

O controle de constitucionalidade de leis municipais

FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA

Procuradora do Estado de São Paulo.
Mestre em Direito Constitucional pela
USP. Professora Assistente da USP.

SUMÁRIO

1. O controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. 2. O controle de constitucionalidade por via de ação na Constituição federal. Ação direta interventiva e ação direta genérica. 3. Competência dos Estados para instituir mecanismos de defesa das respectivas Constituições. 4. A defesa da Constituição federal pelos Estados, no que respeita a leis e atos municipais contrários à Lei Maior. 5. Posição da doutrina sobre o problema. 6. Orientação jurisprudencial dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul. 7. Orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. 8. Inconvenientes da orientação do Supremo Tribunal Federal. 9. Proposta de inclusão de dispositivo na Constituição federal, autorizando o controle de constitucionalidade, em tese, dos atos legislativos municipais. 10. Conclusões.

1. O controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro

No direito brasileiro, como é sabido, o controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público, realizado sempre jurisdicionalmente, pode ser provocado de dois modos: por via de exceção ou por via de ação.

No primeiro caso, ou seja, quando a alegação de inconstitucionalidade apresenta-se como fundamento de defesa, a escusar o não-cumprimento de ato inconstitucional, o controle obedece ao critério de jurisdição difusa

deferindo-se a qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da incompatibilidade do ato com a norma de grau superior que é a Constituição.

No segundo caso, ou seja, quando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato, em tese, desvinculado de qualquer lesão de direito individual, é o próprio objeto do pedido, o controle se faz pelo método da jurisdição concentrada, outorgando-se a um único órgão judicante o reconhecimento da inconstitucionalidade, por provocação de quem, constitucionalmente, detiver a titularidade da ação direta.

2. O controle de constitucionalidade por via de ação na Constituição federal

O controle por via de ação, cuja grande vantagem é a de pôr cobro, de vez, à discussão sobre a inconstitucionalidade, estabelecendo a certeza do direito em um único julgado, que produzirá efeitos *erga omnes*, foi adotado pelo constituinte federal, através da privisão da chamada ação direta interventiva (art. 11, § 1º, alínea c, da Constituição vigente) e da ação direta genérica (art. 119, inciso I, alínea l).

Para o conhecimento e julgamento de uma e outra, competente é o Supremo Tribunal Federal. Para sua propositura, legitimado é o Procurador-Geral da República.

Diferem as duas modalidades de ações.

A ação genérica não apresenta outra finalidade que a de obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato federal ou estadual, em tese, para eliminar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical verificada entre a norma impugnada e a Constituição.

Já na ação interventiva, a declaração de inconstitucionalidade não se busca apenas para afastar a aplicação de norma estadual viciada, mas também com vistas a uma eventual intervenção da União no Estado-Membro que não houver observado os princípios fundamentais contidos no artigo 10, VII. Isto porque, nestes casos, a intervenção somente se justifica se, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a representação do Procurador-Geral da República, a suspensão do ato inconstitucional pelo Presidente da República não bastar para o restabelecimento da normalidade.

O que cumpre, porém, nesta altura, frisar é que nem a ação direta interventiva, prevista no artigo 11, § 1º c, nem a ação direta genérica contemplada no artigo 119, I, l, se prestam à defesa da Constituição federal contra leis ou atos normativos municipais.

Na primeira hipótese, a ação se dirige a leis e atos estaduais que firam princípios da Carta Magna; na segunda, a leis e atos federais e estaduais que a contrariem.

Com relação a leis e atos municipais a única previsão constitucional é a que se encontra no art. 15, § 3º, alínea d, onde se autoriza a intervenção do Estado-Membro no Município, quando o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local, para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, e não bastar, para o restabelecimento da normalidade, a suspensão do ato impugnado por decreto do Governador.

Cuida-se aí, porém, de ação interventiva que visa, não mais à preservação da Constituição federal, mas antes à defesa da Constituição estadual, o que se impõe no regime federativo.

3. Competência dos Estados para instituir mecanismos de defesa das respectivas Constituições

De fato, como conclui, com propriedade, JOSÉ AFONSO DA SILVA — depois de demonstrar que os princípios sobre rigidez, supremacia e defesa da Constituição podem e devem ser transpostos do plano federal para o plano dos Estados-Membros —, assiste a cada um destes o direito inafastável de criar o sistema de defesa das respectivas Constituições.

“Trata-se — na lição do eminente publicista — 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” (“Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade de Lei Municipal”, em **Ação Direta de Controle da Constitucionalidade de Leis Municipais, em Tese**, S. Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979, págs. 79 e segs.).

