

NOTAS ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS

NOTES ABOUT THE JUDICIAL REVIEW OF MUNICIPAL LAWS AND NORMATIVE ACTS

Alberto de Moraes Papaléo Paes¹
Érika Luciane da Costa Nunes²

Como citar: PAES, Alberto de Moraes Papaléo; NUNES, Érika Luciane da Costa. Notas acerca do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 8, n. 2, e097, jul./dez., 2023. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v8n2.e098.

Resumo: O presente artigo possui como intenção principal sistematizar o debate acerca do Controle de Constitucionalidade de leis e atos normativos municipais. Pretende-se realizar uma introdução geral do tema abordando aspectos teóricos e doutrinários fundamentais para o tema, orientando-os com a leitura da Constituição Federal e da Jurisprudência afeta ao assunto. Ao fim, procuraremos responder à pergunta: como os cidadãos dos municípios podem questionar, num processo democrático, a constitucionalidade de decretos municipais a luz do Controle de Constitucionalidade? Para tanto apresentaremos uma explicação sistemática acerca dos modelos de jurisdição constitucional adotados pelo Brasil e, em especial, o estudo e aplicação prática do modelo concentrado a luz da atuação constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Jurisdição Constitucional; Leis e atos municipais; ADI; ADPF.

Abstract: The main intention of this article is to systematize the debate about the Constitutionality Control of municipal laws and normative acts. The aim is to provide a general introduction to the topic, covering theoretical and doctrinal aspects fundamental to the topic, guiding them through the reading of the Federal Constitution and Jurisprudence relating to the subject. In the end, we will seek to answer the question: how can citizens of municipalities question, in a democratic process, the constitutionality of municipal decrees in light of Constitutionality Control? To this end, we will present a systematic explanation of the models of constitutional jurisdiction adopted by Brazil and, in particular, the study and practical application of the model concentrated in light of the constitutional performance of the Federal Supreme Court.

Keywords: Constitutionality Control; Judicial Review; Municipal laws and acts; ADI; ADPF.

1 Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA); Professor Titular do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Gestão do Conhecimento para o Sócio desenvolvimento da Amazônia (PPGC) Mestrado Profissional da UNAMA e do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais (PPGDF-UNAMA); Escritor do Blog "Dimensão Jurídica" e do Canal Prof. Alberto Papaléo no YouTube. E-mail: alberto.papaleo@unama.br

2 Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA), Pós-Graduada em Gestão Empresarial pela Universidade Cândido Mendes, Pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Sustentabilidade Ambiental e Sócio desenvolvimento (DHSAS-CNPQ). E-mail: erikaluciane80@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A Jurisdição Constitucional no Brasil tem tomado muito dos holofotes nas manchetes de jornais, nos debates políticos e no cotidiano das pessoas. Não poderia ser diferente no âmbito da academia. Em comparação com os modelos originais, o brasileiro evoluiu muito no que tange às questões teóricas e estruturais que premeiam o debate. Nesse sentido, muitas teses foram assentadas pelo STF no sentido de dar uma identidade ao modelo de Jurisdição Constitucional pátrio, como é o caso da modulação dos efeitos no controle concentrado pela votação de dois terços dos membros do Supremo, a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, as teses sobre a aplicabilidade do método de interpretação conforme com ou sem redução de texto, dentre diversas outras que podem ser citadas.

No âmbito dos modelos de controle de constitucionalidade, tendo o Brasil adotado um modelo misto, fala-se de uma Jurisdição Constitucional que tenta conciliar os Modelos Preventivo e Repressivo, cumulando com a tentativa de aplicação de dois modelos repressivos ao mesmo tempo, quais sejam, o Americano e o Austríaco. Ainda que muito tenha se desenvolvido e muito tenha se avançado, há determinados temas que ainda são pouco estudados e possuem pouco impacto na constituição de uma tradição jurídica brasileira. Fala-se, no âmbito do controle concentrado por meio dos Tribunais de Justiça do Estado, do papel do Recurso Extraordinário com julgamento de efeitos Erga Omnes etc. Uma delas, e a central de nossa investigação, diz respeito ao controle de Leis e Atos normativos Municipais.

Em se tratando de Controle Concentrado de Constitucionalidade a Constituição e a Legislação Infraconstitucional asseveram que são ações cabíveis de julgamento exclusivo do Supremo Tribunal Federal: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); b) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); c) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); d) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI-Interventiva) e; e) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). A grande problemática enfrentada na presente pesquisa reside na hipótese de cabimento das ações especificadas alhures na medida em que o art. 102 aduz que cabe ADI em face de Lei ou Ato Normativo Federal ou Estadual editado após a CF/88 e cabe ADC em face de Lei ou Ato Normativo Federal editado após a CF/88.

