O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA*

1. *As constituições rígidas e a supremacia constitucional*

O controle da constitucionalidade das leis impõe-se diante do sistema de constituições rígidas, pois este acentua a distinção entre o poder Constituinte e os Poderes Constituídos, resultando disto a supremacia da Constituição sobre as demais leis, estas produto do poder constituído, enquanto aquela é a obra do poder constituinte. Significa, no dizer do Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA "que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos: é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas".[1]

De fato, é incontestável a supremacia da Constituição sobre as demais normas de direito, estabelecendo-se uma hierarquia de normas, onde a lei constitucional desponta no ápice da pirâmide normativa, daí ser a Constituição chamada Lei Maior, Lei Magna, nas palavras de PAULO BONAVIDES, "a mais alta expressão jurídica da soberania".[2]

Com efeito, as leis infraconstitucionais, produzidas pelo Poder Legislativo, órgão cuja competência é haurida da Constituição, não podem contrariá-la sob pena de serem consideradas inválidas e inconsistentes perante a ordem jurídica estabelecida.

1 DA SILVA, José Afonso. — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed. RT, 1989, p. 45.

2 BONAVIDES, Paulo. — *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed. Malheiros, 1994, p. 267.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará e Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará.

Incontroversa a primazia da lei constitucional, resta estabelecer qual o órgão competente para expurgar de um determinado sistema jurídico as leis inconstitucionais, ou seja, exercer o chamado controle de constitucionalidade, cuja tarefa pode ser confiada a um órgão político ou a um órgão jurisdicional.

2. *O controle exercido por órgão político*

Em alguns sistemas constitucionais, o controle de constitucionalidade é exercido por órgão político, distinto do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.

A argumentação levantada em favor do controle exercido por órgão político é a de que a Constituição deve ser interpretada por quem tenha sensibilidade política, além do que confiar tal mister ao Judiciário seria farpear o princípio da separação dos poderes, já que se daria aos juízes o poder de anular atos emanados do Legislativo e do Executivo.

Esse sistema surge na França, por inspiração do jurista SIEYÈS que procurava interpretar o sentimento nacional de desconfiança no Judiciário do *ancien régime*. Todavia, as primeiras tentativas de sua adoção foram malogradas, vindo o mesmo firmarse somente com a Constituição de 1958, quando foi instituído o Conselho Constitucional composto de 09 (nove) membros, com mandato de 09 (nove) anos, vedada a recondução.

Outra experiência de controle de constitucionalidade feito por órgão político é a da Constituição Soviética de 1936.

Segundo o Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO "a experiência tem demonstrado que esse controle é ineficaz", e, continua: "esses órgãos, onde previstos, têm apreciado as questões a eles submetidas antes pelo critério da conveniência do que pelo critério de sua concordância com a Constituição. Assim, esses órgãos vêm a ser redundantes, pois se tornam outro Legislativo, ou outro órgão Governamental".[3]

3. *O controle exercido por órgão jurisdicional*

O exercício do controle de constitucionalidade por órgão jurisdicional é o que tem predominado na grande maioria dos sistemas constitucionais. Não obstante as críticas que se possam fazer a esse tipo de controle, como alegação de que estaria o juiz ou tribunal exercendo uma atividade eminentemente política e a de que o órgão jurisdicional, ao exercer o controle da constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo, estaria tutelando o próprio estado, ou ferindo o princípio da separação

3 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. — *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 17ª ed. 1989, p. 31/32.

dos poderes, a mim quer me parecer que esse sistema é o que mais se coaduna com a natureza das constituições rígidas e com os princípios do Estado de Direito.

A respeito, leciona o Professor PAULO BONAVIDES: "não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial — a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do estado de direito onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis".[4]

A Professora ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, em sua insuperável obra *Poder Constituinte dos Estados-membros*, ensina: "O Poder Judiciário, cercado de garantias constitucionais, é quem tem mais condições, dentre órgãos e poderes, de assegurar a intangibilidade da Constituição Federal, colocando-a acima de todo sistema jurídico do estado; por outro lado, em razão de suas funções próprias, está o Poder Judiciário mais preparado para apreciar, em profundidade, com clareza, imparcialidade e certeza, o confronto entre a obra do Poder Constituinte originário e a dos poderes dele derivados, resguardando a primeira, garantindo a segunda. Assim, exsurge o controle jurisdicional como sistema mais adequado para a defesa da Constituição Federal", e, conclui: "o controle jurisdicional de constitucionalidade *in genere* complementa o conceito de Estado de Direito, entendido como aquele onde toda a atividade dos órgãos e poderes públicos deve exercitar-se atendendo a normas jurídicas predeterminadas especialmente a Constituição".[5]

O controle jurisdicional, como se sabe, pode ser feito por via de exceção, também chamado controle difuso ou concreto; ou por via de ação, denominado outrossim concentrado ou abstrato.