Caberia, no entanto, indagar se, ao estabelecer o controle de constitucionalidade a nível estadual, poderiam os Estados, silente a Constituição da República, estender dito controle também a atos e leis municipais conflitantes com a Lei Suprema.

4. A defesa da Constituição federal pelos Estados, no que respeita a leis e atos municipais contrários à Lei Maior

A questão veio a ser amplamente examinada no Estado de São Paulo, na ocasião em que, pioneiramente, a Procuradoria-Geral do Estado, então

sob o comando da Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz, começou a ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, com fundamento no parágrafo único do artigo 51 e no artigo 54, I, I, da Constituição paulista, a seguir transcritos:

“Artigo 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 da Câmara interessado, respectivamente.

Artigo 54 — Compete ao Tribunal de Justiça:

I — processar e julgar originariamente:

.....

e) as representações sobre inconstitucionalidade e intervenção em Município, nos termos desta Constituição.”

5. Posição da doutrina sobre o problema

Em pareceres de não menos que seis notáveis juristas, chamados a opinar sobre a constitucionalidade dos mencionados dispositivos da Carta Política paulista, proclamou-se, sem controvérsia, a inexistência de qualquer eiva de inconstitucionalidade a maculá-los, quer no que se refere à criação do mecanismo de defesa neles previsto; quer no que respeita à titularidade da ação direta e à competência para conhecê-la e julgá-la; quer quanto à estruturação, pelo próprio Estado, dos meios processuais hábeis a viabilizar seu ajuizamento; quer, por fim, quanto à possibilidade de o Estado declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal conflitante com a Constituição federal.

Referimo-nos aos pareceres da lavra da Profª ADA PELLEGRINI GRINOVER, do Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, do Prof. DALMO DE ABREU DALLARI, do Prof. CELSO RIBEIRO BASTOS, do Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO e do Prof. GALENO LACERDA, reunidos os quatro primeiros no livro **Ação Direta de Controle da Constitucionalidade de Leis Municipais, em Tese**, publicado pelo Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, e insertos os dois últimos na Revista da mesma Procuradoria, vol. 16, junho de 1980.

O pensamento destes conceituados mestres, no que respeita, especificamente, à argüição, perante a Justiça estadual, da inconstitucionalidade de leis e atos municipais desconformes com a Carta Magna, bem o resume JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao tecer as seguintes considerações, a partir do dever que têm os Estados-Membros de observar e fazer observar a Constituição federal nos limites de seu território:

“Se é dever deles, sob pena de intervenção, prover à execução de lei federal (Constituição federal, art. 10, VI), como é possível sustentar que o cumprimento da Constituição, previsto no artigo 8º, XVII, a, não pode ser provido pelos Estados por ser de competência legislativa exclusiva da União? Os Estados são obrigados a prover a execução (o cumprimento, portanto) das leis federais, e não podem prover o cumprimento (a execução, portanto) da lei das leis federais, que é a Constituição federal? Por outro lado, a expressão legislar sobre o cumprimento desta Constituição, consubstanciada no seu artigo 8º, XVII, a, envolve também as medidas de defesa e guarda da Constituição? Certamente que não. E é evidente, sob pena de intervenção, que aos Estados corre o dever de prover sobre a execução (ou cumprimento) da Constituição federal, e um dos modos eficientes de cumpri-la é defendê-la contra leis e atos inconstitucionais.

39. Pode-se até supor, logicamente, que o constituinte federal não incluiu, no objeto de representação de inconstitucionalidade, as leis e atos municipais pela dupla consideração de que essas leis e atos atuam na órbita das Constituições estaduais e de que, sendo os Municípios entidades intra-estaduais, cumpria aos respectivos Estados, dentro de sua autonomia, prover sobre sistema de defesa de ambas as esferas constitucionais: a estadual e federal. Não se lhes impõe o dever de instituir tal sistema, mas se lhes reconhece poder e conveniência para tanto. Pode ser considerado contrário à Constituição federal um sistema que vise defendê-la e guardá-la, mediante a atuação jurisdicional? Constituirá desrespeito à autonomia do Município prover um sistema de controle de suas leis e atos por infringência da Constituição federal, desde que se trate de controle jurisdicional, considerando ainda mais que a jurisdição não é estadual, porque é nacional, embora exercida por órgão do Poder Judiciário do Estado? E considerando ainda que esse Poder Judiciário é o mesmo que tem competência para decidir controvérsias municipais, por que os Municípios não possuem órgãos judiciários próprios?” (Ob. cit., págs. 103/104).