Muito embora a Lei da ADPF aceite como hipótese de cabimento o descumprimento de Preceito Fundamental originado por meio de lei ou ato normativo municipal, pouco se sabe acerca de outros instrumentos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos

municipais. De sorte que, nosso problema de pesquisa pode ser expresso da seguinte forma: quais ações e recursos são aptos para proceder o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais? Nosso trabalho, então, adotará uma pesquisa bibliográfica de dados produzidos pautada em cima dos livros e artigos jurídicos disponíveis acerca do tema.

Saindo do geral para o específico, a pesquisa será estruturada de modo a conceituar o que é o Controle de Constitucionalidade. Para tanto nos socorreremos da doutrina mais robusta acerca dos modelos preventivo (francês) e repressivos (americano e austríaco). Nosso objetivo é contextualizar o histórico, contexto de criação, principais características e sua aplicabilidade no âmbito da tradição jurídica brasileira.

Num segundo momento, apresentados os conceitos mais fundamentais acerca do controle de constitucionalidade, elencaremos as principais alternativas que o modelo constitucional brasileiro faculta ao jurisdicionado em relação ao controle de leis e atos normativos municipais passando pelos pontos: a) é possível um controle preventivo? b) é possível um controle difuso? c) é possível um controle concentrado? Ao ir respondendo cada uma dessas questões norteadoras nosso trabalho, também, pretende indicar que tem sido as soluções ofertadas para que leis e atos normativos municipais possam ser objeto de controle de constitucionalidade.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para começar o estudo sobre o Controle de Constitucionalidade é importante salientar que a adoção de um modelo de Estado Democrático de Direito culminou com o desenvolvimento de modelos de organização jurídica por parte dos Estados Nacionais mundo a fora. Nesse diapasão, é possível encontrar em Kelsen¹, um forte exemplo de modelo que ficou conhecido por vários países de tradição germano-românica que envolve a compreensão de Norma Jurídica e Ordenamento Jurídico. O italiano Norberto Bobbio², outrossim, assevera que a norma jurídica isoladamente prescreve condutas que são permitidas ou proibidas, porém, o ordenamento jurídico, que consiste numa pluralidade de normas, deve ser orientado pelos princípios da unidade e da coerência.

1 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado, 7ª Ed. Martins Fontes, São Paulo-SP. 2006.

2 BOBBIO, Norberto; DE CICCIO, Claudio. Teoria do ordenamento jurídico. Editora: UnB, 1999.

Todas as vezes que uma norma jurídica, num ordenamento jurídico, rompe com a noção de unidade e coerência, nos vemos diante das chamadas antinomias jurídicas e, nesse diapasão, o direito vai enfrentar a problemática de como solucionar-las. Entendidas enquanto incompatibilidades lógicas ou aparentes no ordenamento jurídico, as antinomias podem ser entendidas enquanto gênero e, todas as vezes que fazemos uma interpretação hierárquica (tomando como base o Princípio da Supremacia Constitucional), tem-se como espécie a Inconstitucionalidade.

Para que faça sentido a ideia de um Controle de Constitucionalidade autores como Gilmar Mendes³ e Paulo Bonavides⁴ alegam que é necessário se aduzir que Constituição deve ser interpretada não somente num sentido Formal, mas também Material e que devemos compreender que a ideia de Controle em si, somente faz sentido em Constituições Rígidas. Neste diapasão, é o próprio conteúdo da norma, não somente o modo de sua elaboração que deve ser tomado em conta no ato do controle⁵, assim como, o fato de haver um Poder Constituinte Originário e Poderes Constituídos faz com que a Constituição seja colocada em rol diferenciado na hierarquia das normas no ordenamento, justificando sua Supremacia⁶.

Constituições Rígidas, preciso explicar, são aquelas que preveem um procedimento mais dificultoso para alteração de suas normas em comparação com o processo de edição de normas infraconstitucionais, como é o caso da Constituição Brasileira de 1988. Nos ditames do art. 60, percebe-se que o quorum de votação (3/5), o rito de aprovação em dois turnos, a existência de limites circunstanciais e materiais tornam, a iniciativa para propositura da PEC, todos estes elementos tornam o processo em si mais dificultoso do que o de aprovação de uma Lei Ordinária ou uma Lei Complementar nos moldes do art. 61 da CF/88. De outra sorte, impera-se diferenciar o sentido de inconstitucionalidade formal e material.

