

A utilização da ADPF como meio de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo municipal ante a Constituição Federal

Carla Pimenta Leite

Professora de Direito Administrativo e Direito Processual Constitucional
pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Resumo: Apresenta-se uma síntese sobre a origem dos Municípios, e a problemática referente à competência para decidir sobre o controle da constitucionalidade de lei municipal, caso haja divergência frente às determinações da Constituição do Estado ou da Constituição Federal, e ainda, à possibilidade jurídica da solução dada pelo legislador, através da utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF, como solução para a falta de previsão constitucional de controle concentrado de lei municipal pelo STF, em virtude da elaboração do texto do artigo 102, I, “a” da Carta Magna.

Palavras-chave: STF, Adin, Município, ADPF.

Introdução

A pesquisa analisou a legislação constitucional referente ao controle de constitucionalidade de normas, de competência do Supremo Tribunal Federal, constatando a exclusão das normas municipais diante dos limites impostos pelo art. 102, I, “a” da Carta Magna, e a criação da ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei 9.882/99, que tem sido utilizada para suprir a referida falha do legislador originário. Avalia-se se há possibilidade de utilização da referida ação como meio de suprir a necessidade em solucionar divergências entre ato normativo municipal e norma constitucional, através do controle concentrado.

1. Origem do município

Até 1822, o Município funcionava como meio para penetração do território da colônia brasileira, servindo como afirmação da Coroa portuguesa, em virtude do vasto território da colônia com baixa densidade demográfica.

Aqui encontravam-se fazendas de produção agropecuária e plantações de cana-de-açúcar e de café, que se constituíam em centros de vida diária de um povo simples que se fixava nestes lugares¹.

Nesse contexto, o Município representava uma congregação de pequenas sociedades, com um centro comercial, a Câmara, que era a sede do Governo municipal. Assim, ao contrário do que ocorreu na Europa, a base do Município brasileiro não foi a cidade, mas a propriedade rural, surgindo o sistema social das fazendas caracterizado por estruturas feudais autoritárias bem diferentes da vida política e social dos Municípios europeus. A importância dos centros de poder municipal foi reconhecida pelo Imperador D. Pedro I, que concedeu às Câmaras Municipais o poder de aprovar o texto da Carta Magna de 1824, com o intuito de dar-lhe maior legitimidade política.

Até os anos 30 do século XX, o municipalismo brasileiro representava uma briga pelo poder entre as oligarquias do centro e das diferentes regiões do país. Na elaboração da Constituição de 1934, faltava efetivação prática da autonomia municipal por parte dos estados, e ocorriam divergências sobre as medidas jurídicas que se faziam necessárias para fomentar a independência das entidades locais.²

Na Constituição Federal de 1967, foi rejeitada a proposta de

¹ BRASILEIRO, Ana Maria. **O município como sistema político**. Rio de Janeiro: GB, 1973, p.04.

² ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. São Paulo: Atlas, 2002.

qualificar os Municípios como meras subdivisões dos Estados Federados, por contrariar o desenvolvimento constitucional, característico da autonomia municipal no Brasil. Até que o artigo 18 da Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, elevou oficialmente o Município a ente da União, apesar da Carta Magna estabelecer um grande ônus econômico com novas tarefas para os Municípios sem garantir-lhes as respectivas receitas, ficando na dependência do repasse dos demais entes.

Além desse fato, José Afonso da Silva, lembra que, sendo sua intervenção uma competência estatal, restaria comprovada serem estes uma divisão político-administrativa dos Estados e não da União.³

2. Controle de constitucionalidade brasileiro

A Emenda Constitucional nº 3/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade, cuja decisão é proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mas não é passível de aplicação ao campo da jurisdição municipal, em virtude da falta de previsão constitucional.

2.1 Controle da constitucionalidade de lei municipal frente a Constituição do Estado

As normas da Constituição Estadual podem refletir uma repetição de dispositivos constitucionais federais decorrentes da imposição de preceitos obrigatórios ou facultativos, ou seja, normas da Carta Magna também conhecidas como “norma de imitação”, e traduzem a adesão voluntária do constituinte estadual a determinada disposição constitucional.