Em defesa da mesma tese, e chegando a idêntica conclusão, a partir da interpretação do art. 119, I, I, da Lei Fundamental, esclarece, de sua vez, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que

“... a norma hoje constante do art. 119, I, I, da Constituição federal não significa que só atos normativos ou leis federais e estaduais estão sujeitos a serem impugnados em ação direta de inconstitucionalidade. Quer dizer que apenas esses atos federais e estaduais o haverão de ser, necessariamente, perante o Supremo Tribunal Federal e por meio de representação do Procurador-Geral da República. É preciso não olvidar que o artigo 119 regula a competência do Supremo Tribunal Federal e o seu item I a competência originária deste.

De modo algum, essa norma pode ser interpretada como excluindo a possibilidade de ação direta contra ato legislativo municipal em tese perante Tribunal estadual. Reitere-se, dispõe tão-somente que esse caso não pertence aos da competência originária do Supremo Tribunal Federal. E não é difícil determinar por quê. O Supremo Tribunal Federal não é apenas um tribunal constitucional. Não tem de absorver *ab initio* todas as questões de constitucionalidade. Só as mais relevantes. E neste rol não estão as levantadas pela legislação municipal.

Seria, entretanto, absurdo que, prevendo-se um controle direto para leis federais e estaduais, os atos municipais somente fossem fulminados por inconstitucionalidade por via de exceção. As leis de esferas superiores podem ser atacadas frontalmente, as leis da mais humilde de todas, jamais. O Legislativo federal, o Legislativo estadual não seriam afrontados pelo controle direto, mas o municipal, sim, estaria afrontado se o direito estadual o previsse ...” (“Constitucionalidade do art. 51 da Constituição do Estado de São Paulo”, in **RPGE**, vol. 16, págs. 399/400).

6. Orientação jurisprudencial dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul

Acompanhando o ensinamento pacífico da doutrina, o Tribunal de Justiça de São Paulo — como já o fizera o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mesmo inexistindo na Constituição gaúcha dispositivos como os arts. 51, parágrafo único, e 54, da Constituição paulista — iterativamente proclamou ser legítima a previsão, pela Carta Política estadual, de representação de inconstitucionalidade de lei municipal, em tese, diante

do ordenamento constitucional do Estado, bem assim diante da Constituição da República.

Neste sentido, v.g., os acórdãos proferidos pelo Tribunal paulista, quando do julgamento das Representações de Inconstitucionalidade n.ºs 257.605; 261.928; 261.929 e 141-0, e os proferidos pelo Tribunal gaúcho, a propósito das Representações n.ºs 19.522; 21.430 e 21.431.

7. Orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

Para surpresa dos meios jurídicos, entretanto, o Supremo Tribunal Federal vem de assumir posição contrária, declarando inexistir no direito brasileiro a ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição federal.

Por primeira vez sustentou a mais alta Corte de Justiça esta tese ao julgar o RE nº 91.740/80-RS, considerando inadmissível o procedimento adotado no Rio Grande do Sul, onde se legitimava o Procurador-Geral da Justiça para propor e o Tribunal de Justiça para conhecer e julgar representações relativas à inconstitucionalidade de ato legislativo municipal colidente com a Carta Magna.

Nos votos então proferidos pelos Ministros XAVIER DE ALBUQUERQUE e MOREIRA ALVES, encontra-se a argumentação com base na qual, por unanimidade, sufragou o Supremo o entendimento supra-referido.

Lê-se no voto do Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE:

“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 ou 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. 51, § 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 arguição de inconstitucionalidade em tese, por contrariedade à Constituição federal, esta só a permite em relação a lei ou ato normativo federal ou estadual, como se vê do seu art. 119, I, letra I. Lei ou ato normativo municipal, que acaso colida com a Constituição federal, só pode ser objeto do contencioso constitucional **in concreto**.”

Endossando o mesmo ponto de vista, afirma de sua parte o Ministro MOREIRA ALVES:

“... 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 consectário, 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?”

A mesma orientação foi mantida pelo Supremo quando do julgamento do RE nº 93.088-SP, declarando-se inconstitucional o art. 54, I, e, da Constituição paulista, relativamente às expressões “inconstitucionalidade e”. Vale dizer, considerou-se incompetente o Tribunal de Justiça para conhecer e julgar representações sobre inconstitucionalidade, exceto na hipótese das ações diretas interventivas.

Fornecem os pareceres antes referidos argumentos de peso que permitem rebater a tese firmada pelo Supremo. A reprodução dos mesmos implicaria, contudo, em dar a este trabalho extensão maior do que a recomendável. Limitamo-nos, pois, a lembrar que no parecer do Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO há elementos que afastam a objeção relativa à pretensa infringência ao princípio da separação de poderes e invalidam a invocação da natureza política do controle; no parecer do Prof. GALENO LACERDA, elementos que demonstram a viabilidade de

preencher-se, por interpretação teleológica e sistemática, a lacuna existente na Constituição federal; no parecer da Prof^a ADA PELLEGRINI GRINOVER elementos para superar o problema da competência recursal do Supremo.