3.1. *Controle por via de exceção*

O controle por via de exceção ou difuso se dá, como é sabido, somente quando, no curso de uma demanda judicial, uma das partes argúi em defesa de sua causa a inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar. Esta forma de controle pode ser exercida por qualquer órgão do judiciário (singular ou colegiado). Quando alegada a inconstitucionalidade perante um órgão do tribunal, entendendo este ser procedente a alegação, deverá sustar o processo, e submeter a questão incidental da inconstitucionalidade ao plenário ou órgão especial da Corte, se houver, para liquidar a controvérsia em face do disposto no art. 97 da Constituição Federal, que exige maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do órgão especial para a decretação da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Todavia, este controle não tem o condão de anular a lei inconstitucional, nem tampouco a retira do ordenamento jurídico, apenas não a aplica ao caso concreto,

4 Op. Cit, p. 272.

5 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. — *Poder Constituinte do Estado-membro*, RT, 1979, p. 183.

podendo a referida lei ser aplicada em outra demanda, por outro órgão judicante ou até pelo mesmo, a menos que o poder competente a revogue, ou ainda, no caso da lei ter sido declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, o Senado suspenda a sua execução, nos termos preconizados pelo art. 52, X, da Constituição da República.

Este tipo de controle nasceu nos Estados Unidos, fruto do célebre voto do Juiz MARSHAL da Suprema Corte norte-americana, no festejado caso MARBURY *versus* MADISON, onde ele parte da premissa de que ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o Legislativo, por ato ordinário, pode modificar a Constituição. E, em seu irretorquível raciocínio, afirma ser dever do Judiciário, diante de uma lei que colide com a Constituição, decidir em consonância com a lei, desrespeitando a Constituição, ou de acordo com esta, ignorando a lei, face a supremacia constitucional, que defende de maneira irrefutável, ao declarar, na espécie julgada, que todo ato do Congresso contrário à Constituição Federal deveria ser tido por nulo, inválido e ineficaz.

O inconveniente do controle difuso, como diz MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, é "a possibilidade de juízes apreciarem diferentemente a validade de uma lei, com a conseqüência de ser aplicada a uns e não a outros; a incerteza quanto ao direito até a decisão final do Tribunal mais alto ou especializado".[6]

3.2. *Controle por via de ação*

O chamado controle por via de ação, ao contrário da via de exceção, tem por escopo a norma *in abstracto*. Trata-se de controle exercido através de ação direta. No caso, a lei ou ato normativo do Poder Público é impugnado perante um tribunal competente que poderá declarar a perda de sua validade constitucional. Como enfatiza CANOTILHO: "O controle abstracto significa que a impugnação da constitucionalidade de uma lei é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controle abstracto de normas não é um processo contraditório de parte; é, sim, um processo que visa sobretudo a 'defesa da Constituição' e da 'legalidade democrática', através da eliminação de actos normativos contrários à Constituição".[7]

Este processo, como se observa, tem um teor mais enérgico, porquanto, uma vez declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, estes são removidos da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível.

O sistema de controle concentrado foi idealizado por KELSEN e se positivou na Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920.

A legitimidade para movimentar este mecanismo de controle, em geral, é reservada a um número restrito de autoridades ou entidades, não se lhe reconhecendo a qualquer pessoa.

6 Op. cit. p.33.

7 CANOTILHO, J. Gomes. — *Direito Constitucional*, 5ª ed. Livraria Almedina, Lisboa, 1992, p. 982.

4. *O controle de constitucionalidade no sistema brasileiro*

No Brasil, temos as duas formas de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de exceção e o controle por via de ação direta. O primeiro já é tradicional no direito brasileiro, estando presente desde a primeira Constituição da República de 1891, perpassando por todas as nossas Constituições, inclusive a vigente; o segundo só veio a ser introduzido com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que deu nova redação à alínea *k* do art. 101, inciso I, da Constituição de 1946, quando se atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência originária para processar e julgar "a representação de inconstitucionalidade de lei ou de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República".

