

Prêmio "Oswaldo Aranha Bandeira de Mello"

*PARECER SOBRE A LEI MUNICIPAL Nº 11.341 de 12.02.93,
QUE DISPÕE SOBRE PEDIDOS INDENIZATÓRIOS
DECORRENTES DE DANOS CAUSADOS POR
ENCHENTES. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE
PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE.*

*Elaborado por Jorge Fonseca Osório, do Departamento
Judicial.*

Senhor Procurador Chefe

Em cumprimento ao solicitado pelo Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos (fls. 116) e Sra. Diretora deste Departamento (fls. 117), distribuído para este procurador por V. S^a, passo a análise da possibilidade da propositura de ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 11.341.

Conforme Mauro Capelletti "tem sido própria de todos os tempos a ânsia dos homens de criar ou descobrir uma hierarquia das leis e de garantia. É a própria ânsia ou um aspecto — de sair do continente, de "fazer parar o tempo", de vencer, o humano destino de perene transformação e de morte: as leis mudam, mas permanece a lei: permanecem os valores fundamentais. E se uma lei é injusta,

logo não é lei, porque viola aqueles valores eternos." (O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editora, pág. 11).

Na mesma obra, na pág. 129, doutrina Capelletti:

"Na garantia de uma superior legalidade, que o controle judicial da constitucionalidade das leis encontra sua razão de ser: e trata-se de uma garantia que, por muitos, já é considerada como um importante, senão necessário cerceamento do Estado de Direito e que, contraposta à concepção do estado absoluto, representa um dos valores mais preciosos do pensamento jurídico e político contemporâneo."

O eminente José Afonso da Silva preleciona:

"O Controle de constitucionalidade só se concebe desde a definição prévia da Constituição como lei suprema; política e cientificamente só é lícito sustentar a existência de uma justiça constitucional quando a Constituição se entende como realidade normativa e não como mera configuração nominal e semântica." (Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 60-61 106, janeiro -julho 83).

Dos ensinamentos destes autores, podemos concluir que o Estado de Direito, a Justiça, bem como todo o direito, tem por base a hierarquia das leis, sede em que se encontra a questão do controle de constitucionalidade das normas jurídicas.

A Constituição é o mais importante texto legal de um ordenamento jurídico, imperando os seus preceitos e prevalecendo-os sobre as demais leis de hierarquia inferior.

"Do contrário, aliás, seriam vãos, ilusórios, os direitos e garantias estabelecidos na Lei Maior do País.

Conseqüentemente, torna-se necessária a criação de mecanismos eficazes para conter o legislador ordinário e a Administração Pública, com a predominância das normas constitucionais. Até porque — deve ser complementado — se as demais leis e atos normativos do Poder Público não se conformarem com os preceitos da Carta

Magna, serão inconstitucionais.

Vislumbra-se, destarte, a inconstitucionalidade (inconstitucionalidade por ação) toda vez que lei ou ato normativo outro, emanado da autoridade pública, afronta texto constitucional expresso ou, até mesmo, preceito implícito contido na Constituição." (Rogério Lauria Tucci, *in* "Constituição de 1988 e Processo", Saraiva, 1989).

O controle da constitucionalidade, em nosso ordenamento jurídico, pode ser realizado por via de exceção ou por via de ação.

Ocorre o controle de constitucionalidade por via de exceção, quando a alegação de inconstitucionalidade apresenta-se como fundamento de defesa, a escusar o não cumprimento de ato inconstitucional, podendo qualquer Juiz ou Tribunal o reconhecimento da incompatibilidade do ato com a norma de grau superior que é a Constituição.

Por outro lado, temos o controle da constitucionalidade por via de ação, quando este é o próprio objeto do pedido desvinculado de qualquer lesão ao direito individual, ocorrendo pelo método de jurisdição concentrada, outorgando-se a um único órgão julgante o reconhecimento da inconstitucionalidade, por provocação de quem, constitucionalmente, detiver a titularidade da ação direta.

Interessa-nos aqui esta segunda hipótese, ou seja, o controle da constitucionalidade por via de ação, pondo fim à discussão sobre a inconstitucionalidade da lei nº 11.341, estabelecendo a certeza em um único julgado, que produzirá efeitos *erga omnes*.

A ação genérica apresenta como finalidade a de obter uma declaração de inconstitucionalidade de lei, em tese, para eliminar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical verificada entre a norma impugnada e a Constituição.

Contudo, a admissibilidade do controle da constitucionalidade da lei municipal em tese, tem ensejado amplo debate na jurisprudência e na doutrina. A controvérsia assumiu maior realce em face do silêncio da Carta Magna, que contemplou tão somente a representação do Chefe do Ministério Público Estadual para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual, bem como para prover à execução da lei (CF, art. 35, IV).

