



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Reflexões Teóricas sobre o Controle de Constitucionalidade no Plano Estadual  
Limites e Possibilidades do Poder Constituinte Derivado Decorrente

Carolina Motta da Cunha Gonçalves Wienskosi

Rio de Janeiro  
2012

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva da autora.

CAROLINA MOTTA DA CUNHA GONÇALVES WIENSKOSKI

**REFLEXÕES TEÓRICAS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE  
NO PLANO ESTADUAL: LIMITES E POSSIBILIDADES DO PODER  
CONSTITUINTE DERIVADO DECORRENTE**

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Dr. Christiano de Oliveira Taveira.

Coorientadora:

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Néli Luiza. C. Fetzner.

Rio de Janeiro  
2012

CAROLINA MOTTA DA CUNHA GONÇALVES WIENSKOSKI

**REFLEXÕES TEÓRICAS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE  
NO PLANO ESTADUAL: LIMITES E POSSIBILIDADES DO PODER  
CONSTITUINTE DERIVADO DECORRENTE**

Monografia apresentada como exigência de  
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato  
Sensu* da Escola de Magistratura do Estado  
do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Dr. Christiano de Oliveira Taveira.

Coorientadora:

Prof<sup>a</sup>. Dra. Néli Luiza C. Fetzner.

Data de aprovação: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Christiano de Oliveira Taveira

---

Prof. Dr. Des. Cláudio Brandão de Oliveira

---

Prof. Dr. Guilherme Peña de Moraes

Para Victor, Solange e Alice, com amor.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, Pai querido e amado, que sempre está ao meu lado, seja neste, como em muitos outros desafios e conquistas que virão.

A meus pais Alexandre e Solange, meu marido Victor, minha avó Sylvia, minha irmã Alice: agradeço por toda paciência, apoio, amor e afeto constantes. Minha vida só faz sentido por conta de vocês.

À minha querida amiga Melina Brigagão, que andou lado a lado comigo ao longo desses três anos nas salas de aula da EMERJ, quando já havíamos tido três bons anos de colégio juntas, agradeço por ser um exemplo de superação, dedicação e perseverança. Também à amiga Lívia Fernandes, por compreender todas as horas que me ausentei do convívio por conta de estudos e pesquisas.

Ao meu orientador Christiano Taveira, com quem tive a oportunidade e o prazer de trabalhar na época de estágio na Procuradoria Geral do Estado, tendo sido também meu professor na EMERJ, mas que acima de tudo tornou-se um grande amigo, agradeço por todas as revisões de texto com respostas por e-mail às altas horas da madrugada, pelas ideias de estruturação do trabalho e de fontes bibliográficas e, acima de tudo, por acreditar nesse projeto desde o início.

Agradeço, por fim, à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, pelos caminhos abertos e, por extensão, à querida Professora Néli Fetzner, um verdadeiro “anjo” que encontrei nessa jornada: agradeço por todo o incentivo e carinho e espero me tornar brevemente uma estatística sua...

## SÍNTESE

A forma federativa de Estado, as características do federalismo brasileiro e o processo histórico de sua formação, além da teoria proposta por Siéyès quanto à classificação de Poder Constituinte e do que se trata o Poder Constituinte Derivado são as premissas teóricas nodais do presente trabalho monográfico. É preciso definir o que seria o denominado Poder Constituinte Derivado Decorrente e o problema de sua limitação no caso brasileiro, onde sobra pouco “espaço” para os Estados exercerem sua tríplice capacidade. São analisadas pormenorizadamente as três espécies de simetria que, segundo Luís Roberto Barroso, mais confundem do que explicam, quais sejam, a simetria explícita *versus* a simetria implícita; a simetria positiva *versus* a simetria negativa; e a simetria direta *versus* a simetria indireta. A essência do trabalho está na abordagem da necessidade de se harmonizar Constituição Estadual com Constituição Federal, partindo de um breve estudo sobre a Teoria dos Princípios, o núcleo essencial do Princípio Federativo e o “espaço” de autonomia para os Estados traçarem suas próprias constituições.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Introdução .....</b>   | <b>9</b>  |
| <b>1 Considerações Preliminares em torno do Princípio Federativo e sua Aplicação no Modelo Brasileiro .....</b>   | <b>11</b> |
| 1.1 O Processo Histórico de Formação do Federalismo .....   | 11        |
| 1.2 Conceito de Federação .....   | 15        |
| 1.3 A Federação Brasileira.....   | 17        |
| 1.4 Municípios e Distrito Federal na Federação Brasileira.....  | 19        |
| <b>2 Aportes Teóricos em torno do Poder Constituinte Derivado .....</b>   | <b>21</b> |
| 2.1 Noção e Classificação do Poder Constituinte .....   | 24        |
| 2.2 Poder Constituinte Derivado Reformador .....  | 27        |
| 2.3 Poder Constituinte Derivado Decorrente .....  | 30        |
| <b>3 O Poder Constituinte Derivado Decorrente. Limites e Possibilidades da Constituição Estadual .....</b>  | <b>31</b> |
| <b>4 Princípios Dinâmicos do Federalismo Brasileiro. Notas sobre o Desenvolvimento do Princípio da Simetria e sua Controvertida Aplicação Doutrinária .....</b> | <b>37</b> |
| 4.1 A Simetria Explícita. A Incidência das Normas de Reprodução Obrigatória à luz do Texto Constitucional .....   | 39        |
| 4.2 A Simetria Implícita. Jurisprudência pátria e “lógica constitucional” .....   | 40        |
| 4.3 A Simetria Positiva. Harmonia entre os entes federativos.....   | 44        |
| 4.4 A Simetria Negativa. Teoria dos Princípios, Autonomia Estadual e a Reserva de Ponderação do Princípio Federativo .....                                      | 45        |
| 4.5 A Simetria Indireta e as Opções do Legislador Infraconstitucional .....   | 50        |
| <b>5 Competência e Procedimento .....</b>   | <b>54</b> |
| 5.1 Controle de Constitucionalidade no Plano Estadual e Atribuições do Órgão Especial do Tribunal de Justiça .....  | 54        |