A Constituição de 1967 e a chamada emenda Constitucional nº 01, de 1969, conservaram o instituto do controle da constitucionalidade das leis por via de ação direta.

A Constituição de 1988 avançou bastante em matéria de controle da constitucionalidade das leis. Começou por ampliar o número de legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade, retirando do Procurador Geral da República a titularidade exclusiva da representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, objeto de muitas críticas, pois ficando ao crivo do Procurador Geral a argüição ou não da inconstitucionalidade de lei levada ao seu conhecimento, o mesmo acabava se transformando em juiz da representação, usurpando competência que era própria do Supremo Tribunal Federal.

Hoje, de conformidade com o art. 103 da Carta Magna, estão legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidades de classe de âmbito nacional.

Outra novidade trazida pela nova ordem constitucional vigente foi a declaração de inconstitucionalidade por omissão, inspiração da Constituição portuguesa.

Outrossim, foi feliz a Constituição de 1988, quando, ao tratar dos Tribunais dos Estados, autorizou o constituinte estadual a instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º CF), o que não se verificava no sistema anterior.

5. *O controle das leis e atos normativos estaduais e municipais em face da constituição estadual*

Com a autorização dada pelo constituinte originário para os Estados-membros instituírem o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, passamos a ter, como bem ressalta CELSO RIBEIRO BASTOS, "um sistema maior onde o Supremo Tribunal

Federal cuida do controle da constitucionalidade das normas e atos federais e estaduais em face da Constituição Federal. E, na alçada estadual um outro sistema concentrado que controla a constitucionalidade das normas e atos municipais e estaduais perante a Constituição dos estados, portanto, um microssistema de controle da constitucionalidade".[8]

Como se vê, o Constituinte de 1988 deu um grande salto ao consagrar o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição dos Estados-membros, providência de há muito reclamada pelos constitucionalistas pátrios, delegando sua instituição ao constituinte estadual, fato este que tem, sem dúvida, como meta principal assegurar a própria autonomia das unidades federadas.

A propósito, destaca a Professora REGINA NERY FERRARI que: "Sendo a criação de uma Constituição forma de exercício dessa autonomia, o mecanismo de controle do respeito à sua lei Fundamental é também afirmação desta".[9]

6. *O controle das leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal*

Inobstante os avanços dados pela atual Constituição pertinente ao controle abstrato das leis e atos normativos, a mesma restou omissa no que tange a esta forma de controle para as leis e atos normativos municipais contestados perante a Constituição Federal.

Em razão desta omissão, algumas constituições estaduais previram este tipo de controle, atribuindo competência aos respectivos Tribunais de Justiça para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade dele decorrentes, o que, a meu ver, não parece ser possível à luz do disposto no art. 125, § 2º da LEI MAGNA, porquanto, o preceptivo delegou aos Estados-membros instituírem tal controle somente no que pertine as leis e atos normativos estaduais e municipais que contrariem a Constituição Estadual.

Ora, como é sabido, o Poder Constituinte estadual decorre do Poder Constituinte originário, cuja obra é a Constituição Federal, daí aponta a Professora ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, como um dos traços desse Poder que ela muito bem denomina de Poder Constituinte Decorrente, "é a subordinação ao Poder Constituinte Originário e à sua obra, a Constituição Federal. Em regra, o caráter subordinado advém da própria Constituição Federal, na medida em que essa impõe limites ao seu exercício, limites de fundo, expressos ou implícitos".[10]

Com efeito, não pode o constituinte estadual extrapolar os limites do que lhe foi delegado pelo Constituinte originário. Entendo que, diante da omissão da Cons-

8 BASTOS, Celso Ribeiro. — *Curso de Direito Constitucional*, 16ª ed. Saraiva, 1995, p. 345.
9 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. — *Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais*, 2ª ed., RT, 1994, p. 74.
10 Op. cit., p. 66.

tituição Federal, o controle das leis e atos normativos municipais que contrariem a Lei Maior da Nação, só pode se dar de maneira difusa, pela vida de exceção, jamais pela forma concentrada da ação direta.