A chamada inconstitucionalidade formal se dá toda vez que ocorre um vício de procedimento dentro do processo legislativo, isto pode ser expresso na forma da não obediência de um determinado quorum constitucionalmente previsto, como o de maioria absoluta para

3 MENDES, Gilmar Ferreira. **O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34. N. 134 abr/jun. 1997.

4 BONAVIDES, Paulo. **Federalismo regional num país periférico**. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2014.

5 MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva – SP. 2019. p. 1001.

6 BONAVIDES, Paulo. **Federalismo regional num país periférico**. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 296-7.

aprovação de Leis Complementares. De outra sorte a inconstitucionalidade material se dá quando o vício é de conteúdo, ou seja, o assunto tratado está em descompasso com o preceituado pela Magna Carta, como por exemplo, na hipótese de uma Lei Ordinária que pretenda regulamentar a pena de morte como regra geral para o Brasil em tempos de paz.

Não podemos esquecer, por oportuno, que a avaliação do Controle de Constitucionalidade também se faz por ocasião do momento em que a cogitação acerca de sua relação de pertença com o ordenamento é levada a tona. Pois, se uma lei ou ato normativo já nascem inconstitucionais, fala-se de uma inconstitucionalidade originária, porém, se eles são produzidos, publicados e vigoram por determinado tempo sem nenhuma dúvida acerca de sua constitucionalidade para, somente muito tempo depois, surgir a suspeita de inconstitucionalidade está-se diante de uma inconstitucionalidade superveniente.

De todo modo, estes são os conceitos mais elementares que um estudante iniciante deve ter em mente quando se debruça nas primeiras linhas do tema. Assunto que causa dúvida a maior parte dos leitores, na verdade, diz respeito aos tipos e modelos de Controle de Constitucionalidade. O fato de a doutrina comumente se utilizar de várias nomenclaturas diferentes para conceituar os modelos assumidos por tradições distintas faz com que seja criada uma verdadeira confusão. Porém, acredito que mais urgente do que compreender o conceito a partir da nomenclatura usada pelos doutrinadores é compreender o contexto pelo qual se origina o modelo. Desse modo, vou passar a analisar o contexto histórico do desenvolvimento destes modelos de Controle de Constitucionalidade.

2.1. CONTROLE PREVENTIVO

Dos países europeus que mais apresentaram dificuldade em se adequar ao debate acerca do Controle de Constitucionalidade, a França acaba por desenvolver um sistema que equipara o Parlamento ao legítimo exercício do Poder Soberano. Nesse sentido, desenvolve-se uma espécie de modelo no qual antes de uma violação a Constituição ocorrer, o próprio órgão legislador poderá realizar o controle da lei ou ato normativo evitando que a inconstitucionalidade ocorra. Imperioso argumentar, conforme leciona Luis Roberto Barroso⁷ (2009, p. 23) que, nestes modelos, o Poder Judiciário quando se vê diante de uma

7 BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9ª Edição, atualizada. Editora Renovar. Rio de Janeiro – RJ. 2009. p. 23.

inconstitucionalidade aprecia o feito e recomenda ao Parlamento que tome uma posição quanto a lei ou ato normativo impugnado.

A própria ideia de Controle Preventivo e da perspectiva de equiparação do Parlamento ao exercício da legitimidade da soberania popular remonta à formulação do Poder Constituinte e dos Poderes Constituídos na obra do Abade Sieyès⁸. Tomando por conta o fato de que a estrutura social do Estado Francês dependia do trabalho, suor, sangue e empenho do, então considerado, “terceiro estado”, a teoria política de Sieyès atribuiu-lhe a capacidade de se auto-organizar independentemente da recomendação ou aval do clero, nobreza e realeza⁹ (MENDES, 1997, p. 13). Somente por conta disto que o Parlamento pode ser entendido enquanto representante legítimo do povo, em oposição ao determinismo político e elitização política da época.

Notadamente, a própria estrutura do Processo Legislativo capacita ao Congresso Nacional Brasileiro efetuar um controle de forma e de conteúdo dos projetos de leis que tramitam em suas casas. Porém, Gilmar Mendes¹⁰, elenca seis hipóteses em que é possível falar de um controle preventivo exercido pelo Parlamento brasileiro: a) o exercício de veto com fundamento na inconstitucionalidade da lei; b) a possibilidade de suspensão de atos normativos que exorbitem dos limites estabelecidos em lei (art. 49, V); c) a correção de decisões judiciais de atos normativos pelo Legislativo; d) a possibilidade de anulação de atos normativos do Legislativo; e) a possibilidade de que o Executivo se negue a aplicar a lei com fundamento no argumento da inconstitucionalidade e; e) a possibilidade de que se declare nulidade de lei mediante ato de natureza legislativa.