Verificando a existência de uma lacuna na Constituição Federal, a

Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo consagrou na Constituição de 1989 modalidade genérica de controle abstrato de constitucionalidade, cuja iniciativa ficou a cargo das pessoas enumeradas no art. 90 da Carta Paulista, *verbis*:

“São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito do seu interesse:

I - O Governador do Estado e a Mesa da Assembléia Legislativa;

II- O Prefeito e a Mesa da Câmara Municipal;

III- O Procurador Geral de Justiça;

IV- O Conselho da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil;

V- As entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando o seu interesse jurídico no caso;

VI- Os partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa, ou, em se tratando de leis ou atos normativos municipais, na respectiva Câmara.”

O art. 74, VI e XI da Constituição Estadual estabeleceu a competência do Tribunal de Justiça para julgar a representação de inconstitucionalidade.

Já na Constituição Paulista anterior o instituto do controle de constitucionalidade genérico ficou consagrado no art. 51, parágrafo único e somente veio a ter aplicação em 1977 com a propositura das Representações 261.929, que tinham por objeto a arguição de inconstitucionalidade, em face da Constituição Federal de leis dos Municípios de São Paulo e de Campinas.

Na apreciação das Representações o Procurador Geral de Justiça suscitou as preliminares de incompetência da Justiça Estadual e de ilegitimidade “ad causam” da Procuradoria Geral do Estado. E, no mérito, sustentou que:

“O ordenamento jurídico-constitucional positivo, no plano federal,

não concede aos Tribunais Superiores dos Estados-Membros a jurisdição censória de leis e outros atos normativos, mesmo municipais, abstratamente constatantes com as regras que o compõem, por isso não defere a qualquer autoridade local a pretensão de direito material constitucional ao exercício desse excepcional controle nem cogita do remédio jurídico-processual que conduza a esse resultado. Ao nível da Justiça Estadual, não há jurisdição especificamente preservadora da Constituição Federal, nem direito de ação para algum titular, nem ação direta para um eventual legitimado ativo."

A tese da aplicabilidade do sistema de controle genérico estabelecido no art. 51, parágrafo único da Constituição do Estado de São Paulo, foi defendida com base em estudos e pareceres de renomados juristas, como Ada Pellegrini Grinover, José Afonso da Silva, Dalmo Dallari, Celso Ribeiro Bastos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Galeno de Lacerda.

A doutrina que sustentava a compatibilidade do controle concentrado, no âmbito estadual, com a ordem constitucional federal enfatizava que a edição de norma de natureza material não reservada à competência da União, consubstancia um desdobramento dos princípios constitucionais com o necessário preenchimento de claros verificáveis na Carta Magna através do exercício da autonomia do constituinte estadual.

Nesse sentido, com a clareza que lhe é peculiar, Manoel Gonçalves Ferreira Filho expunha:

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

De modo algum, essa norma pode ser interpretada como excluindo a possibilidade de ação direta contra ato legislativo municipal em tese perante Tribunal Estadual. Reitere-se, dispõe tão-somente que esse

caso não pertence aos de competência originária do Supremo Tribunal Federal. E não é difícil determinar por quê. O Supremo Tribunal Federal não é apenas um tribunal constitucional. Não tem de absorver *ab initio* todas as questões de constitucionalidade. Só as mais relevantes, e neste rol não estão as levantadas por legislação municipal.

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

Por seu turno, conclui José Afonso da Silva:

"Trata-se de assunto de inteira competência estadual, que integra o princípio da autonomia federativa, e é de tal ordem que se poderá dizer inexistir federação onde ela porventura seja tolhida. Por isso é que nos parece incompreensível, data venia, as dúvidas de parte da doutrina em relação ao vigente art. 51, parágrafo único, da Constituição Paulista, que exatamente alberga o princípio da autonomia e defesa acima apontadas. Mais estranhável ainda é recusar legitimidade ao texto, sob a alegação de falta de formas processuais e outros meios para a sua atuação. Ora, isso há subordinação dos fins aos meios, o que em matéria constitucional, mais do que em qualquer outro ramo é inadmissível. É um direito autônomo dos Estados-membros de uma federação, com base na sua capacidade de auto-organização (entre nós, art. 13 da Constituição Federal vigente), estruturar os meios, inclusive processuais, perante os órgãos de seu Poder Judiciário, visando à defesa de sua Constituição. Esse direito decorre do princípio maior do federalismo, e não pode ser tolhido por simples norma de competência atribuída à União. Para a efetividade desse direito estadual, não seria sequer necessário existir modelo na Constituição Federal que devesse ser seguido. Esse não é um direito

vinculado a regras menores da Constituição Federal. Veremos, no entanto, que no Brasil, a Constituição Federal, não apenas não o veda como até fornece-lhe as bases necessárias.”

A problemática residia basicamente, no princípio da autonomia dos entes federados, estando a questão subordinada à capacidade de auto-organização do Estado e dos Municípios.

O Município recebeu com a Constituição de 1988 autonomia qualificada, que o fortaleceu consideravelmente, alterando a sua posição na Federação, sendo componente da estrutura federativa, conforme se observa dos artigos 1º e 18 da Constituição Federal. O Município é entidade estatal integrante da Federação, como entidade político-administrativa, dotada de autonomia política, administrativa e financeira, com capacidade de auto-organização, o que carecia no sistema constitucional revogado, por força do art. 29, que prescreve que ele se regerá por lei orgânica própria.