|   |           |
|---|-----------|
| 5.2 A Nova Sistemática do Recurso Extraordinário. Redefinindo a Competência do Supremo Tribunal Federal ..... | 59        |
| 5.2.1 A Repercussão Geral.....  | 60        |
| 5.2.2 A Objetivação do Recurso Extraordinário .....   | 63        |
| 5.2.3 O Controle Misto de Constitucionalidade .....   | 67        |
| <br>  |           |
| <b>6 Estudos de Casos.....</b>  | <b>70</b> |
| 6.1 A Inconstitucionalidade Reflexa e o Não Cabimento de Representação por Inconstitucionalidade .....        | 75        |
| 6.2 Conflitos de Competência. A Superposição do Controle Concentrado sobre o Difuso .                         | 79        |
| <br>  |           |
| <b>Considerações Finais .....</b>   | <b>85</b> |
| <br>  |           |
| <b>Referências .....</b>  | <b>89</b> |

## INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática do controle de constitucionalidade estadual, sob o aspecto referente aos limites e possibilidades do Poder Constituinte Derivado Decorrente. Para tanto, enfrenta-se tanto a sistemática do controle concentrado, através do instituto da Representação por Inconstitucionalidade, quanto a sistemática do controle difuso, através da declaração de inconstitucionalidade por todo e qualquer magistrado, seja em primeira, como em segunda instância, desde que observada a Reserva de Plenário nesse caso.

Parte-se do estudo pormenorizado da forma federativa de Estado, das características do federalismo brasileiro e do processo histórico de sua formação, além da teoria proposta por Emmanuel Joseph Sieyès quanto à classificação de Poder Constituinte e do que efetivamente se trata o denominado Poder Constituinte Derivado Decorrente.

Diante desse breve panorama, procura-se apresentar a problemática da limitação do Poder Constituinte Derivado no caso brasileiro, onde sobra pouco “espaço” para os Estados Membros exercerem sua tríplice capacidade (auto-organização, autogoverno e autoadministração). Nesse contexto são analisadas as três espécies de simetria que, segundo Luís Roberto Barroso, mais confundem do que explicam, a saber, a simetria explícita *versus* a simetria implícita, a simetria positiva *versus* a simetria negativa e a simetria direta *versus* a simetria indireta.

Busca-se despertar a atenção para a necessidade de se harmonizar Constituição Estadual com Constituição Federal, partindo de um breve estudo sobre a Teoria dos Princípios, o núcleo essencial do Princípio Federativo e o “espaço” de autonomia para os Estados traçarem suas próprias constituições. Ademais, procura-se demonstrar a incidência

das normas de reprodução obrigatória e de reprodução facultativa à luz do texto constitucional, onde a doutrina identifica uma simetria expressa e outra, implícita, de modo que isto gera uma insegurança por parte dos Estados Membros ao elaborarem as suas constituições. Caminha-se, assim, rumo a uma visão crítica sobre os fenômenos do controle misto de constitucionalidade e os espaços de atuação dos tribunais locais, a inconstitucionalidade reflexa e o não cabimento de Representação por Inconstitucionalidade, os conflitos de competência e a superposição do controle concentrado sobre o difuso.

Ao longo do texto, pretende-se (i) comprovar que o princípio federativo, expresso no artigo 1º, *caput*, da Constituição da República merece uma releitura a fim de se conferir aos Estados Membros uma maior liberdade na elaboração de seus textos constitucionais; (ii) explicitar a possibilidade de ampla atuação do Poder Constituinte Derivado Decorrente, que possui maior capacidade para assimilar e regular a realidade jurídico-social de seu território, adequando-a a Constituição Federal; (iii) analisar a aplicação do princípio da simetria com vistas à harmonização da Constituição Estadual com a Constituição Federal; (iv) avaliar o controle de constitucionalidade no plano estadual e as atribuições do Órgão Especial do Tribunal de Justiça; (v) revelar a nova sistemática do Recurso Extraordinário, que acaba por redefinir a competência do Supremo Tribunal Federal, através da inserção da cláusula de repercussão geral e da possibilidade de se interpor recurso extraordinário em face de decisão final em sede de Representação por Inconstitucionalidade, o que acaba por fomentar conflitos de competência e a superposição do controle concentrado sobre o difuso.

Vale salientar que a metodologia aqui adotada é a bibliográfica, exploratória e qualitativa.

## **1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES EM TORNO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO E SUA APLICAÇÃO NO MODELO BRASILEIRO**

Entende-se pertinente, ao se tratar do tema federalismo, tecer considerações, ainda que breves, sobre o seu processo histórico de formação, a fim de se traçar um paralelo entre o denominado “federalismo por agregação”, processo que se deu nos Estados Unidos da América, e o “federalismo por desagregação”, processo inverso àquele, ocorrido no Brasil. Tal distinção importa para que seja possível a exata compreensão das raízes que levaram o Brasil a se formar como a federação que hoje se conhece. É o que se passa a fazer.