2.2. CONTROLE REPRESSIVO

Para a tutela do chamado Controle Repressivo de Constitucionalidade a violação já ocorreu, por assim dizer. Estamos diante do caso em que existe uma lei ou ato normativo que lesa ou ameaça direito de cidadão, o que insta a necessidade de aplicação do princípio da Inafastabilidade da Jurisdição para que o Poder Judiciário se manifeste no emprego da Tutela Jurisdicional a fim de satisfazer a pretensão por meio da Prestação Jurisdicional do jurisdicionado. Tal modalidade de Controle é fracionada em dois modelos distintos: a) de um

8 MENDES, Gilmar Ferreira. **O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34. N. 134 abr/jun. 1997. p. 12.

9 MENDES, Gilmar Ferreira. **O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34. N. 134 abr/jun. 1997. p. 13.

10 MENDES, Gilmar Ferreira. **O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34. N. 134 abr/jun. 1997. p. 28.

lado o modelo Americano, Difuso, Concreto, também conhecido no Brasil como pela via de exceção ou defesa, decretação indireta de inconstitucionalidade; b) de outro lado o modelo Austríaco, Concetrado ou Abstrato.

Importante salientar, de antemão, que o Brasil adota um modelo misto de controle de constitucionalidade, por aderir tanto ao Controle Preventivo quanto aos dois modelos Repressivos acima citados. Disto decorrem diversas qualidades e diversos enfrentamentos também, porém, esta não é uma questão que será enfrentada na presente pesquisa. Outro ponto importante, antes do prosseguimento, diz respeito ao fato de que ambos os modelos repressivos adotam a teoria da Nulidade, o que ocasiona na prática a atribuição de efeitos *ex tunc* às suas decisões (ressalvados os casos em que o Supremo Tribunal Federal decidir por maioria de dois terços pela Modulação desses efeitos). No presente subtópico da pesquisa pretendemos realizar um pequeno recorte histórico e teórico sobre as principais características de cada um destes modelos.

2.2.1. Modelo Americano

O Modelo Americano de Controle de Constitucionalidade tem origem nos Estados Unidos a partir do julgamento do caso *Marbury vs Madison* no qual a Suprema Corte Americana entendeu que o Poder Judiciário tem competência para rever ato exarado pelo Poder Executivo quando este for completamente contrário ao que prevê a Constituição¹¹. Ainda neste sentido é possível argumentar que a Suprema Corte norte-americana passou a sedimentar o entendimento de que este poder não pertence exclusivamente á Suprema Corte, mas, a todo o Poder Judiciário vindo a reconhecer a competência de todos os Juízes para decretação da Inconstitucionalidade¹².

O caso concentra-se no pedido feito por *Marbury* para que sua nomeação como Juíz fosse efetivada pelo Poder Executivo Federal americano, de modo que o chefe de estado *Madison* havia impugnado e tornado sem efeito os atos de apontamento e credenciamento pela ausência da efetivação da entrega da comissão (ressalte-se, por motivos estritamente

11 PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Democracia, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais—o novo centro de concentração do poder político. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 17, n. 17, p. 68-90, 2015.

12 PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Democracia, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais—o novo centro de concentração do poder político. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 17, n. 17, p. 68-90, 2015.

políticos)¹³. Assim, o questionamento de Marbury era o de se o Poder Judiciário poderia rever o ato por meio de uma decisão judicial que garantisse a ele a entrega efetiva da comissão para que pudesse ser nomeado e exercer o cargo de Juíz.

Papaléo Paes¹⁴ entende que a Suprema Corte teve que enfrentar pelo menos quatro questões centrais no julgamento deste caso: a) a adequação do instrumento (*writ of mandamus*) utilizado por Marbury para garantir o direito tutelado; b) a competência da Suprema Corte para julgamento da ação; c) o mérito da questão, se ele tem ou não direito de ser comissionado Juiz e; d) quais seriam os efeitos da decisão proferida. Desse modo, o Juiz Marshall (presidente da Suprema Corte) respondeu assim para as quatro questões: a) o instrumento utilizado é adequado; b) o Poder Judiciário é o mais frágil entre os três, precisando ter sua competência alargada de modo a garantir um equilíbrio e harmonia entre eles, assim um ato completamente repugnante à Constituição deve ser reavaliado pelo Judiciário e não apenas pela Suprema Corte, mas todo o Juiz capaz de jurisdição; c) ganho de causa para Marbury pois a entrega da comissão é ato complementar e necessário de acordo com a constituição americana e; d) que os efeitos deveriam vincular somente as partes (*inter partis*) e que seria adotada a teoria das nulidades com efeitos retroativos (*ex tunc*)¹⁵.