Dessa forma a questão da divergência entre lei municipal e a Constituição Estadual deverá ser analisada sob duas óticas: a primeira, em virtude da competência dos tribunais estaduais e do STF para julgar as decisões proferidas no controle difuso e no

³ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2003, p.473.

controle concentrado; e a segunda deverá conter como pressuposto a verificação se a norma estadual é de reprodução facultativa ou obrigatória de dispositivo da Constituição Federal.

Em relação as normas de reprodução obrigatória, embora a Súmula 280 do STF diga o contrário, a jurisprudência decidiu⁴ que se admita recurso extraordinário contra decisão que julgue lei ou ato municipal contestado diante a Constituição Estadual.

No confronto entre ato municipal e norma estadual de reprodução facultativa, o embate resolve-se em caráter definitivo no Tribunal de Justiça, quer pelo meio difuso, quer pelo meio concentrado, não se admitindo recurso extraordinário, o que pode ocorrer o inconveniente de existirem decisões estaduais cuja interpretação comporte excessiva variedade entre os estados da Federação.

Há que se considerar, ainda, a possibilidade de confronto entre ato municipal e a CF sem ofensa à Constituição Estadual, no qual o processo de controle difuso, pela via de exceção, se resolve em última instância no STF, através do Recurso Extraordinário.

2.2 Controle de constitucionalidade de lei municipal ante a Constituição Federal

No controle de constitucionalidade por meio difuso quando houver divergência entre lei municipal e a Constituição Federal, as decisões dos tribunais inferiores poderão ser revistas pelo Supremo Tribunal Federal, através de recurso extraordinário, de acordo com o art. 102, inciso III, alínea “c” da CF.

Entretanto, o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal diante da Carta Magna não será de competência do

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão proferida pelo Tribunal Pleno do STF, na Reclamação n. 2076, tendo como Relator, o Ministro Ilmar Galvão, Julgamento: 03/10/2002 Publicação em 08-11-2002, **Diário de Justiça**, v. 02090-03, p.00433. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 16 jul. 2006.

STF, segundo o art. 102, I, “a” da CF/88, uma vez que somente opera efeito sobre lei ou ato normativo federal ou estadual.

Art. 102 [...]

Processar e julgar, originariamente:

A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (grifou-se).

Para Regina Nery Ferrari, a argüição de inconstitucionalidade de atos normativos municipais em face de Constituição Federal só é admissível no controle difuso, pela via de defesa ou exceção, de competência dos Estados, por causa da omissão da lei quanto ao controle concentrado. A autora considera uma falha no silêncio do constituinte federal no que se refere à limitação desta competência.⁵

Em virtude da dificuldade imposta pela falta de legislação, surge a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal, que se constitui uma nova atribuição do Supremo Tribunal Federal, cuja decisão tem efeito vinculante, e veio a ser regulamentada pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, considerada como a ação própria para resolver questões como a que aqui se apresenta.

A sua utilização torna possível suspender liminarmente andamento dos processos judiciais ou administrativas em curso, ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da ADPF, salvo se decorrentes de coisa julgada, por decisão da maioria absoluta dos membros do STF⁶, uma vez que as mesmas devem acatar a sentença geral e vinculante da Corte Suprema proferida no fim do processo.

Entretanto, importa ressaltar que tal pensamento não é

⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, op. cit., 1994, p.74.

⁶ Art. 5º da Lei 9.882/99.

unânime, e parte da doutrina⁷ não concebe que o legislador comum, a pretexto de regulamentar norma da CF/88, amplie o significado de preceito fundamental, para albergar as controvérsias entre leis e preceptivos constitucionais, considerando como inconstitucional o dispositivo que amplia a competência do STF.

3. Ambigüidade do objeto

O objeto da ADPF resume-se ao descumprimento, desrespeito ou inobservância dos preceitos fundamentais, não havendo possibilidade de atacar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas por este instituto, ficando o ajuizamento da ADPF limitado a que o interessado deva demonstrar o prévio esgotamento de todas as vias processuais buscando a solução da demanda, além de comprovar que tais vias são incapazes, insuficientes ou ainda ineficazes para sanar a controvérsia constitucional, conforme decisões do STF na ADPF 3-QO/CE, tendo como Relator o Ministro Sydney Sanches, e na ADPF 17-AgRg/AP, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello.

