

CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE MEDIANTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Victor Cesar Berland

Procurador Federal,

Pós graduando em Direito Constitucional pela UNISUL.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Panorama do controle de constitucionalidade brasileiro; 2.1 Controle concentrado; 2.2 Controle difuso; 2.3 Novo perfil do controle de constitucionalidade brasileiro – breves considerações; 2.4 Poder Constituinte Derivado Decorrente e as normas de repetição obrigatória – Constituição total; 2.5 Controle de constitucionalidade no âmbito estadual; 3 Reclamação 383 STF; 3.1 Caso Original; 3.2 A decisão do Ministro Moreira Alves; 4 Conclusão; 5 Referências.

RESUMO: O controle de constitucionalidade brasileiro segue o modelo misto, difuso e concentrado. O primeiro é instrumentalizado pelo levantamento de uma questão de ordem que leve ao plenário a questão constitucional, tendo por base um caso concreto levado ao Supremo Tribunal Federal via Recurso Extraordinário, Reclamação e demais meios processuais submetidos à apreciação da Corte.

O segundo ocorre por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por ação e por omissão, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Declaratória de Constitucionalidade, todas com um número restritos de legitimados.

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), não é possível o controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal por meio de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, pois isso cabe ao controle concentrado no âmbito estadual – se a norma-parâmetro for de repetição obrigatória. Então se asseguraria a competência da Corte Suprema, enquanto guardiã da Constituição, em face da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça local em sede de ação direta de inconstitucionalidade estadual por meio de Recurso Extraordinário contra este acórdão.

PALAVRAS-CHAVE: Controle concentrado mediante recurso extraordinário. Normas de repetição obrigatória. Controle de Constitucionalidade. Constituição total.

1 INTRODUÇÃO

O modelo de Estado Federativo adotado pelo Brasil confere os contornos do controle de constitucionalidade brasileiro. Oriundo do modelo norte-americano de federação, o federalismo brasileiro adotou uma curiosa configuração, de modo oposto ao original.

Enquanto o modelo estadunidense originou-se de um processo orgânico de formação, o brasileiro surgiu artificialmente, dissociado da realidade histórica.

Nos Estados Unidos, havia treze Estados, que se uniram em uma federação, mantendo suas Constituições originais – com mais autonomia, comparando-se ao caso brasileiro –, mantendo respeito aos preceitos gerais estabelecidos na Constituição de 1787¹. É o chamado federalismo dual, cuja principal característica é a existência de competências mutuamente excludentes.²

No Brasil, dividiu-se um Estado originalmente unitário em Estados Federados, indo de encontro com aspectos fáticos e históricos, o que, diga-se de passagem, ocasionou graves conflitos armados por razões políticas, econômicas e sociais. O modelo adotado pela constituição de 1891 – decorrente da proclamação da República em 1889 – foi, pelo menos no plano das idéias, o americano, já mencionado.³

Já na Constituição de 1934, baseada na Carta de Weimar⁴, o sistema federativo brasileiro passou a ser cooperativista. Isso decorreu – nos Estados Unidos, e de forma precursora – da mudança do liberalismo para a fase do *Welfare State*⁵, o que resultou na centralização

1 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 99

2 TAVARES, André Ramos. **As Competências legislativas e o STF**. Artigo publicado no jornal Carta Forense, de 19 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=197>>. Acesso em: 27 mai.2008.

3 SILVA, op. cit., p. 99

4 Idem, p. 82

5 Ou Estado do bem estar social, fase em que o papel do Estado passou a ser o de provedor de direitos sociais, por força dos resultados negativos ocasionados pela política liberal, que culminaram na famosa crise de 1929.

de competências na União.⁶ Não se tem mais a paridade entre União e Estados. Há agora uma hierarquia, não se olvidando, todavia, a permanente cooperação entre os entes, a autonomia decisória e a capacidade própria de financiamento⁷.

Surge então um poder constituinte originário, central, que confere ao poder constituinte dos Estados o caráter derivado-decorrente⁸, que seguem simetricamente o modelo administrativo da União – aqui entendida como a figura do governo central, um ente superior aos Estados federados no tocante às atribuições de âmbito nacional.

Note-se que a competência material dos Estados é residual e subsidiária à competência da União (art. 22, parágrafo único e art. 24 e seus parágrafos da CF/88). No tocante aos poderes e sua organização, deve-se atentar ao modelo central, preservando-se algumas características particulares. Assim, o mandato do chefe do poder executivo estadual tem duração igual à do Presidente da República (art. 28 da CF/88). A presença de um Poder Judiciário e um Ministério Público no âmbito estadual comprovam essa simetria. Algumas características, todavia, são próprias, a exemplo do poder legislativo estadual, que segue o modelo unicameral, diferentemente do bicameral adotado no nível federal (art. 27 da CF/88)

Em relação aos tributos – que, a propósito, consiste na matéria tratada no *leading case* a ser comentado nesse trabalho –, a Carta Federal delimita as “limitações ao poder de tributar”, normas gerais regentes dos tributos atinentes às três esferas de poder⁹. Devem as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas Municipais, nesse passo, respeitar a legalidade, anterioridade simples e qualificada, não retroatividade, o não confisco, bem como os ditames pertinentes às espécies tributárias, como ao imposto sobre circulação de mercadorias e serviços de transporte estadual e intermunicipal, v.g., a não cumulatividade, o estabelecimento de alíquotas interestaduais pelos convênios etc.

Dessa forma, temos a Constituição Federal no topo da hierarquia normativa do ordenamento jurídico, conferindo aos Estados

6 MEIRA, Liziane Angelotti. **Princípio do Federalismo e Competência Tributária**. Disponível em: <www.idp.org.br/download.php?arquivo=25y1gj40ulwr.pdf>. Acesso em: 28 mai.2008.

7 SILVA, op. cit., p. 608- 609.

8 Idem, p. 609- 610.

9 Vide o voto do Ministro Carlos Velloso na Reclamação 383.

a competência para estabelecerem suas Constituições (art. 25 da CF/88), tratando de suas respectivas organizações de acordo com suas particularidades, sem prejuízo aos limites traçados pela Carta Magna.

Como será tratado adiante, o controle de constitucionalidade repressivo abstrato existe nos âmbitos estadual, exercido pelos Tribunais de Justiça, e federal, incumbido ao Supremo Tribunal Federal.

Aos Tribunais Estaduais competem julgar a constitucionalidade de normas estaduais e municipais tomando-se como parâmetro normas da constituição estadual (art. 125, § 2º, CF/88). Ao STF, obviamente, como guardião da Constituição, cabe decidir pela conformidade das normas com o texto constitucional.

Temos, todavia, um impasse na jurisprudência da Corte Suprema brasileira. Não havia nenhuma forma de controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal¹⁰. Na Reclamação 383, o Ministro Moreira Alves, fez uma construção jurídica (*construction*), permitindo que um instrumento do controle difuso de constitucionalidade (Recurso Extraordinário) suprisse a aludida lacuna.