Deve-se observar contudo, que o Município é parte do sistema federativo, tendo de ser com ele compatível.

Verificando ainda a Jurisprudência, constatamos que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao acolher a Representação de Inconstitucionalidade 261.928, assentou que a matéria envolvia, basicamente, matéria atinente ao Direito Constitucional Estadual, afigurando-se, assim, legítima a norma constitucional que outorgava à Corte de Justiça a competência genérica para julgar a representação de inconstitucionalidade de Lei Municipal. É o que se constata na seguinte passagem do voto proferido pelo eminente Relator, Desembargador Xavier Homrich, *verbis*:

“(...) A própria Constituição Federal não deixa qualquer dúvida sobre a competência dos Tribunais de Justiça para conhecer e julgar as ações diretas genéricas para declarar a inconstitucionalidade de leis municipais. O art. 116, com a redação da Emenda 7, de 13.4.77, estabelece que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 144, V), poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. 'Aí está o fulcro dessa competência, como salienta o erudito parecer do Prof. José Afonso da Silva (p. 110). Prefeciona Lúcio Bittencourt, na observação do referido mestre,

que esse preceito constitucional, em si mesmo, não é uma norma de funcionamento nem uma regra de competência; estabelece, apenas uma condição de eficácia (ibidem). Mas é evidente que, ao menos implicitamente define a competência dos Tribunais para o exercício do controle de constitucionalidade ou através de recurso, na hipótese de via de exceção, ou por via de ação direta quando prevista sua competência originária."

Conclui-se, consoante ensina a Prof^ª. Ada Pellegrini Grinover, que a Constituição Federal Anterior prevê a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual ou federal, em confronto com a Constituição Federal (arts. 119, I, "I" e 11, §1º, "e"); bem como a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, frente a Constituição Estadual, para o fim de intervenção (art. 15, § 3º, "d"). Não cuida a Constituição Federal, entretanto, de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual frente à Constituição Estadual; nem a de lei ou ato municipal, frente à Constituição Federal ou Estadual: este último caso só é regulado para efeitos interventivos. (in Ação Direta de Controle da Constitucionalidade de Leis Municipais em Tese, p. 47).

Assim, a Constituição do Estado de São Paulo podia editar suas próprias normas sobre a ação direta de inconstitucionalidade, desde que circunscritas aos princípios gerais enumerados na Lei Maior, estabelecendo ao lado da titularidade da ação a competência funcional para seu conhecimento e julgamento. Fiel a tais diretrizes, estabeleceu que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente as representações sobre inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais.

Anteriormente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul havia admitido que, não obstante a omissão da Carta Estadual, dispunha aquela Corte de Justiça de competência para conhecer de arguição de inconstitucionalidade em tese, formulada pelo Procurador Geral de Justiça. Nesse sentido, pronunciou-se o relator da Representação 19.522, eminente Des. Emílio Gischohow, *verbis*:

"Adoto a linha de raciocínio do eminente Procurador. Apenas estou fazendo uma inversão porque me parece que o art. 15 da CF, assim como o art. 150 da Constituição Estadual concedem suporte evidente para caracterizar de forma expressa a competência dos Tribunais Estaduais para o controle da constitucionalidade das leis municipais. O art. 200 da CF, que foi salientado pelo Dr. Procurador quando

emitiu seu parecer dispõe: As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao Direito Constitucional legislado dos Estados. E é princípio fundamental do sistema constitucional brasileiro que os Estados não de reger-se pelos mesmos princípios estabelecidos na Constituição Federal. O raciocínio exposto pelo Procurador consiste em que, competindo ao Pretório Excelso, o mais alto Tribunal da República, o conhecimento e julgamento da inconstitucionalidade da lei em tese, também esses dispositivos tem sua incidência em relação aos Tribunais Estaduais no que se refere à legislação municipal. E isso porque o art. 15, embora referindo-se à intervenção, deixa de forma também expressa, bem nítida a competência do Tribunal de Justiça.

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

O STF apreciou a questão, inicialmente no RE 91.740-RS (Rel. Min. Xavier de Albuquerque). Em verdade, não se suscitava, no v. aresto recorrido, qualquer dúvida quanto ao cabimento ou não do controle *in abstrato* de forma municipal em face da Constituição Federal. E, por isso, o eminente Min. Xavier de Albuquerque se absteve, inicialmente, de examinar o tema, limitando-se, apenas, a externar uma advertência, como se pode ler na seguinte passagem de seu voto:

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

Ora, tal representação, destinada à arguição, tem tese de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, fundada em contrariedade a preceitos da Constituição Federal, tal representação, repito, não está autorizada pelo nosso sistema constitucional e processual. E cumpria, como é óbvio que estivesse, à vista do caráter

excepcional da representação de inconstitucionalidade, que é instrumento singularíssimo de controle *in abstracto* da constitucionalidade das leis.