Inobstante a doutrina classificar como fundamentais os preceitos que informam o sistema constitucional e que servem para estabelecer comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação do constituinte originário, a classificação do que pode ser considerado como preceito fundamental será de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, segundo a ADPF 01, que teve como Relator o Ministro Néri da Silveira, na qual ficou decidido que

⁷ *A favor da constitucionalidade* do art. 1º da Lei 9.882/99: Uadi Lammêgo Bulos (**Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 240) *Posicionamento contrário*: Alexandre de Moraes (Comentários à Lei 9.882/99 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da lei n. 9.882/99**. Org.: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. São Paulo: Atlas, 2003, p. 21.); André Ramos Tavares (Arguição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da lei n. 9.882/99**. Org.: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. São Paulo: Atlas, 2003, p. 64)

(...) 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. 3. Cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal. 4. Argüição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de defesa da Constituição, em controle concentrado. 5. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: distinção da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. 6. O objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental há de ser "ato do Poder Público" federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial "quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição." ⁸ (grifou-se)

Como pode ser verificado na decisão supra mencionada, a Argüição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação distinta da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de cons-titucionalidade, embora já tenha sido recebida como ação direta de inconstitucionalidade genérica, pelo seu caráter de ambigüidade, na ADPF 72-QO/PA, tendo como Relatora a Ministra Ellen Gracie. ⁹

4. Legitimidade para propor a ação da ADPF

O art. 2º, inciso I da Lei 9.882/99 trata da titularidade para ingresso com a ação de argüição, mantendo a regra tradicional da

⁸ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso: 10/07/2008.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso: 02 jul. 2008.

Constituição que afasta a legitimidade do Município, conferindo poderes somente aos legitimados para ingressarem com a ação direta de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade (art. 103/CF), ficando mantida as mesmas restrições de legitimidade plena e universal, quando se tratar do Governador de Estado, Assembléia Legislativa, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional, aos quais mister se faz a comprovação do interesse de agir.

O Presidente da República vetou a previsão legal que contemplava a possibilidade de propositura da ADPF por qualquer pessoa lesada ou ameaçada pelo Poder Público. O veto foi dado sob o argumento de haver incompatibilidade do controle concentrado com o acesso individual e irrestrito, o que poderia comprometer a capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal, em virtude do grande número de processos que poderiam advir da permissão concedida por este dispositivo. Assim, a Mensagem nº. 1.807, de 03/12/1999 enviada pela Presidência da República alegou as seguintes razões de veto ao inciso II, art. 2º da Lei 9.882/99:

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". **A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais** – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. **A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal**, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. **Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional**, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol

de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.¹¹ (grifou-se)

Mas a lei não afastou completamente o direito dos interessados em pleitear a proteção jurisdicional pela ADPF, pois facultou ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decide do cabimento do seu ingresso em juízo.

Além disso, os interessados que não possuem legitimidade constitucional, mas necessitam arguir questões relevantes na ADPF podem se utilizar do art. 6º, § 1º da Lei 9.882/99, da figura conhecida como “amigo da corte”, ou *amicus curiae*, que comparece ao processo manifestando-se sobre o tema de seu interesse, e que foi criado pela Lei 9.868, de 10/11/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

5. Classificação da ADPF

A Lei 9.882/99 consagrou quatro espécies de arguição, quais sejam, a preventiva, a repressiva, a autônoma e a incidental, também conhecida como abstrata, paralela, por equivalência, equiparação ou derivação.

A arguição preventiva visa EVITAR lesões a princípios, direitos ou garantias fundamentais que estejam previstas na Constituição Federal, tutelando as liberdades públicas que estão na iminência de sofrer qualquer tipo de lesão ou ameaça de lesão. Já a arguição repressiva, visa REPARAR lesões já concretizadas, não há que se mensurar na iminência ou ameaça, uma vez que serve para reprimir ou fazer cessar a conduta omissiva ou comissiva de qualquer dos Poderes Públicos, no exercício de suas atribuições, que tenham como consequência por em risco os preceitos fundamentais.

O *caput* do art. 1º da Lei 9.882/99 é conseqüente do art. 102, § 1º da Carta Magna e estabelece que a arguição autônoma deve ser proposta objetivando evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, pela jurisdição concentrada do Supremo, que seja resultante de ato do Poder Público (legislativo, administrativo ou judicial). Evidentemente que só poderá ser utilizada quando inexistir outro meio eficaz para sanar a lesividade do ato.

