (*Kontrollmassstäbe*) autônomos e diferenciados.⁴⁵

2.3 Concorrência de parâmetros de controle

Convém alertar que a competência concorrente de Tribunais Constitucionais Estaduais e Federal envolve algumas cautelas.

Evidentemente, a sentença de rejeição de inconstitucionalidade proferida por uma Corte não afeta o outro processo, pendente perante outro Tribunal, que há de decidir com fundamento em parâmetro de controle autônomo.⁴⁶

Todavia, declarada a inconstitucionalidade de direito local em face da Constituição Estadual, com efeito *erga omnes*, há de se reconhecer a *insubsistência* de qualquer processo eventualmente ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal que tenha por objeto a mesma disposição.

Assim também a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual em face da Constituição Federal torna insubsistente (*gegenstandslos*) ou sem objeto eventual arguição, pertinente à mesma norma, requerida perante Corte estadual.⁴⁷

Ao contrário, a suspensão cautelar da eficácia de uma norma no juízo abstrato, perante o Tribunal de Justiça ou perante o Supremo Tribunal Federal, não torna inadmissível a instauração de processo de controle abstrato em relação ao mesmo objeto, nem afeta o desenvolvimento válido de processo já instaurado perante outra Corte.⁴⁸

Problemática há de se revelar a questão referente aos processos instaurados simultaneamente perante Tribunal de Justiça estadual e perante o Supremo Tribunal Federal no caso de ações diretas contra determinado ato normativo estadual em face de parâmetros estadual e federal de conteúdo idêntico. Se a Corte federal afirmar a constitucionalidade do ato impugnado em face do parâmetro federal, poderá o Tribunal estadual considerá-lo inconstitucional em face de parâmetro estadual de conteúdo idêntico?

Essa questão dificilmente pode ser solvida com recurso às consequências da coisa julgada e da eficácia *erga omnes*, uma vez que esses

45 RE 92.169/SP, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO, RTJ, 103(3):1115.

46 BVerfGE 34:52(58); PESTALOZZA. Ob. cit., p. 376-7; STERN. Ob. cit., art. 100, n. 49.

47 Cf. PESTALOZZA. Ob. cit., p. 376; STERN. Ob. cit., art. 100, n. 149.

48 Parece evidente que, deferida a suspensão cautelar perante uma Corte, inadmissível é a concessão de liminar por outra, uma vez que manifesta a ausência dos pressupostos processuais.

institutos, aplicáveis ao juízo abstrato de normas, garantem a eficácia do julgado enquanto tal, isto é, com base no parâmetro constitucional utilizado. Pretensão no sentido de se outorgar eficácia transcendente à decisão equivaleria a atribuir força de interpretação autêntica à decisão do Tribunal federal.

No plano dogmático, pode-se reconhecer essa conseqüência se se admitir que as decisões do Supremo Tribunal Federal são dotadas de *efeito vinculante* (*Bindungswirkung*), que se não limita à parte dispositiva, mas se estende aos fundamentos determinantes da decisão.

Assim, pelo menos no que se refere às ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia cogitar de um efeito transcendente se a questão estadual versasse também sobre a norma de reprodução obrigatória pelo Estado-membro.

Observe-se, outrossim, que o Tribunal tem entendido que, em caso de propositura de ADI perante o STF e perante o TJ contra uma dada lei estadual, com base em direito constitucional federal de reprodução obrigatória pelos Estados-membros, há de se suspender o processo no âmbito da Justiça Estadual até a deliberação definitiva da Suprema Corte. É o que resulta da orientação manifestada na medida cautelar na ADI 1.423, *verbis*:

“(...)

Rejeição das preliminares de litispendência e de continência, porquanto, quando tramitam paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça local e outra no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal, conforme sustentou o relator da presente ação direta de inconstitucionalidade em voto que proferiu, em pedido de vista, na Reclamação nº 425.” (ADIMC 1.423/SP, MOREIRA ALVES, DJ 22.11.1996)

Da aludida Reclamação (AgRRcl) 425/RJ, Rel. NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 22.10.1993, examine-se parte da ementa que trata da possibilidade de suspensão do processo:

“(...) Em se tratando, no caso, de lei estadual, esta poderá, também, ser, simultaneamente, impugnada no STF, em ação direta de inconstitucionalidade, com base no art. 102, I, letra a, da Lei Magna federal. Se isso ocorrer, dar-se-á a *suspensão do processo* de representação no Tribunal de Justiça, até a decisão final do STF (...)” (g.n.)

Transcreva-se ainda trecho do voto de MOREIRA ALVES, proferido na referida reclamação:

“(…) o da possibilidade de paralelamente tramitarem ações diretas de inconstitucionalidade perante este Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça com relação à mesma lei estadual, impugnada, perante aquele, em face da Constituição Federal, e perante este em face da Constituição Estadual, e, portanto, também em face dos preceitos desta que são de origem federal de reprodução obrigatória indispensável por dizerem respeito, inequivocamente, à organização político-administrativa dos Estados-membros.

(…) Também não apresenta maior dificuldade a solução do problema da tramitação paralela de ações diretas de inconstitucionalidade, nesta Corte e na Estadual, da mesma norma estadual impugnada. Para tanto, basta fazer-se uma construção com base em dois princípios jurídicos aplicáveis à hipótese: o da primazia da Constituição Federal (e conseqüentemente o da primazia de sua guarda) e o da prejudicialidade total ou parcial do julgamento desta Corte com relação aos Tribunais de Justiça.

Com efeito, se não houver tramitação paralela, sendo a ação direta proposta apenas perante o Tribunal estadual, a aplicação de preceito de reprodução obrigatória contido na Constituição do Estado-membro, para declarar constitucional ou não a norma estadual impugnada, dará margem a recurso extraordinário para que, nesta Corte, se examine se a interpretação dada ao preceito de reprodução obrigatória condiz com a exegese que ela dá ao preceito constitucional federal reproduzido – trata-se, nesse caso, de controle *a posteriori*, por meio de recurso extraordinário.

Se, porém, houver a tramitação paralela, esse controle se fará *a priori*, acarretando a propositura da ação direta perante esta Corte o impedimento ou a suspensão do processamento da ação direta perante o Tribunal local – e suspensão que se justifica porque a decisão do Supremo Tribunal Federal, qualquer que seja, prejudicará a do Tribunal local no âmbito das normas constitucionais estaduais que reproduzem as federais. De feito, se a lei estadual for declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia *erga omnes* dessa declaração se imporá ao Tribunal local, ficando a ação direta proposta perante ele sem objeto, já que inconstitucional em face da Constituição Federal que tem primazia quanto às constituições estaduais; se a norma estadual for declarada, por esta Corte, constitucional, essa mesma eficácia *erga omnes* de sua decisão se imporá ao Tribunal local quanto às normas constitucionais estaduais reproduzidas obrigatoriamente da Constituição Federal, porquanto o Supremo para declarar constitucional a norma estadual a teve como compatível com os

preceitos constitucionais federais reproduzidos obrigatoriamente pela Constituição do Estado-membro, os quais não podem ser interpretados diferentemente, por ser inconstitucional essa interpretação diversa. Note-se que, nessa segunda hipótese – a de o Supremo Tribunal Federal ter a norma estadual como constitucional em face da Constituição Federal –, a ação direta proposta perante o Tribunal de Justiça local não perde o seu objeto, mas o exame de constitucionalidade por parte deste fica restrito, apenas, aos preceitos constitucionais estaduais que não são reproduzidos obrigatoriamente da Constituição Federal. (...)”

Portanto, o Supremo Tribunal Federal acabou por consagrar uma causa especial de suspensão do processo no âmbito da Justiça local, nos casos de tramitação paralela de ações diretas perante o Tribunal de Justiça e perante a própria Corte relativamente ao mesmo objeto, e com fundamento em norma constitucional de reprodução obrigatória por parte do Estado-membro.

2.4 Parâmetro de controle estadual e questão federal

2.4.1 Parâmetro de controle estadual e questão constitucional federal

Essas colocações não devem levar à idéia de que o controle de constitucionalidade da lei estadual ou municipal em face da Constituição Estadual não se mostra apto a suscitar *questão federal* que deva, eventualmente, ser dirimida pelo Supremo Tribunal Federal.

Pode ocorrer que o Tribunal estadual considere inconstitucional o próprio parâmetro de controle estadual, por ofensivo à Constituição Federal. No sistema concentrado clássico, o Tribunal submeteria a questão, no âmbito do controle concreto de normas, ao Tribunal constitucional federal.⁴⁹

Todavia, como haverá de proceder, entre nós, o Tribunal de Justiça que identificar a inconstitucionalidade do próprio parâmetro de controle estadual?

Nada obsta a que o Tribunal de Justiça competente para conhecer da ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual suscite *ex officio* a questão constitucional – inconstitucionalidade do parâmetro estadual em face da Constituição Federal –, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma constitucional estadual em face da Constituição Federal e extinguindo, por conseguinte, o processo, ante a impossibilidade jurídica do pedido (declaração de inconstitucionalidade em face de parâmetro constitucional estadual violador da Constituição Federal).