Posteriormente, a Lei 9882/99 introduziu um novo instrumento de controle de constitucionalidade, deveras amplo, a saber, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que permite o controle de modo subsidiário aos outros instrumentos. Assim, permite a apreciação de norma anterior à constituição e de direito municipal. A norma-parâmetro desse controle federal pode, inclusive, ser uma norma estadual, contando que seja uma norma de reprodução obrigatória.

Não obstante ao advento desse instrumento, a hipótese criada pelo aludido Ministro não perdeu sua utilidade, como iremos desenvolver nesse trabalho.

2 PANORAMA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

O controle de constitucionalidade pátrio possui várias classificações¹¹, a depender do momento em que é exercido, do órgão

¹⁰ RE 93.313-SP, Rel. Ministro Alfredo Buzaid.

¹¹ As diversas classificações podem ser encontradas na obra **Direito Constitucional** de Alexandre de Moraes

que o exerce, da norma-parâmetro, da competência e da abstração ou concretude de sua ocorrência.

Quanto ao órgão, pode ser político, judicial – sistema originado nos Estados Unidos sob a denominação de *Judicial Review*¹² -, e o misto, político-jurídico, como ocorre na Suíça, em que as leis federais são controladas pela Assembléia Nacional, e as leis locais são submetidas ao controle jurisdicional¹³.

Nosso sistema optou pelo controle por um órgão judiciário e não político, como sói acontecer na França¹⁴, por exemplo.

Em relação ao momento, dizemos ser misto, na medida em que ocorre preventivamente e repressivamente, aquele, nas Comissões de Constituição e Justiça¹⁵, i.e, no momento de formação do texto legal, bem como no momento em que o Presidente da República exerce o veto jurídico – diversamente da hipótese de veto político, fundado em razão de conveniência e oportunidade, não podendo ser rotulado como forma de controle de constitucionalidade. Há uma hipótese, na jurisprudência do STF, de controle preventivo exercido pelo judiciário, a saber, o mandado de segurança impetrado pelo parlamentar de modo a assegurar sua regular participação na elaboração legislativa de acordo com o devido processo legislativo¹⁶.

O controle repressivo, objeto deste trabalho, ocorre após o início da vigência da norma e é exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário, de forma difusa, *incidenter tantum*, iniciando-se um incidente de inconstitucionalidade em um caso concreto apresentado a qualquer juízo – quando haverá a cisão funcional para o órgão fracionário, detentor da legitimidade para declarar a inconstitucionalidade com efeito *inter partes*¹⁷ -, ou de forma concentrada, verificando-se a conformidade do texto legal, em abstrato, aos mandamentos constitucionais, de iniciativa limitada a um certo número de legitimados (art. 103, inc. I a IX, CF/88).

12 SILVA, op. cit., p. 49.

13 Idem, p. 49.

14 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 299.

15 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 605.

16 MENDES, **Os diferentes tipos de inconstitucionalidade**, p. 44.

17 MENDES, **O controle incidental de normas no direito brasileiro**. In: MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, 28 ed., 8ª parte, p. 528-602. Material da 5ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG. p. 08.

Importante notar a abrangência do termo “em abstrato” no contexto atual do controle de constitucionalidade. Denota-se hoje a aproximação do controle de constitucionalidade difuso e concentrado na jurisprudência do Supremo. Isso decorre da importância conferida à Corte pela Carta Cidadã, cujo papel não se restringe a decidir conflitos individuais¹⁸, mas sim a proferir decisões fundamentais para uma sociedade pluralista como a nossa, albergada pelo Estado Democrático de Direito.

Há, na atualidade, questões cuja falta de resolução causam forte incômodo social, não podendo ser deixadas ao largo em razão de barreiras formais à apreciação pelo STF.

Por isso, são assuntos em pauta: “causa de pedir aberta”, “efeito vinculante das decisões proferidas pelo plenário”, “objetivação do controle de constitucionalidade”¹⁹. A tendência, portanto, é a quebra de barreiras ao STF para se tratar de assuntos de alta relevância, não havendo que se esperar a iniciativa de um pequeno número de legitimados a instaurar o controle concentrado. O objetivo desta obra não é aprofundar este tema - que aliás, demandaria um outro trabalho mais detalhado. Por isso, a abordagem desse assunto não merece delongas.

Importante também traçar as diferenças entre os efeitos *erga omnes* e vinculante. O primeiro é um efeito tipicamente processual, gerado, em controle difuso, por Resolução do Senado – nos termos do art. 52, X –, e abrange somente o dispositivo da decisão.

O vinculante, por sua vez, é mais abrangente. Engloba os fundamentos e motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*), bem como os princípios por ela consagrados²⁰. Sua conseqüência é mais eficaz, haja vista ensejar, o seu descumprimento, a propositura de um instrumento direto e eficaz, que é a reclamação.

O efeito vinculante foi introduzido no texto constitucional pela EC nº 3, em 17/03/93, que acrescentou o § 2º ao art. 102, estabelecendo este efeito apenas para as Ações Declaratórias de Constitucionalidade. A jurisprudência do STF então passou a conferi-lo também às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, em razão do caráter dúplice destas ações²¹.

18 MENDES, op. cit., p. 44.

19 Idem, p. 44.

20 MENDES, **Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade**. Material da 3ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG p. 65.

21 Idem, p. 42.

Com a edição da Lei nº 9.868, em 10/11/99 e, posteriormente, com o advento da EC. nº 45, de 31/12/2004, o efeito vinculante foi estendido expressamente à ADI.

A jurisprudência atual do Supremo, em sintonia com a objetivação do controle de constitucionalidade, tem reconhecido efeito vinculante as suas decisões, desde que proferidas pelo Plenário, inclusive as proferidas em sede de medida cautelar, seja em controle difuso, seja em controle concentrado²².

A tendência, como se vê, é a unificação do controle de constitucionalidade difuso e concentrado. Não há mais sentido, hoje, falar-se em controle abstrato e controle concreto, antes entendidos como sinônimos de concentrado e difuso, respectivamente. A diferença persistirá quanto ao início do controle. Enquanto o difuso ocorre por iniciativa de qualquer pessoa que ingresse em juízo suscitando uma questão constitucional, o concentrado está restrito a um número determinado de legitimados. No resultado, porém, ambos são iguais.

2.1 CONTROLE CONCENTRADO

Tal modelo é oriundo da Constituição austríaca de 1920, inspirada no jurista Hans Kelsen. Portanto, de base positivista, tal tipo de controle tem como premissa fundamental a unidade do ordenamento jurídico, criado, em sua inteireza, a partir de um conjunto normativo central (Constituição) e sua ausência de lacunas²³.