8. Inconvenientes da orientação do Supremo Tribunal Federal

O fato, porém, é que, a consolidar-se a orientação jurisprudencial que ora se delinea, o debate doutrinário não terá o condão de elidir as danosas conseqüências que dela advirão.

Pois é certo que, na medida em que não mais reconhecer o Judiciário a validade da ação direta genérica de inconstitucionalidade de leis municipais, numerosíssimos atos legislativos editados pelos Municípios, em desacordo com os princípios e preceitos da Constituição, produzirão seus efeitos, ficando a proclamação de sua inconstitucionalidade na dependência de ser a mesma suscitada, em casos concretos, por via de exceção. Com o inconveniente de não se extirpar desde logo do ordenamento jurídico a lei viciada, que apenas não terá aplicação entre as partes da demanda, podendo prevalecer nas demais relações jurídicas.

Sem contar, de outra parte, que no Estado de São Paulo, por exemplo, havendo o Supremo considerado incompetente o Tribunal de Justiça para conhecer e julgar representações de inconstitucionalidade, salvo as interventivas, eliminada ficou a possibilidade de se prover à defesa, não só da Constituição federal contra leis municipais, como também a da Constituição estadual contra leis estaduais e municipais.

9. Proposta de inclusão de dispositivo na Constituição federal, autorizando o controle de constitucionalidade, em tese, dos atos legislativos municipais

Isto posto, e para cortar o mal pela raiz, é que nos parece oportuno dar assento constitucional a preceito que permita, expressamente, aos Estados, a par da utilização da ação direta genérica de inconstitucionalidade, para invalidar leis e atos estaduais e municipais conflitantes com as respectivas Constituições, a utilização do mesmo remédio jurídico, para invalidar atos municipais contrários à Constituição federal.

Sugere-se, neste sentido, acrescentar ao art. 13 da Lei Maior parágrafo com a seguinte redação:

“§ — Compete aos Estados argüir, perante o Tribunal de Justiça, a inconstitucionalidade de leis ou atos estaduais e municipais contrários à Constituição estadual, e a inconstitucionalidade de leis ou atos municipais contrários a esta Constituição.”

Cumprе lembrar, por fim, que, visando a obviar o impasse criado, na espécie, pelo Supremo Tribunal Federal, a Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre apresentou, no VIII Encontro Nacional de Procuradores Municipais, proposta análoga à que ora se formula, sugerindo, porém, a inclusão de dispositivo específico, não na Carta Magna, mas sim na Lei nº 4.337/64, que regula a declaração de inconstitucionalidade para os efeitos de intervenção federal.

Como, entretanto, a contestação que faz o Supremo à ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais deriva de alegada falta de autorização do remédio jurídico em apreço por nosso sistema constitucional, mais adequado nos parece corrigir a malsinada omissão através de preceito expresso, no próprio corpo da Constituição. O que de resto não impede que a lei ordinária, em consonância com o que se dispuser na Carta Magna, venha a disciplinar a matéria, como sugere a Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre.

10. Conclusões

1 — No direito brasileiro, o controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público é feito por via de exceção e por via de ação.

2 — Prevê a Constituição federal, a par da ação direta interventiva, a ação direta genérica, destinada a invalidar leis e atos federais e estaduais, inquinados de inconstitucionalidade.

3 — A falta de referência específica a este último remédio jurídico, como meio hábil para fulminar leis municipais colidentes com a Constituição, não tem sido interpretada pela doutrina e pela jurisprudência de Tribunais estaduais, como fator impediante de sua utilização pelos Estados, em defesa da Lei Fundamental, ao estabelecerem o sistema de defesa de suas próprias Constituições.

4 — Este entendimento passou a ser contestado pelo Supremo Tribunal Federal que, à falta de previsão constitucional expressa, entendeu inexistir, em nosso ordenamento jurídico, ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, frente à Constituição da República.

5 — Graves inconvenientes haverá, se os atos legislativos municipais desconformes com a Carta Magna — e numerosíssimos são esses atos — só puderem ser declarados inconstitucionais por via de exceção.

6 — Para corrigir a situação indesejável, a que inevitavelmente conduzirá a orientação jurisprudencial do Supremo, sugere-se incluir na Lei Maior dispositivo autorizando o controle de constitucionalidade, em tese, também de leis e atos normativos municipais.