Portanto, da decisão que reconhecesse ou não a inconstitucionalidade do parâmetro de controle estadual seria admissível recurso extraordinário

49 PESTALOZZA. Ob. cit., p. 377.

para o Supremo Tribunal Federal, que tanto poderia reconhecer a legitimidade da decisão, confirmando a declaração de inconstitucionalidade, como revê-la, para admitir a constitucionalidade de norma estadual, o que implicaria a necessidade de o Tribunal de Justiça prosseguir no julgamento da ação direta proposta.

Isso já demonstra que não se pode cogitar de uma separação absoluta entre as jurisdições constitucionais estaduais e federal.

2.4.2 Recurso extraordinário e norma de reprodução obrigatória

Mais séria e complexa revela-se a indagação sobre o cabimento de recurso extraordinário na hipótese de o Tribunal de Justiça, em ação direta de inconstitucionalidade, adotar interpretação de norma estadual de reprodução obrigatória que, por qualquer razão, se revele incompatível com a Constituição Federal.

Ora, se existem princípios de reprodução obrigatória pelo Estado-membro, não só a sua positivação no âmbito do ordenamento jurídico estadual, como também a sua aplicação por parte da administração ou do Judiciário estadual pode-se revelar inadequada, desajustada ou incompatível com a ordem constitucional federal.

Nesse caso, não há como deixar de reconhecer a possibilidade de que se submeta a controvérsia constitucional estadual ao Supremo Tribunal Federal, mediante recurso extraordinário.

Essa questão foi elucidada pelo Ministro MOREIRA ALVES, na Reclamação nº 383, como se pode ler na seguinte passagem de seu voto:

“Isso implica dizer que as normas que a Constituição Federal, explícita ou implicitamente, impõe à observância do Estado devem ser transplantadas (normas de reprodução) para as constituições estaduais, ao passo que as outras podem, ou não, ser copiadas (normas de imitação) por estas. E é óbvio que esse transplante não se faria necessário se essas normas de reprodução fossem inócuas, por não serem sequer jurídicas. São elas eficazes também no ordenamento jurídico estadual, permitindo, obviamente, que aí atuem como normas estaduais, nos limites da competência dos Estados de aplicá-las e fazê-las respeitar.

A essa eficácia, que tradicionalmente é reconhecida no Direito brasileiro - jamais se negou, no âmbito do recurso extraordinário, que questão discutida em face de norma estadual de reprodução obrigatória pelos Estados (e várias das normas gerais de direito tributário o são) era exclusivamente estadual -, a essa eficácia, repito, a única objeção que se lhe pretende opor como intransponível é a de que o Supremo Tribunal Federal, assim, poderá perder sua posição de

guardião da Constituição. E isso porque, nesse caso, as decisões em ação direta estadual, por se tratar de processo objetivo, ou não admitiriam sequer recurso extraordinário, ou, se admitido este, a declaração de inconstitucionalidade da norma local, no âmbito do Estado-membro, impediria que esta Corte a reexaminasse, em controle difuso, em face da Constituição Federal.

Essa única objeção que se apresenta como se fosse ela intransponível para não se admitir o controle de constitucionalidade das leis estaduais e municipais, pelos Tribunais de Justiça, em face das constituições estaduais na sua globalidade – que é o parâmetro de confronto adotado pela Constituição Federal –, também se aplica, em seus exatos termos, à orientação da inadmissibilidade dessas ações diretas de inconstitucionalidade estaduais com relação às normas de reprodução. Com efeito, ainda que se considere, adotando essa tese, que essas ações diretas estaduais não são admissíveis, se elas forem ajuizadas – como o têm sido inúmeras vezes, segundo noticiam as informações nestes autos –, e se o Tribunal de Justiça as julgar, sem que se proponha reclamação, essa decisão será insusceptível de ataque, e a lei municipal ou estadual declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça sairá, irremediavelmente, do mundo jurídico. Também, portanto, com tal orientação ficará arranhado o papel do Supremo Federal como guardião da Constituição Federal.

Assim, se o único inconveniente de uma tese é também inconveniente da outra, que, além dele apresenta vários outros - como demonstrei - pelas conseqüências inadmissíveis que provoca, parece insustentável restringir a autonomia constitucional dos Estados, que a Constituição não restringe, e, com base no inconveniente comum, sustentar que correta é a orientação que, além dele – que é o único da outra –, apresenta outros diversos.”⁵⁰

Em seguida, concluiu o eminente Ministro, com proverbial precisão:

“Ocorre, porém, que não é certo afirmar-se que, em ação direta de inconstitucionalidade estadual, por ser processo objetivo, dada a natureza de seu objeto, não é admissível recurso extraordinário.

Tanto na ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal perante o Supremo Tribunal Federal, quanto na ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual perante Tribunal de Justiça, pode surgir a questão – que é sempre federal – de a norma constitucional federal ou estadual, que levará à declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, seja inconstitucional. Com efeito, em ação direta proposta perante esta Corte em face da

50 Reclamação nº 383, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 147, p. 404 (450/451).

Constituição Federal, não poderá ela declarar incidentalmente que a emenda constitucional que introduziu na Constituição Federal o preceito que é incompatível com o ato normativo atacado é que é inconstitucional, por defeito formal no processo legislativo observado, ou por violação da cláusula pétrea? É claro que poderá, pois seria inadmissível que o Supremo Tribunal Federal, para impor a observância da Constituição, não pudesse declarar inconstitucional o que realmente o seria (o princípio nela introduzido inconstitucionalmente), e tivesse de ter como inconstitucional a norma infraconstitucional que, em verdade, não infringiu a Constituição.

Ora, se essa questão raramente surgirá em ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal perante esta Corte dada a limitação dessas causas de inconstitucionalidade, o mesmo não se poderá dizer com relação às ações diretas de inconstitucionalidade em face das constituições estaduais. Haja vista a freqüência com que esta Corte tem declarado inconstitucionais normas constitucionais estaduais. E, se levantada questão dessa natureza no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade estaduais, não terá ela de ser julgada pelo Tribunal local, com recurso extraordinário a esta Corte, com base, conforme o caso, nas letras a ou c do inciso III do art. 102 da Constituição Federal? É evidente que sim, pois a ação direta de inconstitucionalidade não é incompatível com recurso – no âmbito desta Corte, os embargos infringentes sempre foram admitidos –, e não há como sustentar-se que as lides objetivas não sejam causas para efeito de recurso extraordinário, que visa a preservar a observância da Constituição Federal.

Assim sendo, nas ações diretas de inconstitucionalidade estaduais, em que lei municipal ou estadual seja considerada inconstitucional em face de preceito da Constituição Estadual que reproduza preceito central da Constituição Federal, nada impede que nessa ação se impugne, como inconstitucional, a interpretação que se dê ao preceito de reprodução existente na Constituição do Estado por ser ela violadora da norma reproduzida, que não pode ser desrespeitada, na federação, pelos diversos níveis de governo. E a questão virá a esta Corte, como, aliás, tem vindo, nos vários recursos extraordinários interpostos em ações diretas de inconstitucionalidade de leis locais em face da Constituição Federal ajuizadas nas Cortes locais, a questão da impossibilidade jurídica dessas arguições (RREE 91740, 93088 e 92169, que foram todos conhecidos e providos)."⁵¹

Não há dúvida, pois, de que será cabível o recurso extraordinário contra decisão do Tribunal de Justiça que, sob pretexto de aplicar o direito

51 Reclamação nº 383, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 147, p. 404 (451/452).

constitucional estadual, deixar de aplicar devidamente a norma de reprodução obrigatória por parte do Estado-membro.

É interessante notar que a decisão proferida em sede de recurso extraordinário no Supremo Tribunal que implique o reconhecimento da procedência ou improcedência da ação direta proposta no âmbito estadual será igualmente dotada de eficácia *erga omnes*, o que ressalta outra peculiaridade dessa situação de inevitável convivência entre os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.

E se não houver a interposição do recurso extraordinário? A decisão transitará em julgado para o Supremo Tribunal Federal?

Tal como já apontado, duas são as situações possíveis:

- a) o Tribunal afirmará a improcedência da argüição de inconstitucionalidade, declarando, com eficácia *erga omnes*, que a lei estadual ou municipal é compatível com a Constituição Estadual.
- b) o Tribunal afirmará a procedência da argüição, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei estadual ou municipal, com eficácia geral.