Neste caso o parâmetro de controle é mais restrito, se comparado com os demais mecanismos da via abstrata já que não se dirige a qualquer norma constitucional; por outro lado, seu objeto é mais amplo, já que não se restringe aos atos normativos. Os atos que decorrem dos órgãos estatais, ou seja, atos legislativos, administrativos ou judiciais, não se confundem com atos políticos.

O parágrafo único, I do art. 1º da Lei 9.882/99 ¹⁰ determina

¹⁰ Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: **I - quando**

que só caberá a ADPF quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Neste caso, especificamente o ato há que ser normativo, ao contrário do que ocorre na arguição autônoma, que não se estende aos atos do Poder Público.

5.1 Norma revogada pela Constituição Federal

Além do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, o art. 1º, parágrafo único, parte final do inciso II, inclui os atos anteriores à Constituição Federal como sendo objeto de questionamento na ação de descumprimento de preceito fundamental. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é antiga no sentido de que não cabe ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja direito pré-constitucional, alegando que a questão envolvida é de simples revogação, e não de inconstitucionalidade superveniente.

A discussão sobre a compatibilidade entre a nova Constituição e as normas infraconstitucionais deve ser solucionada pelas regras de direito intertemporal, já havendo entendimento pelo STF que a questão deve ser resolvida pelo fenômeno da recepção, conforme decisão no Recurso Extraordinário RE-AgR 353508 que teve como Relator o Ministro Celso de Mello, em julgamento datado de 15/05/2007, pela Segunda Turma, no qual esclarece que

(...) Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - **A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não**

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

implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional.¹¹ (grifou-se)

A revogação e a inconstitucionalidade superveniente causam o mesmo efeito que é a cessação da vigência da norma, entretanto a norma revogada não poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, diferente da norma inconstitucional superveniente.

Além disso, a revogação entra no plano da vigência, assim considerada como o período desde o início de sua obrigatoriedade até sua revogação, ao passo que a inconstitucionalidade superveniente encontra-se no plano da validade, assim considerada em virtude de elaboração conforme o procedimento estabelecido no sistema jurídico. Não se pode deixar de considerar que

O fenômeno da recepção submetido ao controle concentrado por meio de um juízo de inconstitucionalidade superveniente produz mais segurança jurídica, evitando dúvidas ou contradições acerca da validade da norma, pois mesmo sendo inválida, se não houve a declaração, continua operando efeitos no sistema jurídico.¹²

Por sua vez, o art. 11 da mesma Lei preceitua que o STF, ao

¹¹ Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso: 23/07/2008.

¹² SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Direito processual constitucional de acordo com a reforma do judiciário. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 269.

declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá por maioria restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, o que demonstra a necessidade de cuidado ao decidir o Supremo Tribunal Federal em sede de ADPF, cuja ponderação do alcance de sua decisão se faz necessária a fim de evitar consequências demasiadamente gravosas da declaração.

Dessa forma, com a edição da lei, permitiu-se ao Supremo Tribunal Federal manipular os efeitos da decisão da ADPF, seja em relação à sua amplitude, seja também em relação aos efeitos temporais, desde que estejam presentes dois requisitos: o formal e material. Pelo requisito formal, a lei exige que o STF decida sobre a alteração dos efeitos por maioria de dois terços dos membros do Tribunal, enquanto, pelo requisito material é exigida a presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.¹³

6. Inconstitucionalidade da Lei 9.882/99

Ressalte-se que o texto constitucional em seu art. 102, *caput*, é taxativo quando determina que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Carta Magna, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei, não havendo autorização constitucional para uma ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal, e, portanto,

Controvérsias entre leis e atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo poder público de um preceito fundamental e devem ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado.

O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitu-

¹³ MORAES, Alexandre de. op. cit, 2003, p. 35.

cionais do Supremo Tribunal Federal que, conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.¹⁴

Logo, ao ampliar a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo fora das hipóteses cabíveis no controle concentrado, na qual o STF já havia decidido que lhe faltava competência para essa análise dessa matéria, por ausência de previsão constitucional, não se pode admitir que o legislador ordinário amplie essa competência através de manobra terminológica, sem alterar o art. 102, I, “a” da Carta Magna.