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

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

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

Em casos análogos — não de representações, mas de mandados de segurança patentemente idôneos, mas conhecidos e denegados pelo mérito — tenho entendido que a atitude das instâncias locais não pode vincular o Supremo Tribunal, nem constrangê-lo a consentir, a pretexto que só do mérito se pode ocupar, no uso de ação ou medida processual que tenha por imprópria e inadequada.

(...)

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

O Min. Moreira Alves considerou que, como o recurso extraordinário fora interposto ao abrigo da alínea “c” do permissivo constitucional (CF, art. 119, III, c), que devolvia ao Tribunal “o exame pleno da questão constitucional em causa”, caberia examinar, de ofício, se estavam presentes as condições da ação (CPC, art. 267 § 3º). E, após, essa consideração preliminar, houve por bem, dar

provimento ao apelo, pelos seguintes fundamentos:

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

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

Por isso mesmo, o controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o *incidentaliter tantum*), é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, como consectário, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado. Não há o que se falar, portanto, nesse terreno, de omissão da Constituição Federal que possa ser preenchida — principalmente quando se trata, como no caso, de modo de controle para a preservação da obediência dela — por norma supletiva de Constituição Estadual. Se nem o Supremo Tribunal

Federal pode julgar da constitucionalidade, ou não, em tese, de lei ou ato normativo municipal diante da Constituição Federal, como admitir-se que as Constituições Estaduais, sob pretexto de omissão daquela, dêem esse poder, de natureza, como disse, eminentemente política, aos Tribunais de Justiça locais, e, portanto, ao próprio Supremo Tribunal Federal, por via indireta, em grau de recurso extraordinário?

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

Essa questão voltou a ser examinada pela Excelsa Corte no RE 92.169, interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão do TJSP, que, julgando representação da Procuradoria Geral do Estado, declarou a inconstitucionalidade de lei do município da Capital. O STF manteve a orientação anteriormente esposada, afirmando a incompatibilidade com o ordenamento constitucional brasileiro da extensão do controle de constitucionalidade em tese.

Todavia, no RE 92.169, acima referido, suscitou-se, interessante controvérsia sobre a possibilidade de se proceder ao controle de constitucionalidade de leis municipais, mediante representação do Procurador Geral da República ao Supremo Tribunal Federal. O eminente Min. Cunha Peixoto vislumbrou a existência de uma lacuna na disposição contida no art. 119, I, "I", da Constituição, por não se referir a lei municipal. Convém registrar, a propósito algumas passagens de seu voto, *verbis*:

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

A expressão literal da norma constitucional pelo método concentrado (art. 119, I, "I") e, sem dúvida, lacunosa, ao omitir referência à lei ou ato normativo municipal.

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

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

(...)

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

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

(...) acolhendo esta tese — de ser o Supremo Tribunal Federal competente para propor ação direta, examinar a constitucionalidade ou não de lei municipal em face da Constituição Federal — escreveu Frederico Marques: "A omissão do mandamento constitucional, que só menciona lei federal ou estadual (e ato normativo federal e estadual) não impede que se estenda ao âmbito do município, o que ali está escrito, pois, *a fortiori* há de poder-se a lei ou ato normativo municipal que vulnera a Constituição da República" (Reforma do Poder Judiciário, vol 1º, p. 316, nº 175).

A titularidade para a arguição de inconstitucionalidade da lei ou ato

normativo por ação direta é do Procurador Geral da República.

O Min. Rafael Mayer também manifestou-se no mesmo sentido:

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

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

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

A proposição formulada não mereceu, então, maiores desenvolvimentos. Todavia o Procurador Geral da República, Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence, ofereceu representação de inconstitucionalidade contra a Resolução 267, de 20.1.83, editada pela Câmara Municipal de Aracruz - ES, que introduziu a alteração no Regimento Interno da Câmara Municipal, estabelecendo que, em caso de empate, seria eleito o mais idoso. Na oportunidade, ressaltou-se que a representação envolvia, já quanto à preliminar de sua admissibilidade, já no que toca ao mérito da arguição de inconstitucionalidade suscitada, questões relevantes sobre as quais parece conveniente e oportuno ao representante provocar a decisão da Alta Corte.”

Destacou a Procuradoria Geral da República, na sua representação, que, não obstante o entendimento do Excelso Pretório no sentido da invalidez das normas das Constituições Estaduais que atribuem aos Tribunais locais o controle, por ação direta, da constitucionalidade de leis municipais e, a respeito da

expressão literal do art. 119, I, "I", da Constituição, que limita o objeto da representação por inconstitucionalidade do Procurador Geral da República, perante o STF, o "ato normativo federal ou estadual", existiriam valiosos pronunciamentos que consideravam as normas municipais subentendidas na menção aos atos normativos estaduais.

Contudo, para a análise desta controvérsia, afigura-se indispensável breve consideração sobre o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro.

Como ressaltado, embora o constituinte tenha buscado inspiração no Direito norte-americano, a evolução do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro assumiu características próprias. O Dec. 510, de 22.06.1890, instituiu o recurso para o STF, da decisão da Justiça do Estado, em última instância "quando se constatar a validade de leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos ou essas leis impugnadas" (art. 58, § 1º, "b").