Na primeira hipótese, não há de se cogitar de eficácia de decisão em relação ao Supremo Tribunal Federal, podendo vir a conhecer da questão no processo de controle difuso ou direto de constitucionalidade. No caso de declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual ou municipal, com trânsito em julgado, não haverá objeto para a argüição de inconstitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

É o que também sustenta o Ministro MOREIRA ALVES, na seguinte passagem do voto proferido na Reclamação nº 383, *verbis*:

“Pode ocorrer, no entanto, que não haja a interposição do recurso extraordinário. *E o mesmo problema sucederá* – como já acentuei – se, adotada a orientação contrária, não for proposta reclamação para a verificação da ocorrência, ou não, de inconstitucionalidade só declarável em face de texto de reprodução, certo como é que não cabe reclamação, para a preservação de competência, que tenha de desconstituir acórdão transitado em julgado. Ainda recentemente esta Corte reafirmou esse entendimento, ao não conhecer, por unanimidade de votos, em 28 de maio próximo passado, a Reclamação nº 365, de que fui relator. Nesse julgamento se decidiu que reclamação destinada à preservação de competência do STF só é cabível se a decisão objeto dela ainda não transitou em julgado, pois reclamação não é sucedâneo de ação rescisória.

Ora, na hipótese de não-interposição de recurso extraordinário (ou de não-oferecimento de reclamação com acima observei), se a decisão do Tribunal de Justiça, na ação direta, for pela sua improcedência – o

que vale dizer que a lei municipal ou estadual foi tida como constitucional –, embora tenha ela também eficácia *erga omnes*, essa eficácia se restringe ao âmbito da Constituição Estadual, ou seja, a lei então impugnada, aí, não poderá mais ter sua constitucionalidade discutida em face da Constituição Estadual, o que não implicará que não possa ter sua inconstitucionalidade declarada, em controle difuso ou em controle concentrado (perante esta Corte, se se tratar de lei estadual), em face da Constituição Federal, inclusive com base nos mesmos princípios que serviram para a reprodução. E isso se explica, não só porque a *causa petendi* (inconstitucionalidade em face da Constituição Federal, e não da Constituição Estadual) é outra, como também por ter a decisão desta Corte eficácia *erga omnes* nacional, impondo-se, portanto, aos Estados.

Se, porém, a decisão do Tribunal de Justiça, na ação direta, for pela procedência – o que implica a declaração de nulidade da norma municipal ou estadual impugnada –, a sua retirada do mundo jurídico, com eficácia retroativa à data do início de sua vigência, se faz no âmbito mesmo em que ela surgiu e atua – o estadual –, o que impede que, por haver a norma deixado de existir na esfera do ordenamento que integrava, que seja reavivada, em face da Carta Magna federal, questão cujo objeto não mais existe.⁵²

Essa decisão forneceu as novas bases do sistema de controle direto de constitucionalidade do direito estadual e municipal perante o Tribunal de Justiça, assentando a autonomia dos parâmetros de controle e a possibilidade de que a questão suscitada perante o Tribunal local se converta numa questão constitucional federal, especialmente nos casos de aplicação das chamadas normas de reprodução obrigatória por parte do Estado-membro.

Assinale-se, por último, uma outra singularidade processual. A decisão que se profere neste peculiar recurso extraordinário será dotada de eficácia *erga omnes* porque prolatada em processo de índole objetiva.⁵³

3 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ESTADUAL⁵⁴

Em face do silêncio do texto constitucional na versão da Emenda nº 3, de 1993, cabe indagar se os Estados-membros poderiam instituir a ação declaratória de constitucionalidade no âmbito da unidade federada, com o

52 Reclamação nº 383, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 147, p. 404 (452).

53 Cf. RE 199.281, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 12.03.1999.

54 Cf. a análise contida no item 3.2 do texto “Considerações sobre o Papel do Procurador-Geral da República no Controle Abstrato de Normas”, nesta publicação, que demonstra claramente que, a despeito da utilização do termo *representação de inconstitucionalidade*, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de *natureza dúplice ou ambivalente*.

objetivo de afirmar a legitimidade de atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual.

A imprecisão da fórmula adotada na Emenda nº 16, de 1965, que introduziu o controle abstrato de normas no Brasil – “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral” –, não consegue esconder o propósito inequívoco do legislador constituinte, que era o de permitir, “desde logo, a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas”.

Portanto, não se pretendia que o Procurador-Geral instaurasse o processo de controle abstrato com o propósito exclusivo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei, até porque ele poderia não tomar parte na controvérsia constitucional ou, se dela participasse, estar entre aqueles que consideravam válida a lei.

E uma vez entendida a *representação de inconstitucionalidade* como instituto de *conteúdo dúplici*e ou de *caráter ambivalente*, mediante o qual o Procurador-Geral da República poderia tanto postular a declaração de inconstitucionalidade da norma, como defender a declaração de sua constitucionalidade, afigurar-se-ia legítimo sustentar a tese relativa à obrigatoriedade de o Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, quando isto lhe fosse solicitado.

A despeito de o Supremo Tribunal Federal ter considerado inadmissível representação na qual o Procurador-Geral da República afirmasse, de plano, a constitucionalidade da norma, é certo que essa orientação, calcada numa interpretação literal do texto constitucional, não parece condizente com a natureza do instituto e com a sua práxis, desde a sua adoção pela Emenda nº 16, de 1965.

Ressalto que no julgamento da Questão de Ordem suscitada na Ação Declaratória nº 1 enfatizou-se a natureza idêntica dos processos de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade, como se pode ler na seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro MOREIRA ALVES, *verbis*:

“A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, ao instituir a ação declaratória de constitucionalidade, já estabeleceu quais são os legitimados para propô-la e quais são os efeitos de sua decisão definitiva de mérito. Silenciou, porém, quanto aos demais aspectos processuais a serem observados com referência a essa ação. Tendo em vista, porém, que a natureza do processo relativo a essa ação é a mesma da ação direta de inconstitucionalidade, é de adotar-se a disciplina desta nesse particular, exceto no que se diferenciam pelo seu fim imediato, que é oposto – a ação direta de inconstitucionalidade visa diretamente à declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, ao passo que a ação declaratória de constitucionalidade visa diretamente à declaração

de constitucionalidade do ato normativo –, e que acarreta a impossibilidade da aplicação de toda a referida disciplina.”

Na oportunidade, assentou o Supremo Tribunal Federal que a sentença de rejeição de inconstitucionalidade proferida no referido processo tem valor específico, afirmando-se que, no caso de improcedência da ação, terá o Tribunal de declarar a inconstitucionalidade da norma.

Como se sabe, a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei federal, estabeleceu que a decisão definitiva de mérito nela proferida – incluída aqui, pois, aquela que, julgando improcedente a ação, proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada (“... produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo...”). Por essa razão, eminentes membros do Supremo Tribunal Federal, como o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, têm sustentado que, “quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade”.⁵⁵

Todos esses elementos reforçam o caráter *dúplice ou ambivalente* que marca também a ação declaratória no plano federal.

Assim, não parece subsistir dúvida de que a ação declaratória de constitucionalidade tem a mesma natureza da ação direta de inconstitucionalidade, podendo-se afirmar até que aquela nada mais é do que uma ADIn com sinal trocado.⁵⁶

Ora, tendo a Constituição de 1988 autorizado o constituinte estadual a criar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Carta Magna estadual (CF, art. 125, § 2º) e restando evidente que tanto a representação de inconstitucionalidade, no modelo da Emenda nº 16, de 1965, e da Constituição de 1967/69, quanto a ação declaratória de constitucionalidade prevista na Emenda Constitucional nº 3, de 1993, possuem *caráter dúplice ou ambivalente*, parece legítimo concluir que, independentemente de qualquer autorização expressa do legislador constituinte federal, estão os Estados-membros legitimados a instituir a ação declaratória de constitucionalidade.

É que, como afirmado, na autorização para que os Estados instituem a representação de inconstitucionalidade, resta implícita a possibilidade de criação da própria ação declaratória de constitucionalidade.

55 Reclamação nº 167, despacho, RDA 206, p. 246-247.

56 Cf. a propósito: MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda nº 3, de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e Mendes; FERREIRA, Gilmar (org.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo, 1994, p. 56.

4 A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E O CONTROLE DE ATOS MUNICIPAIS

4.1 Considerações gerais

Nos termos da Lei nº 9.882, de 1999, cabe a argüição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º, *caput*).

O parágrafo único do art. 1º explicita que caberá também a argüição de descumprimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (leis pré-constitucionais).

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.

Tal como já observado, a argüição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) poderão ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento.

4.2 O controle direto de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal

A Constituição de 1988 autorizou o constituinte estadual a instituir o controle abstrato de normas do direito estadual e municipal em face da Constituição Estadual. Subsistia, porém, ampla insegurança, em razão da falta de um mecanismo expedito de controle de constitucionalidade do direito municipal frente à Constituição Federal. Deve-se observar, outrossim, que, dada a estrutura diferenciada da Federação brasileira, algumas entidades comunais tem importância idêntica, pelo menos do prisma econômico e social, à de muitas unidades federadas, o que conferia gravidade à ausência de controle normativo eficaz.

No contexto da Revisão Constitucional de 1994 esforçou-se para superar, ainda que parcialmente, essa situação, adotando-se o chamado “incidente de inconstitucionalidade”, que haveria de ser suscitado perante o STF, em caso de dúvida ou controvérsia sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, estaduais e municipais.⁵⁷

57 V. Relatoria da Revisão Constitucional, Pareceres Produzidos (Histórico), Parecer nº 27, 1994, t. I, p. 312 e ss.

A Lei nº 9.882, de 1999, veio, em boa hora, contribuir para a superação dessa lacuna, contemplando expressamente a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito municipal no âmbito desse processo especial.

Ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o STF aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os Municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão-padrão com força vinculante.

Se entendermos, como parece recomendável, que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão, poderemos dizer, com tranqüilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade no Município “A” mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não mais poderão ser aplicadas.

Em outras palavras, se o STF afirmar, em um processo de argüição de descumprimento, que a Lei nº “X”, do Município de São Paulo, que prevê a instituição do IPTU progressivo, é inconstitucional, essa decisão terá efeito não apenas em relação a esse texto normativo, mas também em relação aos textos normativos de teor idêntico editados por todos os demais entes comunais.

4.3 Pedido de declaração de constitucionalidade (ação declaratória) do direito estadual e municipal e argüição de descumprimento

A Lei nº 9.882, de 1999, previu, expressamente, a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito estadual e do direito municipal no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Poderá ocorrer, assim, a formulação de pleitos com objetivo de obter a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade toda vez que da controvérsia judicial instaurada possa resultar sério prejuízo à aplicação da norma, com possível lesão a preceito fundamental da Constituição.

De certa forma, a instituição da argüição de descumprimento de preceito fundamental completa o quadro das “ações declaratórias”, ao permitir que não apenas o direito federal, mas também o direito estadual e municipal possam ser objeto de pedido de declaração de constitucionalidade.

5 O CONTROLE DA OMISSÃO LEGISLATIVA NO PLANO ESTADUAL

Muitas constituições estaduais consagraram, ao lado do controle abstrato de normas, a ação direta por omissão.⁵⁸ Assim sendo, é de se indagar

58 Cf. Nota nº 1, *supra*.

se as unidades federadas estariam autorizadas a instituir o procedimento de controle da omissão, tendo em vista especialmente o disposto no art. 125, § 2º, da Constituição Federal.

Tal como reconhecido pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, configura-se omissão legislativa não apenas quando o órgão legislativo não cumpre o seu dever, mas, também, quando o satisfaz de forma incompleta.

Nesses casos, que configuram, em termos numéricos, a mais significativa categoria de omissão na jurisprudência da Corte constitucional alemã,⁵⁹ é de se admitir tanto um controle principal ou direto como um controle incidental, já que existe aqui norma que pode ser objeto de exame judicial.

Embora a omissão do legislador não possa ser, enquanto tal, objeto do controle abstrato de normas,⁶⁰ não se deve excluir a possibilidade de que essa omissão venha ser examinada no controle de normas.

Dado que no caso de omissão parcial há uma conduta positiva, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade, em princípio, da aferição da legitimidade do ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato.⁶¹

Tem-se, pois, aqui, uma *relativa, mas inequívoca, fungibilidade* entre a ação direta de inconstitucionalidade e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos – o de controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter – formal e substancialmente – o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.

Essa peculiaridade restou evidenciada na ADIn 526, oferecida contra a Medida Provisória nº 296, de 29 de maio de 1991, que concedia aumento de remuneração a segmento expressivo do funcionalismo público, em alegado desrespeito ao disposto no art. 37, X, da Constituição. Convém se registre passagem do voto proferido pelo eminente Relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no julgamento do pedido de concessão de medida cautelar:

“Põe-se aqui, entretanto, um problema sério e ainda não deslindado pela Corte, que é um dos tormentos do controle da constitucionalidade da lei pelo estalão do princípio da isonomia e suas derivações constitucionais.

59 BVerfGE 15, 46(76); 22, 329(362); 23, 1(10); 25, 101(110); 32, 365(372); 47, 1(33); 52, 369(379).

60 FRIESENHAHN, Ernst. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*. Köln, 1963, p. 65.

61 GUSY, Christopher. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*. Berlin, 1985, p. 152.

Se a ofensa à isonomia consiste, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação de desigualdade se resolve sem perplexidade pela declaração da invalidez da constringão discriminatória.

A consagração positiva da teoria da inconstitucionalidade por omissão criou, no entanto, dilema cruciante, quando se trate, ao contrário, de ofensa à isonomia pela outorga por lei de vantagem a um ou mais grupos com exclusão de outro ou outros que, sob o ângulo considerado, deveriam incluir entre os beneficiários.

É a hipótese, no quadro constitucional brasileiro, de lei que, à vista da erosão inflacionária do poder de compra da moeda, não dê alcance universal à revisão de vencimentos, contrariando o art. 37, X, ou que, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, fixe vencimentos díspares, negando observância à imposição de tratamento igualitário do art. 39, § 1º, da Constituição.

A alternativa que aí se põe ao órgão de controle é afirmar a inconstitucionalidade positiva de norma concessiva do benefício ou, sob outro prisma, a da omissão parcial consistente em não ter estendido o benefício a quantos satisfizessem os mesmos pressupostos de fato subjacentes à outorga (CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 1992, 333 ss.; 339; *Direito Constitucional*, 1986, p. 831; GILMAR F. MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, 1990, p. 60 ss.; REGINA FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, 1990, p. 156 ss.; CARMEM LÚCIA ROCHA, *O Princípio Constitucional da Igualdade*, 1990, p. 42): 'a censurabilidade do comportamento do legislador' – mostra CANOTILHO (*Constituição Dirigente*, cit., p. 334), a partir da caracterização material da omissão legislativa – 'tanto pode residir no acto positivo – exclusão arbitrária de certos grupos das vantagens legais – como no procedimento omissivo – emanção de uma lei que contempla positivamente um grupo de cidadão, esquecendo outros'.

Se se adota a primeira solução – a declaração de inconstitucionalidade da lei por 'não-favorecimento arbitrário' ou 'exclusão inconstitucional de vantagem' – que é a da nossa tradição (v.g. RE 102.553, 21.08.1986, RTJ 120/725) – a decisão tem eficácia fulminante, mas conduz a iniquidades contra os beneficiados, quando a vantagem não traduz privilégio, mas imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros, que ao gozo dela se apresentariam com os mesmos títulos.

É o que ocorreria, no caso, com a suspensão cautelar da eficácia da medida provisória, postulada na ADIn 525: estaria prejudicado o aumento de vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo

civil e militar, sem que daí resultasse benefício algum para os excluídos do seu alcance.

A solução oposta – a da omissão parcial –, seria satisfatória, se resultasse na extensão do aumento – alegadamente, simples reajuste monetário –, a todos quantos sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos.

A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, § 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei – seja ela absoluta ou relativa, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra.

De resto, como assinalam estudiosos de inegável autoridade (v.g. GILMAR MENDES, ob. cit., p. 70), o alvitre da inconstitucionalidade por omissão parcial ofensiva da isonomia – se pôde ser construída, a partir da Alemanha, nos regimes do monopólio do controle de normas pela Corte constitucional –, suscita problemas relevantes de possível rejeição sistemática, se se cogita de transplantá-la para a delicada simbiose institucional que se traduz na conveniência, no Direito brasileiro, entre o método de controle direto e concentrado no Supremo Tribunal e o sistema difuso.

Ponderações que não seria oportuno expender aqui fazem, porém, com que não descarte de plano a aplicabilidade, no Brasil, da tese da inconstitucionalidade por omissão parcial. Ela, entretanto, não admite antecipação cautelar, sequer, limitados efeitos de sua declaração no julgamento definitivo; muito menos para a extensão do benefício aos excluídos, que nem na decisão final se poderia obter.”⁶²

É certo que a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão inconstitucional. Uma cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade, tal como já admitido pelo *Bundesverfassungsgericht* em algumas decisões.

Portanto, a principal problemática da omissão do legislador situa-se menos na necessidade da instituição de determinados processos para o controle da omissão legislativa do que no desenvolvimento de fórmulas que permitam superar, de modo satisfatório, o estado de inconstitucionalidade.

Em julgado mais moderno, também relativo à suposta exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, o Supremo Tribunal Federal vem de afirmar que não caberia à Corte converter a ação direta de inconstitucionalidade em ação de inconstitucionalidade por omissão. Tratava-se de arguição na qual se sustentava que o ato da Receita Federal, “ao não

62 ADIn 526, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, RTJ 145, p. 101 (112-113).

reconhecer a não-incidência do imposto (IPMF) apenas quanto à movimentação bancária ocorrida nas aquisições de papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos promovidas pelas empresas jornalísticas”, estaria “impondo a exigência do imposto relativamente às demais operações financeiras de movimentação e transferência praticadas por essas empresas, em operações vinculadas à feitura do jornal, livros e periódicos, tais como pagamentos a fornecedores de outros insumos, pagamentos de mão-de-obra e serviços necessários à confecção do jornal (...)”.⁶³

“Configurada hipótese de ação de inconstitucionalidade por omissão, em face dos termos do pedido, com base no § 2º do art. 103 da Lei Magna, o que incumbe ao Tribunal” – afirma o Relator, Ministro NÉRI DA SILVEIRA – “é negar curso à ação direta de inconstitucionalidade *ut* art. 102, I, letra a, do Estatuto Supremo”. Na mesma linha de argumentação, concluiu o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE que “o pedido da ação direta de inconstitucionalidade de norma é de todo diverso do pedido da ação de inconstitucionalidade por omissão” o que tornaria “inadmissível a conversão da ação de inconstitucionalidade positiva, que se propôs em ação de inconstitucionalidade por omissão de normas”.⁶⁴

Também na ADIn 1.458, da relatoria do eminente Ministro CELSO DE MELLO, reiterou o Supremo Tribunal Federal essa orientação, como se pode depreender da leitura da ementa do acórdão, *verbis*:

“SALÁRIO MÍNIMO – VALOR INSUFICIENTE – SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL

A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a

63 ADIn 986, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ 08.04.1994.

64 ADIn 986, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ 08.04.1994.

Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.

INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF.

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.⁶⁵

Ao contrário do afirmado nas referidas decisões, o problema, tal como já amplamente enfatizado, não decorre propriamente do pedido, até porque, em um ou em outro caso (impugnação de ato normativo ou de omissão parcial), tem-se sempre um pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma dada situação normativa.

Em se tratando de omissão, a própria norma incompleta ou defeituosa há de ser suscetível de impugnação na ação direta de inconstitucionalidade, porque é de uma norma alegadamente inconstitucional que se cuida, ainda que a causa da ilegitimidade possa residir na sua incompletude.

Portanto, a questão fundamental reside menos na escolha de um processo especial do que na adoção de uma técnica de decisão apropriada para superar as situações inconstitucionais propiciadas pela chamada omissão legislativa.

Se se entender que, na verdade, as ações diretas por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e a ação direta de inconstitucionalidade

65 ADIn 1.458, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 20.09.1996.

por omissão têm, em grande parte, um objeto comum – a omissão parcial –, então parece correto admitir que a autorização contida na Constituição Federal para a instituição da representação de inconstitucionalidade no plano estadual é abrangente tanto da ação direta de inconstitucionalidade em razão da ação, como da ação direta por omissão.

Assim sendo, as constituições estaduais que optaram por disciplinar, diretamente, o controle abstrato da omissão acabaram por consagrar fórmula plenamente compatível com a ordem constitucional vigente.

6 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DO DISTRITO FEDERAL

6.1 Considerações preliminares

A Constituição não contemplou expressamente o direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade pelo Governador do Distrito Federal. O texto constitucional também não esclarece sobre a aplicação do art. 125, § 2º, no âmbito do Distrito Federal.

Embora o *status* do Distrito Federal no Texto Constitucional de 1988 seja fundamentalmente diverso dos modelos fixados nas constituições anteriores, não se pode afirmar, de forma apodítica, que a sua situação jurídica é equivalente à de um Estado-membro.

Não seria lícito sustentar, porém, que se estaria diante de modelos tão diversos que, no caso, menos do que uma omissão, haveria um exemplo de *silêncio eloqüente*, que obstaria à extensão do direito de propositura aos órgãos do Distrito Federal em ação direta de inconstitucionalidade, no plano do Supremo Tribunal Federal, bem como a adoção do controle abstrato de direito distrital perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

O texto constitucional, em vários de seus dispositivos, procura distinguir a situação jurídica dos Estados da do Distrito Federal:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...);

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, (...);

§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros ou formarem novos Estados ou Territórios Federais (...);

66 ADIn 645-2, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 21.02.1992, p. 1693; ver, também, ADIn 665, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, DJ 24.04.1992, p. 5376.

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...);

Art. 20. É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como aos órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo (...);

Art. 21. Compete à União:

(...)

XII – organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios;

XIV – organizar e manter a polícia federal, a polícia rodoviária e ferroviária federais, bem como a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal e dos Territórios;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre (...) organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios (...).

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...).”

Essas disposições, se não permitem afirmar que o modelo constitucional consagrado para o Distrito Federal é de todo idêntico ao estatuto dos Estados-membros, não autorizam, igualmente, sustentar que as dessemelhanças sejam tão acentuadas que deveriam mesmo levar à negação do direito de propositura.

Assinale-se que se afigura decisivo para o desate da questão a disciplina contida no art. 32 da Constituição, que outorga ao Distrito Federal poder de auto-organização, atribui-lhe as competências legislativas dos Estados e Municípios e define regras para a eleição de Governador, Vice-Governador e Deputados Distritais, que em nada diferem do sistema consagrado para os Estados-membros.

Dessarte, para os efeitos exclusivos do sistema de controle de constitucionalidade, as posições jurídicas do Governador e da Câmara Legislativa do Distrito Federal em nada diferem das situações jurídicas dos Governadores de Estado e das Assembléias Legislativas.

O eventual interesse na preservação da autonomia de suas unidades contra eventual intromissão por parte do legislador federal é em tudo semelhante. Também o interesse genérico na defesa das atribuições específicas dos Poderes Executivo e Legislativo é idêntico.

Portanto, ainda que se possam identificar dessemelhanças significativas entre o Estado-membro e o Distrito Federal e, por isso, também entre os seus órgãos executivos e legislativos, é lícito concluir que, para os fins do

controle de constitucionalidade abstrato, as suas posições jurídicas são, fundamentalmente, idênticas.

Não haveria razão, assim, para deixar de reconhecer o direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade ao Governador do Distrito Federal e à Mesa da Câmara Legislativa, a despeito do silêncio do texto constitucional.

O direito de propositura do Governador do Distrito Federal foi contemplado expressamente pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 645, reconhecendo-se a sua legitimidade ativa “por via de interpretação compreensiva do texto do art. 103, V, da CF/88, c/c o art. 32, § 1º, da mesma Carta”.⁶⁶

Assim, não existe razão jurídica para afastar do controle abstrato de constitucionalidade os órgãos superiores do Distrito Federal.

Razões semelhantes militam em favor do controle de constitucionalidade de ato aprovado pelos poderes distritais no exercício da competência tipicamente estadual.

É que, não obstante as peculiaridades que marcam o Distrito Federal, os atos normativos distritais – leis, decretos etc. – são substancialmente idênticos aos atos normativos estaduais, tal como deflui diretamente do art. 32, § 1º, na parte em que atribui ao Distrito Federal as competências legislativas reservadas aos Estados.⁶⁷

Assinale-se, porém, que a própria fórmula constante do art. 32, § 1º, da Constituição, está a indicar que o Distrito Federal exerce competências legislativas municipais, editando, por isso, leis e atos normativos materialmente idênticos àqueles editados pelos demais entes comunais.

Nessa hipótese, diante da impossibilidade de se proceder ao exame direto de constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição perante o Supremo Tribunal, tem-se de admitir, com o Supremo Tribunal Federal, que descabe “ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto seja ato normativo editado pelo Distrito Federal, no exercício de competência que a Lei Fundamental reserva aos Municípios”, tal como “a disciplina e polícia do parcelamento do solo”.⁶⁸

Vê-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal levou em conta o propósito ampliativo do constituinte em relação ao controle de constitucionalidade no âmbito estadual para reconhecer que também o Distrito Federal deveria ser compreensivamente abrangido pelas normas dos arts. 102 e 103 da Constituição a respeito do controle direto de constitucionalidade.

67 ADIn 665, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, DJ 24.04.1992, p. 5376.

68 ADIn 611-8, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 11.12.1992, p. 23662.

6.2 A possibilidade de instituição de ação direta no âmbito do Distrito Federal

Tal como observado, a Constituição dotou o Distrito Federal de autonomia política, outorgando-lhe competências legislativas específicas dos Estados-membros e dos Municípios e atribuindo-lhe poder para votar uma Lei Orgânica. Cumpre indagar ainda se ao Distrito Federal seria lícito, igualmente, definir um modelo de controle de constitucionalidade, tal como previsto no art. 125, § 2º, da Carta Magna.

A pergunta pode ser assim formulada: estamos diante de uma lacuna que pode ser superada por analogia ou, ao revés, diante de inequívoco silêncio eloqüente do texto constitucional?

Não subsiste dúvida de que, ao contrário da Constituição de 1967/1969, o Texto Constitucional de 1988 fez uma opção deliberada em favor de duplo sistema de controle direto do direito estadual e de um sistema de controle direto do direito municipal em face da Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º).

Tendo o Distrito Federal personalidade jurídica de direito público e autonomia política que lhe permite não só editar uma Lei Orgânica, a título de Constituição local, mas também legislar, no âmbito de seu território, sobre todas as matérias de competência dos Estados e Municípios, afigura-se, sem dúvida, estranho que se lhe negue faculdade àquilo que se assegura a todos os entes federados.

É bem verdade que se afigura complexa uma leitura ampliativa do texto constitucional, no art. 125, § 2º, para admitir que a própria Câmara Legislativa do Distrito Federal possa disciplinar a instituição da ação direta perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

É que, como se sabe, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal é um órgão federal, competindo à União dispor sobre a sua organização e sobre a organização do Poder Judiciário do Distrito Federal (CF, art. 21, XII).