Este modelo é adotado pelo Brasil e pela atual dogmática constitucional da CF/88. Desse modo, percebe-se que a intenção dos americanos era a de democratizar o debate constitucional que se daria por meio de representantes do povo (juízes) que são eleitos pela vontade popular e estariam aptos à realizar o controle de constitucionalidade de Leis e atos normativos. Assim o Brasil pretende se beneficiar deste modelo através da mesma garantia, porém, com as devidas ressalvas quanto a aplicabilidade integral deste modelo considerando as diferenças regionais e locais do nosso país¹⁶.

13 PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Democracia, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais—o novo centro de concentração do poder político. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 17, n. 17, p. 68-90, 2015.

14 PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Democracia, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais—o novo centro de concentração do poder político. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 17, n. 17, p. 68-90, 2015.

15 PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Democracia, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais—o novo centro de concentração do poder político. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 17, n. 17, p. 68-90, 2015.

16 PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Democracia, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais—o novo centro de concentração do poder político. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 17, n. 17, p. 68-90, 2015.

2.2.3. Modelo Austríaco

Diferentemente do modelo anterior, o Austríaco é concebido em 1929 através da grande contribuição do Jusfilósofo Hans Kelsen quando ajudou no projeto base da Constituição Austríaca de 1929 apresentando o modelo de controle baseado na existência de um órgão específico competente para apreciação de questões de constitucionalidade de modo exclusivo e por meio de uma ação específica¹⁷. Assim, o que caracteriza este modelo é a existência de um órgão separado do Poder Judiciário que teria uma competência específica e exclusiva para apreciação da constitucionalidade de Leis e atos normativos.

Para Papaléo Paes¹⁸, o que o Kelsen pretendia era interferir na repartição de poderes incluindo um novo elemento o chamado legislador negativo que teria como missão institucional deliberar acerca de quais normas deveriam ser extirpadas do ordenamento jurídico (colocando-se em posição diametralmente oposta a do legislador que põe as leis no ordenamento). Assim, a metodologia do modelo austríaco é completamente diferente da do americano pois apenas um órgão é competente para apreciar questões constitucionais.

Desse modo é possível compreender que: a) chama-se este modelo de concentrado pois há uma indicação de exclusividade do Tribunal Constitucional para exercício da Jurisdição Constitucional; b) este controle não é exercido em face de um caso concreto apresentado perante um Juízo, mas sim de uma questão constitucional abstrata em face de uma lei; c) em assim sendo seus efeitos deverão ser para todos (*erga omnes*) dada abstratividade do controle¹⁹. Outro ponto importante a ser mencionado é o fato de que não são todos os cidadãos que podem acionar o Tribunal Constitucional, sendo esta legitimação prevista no texto da magna carta para poucos atores da vida social e jurídica.

Assim o grande objetivo deste modelo, diferentemente do americano, é o de estabelecer uma segurança jurídica e estabilidade no processo decisório de questões constitucionais²⁰. Por

17 PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Democracia, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais—o novo centro de concentração do poder político. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 17, n. 17, p. 68-90, 2015.

18 PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Democracia, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais—o novo centro de concentração do poder político. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 17, n. 17, p. 68-90, 2015.

19 PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Democracia, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais—o novo centro de concentração do poder político. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 17, n. 17, p. 68-90, 2015.

20 PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Democracia, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais—o novo centro de concentração do poder político. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 17, n. 17, p. 68-90, 2015.

fim, o modo de acionamento do Tribunal Constitucional se dará por meio de uma ação específica uma espécie de Reclamação Constitucional e, no caso do Brasil (que adota este modelo também), tratam-se das ações: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); b) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e; c) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)²¹.

As peculiaridades da adoção deste modelo pelo Brasil demonstram que nosso país pretendeu absorver o melhor de dois mundos, porém, acabou criando um modelo no qual o Supremo Tribunal Federal acabou por concentrar duas competências em si próprio se tornando um detentor de Poder Político em demasia²². Além do mais, a alta taxa de mutabilidade de decisões por meio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal têm contribuído mais para um cenário de instabilidade do que de estabilidade, ao passo em que a criação dos Legitimados acaba limitando o debate de questões sensíveis e importantes para sociedade que aguardam a boa vontade (política) de determinados agentes públicos.