22 Vide trecho do voto do Ministro Sepúlveda quando do julgamento da questão de ordem na ADI 1.224-SP: "A decisão cautelar, lemos nos compêndios, destina-se a resguardar, a salvaguardar o efeito útil do processo contra o risco de sua própria demora.

Não vejo outra solução, Sr. Presidente, admitido o efeito vinculante que terá a decisão de mérito, a não ser atribuir à decisão cautelar efeito suspensivo dos processos cuja decisão pende da aplicação, inaplicação ou declaração de inconstitucionalidade em concreto da lei que teve a sua eficácia suspensa por força de decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal. Do contrário, a convivência, já difícil, dos dois sistemas de controle de constitucionalidade que praticamos conduzirá ao caos.

Note-se: sequer para adotar decisão no sentido da decisão cautelar do Supremo, poderá ser julgada a ação proposta perante o juízo ordinário, porque da nossa decisão de mérito poderá resultar, afinal, em sentido contrário, a declaração de constitucionalidade da lei.

Desse modo, a cautelar não compele o juiz a que julgue a causa como se a lei fosse inconstitucional, porque a lei ainda não está declarada inconstitucional.

A única solução, assim, é a suspensão do andamento do feito ou, pelos menos, a suspensão da decisão que nele se tenha que tomar, num ou noutro sentido, até a decisão de mérito da ação direta no Supremo Tribunal Federal."

23 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288.

Dessas premissas, Kelsen estabeleceu que toda inconstitucionalidade é formal, na medida em que decorre de um vício de procedimento. Isso pois o juízo de constitucionalidade delimita-se a uma mera subsunção da lei à Constituição, em um raciocínio lógico-jurídico²⁴.

Muito do controle abstrato de constitucionalidade brasileiro originou-se de Kelsen. Assim, a figura do Procurador-Geral da República como “Advogado da Constituição” e o STF enquanto “Legislador Negativo”.

Em relação ao “Legislador Negativo”, temos a idéia de que a Corte Constitucional atua, assim como o Poder Legislativo, com generalidade e abstração, só que de modo negativo, contrário, apenas atuando no sentido de declarar a nulidade de um determinado ato normativo contrário ao texto constitucional. Ressalte-se que a visão do Supremo enquanto “Legislador Negativo” encontra fortes críticas dos constitucionalistas contemporâneos, haja vista o novo perfil da Corte, que não se restringe a decidir conflitos individuais, processos subjetivos. Incumbe-lhe as decisões fundamentais para toda a sociedade.

A Carta de 1934 conferiu o esboço do controle concentrado de constitucionalidade por meio da representação interventiva. Com a Emenda nº 16/65, à Constituição de 1946²⁵ foi introduzido o controle de constitucionalidade de moldes kelsenianos, por meio da representação de inconstitucionalidade de titularidade do Procurador Geral da República.

Antes da Constituição de 1988, a iniciativa do controle abstrato resumia-se à iniciativa do Procurador-Geral da República, titular da então representação interventiva. A Carta de 88 ampliou significativamente o rol de legitimados, incluindo o Presidente da República, as mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, os Governadores dos Estados, as Assembléias Legislativas, os Partidos Políticos, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e as Associações de âmbito nacional.

24 SEGADO, Francisco Fernández. **La obsolescencia de la bipolaridad tradicional** (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. Publicado em: Francisco Fernández Segado, *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano)* de Los Sistemas de Justicia Constitucional. Direito Público. Porto Alegre, Síntese/IDP, n. 02, p. 55- 82. Material da 1ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL-IDP-REDE LFG.

25 MENDES, **Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade**. p. 02.

A Carta Cidadã trouxe também, novos instrumentos que ampliaram o grau de abrangência do controle abstrato de constitucionalidade, possibilitando o controle de constitucionalidade por omissão legislativa, a declaração de constitucionalidade de uma lei, a apreciação de norma pré-constitucional e a análise de norma municipal frente à Constituição Federal. Essas hipóteses são, respectivamente abarcadas pela ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2.2 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Essa modalidade de controle tem sua gênese no direito norte-americano, mais especificamente com o caso *Marbury vs. Madison*²⁶.

O aludido modelo de controle foi o primeiro a ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao tempo do advento da República²⁷. Na

²⁶ O Professor da Universidade Federal de Minas Gerais, Dr. José Luiz Quadros de Magalhães explica o caso com detalhes: “No caso que criou as bases do controle judicial difuso de constitucionalidade das leis, modelo democrático que deve ser paradigma para todas as democracias contemporâneas, o juiz do caso *Marshall* tinha interesse direto na solução do caso. O presidente dos Estados Unidos neste momento era Adams e o seu secretário de estado John Marshall, os dois do partido federalista, derrotado por Thomas Jefferson e seus partidários. Antes de deixar o poder o presidente Adams nomeou seus correligionários para diversos cargos inclusive os vitalícios no judiciário superior. Um dos beneficiários foi Marshall, nomeado para a Suprema Corte com a aprovação do Senado. Como secretário de estado, cargo em que permaneceu até o fim do mandato de Adams, ele não conseguiu se desincumbir da missão de distribuir os títulos de nomeação já assinados pelo presidente para todos os indicados a cargos no final de mandato. Um dos títulos não entregues nomeava William Marbury para o cargo de Juiz de Paz no condado de Washington no distrito de Columbia. Com a posse de Jefferson como novo presidente dos EUA, este determinou ao novo secretário de estado James Madison, que não entregasse do título da comissão para Marbury por entender que a nomeação estava incompleta por faltar a entrega da comissão, onde o ato jurídico se tornaria completo. Marbury não tomou posse e pediu a notificação de Madison para apresentar suas razões. Madison não respondeu e Marbury impetrou o *mandamus*. Diante da complexidade política do caso a Corte Suprema não julgou o caso durante dois anos causando reação da imprensa e da opinião pública, aventando-se inclusive a possibilidade de *impeachment* de seus juízes. Para agravar a situação o executivo expressou que uma decisão favorável a Marbury poderia causar uma crise entre os poderes, sugerindo que o executivo poderia não cumprir um decisão do judiciário. Marshall (nomeado pelo presidente anterior assim como Marbury o requerente) era presidente da Suprema Corte e que deveria se pronunciar sobre o caso. O problema envolvia uma situação ético-jurídica muito grave. Marshall entretanto decidiu: quanto ao mérito reconheceu o direito de Marbury à posse no cargo, no entanto não concedia a ordem para cumprir a decisão em face de uma preliminar, evitando assim ver descumprida a sua decisão por parte do executivo, evitando a crise maior. Assim julgou inconstitucional a lei que autorizava o pedido diretamente na Suprema Corte pois a Constituição fixou a competência da Suprema Corte e somente a Constituição poderia ampliar esta competência. Assim negou o pedido por incompetência uma vez que só poderia chegar a Suprema Corte em grau de recurso.”