### **1.1 O PROCESSO HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DO FEDERALISMO**

Como é cediço, o modo de repartição das competências entre as unidades de um Estado Nação indica qual tipo de federalismo é adotado em cada país<sup>1</sup>. Assim é que a concentração de competências no ente central aponta para um modelo centralizador (ou centrípeto), ao passo que a distribuição mais ampla de poderes em favor dos Estados Membros configura um modelo descentralizador (ou centrífugo). Fala-se ainda em federalismo de equilíbrio, quando há uma dosagem contrabalanceada de competências<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Conforme confirma Gilmar Mendes: “O modelo clássico conferiu à União poderes enumerados e reservou aos Estados-membros os poderes não especificados. O chamado modelo moderno responde às contingências da crescente complexidade da vida social, exigindo ação dirigente e unificada do Estado, em especial para enfrentar crises sociais e guerras. Isso favoreceu uma dilatação dos poderes da União com nova técnica de repartição de competências, em que se discriminam competências legislativas exclusivas do poder central e também uma competência comum ou concorrente, mista, a ser explorada tanto pela União como pelos Estados-membros.” *In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 802.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 801.

Em sede de Direito Comparado, a federação americana foi a primeira – tal qual hoje se identifica um modelo federativo de Estado – a ser formada na história mundial, prestando-se de parâmetro a diversas outras federações subsequentes. Nos Estados Unidos da América o Estado federal foi fruto da independência das treze colônias inglesas da América. Em realidade, após a dita independência, os treze novos Estados americanos formaram uma confederação e, somente em 1787, é que viria a surgir a proposta federativa, denotando o fortalecimento do vínculo entre os Estados<sup>3</sup>.

Gilmar Mendes<sup>4</sup> situa que para “garantir a independência então conquistada, as antigas colônias britânicas firmaram um tratado de direito internacional, criando uma confederação, que tinha como objetivo básico preservar a soberania de cada antigo território colonial”. Entretanto, com o nascer da ideia de federação o processo se modificou substancialmente, visto que

[...] os antigos Estados soberanos confederados deixaram de ser soberanos, mas conservaram a sua autonomia, entregando a uma nova entidade, a União, poderes bastantes para exercer tarefas necessárias ao bem comum de todos os Estados reunidos. Passaram, por outro lado, a compor a vontade da União, por meio de representantes no Senado.<sup>5</sup>

Vê-se, assim, que, enquanto os Estados Unidos partiram de um processo centrípeto, decorrente da formação de um único Estado soberano por meio da fusão de vários Estados dantes também soberanos, e posteriormente apenas autônomos, o Brasil, enquanto federação, foi fruto de um processo centrífugo<sup>6</sup>, ou seja, surgiu a partir da divisão de um Estado unitário soberano, gerando várias unidades autônomas, denominadas “Estados Membros”<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 134-135.

<sup>4</sup> MENDES, op. cit., p. 799.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Apenas a título exemplificativo, veja-se o relato feito por José Afonso da Silva: “Proclamada a independência, o problema da *unidade nacional* impõe-se como o primeiro ponto a ser resolvido pelos organizadores das novas

Nesse passo, a distinção entre soberania e autonomia aqui se faz oportuna. Ora, enquanto a soberania é atributo do Estado federal como um todo, possuindo poder de autodeterminação plena e não condicionado a nenhum outro, os Estados federados dispõem apenas de autonomia, que é a capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano<sup>8</sup>.

Na esfera internacional, a forma federativa de Estado conviveu com outras formas de Estados compostos, como a confederação. Esta, contudo, não gera um novo Estado Nação, mas sim uma pessoa jurídica de direito público internacional. Por este motivo, inclusive, há quem não a considere como forma de Estado e sim como mero pacto internacional entre Estados soberanos para a consecução de finalidades comuns. De todo modo, a confederação também se distancia da federação pelo fato de o caráter soberano dos seus membros impedir que haja qualquer tipo de ingerência nas suas respectivas esferas de poder, por não gerar uma

---

instituições. A consecução desse objetivo dependia da estruturação de um poder centralizador e uma organização nacional que freassem e até demolissem os poderes regionais e locais, que efetivamente dominavam no país, sem deixar de adotar alguns dos princípios básicos da teoria política em moda na época. O constitucionalismo era o princípio fundamental dessa teoria, e realizar-se-ia por uma constituição escrita, em que se consubstanciasse o liberalismo, assegurado por uma declaração constitucional dos direitos do homem e um mecanismo de divisão dos poderes, de acordo com o postulado do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo o qual *não tem constituição a sociedade onde não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes*. Os estadistas do Império e construtores da nacionalidade tinham pela frente um tarefa ingente e difícil: conseguir construir a unidade do poder segundo esses princípios que não toleravam o absolutismo. E conseguiram-no dentro dos limites permitidos pela realidade vigente, montando, através da Constituição de 1824, um mecanismo centralizador capaz de propiciar a obtenção dos objetivos pretendidos como provou a história do Império”. In SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 74.

<sup>7</sup> Sobre a nomenclatura adotada no Brasil, cfr. a profícua observação de Cristiano Franco Martins: “Os membros de uma confederação são Estados, já que conservam a sua soberania. Os membros de uma federação, segundo entendemos, não são Estados, mas meras unidades autônomas. (...) Na realidade, a preservação da natureza estatal dos membros da federação só tem uma razão se ser, e é mais política do que jurídica: a maioria das federações teve origem na fusão de Estados até então soberanos. Assim ocorreu com os Estados Unidos e com a Alemanha. Nada mais natural que os membros continuem se autoproclamando Estados. Se voltarmos nossa atenção, porém, para as chamadas federações centrífugas, isto é, formadas a partir da transformação de um Estado unitário, veremos que a tese não se afigura atraente”. In MARTINS, op cit., 2003, p. 137-139. Em que pese a concordância com a citada posição doutrinária, optou-se por adotar a nomenclatura já consagrada de “Estados Membros” no presente trabalho, uma vez que essa é a efetivamente adotada pela maior parte da doutrina e jurisprudência nacionais.