3. CONTROLE DE LEIS E ATOS MUNICIPAIS

A interpretação literal do art. 102, I, a da Constituição Federal não deixa dúvidas do fato de que leis e atos municipais estão excluídos da apreciação por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), senão vejamos

Compete ao Supremo Tribunal Federal: Processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

A leitura deste artigo acusa a opção do legislador de excluir da apreciação do STF, seja por meio de ADI ou de ADC, o julgamento de inconstitucionalidade relativa a leis ou atos normativos municipais. Isto não quer dizer, por consequência, que tais normas passam incólumes ao controle de constitucionalidade. Por ocasião da pesquisa até então desenvolvida é possível aduzir duas coisas: a) há um controle preventivo que pode (e deve) ser realizado no

21 PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Democracia, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais—o novo centro de concentração do poder político. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 17, n. 17, p. 68-90, 2015. Ressalte-se que a ADI pode ser genérica nos moldes do previsto no Art. 102, I, a; ou, pode, ainda, ser de outros dois tipos específicos: a) ADI por Omissão e; b) ADI Interventiva.

22 PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Democracia, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais—o novo centro de concentração do poder político. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 17, n. 17, p. 68-90, 2015.

âmbito da Câmara dos Vereadores Municipais de leis e atos normativos municipais e; b) mesmo que não seja possível o cabimento de controle concentrado (na forma repressiva), o controle difuso é plenamente cabível para o exercício do controle de normas municipais.

Estes dois pressupostos, então, podem nos fornecer uma resposta contumaz para pergunta acerca da possibilidade de controle de atos e leis municipais frente à Constituição Federal. Seja pela atuação preventiva seja pelo modelo de controle difuso, as leis e atos municipais podem ser amplamente questionados quanto seu pertencimento ao ordenamento jurídico. Ainda nesse sentido, importa dizer que, em se tratando de controle difuso, o questionamento se dá pela via incidental o que significa que o ato impugnado quanto sua constitucionalidade não constitui o objetivo principal da demanda, e sim o direito material violado em decorrência da existência da inconstitucionalidade.

Como exemplo dessa situação é possível citar o Recurso Extraordinário n. 183952 RS, que julgou inconstitucional dispositivo de lei que vedava a nomeação de cônjuge e parentes consanguíneos ou afins, até o terceiro grau ou por adoção, do Prefeito, Secretários e Vereadores para cargos em comissão, salvo se servidores efetivos do Município considerando que as decisões do Supremo nesse sentido eram extensíveis aos mesmos parentes, porém, até o segundo grau e não terceiro. A lei municipal, portanto, pode ser controlada por meio de controle difuso sem muitas restrições quanto a seu procedimento. A dúvida resta, portanto, na questão sobre se há ainda alguma possibilidade de controle da lei municipal por meio do modelo concentrado.

3.1. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO E A REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Se o artigo 102 deixa de fora as leis e atos normativos municipais como objeto de controle por meio de ADI e ADC, o artigo 125, §2º, ao tratar sobre a competência dos Tribunais de Justiça Estaduais (TJE), inclui o controle de leis e atos normativos municipais, veja-se

Compete aos Tribunais dos Estados: a instituição de representação de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

Há que se fazer menção aqui a algumas peculiaridades sobre o tema. Primeiramente, a Constituição não prevê um controle de leis municipais diretamente com a própria Constituição por meio de ações diretas, seja no STF seja no TJE. Nesse diapasão já é cediça na *jurisprudência*

do próprio STF, “no sentido de que não cabe a Tribunais de Justiça estaduais exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal” conforme se aduz da leitura da ADI 347-0. Em se tratando da comparação de lei municipal em face de Constituição Estadual a representação de inconstitucionalidade (RI) será recebida pelo TJE para sua tramitação nos moldes de legislação estadual e do regimento interno do próprio Tribunal.

3.2. CABIMENTO DE ADPF

Não obstante, a lei n. 9.882/88 que regulamenta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), sistematiza as hipóteses de cabimento da mesma. Nesse sentido, seu artigo 1º e 11º devem ser considerados para a análise pretendida na presente pesquisa, vejamos

Art. 1º. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Art. 11º. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A ADPF foi inaugurada no ordenamento jurídico pátrio por ocasião da elaboração da Constituição de 1988 e, nesse sentido, visa corrigir a problemática da existência de normas infraconstitucionais recepcionadas pela atual constituição que venham a ser objeto de inconstitucionalidade superveniente. Ou seja, se o Código Penal, por exemplo, uma lei anterior a CF/88, for questionada quanto sua constitucionalidade não poderá ser comparada com a CF/88 por não ter sido ela o âmbito de validade de sua criação. Ou seja, ela não guarda uma relação de proporcionalidade, ou, pertencimento com o ordenamento atual. A figura da ADPF resolve justamente isso quando aduz atingir atos anteriores à Constituição.