Ainda que haja boas razões para justificar a extensão ao Distrito Federal do tratamento constitucional que, na matéria, se conferiu ao Estados-membros, há de se ter por inquestionável que se o Tribunal de Justiça não é um órgão integrante do Distrito Federal, não pode ele ter suas competências acrescidas por decisão do órgão legislativo distrital.

Essa observação parece obstar que a própria Câmara Legislativa do Distrito Federal venha a instituir a ação direta de inconstitucionalidade.

Todavia, se se entende – como estamos a fazê-lo – que, em verdade, o texto constitucional não proíbe – antes recomenda – a instituição de um modelo duplo de controle direto de constitucionalidade do direito de índole estadual, então afigura-se legítimo indagar se a própria União não poderia,

com fundamento em sua competência para legislar sobre direito processual federal e para dispor sobre organização do Judiciário local, disciplinar a ação direta do direito distrital em face da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Poder-se-ia sustentar que o silêncio do texto constitucional, na espécie, é um silêncio eloqüente, não se podendo superar a lacuna verificada senão mediante emenda constitucional.

Embora não se possa negar que eventual emenda constitucional daria solução definitiva à questão,⁶⁹ é certo que a sistemática vigente sugere a possibilidade de disciplina do tema mediante decisão legislativa ordinária, desde que exercida pelos órgãos competentes.

Forte nesse entendimento, a Comissão de Juristas⁷⁰ encarregada de formular um anteprojeto de lei sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade apresentou proposta que confere a seguinte disciplina ao tema:

“Art. 30. Acrescentem-se ao art. 8º da Lei nº 8.185, de 14 de maio de 1991, as seguintes disposições:

‘Art. 8º.....

n) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica;

.....

§ 3º São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade:

- a) o Governador do Distrito Federal;
- b) a Mesa da Câmara Legislativa;
- c) o Procurador-Geral de Justiça;
- d) a Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal;
- e) as entidades sindicais ou de classe, de atuação no Distrito Federal, demonstrando que a pretensão por elas deduzida guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais;
- f) os partidos políticos com representação na Câmara Legislativa.

69 Cf. Relatoria da Revisão Constitucional (Pareceres produzidos), Brasília, t. II, 1994, p. 60 ss.

70 A Comissão é composta pelos Professores CAIO TÁCITO (Presidente), ARNOLDO WALD, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, ANTONIO JAMYR DALLÁGNOL, LUIZ ROBERTO BARROSO, ROBERTO ROSAS, CARLOS ALBERTO DIREITO, GILMAR FERREIRA MENDES (Relator do Anteprojeto), MANOEL ANDRÉ DA ROCHA, RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, CARLOS ALBERTO DIREITO. O anteprojeto referido foi convertido no Projeto de Lei nº 2.960, encaminhado pelo Executivo ao Congresso Nacional em abril de 1997.

§ 4º Aplicam-se ao processo e julgamento da direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios as seguintes disposições:

a) o Procurador-Geral de Justiça será sempre ouvido nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade;

b) declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Lei Orgânica do Distrito Federal, a decisão será comunicada ao Poder competente para adoção das providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias;

c) somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial, poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Distrito Federal ou suspender a sua vigência em decisão de medida cautelar.

§ 5º Aplicam-se, no que couber, ao processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica, as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.”

Tal como assente no Relatório que explicita as razões das propostas formuladas, o anteprojeto propõe que se altere a legislação ordinária federal (Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal) para admitir, expressamente, o controle abstrato de normas e o controle abstrato da omissão no âmbito do Distrito Federal com o propósito inequívoco de “colmatar significativa lacuna no sistema de controle de normas, uma vez que o texto constitucional não cuidou diretamente do tema”.

Essa proposta foi convertida na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Como se pode ver, a aludida lei adota os lineamentos básicos do controle de constitucionalidade direto aplicáveis no âmbito do Supremo Tribunal Federal, determinando que as normas sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal são aplicáveis, no que couber, ao processo e julgamento do controle de constitucionalidade no âmbito do Distrito Federal.

Tal solução parece inteiramente compatível com o ordenamento constitucional brasileiro, que reconhece hoje o processo abstrato de normas como instrumento regular de controle de constitucionalidade, no âmbito das unidades federadas.

7 EFICÁCIA *ERGA OMNES* DAS DECISÕES PROFERIDAS EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO NO ÂMBITO ESTADUAL

7.1 Considerações preliminares

Diversas constituições estaduais têm estabelecido que, declarada a inconstitucionalidade incidental ou *in abstracto*, o Tribunal de Justiça estadual deverá comunicar a decisão à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal para a suspensão, no todo ou em parte, da lei ou do ato impugnado.

Trata-se de fórmula que reproduz a vetusta suspensão de execução pelo Senado Federal, introduzida no sistema constitucional brasileiro pela Constituição de 1934 (art. 91, IV), e que consta hoje do art. 52, X, da Constituição de 1988, aplicando-se, porém, tão-somente, às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum*.

Ressalte-se que a própria suspensão de execução pelo Senado, tal como compreendida e praticada no âmbito federal, dá sinais evidentes de superação ou obsolescência.

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuiram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?

A única resposta plausível indica que o instituto da suspensão pelo Senado de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos Tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há de se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de dada expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário. Aqui o Supremo Tribunal não afirma propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em uma interpretação conforme à Constituição não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

Finalmente, mencionem-se os casos de “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, nos quais se explicitam que um dado significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração.

Também nesses casos, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado revela-se problemática, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão-somente de um de seus significados normativos.

Todas essas razões demonstram a inadequação, o caráter obsoleto mesmo, do instituto da suspensão de execução pelo Senado no atual estágio do nosso sistema de controle de constitucionalidade.

7.2 Processo objetivo e eficácia *erga omnes*

Assinale-se que, desde 1879, sabe-se, com VON GNEIST, que a idéia, segundo a qual, como pressuposto de qualquer pronunciamento jurisdicional, devem existir dois sujeitos que discutam sobre direitos subjetivos, assenta-se em uma “petição de princípio civilista” (*civilistische petitio principii*).⁷¹

Já no primeiro quartel do século passado, afirmava TRIEPEL que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como *processos objetivos*. Assim, sustentava ele, no conhecido *Referat* sobre “a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional”, que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários.⁷² “Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação (...), de condenação, de cassação de atos estatais – dizia TRIEPEL – “mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas”.⁷³

71 VON GNEIST. *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 1879, p. 271.

72 TRIEPEL, Heinrich. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. VVDStRL, v. 5 (1929), p. 26.

73 TRIEPEL. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. VVDStRL, v. 5 (1929) p. 26.

Em tempos mais recentes, passou-se a reconhecer, expressamente, a *natureza objetiva* dos processos de controle abstrato de normas (*objektive Verfahren*),⁷⁴ que não conhecem partes (*Verfahren ohne Beteiligte*) e podem ser instaurados independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico.⁷⁵

Por outro lado, tais processos “sem partes formais” somente têm significado se as decisões mais relevantes neles proferidas forem dotadas de eficácia contra todos.

Alguns autores chegam a sustentar que a eficácia *erga omnes* constitui apanágio dos processos objetivos.

Esse parece ser, também, o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, desde 1977, vem afirmando a eficácia geral da decisão proferida em representação de inconstitucionalidade, como autêntico apanágio do seu caráter objetivo.

Somente nos anos de 1974/75 começou o Supremo Tribunal Federal a definir a sua doutrina da eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas.⁷⁶

O parecer do Ministro RODRIGUES ALCKMIN foi emitido em consulta formulada pelo Diretor-Geral da Secretaria do Supremo que manifestava dúvida sobre a execução da sentença proferida na Representação nº 898, relativa à Lei nº 7.214, de 13 de novembro de 1968, do Estado de Goiás, declarada inconstitucional por infringência de *princípio sensível* (CF 1967/1969, art. 10, VII, e).

A orientação adotada, que reconhecia eficácia *erga omnes* à pronúncia de inconstitucionalidade no processo de controle abstrato de normas, foi aprovada pelo Presidente da Comissão de Regimento do Supremo, Ministro LUIZ GALLOTTI (05.08.1974), e, posteriormente, pelo Presidente do Tribunal, Ministro ELOY DA ROCHA (19.12.1974).⁷⁷

Àquela época já tramitava no Supremo Tribunal Federal consulta formulada pelo Senado com vistas a esclarecer o papel que haveria de desempenhar no controle de constitucionalidade, mormente se haveria de

74 *BVerfGE* 1, 14(40); *BVerfGE* 2, 143(156); Cf. também: SÖHN. *Die abstrakte Normenkontrolle*. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, I, p. 304.