<sup>8</sup> MENDES, op. cit., p. 800.

única nacionalidade, por ali ser possível haver o direito de secessão, com a livre retirada de seus membros a qualquer momento e porque nela vige o direito de nulificação, de maneira a que os membros confederados possam opor-se às decisões colegiadas dos demais membros<sup>9</sup>.

Já Estado Unitário é aquele em que há uma única fonte de poder e de direito, oferecendo, atualmente, formas peculiares, como se dá na Itália, com o Estado Regional, e na Espanha, com o Estado Autonômico<sup>10</sup>.

Diante disso, importa trazer à baila a observação feita por Cristiano Franco Martins<sup>11</sup>, para quem “o federalismo é valor que se assenta sob qualquer forma de Estado, embora evidentemente, encontre na Federação o ambiente mais propício à sua realização.” Desta forma, existirão “Estados unitários organizados com imenso respeito ao valor federalismo, do mesmo modo que encontraremos Federações semânticas, que oferecem reduzido prestígio ao federalismo”. Perfilhando-se tal entendimento, entende-se que certo é não existirem duas Federações idênticas no mundo, e “isso ocorre justamente pela variedade de modelos assimiláveis pelo princípio federativo”.

---

<sup>9</sup> MARTINS, op. cit., 2003, p. 139-140.

<sup>10</sup> Cristiano Franco Martins assevera que “Existem Estados unitários fortemente descentralizados que se aproximam da estrutura federal. É o caso, por exemplo, do chamado Estado Regional, o Estado unitário constitucionalmente descentralizado. Nesta figura não existe autonomia qualificada, isto é, seus membros possuem autogoverno, autolegislação, auto-administração, mas não detêm a capacidade de auto-organização, a capacidade de criar uma constituição própria. Tal atributo existe apenas em Federações. Por outro lado, a participação dos membros na formação da vontade geral, outro princípio identificador da Federação, não é obrigatório em Estados Regionais, embora não seja difícil identificá-lo”. O autor ainda acrescenta em nota de rodapé que, de fato, “Na Itália, por exemplo, o Senado representa os interesses das regiões autônomas”. *In Ibid.*, p. 141. Já, Sérgio Ferrari, trata do caso italiano, discorrendo que “[...] um exame comparativo das diversas formas concretas de organização dos Estados parece demonstrar que o exemplo italiano é o único que pode se afirmar como uma forma estável e original. Há, naquele País, uma razoável correspondência entre a divisão espacial do poder entre o Estado central e os entes regionais, de um lado, e as diferenças étnicas, culturais e principalmente linguísticas, de outro lado.” Ferrari, contudo, é peremptório ao concluir que “Se, num exame pragmático, pode-se afirmar que as diferenças entre Estado federal e Estado regional tendem muitas vezes a diluir-se, num exame jurídico-formal suas diferenças são significativas e bem delineadas”. *In FERRARI, Sérgio. Constituição Estadual e Federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 53-54.

<sup>11</sup> MARTINS, Cristiano Franco. Princípio Federativo. *Federalismo. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. XIX, p. 02-36, 2008, p. 02.

## 1.2 CONCEITO DE FEDERAÇÃO

Boa conceituação do que seja uma Federação é oferecida pelo constitucionalista Luís Roberto Barroso<sup>12</sup>:

Estado federal é uma modalidade de Estado composto, onde se verifica a superposição de duas ordens jurídicas – federal, representada pela União e federada, representada pelos Estados-membros –, coordenadas por um processo de repartição de competências determinado pela Constituição Federal, em que a União titulariza a soberania e os Estados-membros detêm autonomia, participando, por um critério de representação, na formação da vontade federal.

Já Gilmar Mendes<sup>13</sup> cria conceito mais abrangente:

[...] o Estado Federal expressa um modo de ser do Estado (daí se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa como politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão. No Estado Federal, de regra, há uma Suprema Corte com jurisdição nacional e é previsto um mecanismo de intervenção federal, como procedimento assecuratório da unidade física e da identidade jurídica da Federação.

Desses dois conceitos formulados, é possível se identificar as características que são fixadas pela doutrina pátria para configuração de uma Federação, a saber, a repartição de competências entre a União e os Estados Membros, a autonomia destes Estados Membros e a participação das vontades locais na formação da vontade nacional<sup>14</sup>. Faz-se ainda necessária a menção à quarta característica proposta por Barroso<sup>15</sup>, qual seja, a competência tributária própria dos Estados Membros, vez que “sem a garantia de receitas próprias para o exercício de suas competências, a autonomia dos entes federativos ficaria reduzida a uma ficção”.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro: O Problema da Federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 27.

<sup>13</sup> MENDES, op. cit., p. 803.

<sup>14</sup> FERRARI, op. cit., p. 38.

<sup>15</sup> BARROSO apud FERRARI, op. cit., p. 45. Também Gilmar Mendes: “As constituições federais prevêm, ainda, uma repartição de rendas, que vivifica a autonomia dos Estados-membros e os habilita a desempenhar as suas competências.” *In* MENDES, op. cit., p. 801.