Posteriormente, o Dec. 848, de 11.10.1890, instituiu, de forma expressa, o sistema de controle por via de exceção, estabelecendo que, "na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a Magistratura Federal só intervirá, em espécie e por provocação da parte". Tal orientação foi mantida pela Carta Magna de 1891 (arts. 59, § 1º, e 60). A Lei 221, de 10. 11. 1894, veio completar o sistema difuso do controle de constitucionalidade, fixando no art. 13, § 1º, que "os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição".

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

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

E foi com a Constituição de 1934 que se introduziu, entre nós, ainda que de forma incipiente, o controle de constitucionalidade por via de ação, atribuindo-se ao Procurador Geral da República a legitimidade para provocar o exame do STF sobre constitucionalidade da lei declaratória de intervenção, no caso de violação

dos chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 12, § 2º, c/c art. 7º, I, "a" a "h").

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

E a EC 16, de 26.11.63, introduziu, dentre as atribuições do STF, a competência para processar e julgar originariamente a representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (Constituição Federal de 1946, art. 101, I, "k"). Assim, procedeu-se à extensão do controle direto de constitucionalidade às leis federais, desvinculando o exercício de ação de inconstitucionalidade do processo interventivo.

Passou-se a adotar, assim, no Direito Constitucional Brasileiro, ao lado do amplo controle difuso, o julgamento da constitucionalidade da norma federal ou estadual, em tese, sem outra finalidade que não a de preservar o ordenamento jurídico de intromissão de leis com eles incompatíveis.

A Exposição de Motivos do Projeto de Emenda subscrita pelo Ministro da Justiça dedicou o seguinte trecho ao novo instituto, ora transcrito:

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

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

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

“A “representação”, limitada em sua “iniciativa”, tem o mérito de facultar desde logo a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres. Afeiçoa-se, no rito, às representações de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados dos princípios que integram a lista do inc. VII do art. 7º de algum modo a inovação, estendendo a vigilância às leis federais em tese, completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos”. (Diário do Congresso Nacional de 5.11.65, p. 9297)

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

“(…) a lei poderá estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado.”

A Constituição de 1967 reproduziu as disposições da Carta Magna de 1946 pertinentes ao controle de constitucionalidade, omitindo, porém o dispositivo que permitia a disciplina do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça do Estado para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato dos municípios que contrariassem a Constituição Estadual. Com a EC 1/69, foi introduzida a representação interventiva da lei municipal (art. 15, § 3º, “d”).

Já a Constituição Federal de 1988 manteve a mesma linha da Carta anterior, sendo plenamente aplicáveis os princípios da doutrina e jurisprudência anterior.

Há, ainda de se indagar se o silêncio da Constituição Federal acerca da inconstitucionalidade da lei municipal face a ela, configuraria lacuna.

Inicialmente, há de se observar que a moderna doutrina costuma distinguir as lacunas da lei em dois tipos básicos. As chamadas lacunas autênticas *de lege*

lata, ou lacunas de formação dizem respeito à própria formulação de norma legal afetando a sua inteligência, tornando-a contraditória ou incompleta. Por seu turno, as lacunas inautênticas, *de lege ferenda* ou lacuna axiológica ou de valoração, não envolvem propriamente uma contradição do Texto Legal, decorrendo da própria "instituição jurídica" ou do próprio "sentimento jurídico" (Rechtsgefühl).

("Eine formulierungslücke liegt also dann vor, wenn das Gesetz schon seinem Wortlaut nach keine komplette verhaltensrichtlinie gibt"; "Von Wertungslücken sprechen wir dort, wo eine Rechtsnorm zwar ihrem Wortlaut nach ohne Ergänzung widerspruchsfrei anwendbar wäre, aber nach dem Rechtsgefühl einer Ergänzung bedarf").

Também com relação aos textos constitucionais costuma-se proceder à distinção entre lacunas inautênticas (**wirkliche un vermeintliche Verfassungslücke**). E, entre lacunas autênticas, a doutrina logra distinguir a chamada lacuna aberta ou patente (**offene Lucke**), da lacuna oculta (**verborgene oder verdeckte Lucke**).

Configura-se uma lacuna patente (**offene Lucke**) quando a lei não contém disposição relativa a um grupo de casos, embora, conforme sua teologia, devesse estabelecer tal regra. Da mesma forma, cuida-se de uma lacuna oculta (**verborgene Lucke**) quando a lei não contém uma restrição que se afigura imanente à regra estabelecida. Outros autores, como Loewenstien e Maunz, identificam uma lacuna constitucional oculta "quando en el momento de crear la constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular noemativamente una situación determinada".

Cumprе ressaltar que a lacuna latente constitui, não raras vezes, expediente técnico utilizado pelo legislador ou pelo constituinte. Nesse caso, há uma abstenção consciente permitindo que eventual solução seja encontrada no âmbito da doutrina e da jurisprudência, ou, mesmo da legislação.