Em consonância com este posicionamento colhe-se a lúcida colocação feita por SILVIO ROBERTO MELLO DE MORAES, *verbis*: "Na ausência da previsão legal, entendemos que o controle jurisdicional da constitucionalidade de leis e atos normativos municipais em contraste com a Constituição Federal só poderá se dar de forma difusa e concreta e não por via de ação direta. A par disso, algumas constituições estaduais previram esta forma de controle, abribuindo aos seus respectivos Tribunais de Justiça a competência para julgá-lo, o que, ao nosso ver, extrapola o conteúdo da norma prevista no art. 125 § 2º da Lei Maior, bem como colide com o novo perfil do Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição da República".[11]

Dentre os Estados que adotaram essa espécie de controle em sua Constituição, figura o Rio Grande do Sul que, no entanto, teve suspenso referido dispositivo por liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja ementa é a seguinte:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade — Constituição do Estado do Rio Grande do Sul — Preceito que defere competência ao Tribunal de Justiça para processar e julgar ação direta de lei ou ato normativo municipal questionado perante a Constituição Federal — suspensão cautelar deferida. É irrecusável a plausibilidade jurídica da tese segundo a qual os Estados-membros não dispõem de competência para instituir, no âmbito de seu ordenamento positivo, sistema de controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos *municipais*, contestados em face da *Carta Federal*. Essa questão assume inegável relevo, pois reintroduz, uma vez mais, perante a Suprema Corte, a discussão em torno da possibilidade jurídica de o Estado-membro criar, por autônoma deliberação, um sistema próprio de fiscalização e tutela *in abstracto* do direito objetivo positivado no texto constitucional *federal*, e processualizar, em conseqüência, uma forma instrumental — ação direta — que viabilize, no plano das normas municipais, o seu controle em face de nossa Lei Fundamental. — Debate doutrinário em torno da questão. Precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal no regime constitucional *anterior*. — A Constituição de 1988, ao prever o controle concentrado no âmbito dos Estados-membros erigiu a própria *Constituição estadual* à condição de parâmetros único e exclusivo de verificação da validade das leis ou atos normativos locais (art. 125, § 2º). Precedente da Corte (liminar concedida)".[12]

Do voto do eminente Ministro CELSO DE MELO, colhe-se o seguinte trecho: "Das múltiplas e delicadas questões de ordem constitucional que podem emergir do preceito impugnado, há uma que se me afigura de notável relevância. Refiro-me ao

11 MORAES, Silvio Roberto Melo. — Apontamentos sobre o controle jurisdicionais de leis e atos normativos estaduais e municipais na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, *in* RT, Cad. de Direito Constitucional e Ciências Políticas, nº 2, p. 231.

12 RDA 181/182, p. 271; Lex-JSTF, nº 148, p. 22.

problema da coisa julgada e da universalidade de sua eficácia. Atente-se à circunstância de que uma decisão eventualmente proferida pelo Tribunal de Justiça, ao apreciar, em sede jurisdicional concentrada, a legitimidade constitucional de lei ou ato normativo *municipal* perante a Constituição *Federal*, nos termos preconizados pela Carta estadual, geraria, essencialmente pelos efeitos subordinados e excludentes que pertinem à própria natureza da jurisdição constitucional concentrada, situação jurídica de todo incompatível com a posição institucional do Supremo Tribunal Federal, que se submeteria, inobstante sua condição de órgão maior incumbido do controle dos atos estaduais em face da própria Carta Federal, à imperatividade dos pronunciamentos de um órgão judiciário inferior".[13]

Assim sendo, e diante do irreprochável argumento transcrito do voto do culto Ministro CELSO DE MELO, só resta concluir pela impossibilidade de se exercer, por via de ação direta, o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos municipais frente à Constituição Federal, à míngua de um comando constitucional neste sentido, pois o constituinte não previu semelhante competência à Corte Suprema, nem a cometeu aos Tribunais de Justiça dos Estados, como sói acontecer ante a indelegável função confiada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, de Guarda da Constituição da República Federativa do Brasil.

13 RDA 181/182, p. 273; Lex-JSTF, nº 148, p. 24/25.