Dissecando cada uma das características formadoras do Estado federal, Sérgio Ferrari<sup>16</sup> assevera, num primeiro plano, que a descentralização política, com repartição de competências legislativas, administrativas e jurisdicionais, hoje com grande enfoque na divisão concorrente de competências, principalmente legislativas, serve como fator de esvaziamento das constituições estaduais, já que enfraquece o valor da autodeterminação. Nesse mesmo sentido é a opinião de Cristiano Franco Martins<sup>17</sup>, que disserta possuir a Constituição de 1988 “numerosas normas simétricas expressas e implícitas, diretas e indiretas, alargando o campo de influência do princípio da simetria e, conseqüentemente, diminuindo o espaço de auto-organização dos membros federativos”. E conclui asseverando que “o constituinte de 1988 optou por um modelo original mais centralizador para a federação brasileira, fortalecendo excessivamente a União em detrimento da autodeterminação dos Estados”.

Em segundo lugar, ao tratar da participação dos Estados Membros na formação da vontade nacional, através do sistema do bicameralismo, entende Sérgio Ferrari<sup>18</sup>, segundo sua visão crítica, que esta já não é hoje uma característica imprescindível ao federalismo. Isso porque, no Brasil, concomitantemente à perda de representatividade do Senado Federal (por conta da influência dos partidos políticos e pela ação de grupos de pressão e interesses diversos), outro fenômeno que tem marcado o Poder Legislativo Federal é a atuação de parlamentares como representantes de interesses de determinados Municípios, chamados de redutos eleitorais. Nesse mesmo sentido, disserta Gilmar Mendes<sup>19</sup>, *in verbis*:

---

<sup>16</sup> FERRARI, op. cit., p. 46.

<sup>17</sup> MARTINS, op. cit., 2003, p. 145.

<sup>18</sup> FERRARI, op. cit., p. 49.

<sup>19</sup> MENDES, op. cit., p. 802-803.

Observa-se, entretanto, um afastamento das câmaras altas dos Estados federais dessa primitiva intenção motivadora da sua criação [isto é: contrapeso ao prestígio dos Estados mais populosos na Câmara dos Deputados]. Na medida em que os partidos, que são nacionais, galvanizam os interesses políticos, passam a deixar em segundo plano, também, os interesses meramente regionais, em favor de uma orientação nacional sobretudo partidária.

Em terceiro plano, fala-se, como já explicitado, na autonomia dos Estados Membros, através da chamada tríplice capacidade, que se traduz (i) pelo autogoverno, através do qual os Estados Membros estão aptos a eleger seus próprios representantes, seja na esfera nacional (presidente da república, senadores e deputados federais) ou regional/local (governadores, prefeitos, deputados estaduais e vereadores); (ii) pela autoadministração, em que os Estados Membros estão livres para estruturar a máquina pública estadual como quiserem; e, por fim, (iii) pela auto-organização ou, para alguns autores, autoconstituição, que diz respeito à capacidade de elaboração e promulgação pelos Estados federados de seus próprios textos constitucionais, mediante o exercício do denominado Poder Constituinte Derivado Decorrente<sup>20</sup>.

### 1.3 A FEDERAÇÃO BRASILEIRA

Trazendo o acima formulado para o federalismo brasileiro, é possível inferir, por meio de um processo dedutivo, tratar-se o Brasil de uma federação legítima, já que encontram-se nele todas as seis características básicas do Estado Federal propostas por Gilmar Mendes<sup>21</sup>, a saber, (i) soberania do Estado como um todo e autonomia dos Estados Membros;

---

<sup>20</sup> Gilmar Mendes disserta que “Sendo um poder derivado do poder constituinte originário, não se trata de um poder soberano, no sentido de poder dotado de capacidade de autodeterminação plena. O poder constituinte dos Estados-membros é, isto sim, expressão da autonomia desses entes, estando submetido a limitações, impostas heteronomamente, ao conteúdo das deliberações e à forma como serão tomadas”. Ibid., p. 812.

<sup>21</sup> Ibid., p. 800-803.

(ii) existência de uma Constituição Federal; (iii) repartição de competências prevista constitucionalmente; (iv) participação dos Estados Membros na vontade federal; (v) inexistência de direito de secessão; e (vi) existência de uma corte nacional, constitucionalmente prevista como guardiã do texto constitucional e mantenedora da paz e da integridade do Estado.

É de se dizer: os vinte e seis Estados Membros atualmente existentes e, de certa forma o Distrito Federal, são capazes de se autogovernar, autoadministrar e auto-organizar, além de possuírem, através da Constituição Federal, competências próprias, tanto em matérias comuns, como em matérias tributárias e, ainda, possuírem suas próprias Câmaras Legislativas<sup>22</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, faz as vezes de Corte Constitucional pacificadora de conflitos de maior interesse nacional, bem como a previsão de um controle difuso de constitucionalidade favorável à defesa do princípio federativo ratifica a caracterização de uma verdadeira Federação.

É possível delinear por meio da Constituição da República as características confirmadoras do modelo federal pátrio, a partir dos artigos 1º, 18 e 60, §4º, inciso I<sup>23</sup>, de onde se extrai o princípio da intangibilidade federal e da descentralização política federal.

E é justamente a partir da referida capacidade de auto-organização ou autoconstituição, em especial, que se traçará o perfil da presente pesquisa monográfica,

---

<sup>22</sup> Não obstante não se desconhecer a já referida crítica a respeito da prescindibilidade do sistema bicameral, crítica esta também corroborada por Cristiano Martins *in* MARTINS, op. cit., 2008, p. 15-19.