Ela inclui as leis e atos normativos municipais publicados antes da CF/88, o que significa elas poderão ser avaliadas pelo STF através do julgamento no controle concentrado. Porém, isto não esgota totalmente o debate dado o fato de que o próprio Supremo admitiu uma última possibilidade por meio de sua Jurisprudência. Apesar de resolver muitas questões acerca

do ordenamento como um todo a possibilidade de utilização de ADPF não se aplica para leis e atos normativos editados após a CF/88. Passemos a esta análise.

3.3. NORMA DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA (ADI).

No dia 2 de fevereiro de 2017, no julgamento do Recurso Extraordinário 650898, O STF firmou tese em termos de controle de constitucionalidade de Lei Municipal em face da Constituição Federal destacando a possibilidade de exercício de controle em face à Constituição Federal por meio de controle direto, observe-se

Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados.

Assim, o controle concentrado de Lei Municipal conta não apenas com o Controle Difuso e ADPF, é possível questionar a constitucionalidade da Lei Municipal, via ADI, tendo como parâmetro a norma constitucional de reprodução obrigatória na Constituição do Estado. Estas normas de reprodução obrigatória existem na legislação estadual em decorrência da interpretação do art. 25 da CF/88 quando assevera que as Constituições Estaduais devem “obervar os princípios desta Constituição”, ou seja, os Estados possuem competência para autolegislação desde que respeite os princípios fundamentais estabelecidos na engenharia constitucional no âmbito federal.

Pense no seguinte exemplo: lei municipal contraria dispositivo de constituição estadual que reproduz literalmente a tutela da dignidade da pessoa humana insculpida no art. 1º, III da Constituição Federal. Diante deste fato, a comparação direta entre lei municipal e CF/88 pode ser realizada pelo fato de a constituição estadual reproduzir obrigatoriamente do art. 1º, III da CF/88. A questão é, portanto, lógica. Diante disto, o cabimento de ADI e ADC frente lei municipal pode ser realizada perante o STF, em face a CF/88, desde que se trate de norma de reprodução obrigatória nas constituições estaduais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nossos breves apontamentos acerca da possibilidade jurídica de controle de leis e atos normativos municipais, bem como o procedimento para sua realização é possível concluir, sistematicamente que:

- a) O Controle de Constitucionalidade é um tema de grande relevância para atual sistemática do Direito Constitucional brasileiro, trata-se de um exame de compatibilidade de leis e atos normativos infraconstitucionais em face da Constituição Federal, sendo uma característica importante da forma Federal de Estado adotada pelo Brasil;
- b) O Brasil adota o modelo preventivo de controle a partir da possibilidade de o Congresso Nacional realizar o exame de compatibilidade dentro do processo legislativo e esta característica se expande para os outros níveis da federação podendo ser realizado pelas Assembleias Legislativas e pelas Câmaras Municipais;
- c) O Brasil adota dois modelos de Controle Repressivo de Constitucionalidade:
 - a. O Modelo Americano também chamado de Difuso ou Concreto aduz que qualquer membro do Poder Judiciário é capaz da revisão judicial de leis e atos normativos infraconstitucionais no caso concreto com efeitos *ex tunc* e *inter partis*, por ser um modelo pensado num sistema de eleição de Juízes pelo povo trata-se de um modelo democrático e contra majoritário;
 - b. O Modelo Austríaco também chamado de Concentrado ou Abstrato aduz que a competência para julgamento de questões constitucionais pertence exclusivamente ao Tribunal Constitucional que reconhece a inconstitucionalidade de leis e atos normativos em abstrato e com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, a tese central é a de deslocamento de competência do Judiciário para um quarto poder (legislador negativo) que trará segurança jurídica para toda sociedade;
- d) A Constituição veda (por ausência de menção expressa) o controle concentrado por meio de ADI e ADC de leis e atos normativos municipais, porém, entendemos ser plenamente cabível a realização desse tipo de controle através de:
 - a. Controle Preventivo feito pelas Câmaras Municipais;
 - b. Controle Repressivo feito por qualquer Juiz no âmbito do Modelo Difuso ou Concreto;
 - c. Controle Repressivo feito por meio de Representação de Inconstitucionalidade proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado em face de descumprimento de Constituição Estadual;

- d. Controle Repressivo feito por meio de ADPF proposta no Supremo Tribunal Federal quando se tratar de lei ou ato normativo municipal que viole preceito fundamental contido na Constituição Federal;
- e. Controle Repressivo feito por meio de ADI proposta no Supremo Tribunal Federal quando se tratar de lei ou ato normativo municipal que viole norma de reprodução obrigatória da CF nas Constituições Estaduais.