No caso de decisões em ADPF que tenham como objeto a falta de regulamentação, o Supremo pode incorrer no mesmo vazio em que se transformou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Assim, cumpre ponderar que a decisão proferida na ADPF que tem como objeto a regulamentação de normas não surtirá efeito, uma vez que proferida em relação a outro poder, pouco podendo fazer a Corte Suprema, em virtude de não lhe ser possível atuar como legislador positivo, e, mesmo interpretando a Lei 9.882/99, restaria à Corte Excelsa tão somente solicitar ao Poder Legislativo a elaboração de lei.

Além disso, o caráter de ambigüidade da ADPF, que pode ser utilizada como técnica concentrada e difusa de defesa da supremacia constitucional, dá ao mecanismo notória ambivalência, vez que ora se apresenta como ação autônoma, ora como providência incidental no curso de processo litigioso já instaurado.

Embora reconhecendo que o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/99 possui uma formulação genérica, o Ministro Néri

¹⁴ Ibid., 2003, p. 21.

Silveira concorda que a Lei modifica o texto constitucional, e não poderia ser criado novo direito neste sentido pelo legislador ordinário, mas tão somente por uma emenda constitucional.¹⁵

A referida Lei possui vários de seus aspectos questionados no âmbito do STF através da ação direta de inconstitucionalidade n.º 2231/DF proposta pelo Conselho Federal da OAB, que impugna a íntegra do referido diploma legal, e em especial o parágrafo único do art. 1.º, o §3.º do art. 5.º, o art. 10, *caput* e seu §3.º e o art. 11, havendo, inclusive, o então Relator, Min. Néri da Silveira, deferido liminarmente e em parte, com efeito *ex nunc*, o inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/99, excluindo de sua aplicação, controvérsia constitucional ajuizada, suspendendo ainda e com o mesmo efeito o § 3º do art. 5º da mesma lei, até o final do julgamento da referida ADIN, cujo julgamento está suspenso, encontrando-se o processo concluso ao Ministro Relator desde 02/08/2004.¹⁶

Segundo a OAB, o parágrafo único do art. 1.º aumenta a competência taxativa do art. 102 da Constituição, que só poderia ocorrer através de emenda, além de questionar que o referido artigo, ao mencionar lei ou ato normativo, estaria criando novo sistema de controle concentrado de legitimidade dos atos estatais. Alega ainda que o Poder Judiciário só pode atuar como legislador negativo perante norma constitucional expressa que lhe defira esta prerrogativa.

Dessa forma, considera a concentração imprópria de poderes no STF através do § 3º do art. 5º da Lei, quando permite que a Corte Suprema suspenda o andamento de processos, ferindo o devido processo legal e o princípio do juiz natural, além de conceder às decisões proferidas em ADPF, através do seu art. 10, o caráter de

¹⁵ STF, Adin 2.231-MC/DF, Relator Ministro Néri da Silveira, decisão de 05/12/2001, Informativo do STF n. 523, Brasília, 03 a 7-12-2001.

¹⁶ Segundo o acompanhamento processual do STF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 23/08/2008.

comando geral, de ordem a todos, sejam partes ou não da lide, o que quebra o equilíbrio dos Poderes, de acordo com o art. 2º da carta Magna.

Por fim, considera que o art. 11 da Lei 9.882/99 fere o Estado Democrático de Direito e o princípio da legalidade, uma vez que permite a declaração de inconstitucionalidade de atos ou leis, por tempo determinado, o que desrespeita posição doutrinária de que a lei declarada inconstitucional deve se considerada nula.

Muitas decisões em ação de arguição ainda aguardam a decisão a ser proferida na ADIN 2.231 acima exposta, e o Supremo tribunal Federal tem se posicionado, nas decisões que tem proferido, de maneira cautelosa tanto nos efeitos das decisões, quanto nas alegações jurídicas de aceitação dos interessados (*amicus curiae*), assegurando da maneira mais coerente com os preceitos de justiça e menos com preceitos políticos a aplicação da ação em questão, conforme será analisado a seguir.

7. Conclusão

Percebe-se que a maior dificuldade interposta ao Supremo pela ADPF é a falta de normatização clara e específica sobre a competência para o STF definir como, quando e em que situações a Arguição de Preceito Fundamental poderá ser aceita.