75 Cf., sobre o assunto: MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 249 e ss.

76 Parecer do Ministro RODRIGUES ALCKMIN, de 19.06.1975, DJ 16.05.1977, p. 3124; Parecer do Ministro MOREIRA ALVES, de 11.11.1975, DJ 16.05.1977, p. 3123; ver, também, BANDEIRA DE MELLO. *Teoria das constituições rígidas*, p. 213.

77 Cf. ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 57, p. 260 (293), 1978.

suspender todos os atos declarados inconstitucionais ou se a atribuição estava adstrita à suspensão de execução de leis e decretos, tal como expresso no art. 42, VII, da Constituição.⁷⁸

Submetida a questão à Mesa de Matéria Constitucional do Supremo Tribunal, sustentou o Ministro MOREIRA ALVES, em parecer datado de 11 de novembro de 1975, que:

“10. Em conclusão, e circunscrevendo-me apenas ao objeto da consulta (sou dos que entendem que a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente, e não quando decorrente da ação direta, caso em que, se relativa à intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente à declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos), em conclusão – repito – e circuncrevendo-me ao objeto da consulta, sou de parecer de que só se deverá fazer a comunicação, a que alude a parte final do art. 180 do Regimento Interno, quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade de lei (que abrange o elenco das figuras compreendidas no art. 46 da Emenda nº 1/69) ou de decreto, e não de quaisquer outros atos normativos.”⁷⁹

A maioria da Mesa de Matéria Constitucional inclinou-se, porém, para considerar que os demais atos normativos declarados inconstitucionais, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal deveriam ter, igualmente, a suspensão de sua execução declarada pelo Senado Federal. Em 18 de junho de 1977, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro THOMPSON FLORES, determinou que as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição de 1967/69, se restringissem às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum*.⁸⁰

Reconheceu-se, portanto, que a decisão proferida no processo objetivo do controle abstrato de normas tinha eficácia *erga omnes*, independentemente da intervenção do Senado Federal.

Entendimento idêntico há de ser adotado no que se refere ao controle abstrato de normas no plano estadual. Até porque, como observado, no

78 Cf. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça – Relator Senador ACCIOLY FILHO. In: ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 57, p. 260 (297), 1978.

79 Parecer do Ministro MOREIRA ALVES, de 11.11.1975, DJ 16.05.1977, p. 3123; cf., também, ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 57, p. 260 (303-304), 1978.

80 Cf. ALENCAR. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 57, p. 260 (305), 1978.

controle incidental, o instituto da suspensão de execução da lei tem por escopo tão-somente imprimir eficácia geral a uma decisão com efeitos *inter partes*. A sua extensão ao controle abstrato implica retirar do órgão jurisdicional qualquer capacidade de decisão definitiva sobre a matéria, porque nesse processo não existe nenhum vínculo subjetivo entre as partes. Assim sendo, admitir em processo objetivo e, portanto, sem partes formais, que a eficácia da decisão sobre a constitucionalidade depende da aprovação de um órgão político é submeter a eficácia da própria decisão judicial proferida nesse processo a uma deliberação tipicamente política.

É fácil perceber, pois, que se não está diante de uma alternativa de política legislativa mais ou menos aceitável dependendo da perspectiva acadêmica ou dogmática que se adote.

Trata-se de reconhecer que o controle abstrato de normas do direito estadual e municipal em face da Constituição, tal como autorizado no art. 125, § 2º, da Constituição Federal e disciplinado em diversas constituições estaduais, não se compatibiliza com fórmulas limitadoras da eficácia da decisão, como a prevista no art. 52, X, da Constituição. A decisão proferida em controle abstrato há de ter eficácia *erga omnes*, sob pena de se subverter ou de se descaracterizar por completo o próprio sistema judicial de controle de constitucionalidade, subordinando-se a eficácia do pronunciamento judicial definitivo a uma decisão tipicamente política de um órgão legislativo.

Não há dúvida, pois, de que as disposições contidas nas diversas constituições que condicionam a eficácia da decisão proferida em sede de controle abstrato, no âmbito estadual, à decisão de um órgão político estadual ou municipal parecem afrontar a própria Constituição Federal, que autoriza a instituição de um controle de constitucionalidade exercido por órgão jurisdicional, e não por órgão político.

CONCLUSÕES

I – Dado o caráter vinculativo e a índole genérica inerentes ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, a possibilidade de coexistência de jurisdições constitucionais federal e estadual, em uma ordem federativa, exige a definição de “parâmetros de controle” (*Kontrollmassstäbe*) autônomos e diferenciados.⁸¹ A sentença de rejeição de inconstitucionalidade proferida por uma Corte não afeta o outro processo, pendente perante outro Tribunal, que há de decidir com fundamento em parâmetro de controle autônomo. Todavia, declarada a inconstitucionalidade de direito local em face da Constituição Estadual, com efeito *erga omnes*, há de se reconhecer a *insubsistência* de qualquer processo eventualmente ajuizado perante o

81 RE 92.169/SP, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO, RTJ 103(3):1115.

Supremo Tribunal Federal que tenha por objeto a mesma disposição. Assim também a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual em face da Constituição Federal torna insubsistente (*gegenstandslos*) ou sem objeto eventual arguição, pertinente à mesma norma, requerida perante Corte estadual.

II – Problemática há de se revelar a questão referente aos processos instaurados simultaneamente perante Tribunal de Justiça estadual e perante o Supremo Tribunal Federal no caso de ações diretas contra determinado ato normativo estadual em face de parâmetros estadual e federal de conteúdo idêntico. Se a Corte federal afirmar a constitucionalidade do ato impugnado em face do parâmetro federal, poderá o Tribunal estadual considerá-lo inconstitucional em face de parâmetro estadual de conteúdo idêntico? Essa questão dificilmente pode ser solvida com recurso às conseqüências da coisa julgada e da eficácia *erga omnes*, uma vez que esses institutos, aplicáveis ao juízo abstrato de normas, garantem a eficácia do julgado enquanto tal, isto é, com base no parâmetro constitucional utilizado. Pretensão no sentido de se outorgar eficácia transcendente à decisão equivaleria a atribuir força de interpretação autêntica à decisão do Tribunal federal. No plano dogmático, pode-se reconhecer essa conseqüência se se admitir que as decisões do Supremo Tribunal Federal são dotadas de *efeito vinculante* (*Bindungswirkung*), que se não limita à parte dispositiva, mas se estende aos fundamentos determinantes da decisão. Assim, pelo menos no que se refere às ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia cogitar de um efeito transcendente se a questão estadual versasse também sobre a norma de reprodução obrigatória pelo Estado-membro.

III – Não há dúvida de que será cabível o recurso extraordinário contra a decisão do Tribunal de Justiça que, sob pretexto de aplicar o direito constitucional estadual, deixe de aplicar devidamente a norma de reprodução obrigatória por parte do Estado-membro. É interessante notar que a decisão proferida em sede de recurso extraordinário no Supremo Tribunal que implique o reconhecimento da procedência ou improcedência da ação direta proposta no âmbito estadual será igualmente dotada de eficácia *erga omnes*, o que ressalta outra peculiaridade dessa situação de inevitável convivência entre os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. E se não houver a interposição do recurso extraordinário? A decisão transitará em julgado para o Supremo Tribunal Federal? Duas são as situações possíveis: a) o Tribunal afirmará a improcedência da arguição de inconstitucionalidade, declarando, com eficácia *erga omnes*, que a lei estadual ou municipal é compatível com a Constituição Estadual; b) o Tribunal afirmará a procedência da arguição, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei estadual ou municipal, com eficácia geral. Na primeira hipótese, não há de se cogitar de eficácia de decisão em relação ao Supremo Tribunal Federal, podendo este vir a conhecer da questão no processo de controle

difuso ou direto de constitucionalidade. No caso de declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual ou municipal, com trânsito em julgado, não haverá objeto para a arguição de inconstitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

IV – Diversas constituições estaduais têm estabelecido que, declarada a inconstitucionalidade incidental ou *in abstracto*, o Tribunal de Justiça estadual deverá comunicar a decisão à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal para a suspensão, no todo ou em parte, da lei ou do ato impugnado. Trata-se de fórmula que reproduz a vetusta suspensão de execução pelo Senado Federal, introduzida no sistema constitucional brasileiro pela Constituição de 1934 (art. 91, IV), e que consta hoje do art. 52, inciso X, da Constituição de 1988, aplicando-se, porém, tão-somente, às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum*. No controle incidental, o instituto da suspensão de execução da lei tem por escopo tão-somente imprimir eficácia geral a uma decisão com efeitos *inter partes*. A sua extensão ao controle abstrato implica retirar do órgão jurisdicional qualquer capacidade de decisão definitiva sobre a matéria, porque nesse processo não existe qualquer vínculo subjetivo entre as partes. Assim sendo, admitir em processo objetivo e, portanto, sem partes formais, que a eficácia da decisão sobre a constitucionalidade dependa da aprovação de um órgão político é submeter a eficácia da própria decisão judicial proferida nesse processo a uma deliberação tipicamente política. Não há dúvida, pois, de que as disposições contidas nas diversas constituições que condicionam a eficácia da decisão proferida em sede de controle abstrato, no âmbito estadual, à decisão de um órgão político estadual ou municipal, parecem afrontar a própria Constituição Federal, que autoriza a instituição de um controle de constitucionalidade exercido por órgão jurisdicional, e não por órgão político.