Muito embora o modelo constitucional brasileiro admita essas modalidades de controle ele apenas externa um grande problema de *déficit* de representatividade no sistema democrático brasileiro. Caso um cidadão tente exercer este direito na prática ficará impedido de agir diretamente (exceto no caso do controle difuso) pois dependerá: a) dos representantes eleitos para discutir o projeto de lei; b) das autoridades com legitimidade processual para propositura das Ações Constitucionais de controle direito, seja de competência originária do STF, seja de competência originária dos Tribunais de Justiça Estaduais.

De outra sorte, outro problema que se externaliza diz respeito à fragilidade e pouca autonomia municipal na organização do Estado Federal brasileiro. Assim, o Município encontra-se imprensado entre a legislação federal e a estadual, cumulando poucas tarefas exclusivas suas considerando a carga de atividades federais e a competência residual dos Estados. Logo, o controle, em muitas vezes, não é direto em face da constituição federal pois sua matriz lógico-dedutiva e jurídico-positiva é a constituição estadual. Em conclusão, muito embora este tipo de controle seja plenamente possível e aceitável doutrinária e jurisprudencialmente, na prática, encontra muitos óbices à sua execução sendo necessário o desenvolvimento de mecanismos que habilitem o cidadão participar mais ativamente e qualitativamente melhor representado no âmbito da Jurisdição Constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9ª Edição, atualizada. Editora Renovar. Rio de Janeiro – RJ. 2009.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 26.08.2011.

BERCOVICI, Gilberto. **O Federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa**. Rev. Jurídica da Presidência. Brasília, Vol 10, n. 90, Ed. Esp., p. 01-18, abr/maio, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004.

BOBBIO, Norberto; DE CICCIO, Claudio. Teoria do ordenamento jurídico. Editora: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Federalismo regional num país periférico**. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Géson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL, **Lei n. 13.979 de 6 de Fevereiro de 2020**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm Acesso em: 01.12.2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. 9ª Reimpressão. Edições Almedina. Coimbra-Portugal. 2003.

CAPELLETTI, Mauro. **Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional in Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. Coleccion <<Estudios Constitucionales>> Edictora do Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. 1984. Pág. 602.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo – Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Volume I. Editora Juruá. Curitiba. 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado, 7ª Ed. Martins Fontes, São Paulo-SP. 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3ª Edição, 2º Tiragem. Editora Martin Fontes. São Paulo – SP. 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Com nota de Carré de Malberg e o debate ocorrido na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público. Introdução de Sérgio Sérulo Corrêa. Tradução Alexandre Krug. Editora Martins Fontes. São Paulo-SP. 2003.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JOY, John. **Os Artigos Federalistas – 1787-1788**. Edição Integral. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Editora Nova Fronteira. 2005.

MARSHALL, Jhon. Marbury VS Madison. **Voto do Cheif Justice**. 1803. Disponível em: < <http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html> > Acesso em: 10.04.2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34. N. 134 abr/jun. 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva – SP. 2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, v. 2

PAES, Alberto de Moraes Papaléo; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; BACELAR, Jeferson Antônio Fernandes. PROPORCIONALIDADE E PANDEMIA: UM ESTUDO DE CASO DAS MEDIDAS TOMADAS PELO GOVERNO DO ESTADO DO PARÁ E DO MUNICÍPIO DE BELÉM. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 3, n. 65, p. 154 - 186, abr. 2021. ISSN 2316-753X. Disponível em:

<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4994>>. Acesso em: 10 jul. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v3i65.4994>.

PAES, Alberto de Moraes Papaléo. DEMOCRACIA, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS – O NOVO CENTRO DE CONCENTRAÇÃO DO PODER POLÍTICO. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 17(17), 68–90. 2015. Recuperado de <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/526>

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. Livraria do Advogado. Porto Alegre 2007.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental n. 672-DF**. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754239592&prcID=5989447#>> Acesso em: 01.12.2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. Revista e atualizada. Saraiva. São Paulo – SP. 2007.

Data de submissão: 15/11/2023

Data de aprovação: 02/12/2023

Data de publicação: 28/12/2024

Este trabalho é publicado sob uma licença
Creative Commons Attribution 4.0 International License.