²⁷ MENDES, Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. p. 02.

Carta de 1934, foi criada a “representação interventiva”, de titularidade do Procurador-Geral da República, quando, então, passamos ao modelo misto, difuso-abstrato, de controle de constitucionalidade²⁸.

A sistemática desse controle ocorre da seguinte forma: em um caso concreto, e, portanto, em qualquer juízo ou tribunal, a questão constitucional trazida aos autos, de maneira prejudicial, suscitada por um incidente de constitucionalidade (art. 480 a 482 do Código de Processo Civil) é levada ao conhecimento ao órgão fracionário do tribunal pertinente, que decidirá pela constitucionalidade do preceito legal a ser aplicado ao caso. Assim, o juízo ou tribunal – se for o caso de ação originária – remete a questão constitucional ao plenário do tribunal, que é órgão incumbido de proferir o juízo de constitucionalidade, de acordo com o art. 97 da Constituição da República. Note que é permitida a criação de um órgão especial, para os tribunais compostos por mais de vinte e cinco membros, “com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno...”(art. 93, inc. XI, CF/88), que é apto, portanto, a apreciar a constitucionalidade de determinado ato normativo, por delegação.

Temos assim a chamada cisão funcional, em que se divide o ponto de constitucionalidade do caso concreto.

Decidida tal questão prejudicial, é restaurada a competência do órgão fracionário para que se pronuncie quanto ao mérito, de acordo com o que foi decidido no incidente de inconstitucionalidade²⁹.

Na atual conjuntura do poder judiciário, todavia, em que questões de massa emperram os Tribunais, é inviável que tal regra seja cumprida literalmente. Isso conflitaria com os princípios processuais da economia processual e celeridade, bem como ofenderia a garantia da duração razoável do processo.

Nesse passo, a jurisprudência consolidada do Supremo culminou na inclusão do parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, *ipsis litteris*:

28 MENDES, Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. p. 02.

29 STF 515- A COMPETÊNCIA PARA A AÇÃO RESCISÓRIA NÃO É DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUANDO A QUESTÃO FEDERAL, APRECIADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO OU NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, SEJA DIVERSA DA QUE FOI SUSCITADA NO PEDIDO RESCISÓRIO.

Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Essa novidade corrobora a irrefutável tendência à objetivação do controle de constitucionalidade, ao conferir, na prática efeito vinculante à decisão proferida em sede de controle difuso.

Via de regra, a decisão tem eficácia apenas entre as partes. A eficácia *erga omnes* da decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade está condicionada, nos termos do art. 52, inc. X da Constituição da República, à expedição de Resolução pelo Senado³⁰.

2.3 NOVO PERFIL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO – BREVES CONSIDERAÇÕES

Não é objetivo dessa obra abordar detalhadamente o tema em epígrafe, mesmo porque demandaria um trabalho demasiadamente complexo. Importante, todavia, mencionar os aspectos principais dessa mudança, haja vista que o *leading case* em estudo nessa monografia foi o precursor da transmutação do controle de constitucionalidade pátrio.

A tendência é a ampliação dos poderes da Corte Suprema quando do controle de constitucionalidade, fundindo, muitas vezes, o controle difuso e concentrado, permitindo falar-se, hoje, em controle difuso-abstrato.

Isso é reflexo de uma sociedade composta de inúmeros grupos sociais, compostos por minorias e minorias, com diversos interesses, muitas vezes conflitantes. Há também muitas questões de extrema relevância, que não podem ser deixadas ao largo por força de exigências formais.

A jurisprudência constitucional vem entendendo que as decisões do plenário do Supremo, mesmo que *incidentur tantum* (incidentalmente), possuem eficácia vinculante e *erga omnes* (para todos).

Assim, além, de valerem para todos – de acordo com os moldes tradicionais do controle de constitucionalidade – as decisões do plenário

30 Gilmar Mendes critica essa exigência, por ser vetusta medida, na medida em que não se coaduna ao novo perfil do controle de constitucionalidade. Isso será tratado em capítulo próprio.

vinculam todo o judiciário³¹ e a administração pública³², possibilitando a utilização do instituto da reclamação, como forma de garantir a eficácia das decisões constitucionais.

Fala-se hoje em “causa de pedir aberta”. Isso quer dizer que a Corte Constitucional, ao decidir uma questão fundamental, seja em controle difuso (em plenário), seja em controle abstrato, não está limitada aos fundamentos expostos pelas partes, não se falando em sentença *ultra, citra* ou *extrapetita*, não vigorando, destarte, o princípio da correlação na sentença constitucional.

A intervenção do *amicus curiae* no processo reflete, nos dizeres de Peter Häberle, a “sociedade aberta dos intérpretes”. Dessa forma, de modo a garantir-se o debate dos vários segmentos de uma sociedade plúrima³³, o Supremo consulta a opinião de um especialista no assunto em debate, ou de um representante de uma seita, de uma associação ou de outro qualquer grupo social. Essa oitiva também não está sujeita a limitações formais, mas ao interesse em se resolver a causa de modo satisfatório para a sociedade.

É de se lembrar também o advento de novos instrumentos aptos a assegurar a função da Suprema Corte brasileira enquanto verdadeira guardiã da Constitucional, filtrando ao máximo as causas que não repercutem o interesse geral. Nesses termos, temos a súmula vinculante, trazida pela Lei 11.417/06, consiste na edição de enunciados pelo STF, que dizem respeito a questões de massa que demandam idêntica solução, e cuja eficácia vincula não só o Judiciário como toda a Administração Pública³⁴. Na outra frente, vem a repercussão geral do Recurso Extraordinário – trazida ao Código de Processo Civil pela Lei

31 Com exceção do próprio STF, visto que o parágrafo 2º do art. 102 da CF/88 diz que “as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante *aos demais órgãos do Poder Judiciário...*” (grifos nossos)

32 Não vinculando, porém, o Poder Legislativo, haja vista que isso “fossilizaria” a Constituição.(Rcl (Agr) nº 2617/MG, rel. Min. Cezar Peluso (informativo 386)

33 COELHO, Inocêncio Mártires. **III - Criação judicial do direito. Fundamentos e limites da atividade judicial como fase do processo de produção normativa. Métodos e princípios da interpretação constitucional. Limites da interpretação constitucional. Jurisdição constitucional:** posição institucional, legitimidade e legitimação. Estado constitucional de Direito ou Estado judicial de Direito? Material da 1ª aula da Disciplina Jurisprudência Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG, p. 48.

34 Art. 103-A, § 1º, CF/88 “A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.”

11.418/06 -, que consiste na comprovação, pelo recorrente, de que sua causa possui relevância social, econômica ou jurídica.