<sup>23</sup> “Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]”

“Art. 18 – A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

“Art. 60, §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado;” *In* BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2012.

sabendo-se que sendo o Poder Derivado Decorrente aquele que cria a Constituição Estadual, duas premissas devem ser estabelecidas desde já: a de que é um poder constituído para o Estado total, e ao mesmo tempo um poder constituinte para o membro federativo e, em segundo lugar, a de, a despeito de se tratar de um poder limitado pelo Poder Constituinte Originário, não se sujeitar a quaisquer outras limitações além das previstas na Constituição Federal<sup>24</sup>.

Antes disso, contudo, não se pode perder de vista a existência de entes federados peculiares na federação brasileira, sendo eles os Municípios e o Distrito Federal. É sobre eles que se passa a discorrer.

#### 1.4 MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

Os Municípios são uma inovação da Constituição de 1988 e, para a maior parte da doutrina nacional, são dotados de autonomia, à luz da clareza do texto constitucional, em seu artigo 1º combinado com o artigo 18<sup>25</sup>. Há respeitável doutrina<sup>26</sup>, entretanto, que não reconhece os Municípios como integrantes da federação, em razão da sua falta de participação e representatividade no Senado Federal, da falta de previsão legal de intervenção federal no seu território e da ausência de Poder Judiciário próprio, dentre outros fatores.

---

<sup>24</sup> MARTINS, op. cit., 2008, p. 11.

<sup>25</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”.

“Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição (...)”.

<sup>26</sup> Nesse sentido, vide, por todos, MENDES, op. cit., p. 817, bem como SILVA, op. cit., p. 474-475 e 640.

Já o Distrito Federal conta com um tratamento especial, que mescla as competências dos Estados Membros com as dos Municípios<sup>27</sup>, de tal modo que se lhe reconhece o mesmo grau de autonomia dos Estados, mas com características próprias dos Municípios, como a elaboração de uma lei orgânica e não de uma constituição própria. Dispõe, assim, das atribuições de autogoverno, autolegislação e autoadministração nas áreas de sua competência exclusiva, apesar de não organizar nem manter o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, as polícias civil e militar e o corpo de bombeiros, todos organizados e mantidos pela União, a quem cabe legislar sobre a matéria<sup>28</sup>.

Esse tratamento diferenciado do Distrito Federal tem razão política de ser, pautando-se na defesa de seu território e competências, já que alberga a capital do País<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Importa, nesse passo, trazer à baila a lição de José Afonso da Silva, para quem o Distrito Federal “Não é Estado. Não é Município. Em certo aspecto, é mais do que o Estado, porque lhe cabem competências legislativas e tributárias reservadas aos Estados e Municípios (art. 32, §1º, e 147). Sob outros aspectos, é menos do que os Estados, porque algumas de suas instituições fundamentais são tuteladas pela União (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Polícia). É nele que se situa a Capital Federal (Brasília). Tem, pois, como *função* primeira, servir de sede ao governo federal. Agora, goza de autonomia político-constitucional, logo não pode mais ser considerado simples autarquia territorial, como o entendíamos no regime constitucional anterior. Parece que basta concebê-lo como uma *unidade federada* com autonomia parcialmente tutelada”. In SILVA, op. cit., p. 649.

<sup>28</sup> MENDES, op. cit., p. 818.

<sup>29</sup> Veja-se que Distrito Federal e Capital Federal não se confundem, como bem alerta Alexandre de Moraes, *in verbis*: “A Constituição Federal determina que Brasília é a Capital Federal (CF, art. 18, §1º), tratando-se de inovação do legislador constituinte de 1988, que não mais definiu o Distrito Federal como a Capital, pois esse é o ente federativo que engloba aquela, ao qual, é vedado dividir-se em municípios (CF, art. 32, *caput*). Assim, ficam diferenciadas a Capital Federal do País da circunscrição territorial representada na Federação pelo Distrito Federal”. In MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 247.

## 2 APORTES TEÓRICOS EM TORNO DO PODER CONSTITUINTE

Embora haja na doutrina contemporânea certa divergência<sup>30</sup> a respeito da verdadeira origem do estudo do poder constituinte, é bastante tranquila a noção de que o conceito de Poder Constituinte foi primeiramente conduzido pelo abade Emmanuel Joseph Sieyès<sup>31</sup>, em sua obra “O que é o Terceiro Estado?”<sup>32</sup>.

Sieyès desenvolveu sua obra, sob a iminência da Revolução Burguesa, em pleno século XVIII, com o intuito de incentivar a população francesa a aderir a suas ideias, adotando, em seu texto, um contorno revolucionário. É fácil se chegar a essa conclusão, ao se verificar a estratégia de convencimento utilizada pelo autor, ao iniciar a obra com os seguintes questionamentos e respostas correlatas: “1ª) O que é o Terceiro Estado? – Tudo; 2ª) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? – Nada; 3ª) O que é que ele pede? – Ser alguma coisa”<sup>33</sup>. Tudo isso, repise-se, a fim de trazer ao longo de sete capítulos motivos suficientes para explicitar o reconhecimento político da classe burguesa ante a sua proeminência no seio da sociedade francesa.

---

<sup>30</sup> Sobre o ponto: “A formulação da teoria do Poder Constituinte, muito embora já se encontrem substanciais referências ao tema na obra de LAFAYETTE, é geralmente atribuída ao padre JOSEPH EMMANUEL SIEYÈS, que divulgou seu pensamento em um panfleto distribuído meses antes da Revolução Francesa, intitulado *O que é o Terceiro Estado* (traduzido, em português, para *A Constituinte Burguesa*).” In TAVEIRA, Christiano de Oliveira; DERBLI, Felipe. *Direito Constitucional*. Coleção Tópicos de Direito. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 68.