Por outro lado, a doutrina registra a caracterização do chamado "silêncio eloqüente". Nesse caso, a aparente omissão do legislador tem especial significado, traduzindo, em geral a vontade de não facultar a instituição de determinados regimes ou sistemas, ou de

vedar a adoção de determinadas práticas.

E, é nesse contexto que Larenz assevera com razão, que a "lacuna e o silêncio da lei não são simplesmente a mesma coisa" (**Lucke und Schweigen des Gesezes sind also nicht einfach dasselbe**).

O próprio desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil parece demonstrar que a norma contida no art. 119, I, "l", da Constituição, vigente, não parece conter lacuna patente ou oculta.

Tanto é assim, que, na EC 16/65, houve por bem o constituinte diferenciar o controle de constitucionalidade das leis estaduais e federais, daquele relativo às leis municipais (Constituição Federal de 1946, com EC 16/65, arts. 101, I, "k", e art. 124, XIII).

E a disposição contida no art. 15, § 3º, "d", da Constituição de 1967 com a EC 1/69, que atribuiu ao Tribunal de Justiça a competência para conhecer da representação interventiva proposta pelo Chefe do Ministério Público local, ressalta, de forma nítida, tal entendimento.

Tendo em vista a amplitude do controle direto de constitucionalidade de Lei estadual e federal, poder-se-ia vislumbrar, na ausência de mecanismo de controle direto de constitucionalidade da lei municipal, uma lacuna de ordem axiológica ou de *lege ferenda*, tal afirmado no preclaro voto proferido pelo Min. Cunha Peixoto.

Assim dever-se-ia indagar sobre a legitimidade da ampliação, por via interpretativa, das excepcionais tarefas políticas outorgadas pelo constituinte ao Procurador Geral da República e ao Supremo Tribunal Federal.

É evidente que a interpretação há de estar vinculada ao texto da lei. E, no tocante à hermenêutica constitucional, não parece haver dúvida quanto a necessária observância da sistemática de distribuição de funções, sendo vedado ao intérprete alterar os mecanismos inerentes à distribuição de poderes. Tem-se aqui o princípio que a doutrina constitucional alemã denomina "correção ou exatidão funcional" (**funktionelle Richtigkeit**).

Por outro lado, é de acentuar-se que os limites da hermenêutica

constitucional admitem a interpretação construtiva ou evolutiva (**Vergassungswandel**), mas excluem, terminantemente, tanto a possibilidade de violação do Texto Constitucional, através de um afastamento ou desvio, quanto a hipótese de sua modificação, pela via interpretativa (**Verfassungsänderung durch Interpretation**). Daí ressaltar Hesse que, quando o intérprete se desvincula do Texto Constitucional, deixa ele de exercer atividade interpretativa, provocando alteração ou violação da norma, o que lhe é vedado (**Wo der Interpret sich über die Verfassung hinwegsetzt, interpretiert er nicht mehr, sondern er ändert oder durchbricht die Verfassung. Biides ist ihm durch das gettende Recht verwhrt**).

Ora, a síntese da evolução histórica de nosso modelo de controle de constitucionalidade está a demonstrar que o constituinte pretendeu distinguir o sistema de controle, atinente às leis estaduais e federais, daquele aplicável às leis municipais. E a introdução da representação interventiva, na esfera estadual, longe de autorizar uma interpretação ampliada do disposto no art. 119, I, "I", da Constituição, parece traduzir, de forma inequívoca, o intento restritivo do legislador constituinte. É que a representação interventiva não caracteriza o modelo de controle abstrato de normas, constituindo mecanismo singular de composição de conflito de interesses entre a União e Estado (C.F. arts. 11, § 1º, "c", c/c 10, VI, 1ª parte e VII), ou entre a unidade federada e o ente comum (25, § 3º, "d", C.F.). Assim, não há como afirmar a competência do STF para conhecer de ação direta de inconstitucionalidade, de lei municipal, sem proporcionar a ampliação de monumental poder político que lhe defere, expressamente, a Carta Magna. Em última instância, tal extensão de competência resultaria na própria alteração da norma constitucional, com a conseqüente modificação da sistemática da divisão de poderes.

A aparente omissão contida no art. 119, I, "I", da Constituição, antes de caracterizar uma lacuna, configura, em verdade, um "silêncio eloqüente" (**beredte Schweigen**). O silêncio do legislador constituinte há de ser entendido, nesse aspecto, como expressa vontade de restringir o controle de constitucionalidade abstrato do modelo explicitamente definido no Texto Magno." (Gilmar Ferreira Mendes, *in* "Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais em Tese",

RDP nº 90, p. 138-150).

A par destas considerações, temos de analisar a possibilidade de criação na esfera estadual de uma jurisdição constitucional.

Para tal é necessário que seja reconhecido aos Estados Federados o poder de instituir órgãos para a defesa da Constituição.

Nesse sentido, temos os ensinamentos de Ernest Friesenhahn, in RDP 90/146:

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

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

Ainda, sobre o tema o ilustre Procurador da República, Gilmar Ferreira Mendes, no trabalho supra citado, expressa:

"Tal peculiaridade legitima a conclusão de Pestalozza, segundo a qual a existência das jurisdições estaduais e federal outorga ao lesado uma dupla proteção, seja quando o ato se afigure incompatível com disposições federais e estaduais materialmente diversas, seja quando malfira preceitos concordantes da Constituição Federal ou da Carta Estadual.