A nova tendência da Corte provocou uma revisão de conceitos ao questionar-se o alcance do inciso X do art. 52 da Constituição, pertinente à comunicação ao Senado de decisão proferida em controle difuso para que lhe seja conferida eficácia *erga omnes* – diga-se que mesmo para se chegar a este entendimento, relativo ao papel da comunicação ao Senado, o Supremo provocou uma evolução no controle de constitucionalidade, pois, à época, a intensão era de ser aplicada tanto em controle difuso como em controle concentrado. O Ministro Gilmar Mendes³⁵ é defensor da crescente tese da obsolescência do aludido dispositivo.

Assiste coerência na tese acima. De fato, emprestar eficácia somente entre as partes em sede de decisão proferida em controle incidental de constitucionalidade de uma lei é violar frontalmente o princípio da isonomia. Assim, se uma determinada lei fosse julgada inconstitucional, via *cisão* funcional, se não houvesse a comunicação ao Senado – que possui discricionariedade para suspender o dispositivo legal – a lei seria inconstitucional para as partes do processo subjetivo, mas continuaria constitucional para os demais.

O Ministro colaciona um interessante debate entre parlamentares sobre o instituto da comunicação ao Senado: “Na sistemática preferida pelo nobre Deputado, Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam às partes em litígio. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos [...]”

O art. 52, inc. X, CF, é justificado na separação harmônica de poderes. Atente-se, porém, que a separação de poderes não é absoluta. Montesquieu, inclusive, em sua precursora obra, ensina que o poder é uno. Há na verdade uma divisão orgânica. O aludido comando constitucional deturpa esse conceito de separação de poderes, na medida em que sujeita a eficácia da decisão de um órgão técnico-jurídico à discricionariedade de um órgão político.

35 MENDES, op. cit., p. 21

Tudo isso pode ser resumido na “objetivação do controle de constitucionalidade”. Em outras palavras, mesmo em um controle incidental de constitucionalidade, a importância reside na questão e não nos sujeitos do processo. Passa-se então à quebra do paradigma do processo subjetivo, que visa a satisfazer o interesse das partes. Temos agora um processo objetivo, focado na questão constitucional³⁶.

2.4 PODER CONSTITUINTE DERIVADO DECORRENTE E AS NORMAS DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA – CONSTITUIÇÃO TOTAL

A Constituição Federal, como produto do poder constituinte originário conferiu às unidades parciais, ou Estados-membros, a incumbência (art. 25 da CF/88 c/c art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), de elaborarem suas respectivas Constituições, enquanto detentores do poder constituinte derivado decorrente³⁷.

A Constituição de um Estado Federal, como o brasileiro, possui natureza dúplice. Dessa forma, “a ordem jurídica de um Estado Federal compõe-se de normas centrais válidas para o seu território inteiro e de normas locais válidas apenas para porções desse território, para os territórios dos Estados-componentes (ou membros) [...] o Estado federal, a comunidade jurídica total, consiste, assim, na federação, uma comunidade jurídica central, e nos Estados componentes, várias comunidades jurídicas locais.”³⁸

Há, a bem da verdade, competências conferidas à ordem parcial central (União) e aos Estados-membros, que podem ser didaticamente divididas em competências materiais, estas subdivididas em exclusivas e concorrentes e competências legislativas, privativas e comuns.

Apesar da existência dessas competências próprias dos Estados-membros, há um fonte central, residente numa Constituição Total, nos dizeres de Raul Machado Horta. Desse modo, as normas presentes nas Constituições estaduais que decorrem dos limites de conformação da Constituição Federal, constituem um todo, uma Constituição Total. Mesmo que tais normas estejam escritas na Carta estadual,

36 MENDES, **O controle incidental de normas no direito brasileiro**, p. 44

37 MORAES, *op. cit.*, p. 59.

38 Trecho traduzido da obra de Hans Kelsen, extraído do voto do Ministro Sepúlveda Pertence proferido na Reclamação 370 pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

deve-se entendê-las como componentes de um todo, de um único sistema normativo. São normas, destarte, formalmente pertencentes à Constituição estadual, mas materialmente de índole constitucional-federal. Isso é de suma importância para a compreensão do caso em estudo, pois se trata de controle de constitucionalidade de normas de repetição obrigatória, em que a Corte Suprema entendeu ser competente para o julgamento, mesmo que escritas no Estatuto estadual³⁹.

Assim, a competência do constituinte estadual começa no ponto em que terminam os limites impostos pela Carta Federal.

O Professor José Afonso da Silva estabelece didaticamente uma classificação dos princípios que determinam as normas que devem obrigatoriamente integrar as Cartas estaduais.

Nesse passo, temos os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, CF 1988), cuja inobservância enseja a intervenção federal no ente que os violarem; princípio constitucionais extensíveis, que contém regras de organização dos Estados; e, por fim, os princípios constitucionais estabelecidos, limitadores da autonomia organizatória dos Estados-membros.

Note que há normas da Constituição central que são de obrigatória repetição, e normas de reprodução facultativa, denominadas estas de “normas de imitação”. No trecho do voto do Ministro Moreira Alves a seguir, oriundo da Reclamação 383, o assunto é explanado com perspicácia:

Em certas matérias, em que o constituinte estatal poderia inovar, poderia adotar solução própria, prefere ele copiar disposição da Constituição Federal, disposição, entretanto, que, não fora isto, não incidiria a ordem local. Nesse caso – bem ressaltou o Ministro Pertence, com base no magistério de Raul Machado Horta, – ‘as normas de imitação exprimem a cópia de técnicas ou institutos, por influência da sugestão exercida pelo modelo superior.’ (Raul Machado Horta, ‘A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro’, Bhte., 1964, pág. 193). Noutra hipótese, todavia, o constituinte estadual reproduz norma da Constituição Federal que, reproduzida, ou não, incidiria sobre a ordem local. É que, nessa hipótese, tem-se reprodução de norma central, assim obrigatórias para as comunidades jurídicas parciais, norma central que constitui

39 HORTA, Raul Machado. *Curso de Direito Consitucional*, 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey.

a Constituição total do Estado Federal, Constituição total ‘entendida como o setor da Constituição Federal formado pelo conjunto das normas centrais, selecionadas pelo constituinte, para ulterior projeção no Estado-membro, sem organizá-lo integralmente. A Constituição total é parte da Constituição Federal e não dispõe de existência formal autônoma fora desse documento.’ (Raul Machado Horta, ob. cit., pág. 67)

Com isso, permite-se concluir não serem materialmente constitucionais federais as normas de imitação, na medida em que se encontram na esfera de conformação do constituinte estadual. Por conseguinte, e, ante as premissas expostas, em relação às normas de imitação, competente seria o Tribunal local para se pronunciar acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal. Somente no tocante às normas de repetição é que caberiam reclamação para o Supremo, com a finalidade de preservar sua competência enquanto guardião da Carta Magna, ou o Recurso Extraordinário.