Com efeito, de norma geral, a Lei 9.882/99 concede à Corte Constitucional excessiva competência além do que foi outorgado pela Constituição, uma vez que (I) condiciona toda a aplicação da ADPF ao critério de interpretação em cada caso sujeito à apreciação do Poder Judiciário, sem nenhuma limitação; (II) amplia o objeto da ação, uma vez que a Carta Magna, em seu art. 102, I, a, não define a competência do Supremo para decidir sobre divergência de lei municipal frente a Constituição Federal, pelo controle concentrado em ação de inconstitucionalidade ou em qualquer tipo e ação equivalente.

Assim, ainda que o Supremo Tribunal Federal receba a ADPF como ação de inconstitucionalidade genérica, a Carta Magna não autoriza a apreciação da matéria de lei ou ato normativo Municipal. Portanto, tal modificação não poderá ser introduzida no ordenamento através de uma lei ordinária, mas tão somente por uma Emenda Constitucional.

A utilização da ADPF, cuja decisão tem efeito vinculante¹⁷ e *erga omnes*¹⁸, pressupõe sua aplicação de acordo unicamente com o pensamento da Corte, visando suprir a falha do legislador originário aumentando, assim, os poderes do Poder Judiciário e trazendo à tona a discussão sobre o equilíbrio dos Poderes e a utilização do Poder Judiciário como meio de efetivação de normas não obedecidas ou não efetivadas pelos demais poderes, em virtude de omissões com interesses essencialmente políticos, o que sai do âmbito de atuação judicial e que pode transformar o Estado em uma judicocracia” ou um “governo de juízes”, uma vez que elege o Poder Judiciário como uma terceira câmara.

A lei criada pelo Poder Legislativo pode necessitar de um acabamento final, que é realizado em última instância pelo Judiciário, e isso cria na sociedade civil a expectativa da existência de um retrato ideal sobre aqueles que têm competência para julgar, e neste ideal de justiça, formulado por uma sociedade que se sente abandonada pela política, o Judiciário funciona como a instituição de acesso mais fácil, servindo de substituto do Estado.

No entanto não se pode afirmar, a rigor, que esse papel político tomado pelo Poder Judiciário desagrade de maneira completa aos demais Poderes, porque o papel exercido ao arbitrar a legalidade e a aplicação das leis que os outros poderes criam, retiram-lhes a responsabilidade de ter de tomar decisões que são necessárias aos seus interesses, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia, que podem trazer conseqüências negativas ao Governo dentro dos partidos

¹⁷ Obrigando a toda a administração pública direta e indireta.

¹⁸ De caráter geral para todos os administrados.

ou para eleições futuras¹⁹.

O problema pertinente a esta legislação elaborada através de decisões judiciais é a de que também sobre o Judiciário pairam as incertezas jurídicas e institucionais que a sociedade nutre pelo Legislativo e pelo Executivo, o que não a torna perfeita, daí a necessidade de controle legal mais pertinente às matérias sujeitas à revisão jurisdicional.

Como se percebe, o problema da representação do Município nas ações de controle concentrado, conforme omissão apontada no art. 102, I, “a”, da Carta Magna, não foi solucionado pela ADPF, nem pela Lei nº 9.882/99 que a regulamenta, que, ao contrário não esclarece a aplicação prática do instituto judicial, em virtude da indeterminação de seus conceitos, que dependem da interpretação da Corte em cada caso a ser considerado, o que deixa uma margem discricionária de extrema relevância para o Poder Judiciário, além de ampliar o conceito do artigo constitucional, passível de modificação apenas por emenda constitucional.

Bibliografia

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

¹⁹ Como ocorreu na decisão do STF que tornou legal o confisco da poupança autorizado pela Sra. Zélia Cardoso, Ministra da Fazenda do Governo do Presidente Collor e na decisão que autorizou a continuidade do desconto da contribuição para o INSS, mesmo depois da aposentadoria concedida aos pensionistas da União.

MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei 9.882/99 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da lei n. 9.882/99**. Org.: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. São Paulo: Atlas, 2003

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. São Paulo: Atlas, 2002.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional de acordo com a reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Análises à luz da lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2003, p.38 - 84.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **A democracia coroada** – Teoria política do Império do Brasil. Petrópolis: Vozes, 1964.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Reva, 1999.

VILLA, Machado. **O Município no regime constitucional vigente**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