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

da concorrência de jurisdições constitucionais.

Assim, uma lei estadual pode ser compatível com a Lei Maior e incompatível com a Carta estadual. Daí abster-se o **Bundesverfassungsgericht** de se pronunciar sobre a validade da lei estadual, limitando-se a declarar a sua compatibilidade com a Lei fundamental ou com o direito federal. E às objeções quanto à inexistência de objeto no controle de constitucionalidade em face da Lei Fundamental, no caso de inconstitucionalidade diante da carta estadual responde Friesenhahn, com proficiência: "Tal restrição não leva em conta o Direito constitucional, há de se distinguir o juízo de validade da norma, e a competência para apreciar essa validade ou declarar a invalidade." (Dieser Einwand übersieht, dass im Verfassungsrecht zu unterscheiden ist, ob materiell eine Norm ungültig ist und wer befugt ist die Gültigkeit zu prüfen und die Ungültigkeit geltend zu machen).

(...)

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

O **Bundesverfassungsgericht** firmou entendimento no sentido de que a adoção pela Constituição estadual de normas com conteúdo idêntico a preceitos constitucionais federais, dilarga a dúplice garantia jurisdicional, permitindo que as reclamações constitucionais e o controle de normas possam ser instaurados perante o Tribunal Constitucional estadual, nos termos da Constituição Estadual, ou perante a Corte Constitucional Federal, tendo por parâmetro a Lei fundamental. E, em caso de dissídio jurisdicional específico entre o

Bundesverfassungsgericht e um **Landesverfassungsgericht**, há de prevalecer a orientação consolidada pelo órgão federal.

Vê-se, assim, que dado o caráter vinculativo e a índole genérica inerentes ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, a possibilidade de coexistência entre jurisdições constitucionais federal e estadual, em uma ordem federativa, exige, igualmente, a definição de "parâmetros de controle" (**Kontrollmasstabe**) autônomos e diferenciados. Do contrário o exercício do controle de constitucionalidade por Tribunal federal e estadual com base em um mesmo "parâmetro de controle" acabaria por ensejar a vinculação da corte Federal julgada proferido pelo órgão estadual, tal como apontado pelo Ministro Moreira Alves."

A par destas considerações, cabe por fim verificar como estão sendo julgados os pedidos de inconstitucionalidade de lei municipal, pelos nossos Tribunais, após a promulgação da atual Constituição Federal e da Nova Carta Paulista.

Em decisão estampada na RT 680/80, observamos que o Tribunal de Justiça de São Paulo, vem acolhendo a competência para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal e da Constituição Paulista. Esse V. Acórdão expressa:

"LEI MUNICIPAL - Determinação quanto a uso especial de público - Fixação, ainda, sobre a instalação e execução de serviços de lanchonete, restaurante e refeitório - Competência do Prefeito - Caracterização de usurpação de poder - Lei nº 3.541 do Município de São Bernardo do Campo declarada inconstitucional.

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos de ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 3.414, de 05 de dezembro de 1989 do Município de São Bernardo do Campo 12.325-0, da comarca de São Paulo, em que é requerente o Prefeito do Município de São Bernardo do Campo e requerida a Câmara do Município de São Bernardo do Campo: Acordam, em Sessão Plenária do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, adotando o relatório de fls., repelir a preliminar e julgar procedente a ação como consignada no acórdão.

(...)

Em conseqüência, acolhe-se a ação, para declarar inconstitucional a Lei Municipal nº 3.541, de 06.08.90, do Município de São Bernardo do Campo, oficiando-se a Câmara Municipal de São Bernardo do Campo, dando-lhe conhecimento desta decisão, como de direito."

Entretanto, essa competência do Tribunal de Justiça, que está de acordo com a Constituição Paulista, não vem sendo confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A título ilustrativo transcrevo o seguinte acórdão dessa Egrégia Corte:

"LEI - Representação de inconstitucionalidade - Lei municipal em tese - Propositura pelo Procurador Geral da Justiça perante o Tribunal de Justiça Estadual - Fato que não justifica o ajuizamento de reclamação ao STF, posto não verificada qualquer das hipóteses do art. 156 do RISTF, ou seja, desrespeito a competência ou autoridade do julgador do Supremo - Ilegitimidade "ad causam", ademais, de quem não figura como parte no processo para ajuizamento da reclamação - Não conhecimento desta.

(...)

Aliás, causam estranheza essas renovadas tentativas no sentido de fazer prevalecer uma competência que o STF jamais reconheceu, nas inúmeras ocasiões em que teve de apreciar a matéria, saliente-se nesse ponto, que o TJRS talvez seja o único que ainda à completa uniformização da jurisprudência do STF no tocante a matéria, do que, por óbvio, se vale o Procurador Geral da Justiça deste Estado, reiteradamente intentando pedidos dessa natureza, a maioria dos quais, por envolver municípios do interior, nem sequer chegam ao exame da Corte Suprema, com notório prejuízo às partes interessadas.