2.5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ESTADUAL

Em relação ao controle difuso de constitucionalidade no âmbito estadual, pode-se afirmar ser muito semelhante ao controle em nível federal. Inclusive, em razão dos poderes implícitos das Constituições estaduais, é-lhes permitido, por simetria, a instituição da comunicação à Assembléia Legislativa das decisões transitadas em julgado no controle difuso, de modo a conferir-lhes eficácia *erga omnes*⁴⁰.

A Carta Política estabeleceu a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade no âmbito estadual no art. 125, § 2º, em 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*”⁴¹.

O dispositivo em comento coaduna com o modelo federativo brasileiro, que concedeu autonomia política aos Estados-membros. De nada adiantaria permitir a confecção de Constituições estaduais sem permitir o controle de constitucionalidade pelas próprias unidades parciais. Por outro lado, seria inviável funcionalmente conferir à Corte Suprema a incumbência

40 MENDES, O controle de constitucionalidade do direito estadual e municipal na Constituição Federal, p. 20

41 STF 614-SOMENTE O PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA TEM LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO DIRETA INTERVENTIVA POR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL.

de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos de mais de 5.000 Municípios, 26 Estados-membros e do Distrito Federal.

Note-se a vedação, ao final do comando constitucional, de atribuição, pelo constituinte estadual, da legitimidade de agir a um único órgão. Isso decorre da experiência anterior à Carta Cidadã, em que só o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para instaurar o controle direto de constitucionalidade, o que limitava sobremaneira o debate pelos diversos setores da sociedade.

É possível a concomitância de julgamentos de constitucionalidades de um determinado ato normativo municipal ou estadual com parâmetro em norma de reprodução obrigatória, perante um Tribunal de Justiça e o STF. Na espécie, deve prevalecer a decisão do Supremo, enquanto guardião da Constituição, devendo o Tribunal estadual submeter-se, *ex vi* da força vinculante de suas decisões.

Por isso mesmo, seria possível a interposição de Recurso Extraordinário, de legitimidade de membro do Ministério Público Federal (art. 37 parágrafo único da Lei Complementar 75/93), contra a decisão do Tribunal de Justiça local, perante o Supremo. Também seria cabível o instituto da reclamação – como fora feito nas reclamações 383, 360 e 370 – de modo a garantir a competência da Corte como guardiã da Constituição da República.

Note-se que, *a priori*, a jurisprudência da Corte entendia não ser cabível, em nenhuma hipótese, o controle de constitucionalidade do direito municipal frente à Constituição Federal, muito menos o ajuizamento de Recurso Extraordinário, eis que constitui instrumento do tradicional processo subjetivo. No RE 93.313-SP, o Ministro-relator Alfredo Buzaid disse claramente não haver “no sistema constitucional brasileiro, ação direta de arguição, em tese, de lei ou ato normativo municipal, por contrariedade à Constituição da República, mediante representação do Chefe do Ministério Público local ao Tribunal de Justiça.”

Ademais, como exposto pelo Ministro Moreira Alves, no RE 93.169-SP, não podem os Tribunais locais, sob o pretexto de possuírem poderes implícitos, instituírem o controle de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição da República, haja vista não poderem restringir a autonomia dos Municípios, garantida na Lei Maior. Além do que, se fosse adotada a aludida hipótese, ocorreria algo surreal, que

seria a submissão da Corte Suprema a uma decisão proferida por um Tribunal local, a ele subordinado. Isso porque a decisão proferida em controle concentrado, mesmo que estadual, é revestida de eficácia *erga omnes*, quando transitada em julgado.

Foi a partir do decidido nas reclamações 383, 360 e 370 que houve uma evolução no entendimento, aumentando a abrangência da competência do STF para o controle de normas municipais.

Como se resolve então a problemática da coisa julgada do controle de constitucionalidade estadual e o *status* da Corte Suprema enquanto guardiã da Constituição? O Ministro Moreira Alves⁴² leciona que o cabimento da reclamação pressupõe o não trânsito em julgado da ação declaratória estadual, na medida em que não constitui sucedâneo de ação rescisória. Se houver transitado em julgado a aludida decisão, seja pela não interposição de Recurso Extraordinário ou de reclamação, a resposta depende do conteúdo do acórdão. Se improcedente, seria admissível a instauração do controle concentrado no âmbito do STF, mesmo porque a causa de pedir seria diversa, baseada, agora, na Constituição Federal, e não mais na Carta estadual.

42 “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 365, de que fui relator. Nesse julgamento se decidiu que reclamação destinada à preservação de competência do S.T.F. 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”. (Reclamação 383)

A situação é diversa na hipótese de procedência. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal as extirpam do ordenamento jurídico, havendo, dessa forma, perda do elemento da ação, a saber o próprio objeto.

Destarte, forçoso concluir ser o regime da coisa julgada do acórdão proferido em controle concentrado de constitucionalidade estadual *secundum eventum litis* – i.e., a decisão só será acobertada pela preclusão máxima em caso de procedência -, haja vista depender do resultado do julgamento.

3 RECLAMAÇÃO 383 STF

3.1 CASO ORIGINAL

A aludida reclamação foi ajuizada pelo Município de São Paulo tendo por fundamento o desrespeito à competência do Supremo, bem como a inobservância à autoridade de suas decisões.

Ocorre que o Ministério Público paulista propôs ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça contra o art. 1º da Lei 11.152, de 30 de dezembro de 1991, do Município de São Paulo – que modificou a cobrança do Imposto Territorial Urbano -, ao fundamento de que os critérios de aplicação de progressividade das alíquotas da aludida lei contrariavam os arts. 160, parágrafo 1º, 163, inc. II, III e 144 da Constituição Bandeirante.

Fora concedida liminar suspendendo os dispositivos da lei em comento, ressalvando a cobrança de uma alíquota única de 0,2% para todos os imóveis, determinando o refazimento dos cálculos pelos agentes fiscais municipais.

O reclamante deduziu, em síntese, que, em virtude da autonomia política, administrativa e financeira do ente municipal, possui competência tributária plena, no tocante aos tributos municipais, respeitados os contornos da Constituição Federal, bem como da Lei Complementar referida em seu art. 146, e que a referida lei respeitou esses limites.

Afirmou que, em virtude de o IPTU ser exação de natureza real e objetiva, sendo a capacidade econômica do proprietário aferida à luz do valor do imóvel, justificando, assim, a adoção de alíquotas diferenciadas, realizando a justiça social, portanto.

Na reclamação 337-DF, fora suspendida a eficácia do inc .XI, do art.74 da Constituição paulista, que permitia a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal contrários à Constituição Federal. Por outro lado, a jurisprudência da Corte era pela inadmissibilidade de ADI nesse caso, o que criava uma lacuna no ordenamento jurídico.