V – Não parece subsistir dúvida de que a ação declaratória de constitucionalidade tem a mesma natureza da ação direta de inconstitucionalidade, podendo-se afirmar até que aquela nada mais é do que uma ADIn com sinal trocado. Ora, tendo a Constituição de 1988 autorizado o constituinte estadual a criar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Carta Magna estadual (CF, art. 125, § 2º) e restando evidente que tanto a representação de inconstitucionalidade, no modelo da Emenda nº 16, de 1965, e da Constituição de 1967/69, quanto a ação declaratória de constitucionalidade prevista na Emenda Constitucional nº 3, de 1993, possuem *caráter dúplice ou ambivalente*. Parece legítimo concluir que, independentemente de qualquer autorização expressa do legislador constituinte federal, estão os Estados-membros legitimados a instituir a ação declaratória de constitucionalidade. É que, na autorização para que os Estados instituem a representação de inconstitucionalidade, resta implícita a possibilidade de criação da própria ação declaratória de constitucionalidade.

VI – No contexto da Revisão Constitucional de 1994 esforçou-se para superar, ainda que parcialmente, essa situação, adotando-se o chamado “incidente de inconstitucionalidade”, que haveria de ser suscitado perante o STF, em caso de dúvida ou controvérsia sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, estaduais e municipais.

A Lei nº 9.882, de 1999, veio, em boa hora, contribuir para a superação dessa lacuna, contemplando expressamente a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito municipal no âmbito desse processo especial.

Ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o STF aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os Municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão-padrão com força vinculante.

Se entendermos, como parece recomendável, que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão, poderemos dizer, com tranqüilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade no Município “A” mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não mais poderão ser aplicadas.

Em outras palavras, se o STF afirmar, em um processo de arguição de descumprimento, que a Lei nº “X”, do Município de São Paulo, que prevê a instituição do IPTU progressivo, é inconstitucional, essa decisão terá efeito não apenas em relação a esse texto normativo, mas também em relação aos textos normativos de teor idêntico editados por todos os demais entes comunais.

A Lei nº 9.882, de 1999, previu, expressamente, a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito estadual e do direito municipal no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Poderá ocorrer, assim, a formulação de pleitos com objetivo de obter a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade toda vez que da controvérsia judicial instaurada possa resultar sério prejuízo à aplicação da norma, com possível lesão a preceito fundamental da Constituição.

De certa forma, a instituição da arguição de descumprimento de preceito fundamental completa o quadro das “ações declaratórias”, ao permitir que não apenas o direito federal, mas também o direito estadual e municipal possam ser objeto de pedido de declaração de constitucionalidade.

VII – Em se tratando de omissão, a própria norma incompleta ou defeituosa há de ser suscetível de impugnação na ação direta de inconstitucionalidade, porque é de uma norma alegadamente inconstitucional que se cuida, ainda que a causa da ilegitimidade possa residir na sua incompletude. Portanto, a questão fundamental reside menos na escolha de um processo especial do que na adoção de técnica de decisão apropriada para superar as situações inconstitucionais propiciadas pela chamada

omissão legislativa. Se se entender que, na verdade, as ações diretas por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão têm, em grande parte, um objeto comum – a omissão parcial –, então parece correto admitir que a autorização contida na Constituição Federal para a instituição da representação de inconstitucionalidade no plano estadual é abrangente tanto da ação direta de inconstitucionalidade em razão da ação, como da ação direta por omissão. Assim sendo, as constituições estaduais que optaram por disciplinar, diretamente, o controle abstrato da omissão acabaram por consagrar fórmula plenamente compatível com a ordem constitucional vigente.

VIII – Tendo o Distrito Federal personalidade jurídica de direito público e autonomia política que lhe permite não só editar uma Lei Orgânica, a título de Constituição local, mas também legislar, no âmbito de seu território, sobre todas as matérias de competência dos Estados e Municípios, afigura-se, sem dúvida, estranho que se lhe negue faculdade àquilo que se assegura a todos os entes federados. É bem verdade que se afigura complexa uma leitura ampliativa do texto constitucional, no art. 125, § 2º, para admitir que a própria Câmara Legislativa do Distrito Federal possa disciplinar a instituição da ação direta perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. É que, como se sabe, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal é um órgão federal, competindo à União dispor sobre sua organização e sobre a organização do Poder Judiciário do Distrito Federal (CF, art. 21, XII). Ainda que haja boas razões para justificar a extensão ao Distrito Federal do tratamento constitucional que, na matéria, se conferiu ao Estados-membros, há de se ter por inquestionável que se o Tribunal de Justiça não é um órgão integrante do Distrito Federal, não pode ele ter suas competências acrescidas por decisão do órgão legislativo distrital. Todavia, se se entende que, em verdade, o texto constitucional não proíbe – antes recomenda – a instituição de um modelo duplo de controle direto de constitucionalidade do direito de índole estadual, então se afigura legítimo concluir que a própria União poderá, com fundamento em sua competência para legislar sobre direito processual federal e para dispor sobre a organização do Judiciário local, disciplinar a ação direta do direito distrital em face da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Poder-se-ia sustentar que o silêncio do texto constitucional, na espécie, é um silêncio eloqüente, não se podendo superar a lacuna verificada senão mediante emenda constitucional. Embora não se possa negar que eventual emenda constitucional daria uma solução definitiva à questão, é certo que a sistemática vigente sugere a possibilidade de disciplina do tema mediante decisão legislativa ordinária, desde que exercida pelos órgãos competentes. Forte nesse entendimento, a Comissão de Juristas encarregada de formular um anteprojeto de lei sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade apresentou proposta que reconhecia ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade.

Referida proposta foi convertida em lei (Lei nº 9.868/99), tendo alterado o art. 8º da Lei nº 8.185, de 14 de maio de 1991 (Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal). Como se pode ver, a aludida lei adota os lineamentos básicos do controle de constitucionalidade direto aplicáveis no âmbito do Supremo Tribunal Federal, determinando que as normas sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, são aplicáveis, no que couber, ao processo e julgamento do controle de constitucionalidade no âmbito do Distrito Federal. Tal solução parece inteiramente compatível com o ordenamento constitucional brasileiro, que reconhece hoje o processo abstrato de normas como instrumento regular de controle de constitucionalidade, no âmbito das unidades federadas.

IX – A decisão proferida em controle abstrato há de ter eficácia *erga omnes*, sob pena de se subverter ou de se descaracterizar por completo o próprio sistema judicial de controle de constitucionalidade, subordinando-se a eficácia do pronunciamento judicial definitivo a uma decisão tipicamente política de um órgão legislativo. Não há dúvida, pois, de que as disposições contidas nas diversas constituições que condicionam a eficácia da decisão proferida em sede de controle abstrato, no âmbito estadual, à decisão de um órgão político estadual ou municipal parecem afrontar a própria Constituição Federal, que autoriza a instituição de um controle de constitucionalidade exercido por órgão jurisdicional e não por órgão político.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 57, 1978.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. O controle de constitucionalidade de leis municipais. *Revista de Informação Legislativa*, 19(76).

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1980.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. *RDP*, 1(4).

BASTOS, Celso Ribeiro. O controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos municipais. In: *Ação direta de controle da constitucionalidade de leis municipais, em tese*. São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979.

_____. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Lei municipal inconstitucional. In: *Ação direta de controle da constitucionalidade de leis municipais, em tese*. São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo, 1979.

FRIESENHAHN, Ernst. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*. Köln, 1963.

_____. *Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit*. In: STARCK, Christian (org.) *Bundesverfassungsgericht*.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação direta de controle da constitucionalidade na Constituição paulista. In: *Ação direta de controle da constitucionalidade de leis municipais, em tese*. São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979.

GUSY, Christopher. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*. Berlin, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda nº 3, de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e Mendes; FERREIRA, Gilmar (org.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo, 1994.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht; die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*. 3. ed. Munique: C. H. Beck, 1991.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RIBEIRO, Gilberto Quintanilha. Manifestação do Ministério Público. Preliminares de ilegitimidade ativa e de incompetência do Tribunal de Justiça. In: *Ação direta de controle da constitucionalidade de leis municipais, em tese*. São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979.

SILVA, José Afonso. Ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. In: *Ação direta de controle da constitucionalidade de leis municipais, em tese*. São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979.

SÖHN, Hartmut. *Die abstrakte Normenkontrolle*. In: STARCK, *Bundesverfassungsgericht. und Grundgesetz*, 1. Aufl., Tübingen, Mohr, 1976.

STERN, Klaus. *Kommentar zum Grundgesetz (Bonner Kommentar)*, art. 100, n. 268-74.

TRIEPEL, Heinrich. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. VVDStRL, v. 5 (1929).

VON GNEIST. *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 1879.