(...)

Não menos verdadeiro é o fato de que sob a égide da atual Constituição Federal, o STF, em momento algum, acatou esse posicionamento nos Tribunais estaduais. E nem poderia ser diferente porquanto não há interpretação sistemática da Carta Magna capaz

de retirar daquela Corte Superior a função exclusiva de resguardá-la às agressões aos seus princípios e às suas normas. Até porque esse é um dos pilares sobre o qual se sustenta o sistema federativo.

Cite-se, para ilustrar, a controvérsia instalada em torno do art. 51 da Constituição do Estado de São Paulo, já pacificada pela decisão unânime do STF, sempre que apreciou aquele dispositivo, dito legal, ocasiões em que o considerou flagrantemente inconstitucional."

Outra decisão estampa:

"Competência — Controle concentrado de constitucionalidade - Exclusividade deferida à Suprema Corte em sua composição plenária - Controle prévio do relator - Requisitos prévios e exame dos pressupostos processuais e condições da própria ação direta - Controle recursal "a posteriori" dos atos decisórios do relator - Aplicação do princípio de reserva do Plenário - Inteligência dos arts. 97 da CF e 5º, VII e 173 do Regimento Interno (STF)." (RT 683/200)

Perante o aqui exposto, podemos concluir que a hierarquia das leis é princípio do nosso ordenamento jurídico, sendo a Constituição Federal o texto legal situado em seu ápice.

O controle dessa hierarquia é fundamental, pois caso contrário inexistiriam os próprios direitos e princípios do nosso ordenamento.

É justamente para resguardar os princípios de nosso sistema e eliminar a incompatibilidade vertical que existe a ação direta de inconstitucionalidade.

A ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal tem propiciado amplo debate na doutrina e na jurisprudência, a respeito da competência de órgão do julgador e por conseqüência a capacidade postulatória para a propositura.

Pelas razões doutrinárias expostas acima e pelo art. 74 da Constituição Paulista, não há razão para se considerar incompetente o Tribunal de Justiça de São Paulo.

A omissão da Constituição Federal, antes de se considerar uma lacuna configuraria "um silêncio eloqüente", com a intenção de se reservar a competência do Supremo Tribunal Federal ao controle da constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais.

A Constituição Federal, contudo, admite o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal frente à Carta Paulista, conforme estipulado no § 2º de seu art. 125. Entretanto, esse controle só é admissível se houver relação de hierarquia entre a Constituição Estadual e as normas municipais.

Tratando-se de Lei do Município de São Paulo, a Constituição Estadual delega competência ao Tribunal de Justiça para apreciação da sua constitucionalidade.

É perfeitamente lícito a coexistência de jurisdição constitucional federal e estadual.

Diante do conflito entre a Lei Municipal e a Constituição Federal e Estadual, nada impede que mediante representação requeira-se a propositura da ação direta de inconstitucionalidade diante do Tribunal de Justiça.

Cabe ressaltar, que a propositura perante esse Tribunal seria mais conveniente tendo em vista os seus julgamentos que acolhem a competência.

Contudo, tendo em vista a jurisprudência do S.T.F., seria conveniente que a propositura da ação fosse fundamentada em dispositivos da Constituição Paulista.

Com a propositura desta ação, o Exmo. Sr. Prefeito Municipal não deixará de cumprir a providência para efetivação da Lei Municipal, o que impedirá o oferecimento de denúncia contra a sua pessoa, pela prática de conduta tipificada no art 1º, XIV do Decreto Lei 201/67.

Entretanto, a fim de ser suspensa a instauração de processo criminal em face do Sr. Prefeito, seria recomendável após o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, seja impetrado Habeas Corpus preventivo até que o Poder Judiciário aprecie as medidas judiciais promovidas.

O pedido de representação de inconstitucionalidade, conforme exposto nas fls. 39 deste P.A., deve ser oferecido ao Exmo. Sr. Prefeito, pelo Sr. Procurador Geral do Município, na forma disposta no art. 7º, inciso X, do Decreto Municipal nº 27.321/88, em consonância com as competências estabelecidas no art. 90, incisos II e III, da Constituição do Estado de São Paulo, com base na previsão contida no § 2º do art. 125 da Constituição Federal e no art. 74, inc. VI, da Carta Paulista, por manifesta violação de dispositivos constitucionais,

comportando, ainda, pedido de suspensão de liminar de eficácia da aludida lei municipal até o julgamento final da ação de inconstitucionalidade.

Deixamos de apontar os dispositivos inconstitucionais da Lei Municipal nº 11.341, neste momento, por já terem sido apreciados anteriormente.

Esperando ter cumprido a determinação da Administração Superior, e esclarecendo o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, encaminho o presente para apreciação.

Vossa Senhoria, contudo, melhor saberá apreciar.

São Paulo, 13 de maio de 1993.

JORGE DA FONSECA OSÓRIO

Procurador Municipal