Alega, outrossim, que, na verdade houve desrespeito a preceitos da Constituição Federal, mesmo que contidos no texto da Carta estadual, e que, na espécie, não seria cabível o controle de constitucionalidade no âmbito estadual, na medida em que a lei municipal fora extraída da competência determinada na Constituição federal.

Requerera, por fim, concessão de medida cautelar apta a suspender a liminar concedida pelo Desembargador-relator da ADI estadual, bem como a suspensão da mesma.

Já o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, aduziu, em impugnação, não ter o Município legitimidade ativa para a reclamação, pois o STF não admite o ajuizamento do instrumento por terceiro interessado.

Também, que não houve descumprimento de decisão da Corte nem usurpação de sua competência, vez que a decisão que suspendeu o inciso XI do art. 74 da Constituição estadual demonstrou que não há ADI de lei municipal em face da Constituição Federal. Não existindo esse instrumento, não haveria que se mencionar a usurpação de competência, que sequer chegou a existir.

Por fim, aduziu que a autonomia municipal encontra limites nas Constituições Federal e estadual, e, as normas reproduzidas na última, mesmo que idênticas às federais, são autônomas.

Nas informações, o eminente Presidente do Tribunal de Justiça justificou ser dessa Corte a competência para ação direta, vez que o parâmetro é a Constituição estadual. Não é, portanto, do Pretório Excelso, a competência para apreciação da constitucionalidade da aludida lei municipal.

Ressaltou a importância da ADI estadual como medida de evitar o efeito multiplicador de ações individuais idênticas.

Justificou a concessão da liminar suspendendo a eficácia da lei que estabelecia alíquotas progressivas do Imposto Territorial Urbano, no perigo de os contribuintes sofrerem uma exação indevida.

Que a matéria tratada na reclamação, a bem da verdade, é pertinente a uma ação direta de inconstitucionalidade. Também, que a progressividade do IPTU não decorre exclusivamente de normas constitucionais federais, na medida em que a política urbana obedece a diretrizes estabelecidas em lei, que pode ser federal, estadual ou pertencente à Carta estadual, mesmo porque a competência legislativa pertinente à matéria é concorrente. Nesse passo, a adoção da alíquota progressiva diz respeito à realização da função social da propriedade, e, via reflexa, à política urbana, que deve obediência aos princípios da Constituição estadual.

No parecer do Ministério Público Federal, o Subprocurador-geral da República ressaltou ter sido a reclamação corretamente ajuizada, pois houve desrespeito à decisão do Supremo e violação de sua competência.

Porém, se manifestou pela impossibilidade do controle pela Suprema Corte de norma municipal frente a parâmetro constitucional federal, sendo só admitido tal controle *incidentur tantum*.

Reconhece serem as limitações ao poder de tributar dos Municípios são exclusivamente arroladas na Lei Maior, que determina o espaço de conformação exercido pela Lei Complementar Federal, e que a Constituição paulista simplesmente reproduz os princípios da Carta Magna em seu texto.

Conclui, derradeiramente, que a representação de inconstitucionalidade proposta pelo chefe do *parquet* paulista, constitui verdadeira ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição da República, sendo corretamente ajuizada a reclamação. Opinou, destarte, pela procedência.

3.2 A DECISÃO DO MINISTRO MOREIRA ALVES

Entendeu o eminente Ministro ter ocorrida violação à decisão proferida pela Corte, que suspendera a eficácia do inciso XI do art. 74 da Constituição do Estado de São Paulo, pois a ação direta perante o Tribunal Local tinha por fundamento, ofensa da legislação municipal à Constituição Federal, em verdade. Por essa razão, entendeu ser o

Procurador-geral de Justiça incompetente para a propositura da ação, bem como o Tribunal de Justiça, além da irreparável lesão à competência da Corte Suprema.

Em relação à ilegitimidade ativa do Município para a Reclamação, argüida pelo chefe do Ministério Público de São Paulo, a preliminar foi rejeitada, pois o aquele ente foi admitido como parte pelo Tribunal paulista quando da interposição de um agravo regimental contra o despacho concessivo da liminar requerida na inicial.

No mérito, porém, julgou improcedente a Reclamação, pois não preencheu seus requisitos fundamentais, a saber, a preservação da competência do STF, e a garantia da autoridade de suas decisões. Em relação a este último requisito, entendeu ter sido proposta a ação direta estadual com fulcro do inciso VI do art. 74 da Carta estadual, que não foi objeto da mencionada ADI 374 (ação esta que concedeu liminar suspendendo o inciso XI do art. 74), haja vista não ter sido o parâmetro norma da Constituição da República.

Aduziu que a causa de pedir da ação direta de inconstitucionalidade é a inconstitucionalidade em face de qualquer parâmetro, seja a Carta Federal ou Estadual, e não os dispositivos arrolados na petição inicial – ou seja, a causa de pedir é aberta. Se fosse julgada procedente a reclamação, estar-se-ia reconhecendo que a lei municipal feriria tão-somente preceitos da Constituição Federal, e nenhum da estadual. Isso inviabilizaria nova propositura de ADI contra os preceitos estaduais, caso a ação direta fosse julgada improcedente – por força da procedência desta reclamação –, por não ter violado preceitos outros que os não indicados na inicial.

Outrossim, o caso abriria precedente para que qualquer julgamento de constitucionalidade de norma municipal ou estadual face à Constituição estadual fosse submetido ao STF por meio de reclamação, como forma de aferição da natureza do parâmetro estadual, se de imitação ou de reprodução.

No controle difuso estadual, mesmo que conferida a eficácia *erga omnes* à decisão, não é cabível o instituto da reclamação. Por esse argumento, também refutou incabível a reclamação, mesmo porque não é medida hábil a analisar o mérito da ação.

Em relação aos princípios de direito tributário, não é possível afirmar que todos aqueles pertinentes aos Estados e Municípios

pertençam à Carta Federal ou à Lei Complementar Federal, haja vista ser a competência em normas tributárias concorrente. O art. 24, em seu parágrafo único, determina que “a competência para legislar sobre regras gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”. Por isso, concordou com as informações prestadas pelo Presidente do Tribunal de Justiça, pois as normas constitucionais parâmetro não são normas de reprodução obrigatória.

Reconheceu o eminente Ministro, ser cabível a propositura do Recurso Extraordinário na espécie. E é nesse ponto que é criada a hipótese objeto deste trabalho. Segundo Moreira Alves, a ação direta proposta contra lei municipal ou estadual em face de norma de repetição, reproduzida na Constituição estadual, é, na verdade, uma ação direta com parâmetro constitucional federal, e por isso, sendo a questão federal, torna-se possível o Recurso Extraordinário contra a decisão do Tribunal Local. Inclusive entende ser dispensável o prequestionamento, pois o dispositivo constitucional federal reproduzido nunca foi mencionado na causa original, mas o era de forma reflexa pela norma idêntica.

O fato de estar-se tratando de um processo objetivo não afasta a possibilidade de Recurso Extraordinário pelas alíneas ‘a’ ou ‘c’ do inciso III do art. 102, CF, a exemplo dos embargos infringentes, admitidos pela jurisprudência da Corte.

Para o Ministro, não deve prevalecer a tese de que só cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal perante o Tribunal de Justiça em caso de norma constitucional de competência exclusiva estadual.

Discorre também sobre a possibilidade de a norma constitucional parâmetro, estadual ou federal ser inconstitucional material ou formalmente, e se seria permitido à Corte declarar sua inconstitucionalidade incidentalmente. E sua resposta é pela possibilidade, pois deve declarar inconstitucional o que realmente o é.

Conforme lembrou do julgado na Reclamação 365, no caso de transitar em julgado a ação direta estadual, não será possível a reclamação, pois não pode fazer as vezes de ação rescisória. Nesse caso, também, se o acórdão for de improcedência, em que, via oblíqua, a lei municipal é declarada constitucional, ressalva que a eficácia da decisão restringe-se ao âmbito estadual, podendo o STF

rediscutir a causa, em controle difuso ou concentrado, inclusive com base nos mesmos princípios reproduzidos na Carta estadual. Isso se deve também à causa de pedir, que, no caso de apreciação será outra, com fundamento jurídico na Constituição Federal.

Situação diversa ocorre em caso de procedência da ação direta, com a retirada da lei do ordenamento jurídico, com eficácia retroativa a sua entrada em vigor, hipótese em que nem mesmo o STF pode apreciar a constitucionalidade, haja vista não haver mais objeto de uma ação direta ou de controle *incidentur tantum*.

Insurge-se sobre a possibilidade de a Constituição estadual fixar a competência ao Tribunal local para julgar ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Federal, visto que, se nem ao Supremo, enquanto guardião da Constituição, é incumbida tal tarefa, quanto menos uma Corte a ele subordinada poderá fazê-lo.

Entendeu não ser a hipótese dos autos de ofensa à decisão que suspendeu o dispositivo da Constituição paulista que determinava o controle pelo Tribunal de Justiça de lei municipal face à Carta Magna. Também não seria possível o controle de lei municipal com parâmetro em norma de repetição contida em Carta estadual, devido à natureza nacional do dispositivo. No caso da interposição de Recurso Extraordinário contra esse dispositivo, seria inconstitucional a exigência de prequestionamento, pois impediria o exercício de guardião da Constituição da República incumbido ao Supremo.

As normas-parâmetro da Constituição estadual, no presente caso, não foram interpretadas, no voto, como de repetição obrigatória. Não seria, portanto, justificável, prejudicar a competência da Corte estadual. Podem, assim, examinar a constitucionalidade com base em qualquer dispositivo da Constituição estadual.

Ressalta ser necessário para o ajuizamento da reclamação, havido previamente a apuração da violação da competência da Corte, visto que o papel do instituto é o de avocar a si o julgamento da causa. O Ministro só admitiu a reclamação para preservação da competência no caso de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal.

4 CONCLUSÃO

O STF só terá competência para apreciar a constitucionalidade de norma – entenda-se como o gênero de lei ou ato normativo – estadual ou municipal, em sede de controle concentrado estadual, se o parâmetro for norma de repetição.

O brilhante voto do Ministro Moreira Alves não ficou desatualizado frente às mudanças do processo de controle de constitucionalidade, que culminaram em sua total objetivação. Apesar de haver um instrumento que permita o controle de norma municipal ante a Constituição Federal, a saber, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei 9.882/99), o Recurso Extraordinário e a reclamação contra a decisão proferida por um Tribunal de Justiça em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não perdeu sua utilização.

A ADPF é utilizada como veículo – o mais amplo, diga-se – , que leva ao Supremo a controvérsia acerca da constitucionalidade da norma municipal, de modo direto, em controle concentrado pois.

Os mencionados Recurso Extraordinário e reclamação funcionam como remédio contra o acórdão do Tribunal Local em sede de controle concentrado estadual. Nesse caso, porém, o *decisium* não pode ter transitado em julgado, observando-se o não cabimento dessas medidas em se tratando de acórdão de procedência, vez que a declaração de inconstitucionalidade retira o objeto da ação do ordenamento jurídico.

Uma ressalva, todavia, deve ser feita em relação à reclamação. Essa medida é de eficácia questionável no presente caso – como observado na jurisprudência constitucional exposta neste trabalho – , haja vista não ser apta a julgar o mérito da ação originária.

Conclui-se então, que a ADPF pode ser utilizada em caso de não instaurado o controle de constitucionalidade concentrado no âmbito estadual. Também poderá ser utilizada no caso de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade estadual e ter a respectiva decisão sido abrangida pela preclusão máxima.

5 REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal . Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8769>>. Acesso em: 17 maio 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. **III - Criação judicial do direito. Fundamentos e limites da atividade judicial como fase do processo de produção normativa. Métodos e princípios da interpretação constitucional. Limites da interpretação constitucional. Jurisdição constitucional: posição institucional, legitimidade e legitimação. Estado constitucional de Direito ou Estado judicial de Direito?** Material da 1ª aula da Disciplina Jurisprudência Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG.

HORTA, Raul Machado. **Curso de Direito Consitucional**, 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey,

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Controle de Constitucionalidade e a Reforma do Poder Judiciário: A Necessidade de Um Novo Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte. Centro de Atualização em Direito.

MEIRA, Liziane Angelotti. **Princípio do Federalismo e Competência Tributária**. Disponível em: <www.idp.org.br/download.php?arquivo=25y1gj4Oulwr.pdf>. Acesso em 28 mai. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de constitucionalidade do direito estadual e municipal na Constituição Federal . Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=122>>. Acesso em: 04 abr. 2008.

_____. **Constitucionalidade e inconstitucionalidade, defesa da constituição, tipos de inconstitucionalidade**. Material da 2ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG.

_____. **Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade**. Material da 3ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental.** In: MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, 28 ed. 7ª parte, p. 451-527. Material da 4ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.

_____. A representação interventiva. In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança.** 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 9ª parte, p. 603-637. Material da 4ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.

_____. **O controle incidental de normas no direito brasileiro.** In: MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, 28. ed. 8ª parte, p. 528-602. Material da 5ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.

_____. **Análise do direito comparado e nacional.** Material da 1ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL - IDP - REDE LFG.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite, **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional.** 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SEGADO, Francisco Fenández. **La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional.** Publicado em: Francisco Fernández Segado, La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de Los Sistemas de Justicia Constitucional. Direito Público. Porto Alegre, Síntese/IDP, n. 02, p. 55- 82. Material da 1ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. **As Competências legislativas e o STF.** Artigo publicado no jornal Carta Forense, de 19 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=197>> . Acesso em 27 mai. 2008.