<sup>31</sup> Conforme ensinamento de Luís Roberto Barroso, Sieyès era à época simples cônego de Chartres, tendo “dificuldades em ascender na carreira eclesiástica além de um certo ponto, por não ter descendência nobre. De modo que trazia em si esse ressentimento por ocasião da convocação dos Estados-Gerais, em 1788. Sua percepção do momento revolucionário e seus escritos sobre o tema tornaram-no o primeiro e mais profundo teórico da Revolução Francesa. Teve intensa participação política em diferentes fases do processo revolucionário, inclusive em um de seus últimos atos, que foi a transferência do poder a Napoleão Bonaparte.” In BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 96.

<sup>32</sup> No Brasil, adaptou-se o título para “A Constituinte Burguesa”, obra a qual se fará referência em diversos pontos do presente capítulo. Por todas essas referências, cfr. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu’est-ce que le Tiers État?*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>33</sup> SIEYÈS, op. cit., p. 51.

Até aí, entretanto, a obra não passaria de um escrito histórico. Não obstante, torna-se também de grande relevância para a Ciência Política quando introduz, em seu Capítulo V, os primeiros passos para a formação do que se tornaria uma verdadeira teoria do poder constituinte. Com efeito, assevera Sieyès<sup>34</sup>: “[...] só há uma forma de acabar com as diferenças, que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria nação. Se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la”.

A partir dessa afirmação, desenvolve uma teoria alicerçada na soberania nacional<sup>35</sup> – muito embora, em trecho seguinte do texto, explicita não se tratar necessariamente de uma soberania legitimamente popular<sup>36</sup> – trazendo, ao final o conceito de poder constituinte<sup>37</sup>:

Essas leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial.

---

<sup>34</sup> Ibid., p. 45.

<sup>35</sup> É como ensina Luís Roberto Barroso: “A ideia de soberania nacional, pela qual o poder constituinte tem como titular a nação, foi sustentada por Sieyès e teve acolhida ampla na doutrina francesa. Com tal teoria, subtraía-se o poder constituinte tanto do monarca como dos poderes constituídos. Ao combinar poder constituinte com sistema representativo, Sieyès admitiu que a Constituição fosse elaborada não diretamente pelo povo (que via como uma entidade puramente numérica), mas por uma assembleia constituinte, órgão cujos representantes eram eleitos e que expressava a vontade da nação. Sendo soberana a assembleia, a Constituição por ela elaborada não precisava ser submetida à ratificação popular. Essa foi a fórmula que prevaleceu em relação à Constituição de 1791, mas que foi posteriormente superada. No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 invocam a soberania nacional.” In BARROSO, op. cit., 2009a, p. 107.

<sup>36</sup> O que leva José Ribas Vieira a afirmar, no prefácio da versão brasileira da obra, que “Ao contrário de Rousseau, com sua proposta democrática mais plena de soberania (soberania popular), na qual a representação é *uti singuli*, Sieyès postula um processo representativo restrito. Assim, ele esboça, diante do perigo das classes populares conquistarem a igualdade eleitoral, a distinção entre cidadania ativa e passiva”. V. SIEYÈS, op. cit., p. 21. Ainda sobre essa questão, Christiano Taveira e Felipe Derbli esclarecem que “A concepção de SIEYÈS se contrapõe à de Rousseau, para quem a titularidade do Poder Constituinte é do povo. Para ROSSEAU, a soberania popular é a pedra de toque do exercício do Poder Constituinte, que cabe ao próprio povo. A distinção fundamental entre as duas ideias, portanto, é a de que, para SIEYÈS, o Poder Constituinte deveria ser exercido *em nome da nação*, enquanto para ROSSEAU, seu exercício deveria dar-se pelo povo, *em nome do interesse geral*”. In TAVEIRA, op. cit., p. 68.

<sup>37</sup> SIEYÈS, op. cit., p. 48-49.

J.J. Gomes Canotilho<sup>38</sup> sintetiza a teoria formulada por Sieyès da seguinte maneira:

Os momentos fundamentais da teoria do poder constituinte de Sieyès são os seguintes: (1) recorte de um poder constituinte da *nação* entendido como poder *originário* e *soberano*; (2) plena liberdade da nação para criar uma constituição, pois a nação ao “fazer uma obra constituinte”, não está sujeita a formas, limites ou condições preexistentes. Os autores modernos salientam que, no fundo, a teoria do poder constituinte de Sieyès é, simultaneamente, *desconstituente* e *reconstituente*. O poder constituinte antes de ser constituinte é desconstituente porque dirigido contra a “forma monárquica” ou “poder constituído pela monarquia”. Uma vez abolido o poder monárquico, impõe-se uma “reorganização”, um dar “forma”, uma reconstrução da ordem jurídico-política. O **poder constituinte** da Nação entende-se agora como poder reconstituente informado pela ideia criadora e projectante da instauração de uma nova ordem política plasmada numa constituição. Os poderes conformados e regulados por esta constituição criada pela poder constituinte (inclusive o poder de rever ou emendar a constituição – *poder de revisão*) seriam **poderes constituídos**. [Grifos do original]

Constata-se, portanto, que Canotilho, amparado na doutrina de Sieyès, identifica de pronto a necessidade de o poder constituinte ser, ao menos, originário e soberano. Para o professor lusitano, o poder constituinte deve ser analisado sem se perder de vista as suas origens. Sobre o tópico, vale a pena trazer à colação trecho subsequente de sua exposição<sup>39</sup>:

Aparentemente, a teoria do poder constituinte, tal como foi desenvolvida pelas teorias setecentistas, estabelece uma relação lógica entre “criador” e “criatura”, ou seja, entre poder constituinte e constituição. Nada de menos exacto se com isto pretendermos dizer que não existem momentos de tensão entre um poder incondicionado, permanente e irrepitível – o poder constituinte –, e um “poder constituído” pela constituição (ou “poder legislativo constituído”) caracterizado pela estabilidade e vinculação a formas. (...) O mesmo problema preocupou também Sieyès. Por um lado, o poder constituinte “não está previamente submetido a qualquer constituição”; por outro lado, e segundo as suas próprias palavras, “uma constituição é um corpo de leis obrigatório ou não é nada”. Esta tensão entre poder constituinte incondicionado e obrigatoriedade jurídica da constituição justificará a introdução do conceito de **poder constituinte derivado** ou **poder de revisão constitucional** a quem compete alterar, nos termos da constituição, as normas ou princípios por esta fixados. O “poder constituinte revolucionário” equivalia, aos olhos de Sieyès (já na sua fase conservadora), a um factor de instabilidade. Mais valia “um freio [limites do poder de revisão] do que uma insurreição permanente”.

[Grifos do original]

<sup>38</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 73.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 74.

Verifica-se, assim, que Sieyès identificou as características do poder originário, até hoje adotadas pelo Direito Constitucional, sendo elas: a inicialidade, o incondicionamento, a ilimitação e a permanência. Passa-se assim, a analisar cada uma das citadas características.

## 2.1 NOÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE

Conforme já se deixou antever, o poder constituinte é entendido como aquele que traduz a vontade geral da nação e que, assim, pode criar e modificar uma Constituição. Para a doutrina de vanguarda, contudo, o poder constituinte melhor se enquadraria simplesmente como o poder de criar a Constituição, ao passo que os poderes constituídos seriam os responsáveis por modificá-la<sup>40</sup>. Essa, por exemplo, é a postura de Gomes Canotilho, como já aqui verificado.

Entendendo não caber a este trabalho adentrar em tal discussão doutrinária, opta-se por adotar nomenclatura amplamente versada pela teoria constitucional brasileira, segundo a qual seria “Poder Constituinte Originário” o equivalente ao “poder constituinte” da teoria moderna e “Poder Constituinte Derivado” o equivalente ao “poder constituído” daquela mesma doutrina. Nessa esteira, o Poder Constituinte Derivado ainda abarcaria uma subdivisão em Poder Constituinte Derivado *de Reforma* e Poder Constituinte Derivado *Decorrente*, ambos melhor explicitados adiante.

Seja como for, é quase pacífico que a grande distinção entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado está nas suas características diametralmente opostas,

---

<sup>40</sup> MARTINS, op. cit., 2003, p. 41-42.

pois enquanto o primeiro é inicial, ilimitado, permanente e incondicionado, o segundo é derivado, limitado e condicionado<sup>41</sup>. Explica-se.

A ilimitação do Poder Constituinte Originário é de natureza jurídica e significa que ele, a princípio, não encontra limites jurídicos ao seu exercício. Em outros termos: o Poder Constituinte Originário não se submeteria a nenhum ordenamento jurídico, ao passo que todas as leis e decretos infraconstitucionais dependeriam da estrita observância à Constituição<sup>42</sup>. Segundo Sieyès<sup>43</sup>, contudo, o Poder Constituinte da nação está limitado pelo Direito Natural, ou seja, “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural”.

No Brasil, tal ilimitação traz por consequência, por exemplo, a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal analisar e julgar a constitucionalidade em abstrato das normas originárias do texto constitucional vigente, uma vez que, tendo sido ele próprio criado pela Constituição<sup>44</sup> e tendo por função precípua a guarda da Constituição, não poderia a criatura se voltar contra o seu criador<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Classificação adotada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho in FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O Poder Constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 10-16, e acompanhada por TAVEIRA, op. cit., p. 71-72.

<sup>42</sup> TAVEIRA, op. cit., p. 72.

<sup>43</sup> SIEYÈS, op. cit., p. 48.

<sup>44</sup> Vide Art. 102, *caput*, da CRFB/88, *in verbis*: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]” In BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2012.

<sup>45</sup> A questão já foi objeto de análise pelo STF em *leading case* digno de menção. Trata-se da ADI n. 815/DF, em que o Governador do Rio Grande do Sul propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade contra dispositivo constitucional originário, entendendo-o violador da igualdade do voto. A ação teve julgamento desfavorável por se entender que o pedido era juridicamente impossível, tendo em vista que norma constitucional originária não poderia ser alvo de inconstitucionalidade. O STF fundamentou a decisão afirmando que, se o próprio STF recebeu seus poderes e competências diretamente do poder constituinte originário, não seria possível, àquele Órgão, contradizer qualquer positividade diretamente realizada pelo mesmo poder constituinte originário que o criou; ademais, não haveria como o STF atuar como fiscal do poder constituinte originário, pois não é de sua competência. Em suma, o STF entendeu que não há inconstitucionalidade de norma constitucional originária. Isto denuncia a adesão, pelo Supremo, à corrente positivista, que crê absoluta a ilimitação do Poder Constituinte Originário. O mesmo raciocínio, contudo, não é aplicado ao controle de constitucionalidade de normas

O incondicionamento, por sua vez – que não se confunde com a ilimitação –, significa que o Poder Constituinte Originário é livre para se expressar sobre qualquer tema que envolva a ordem jurídico-política da nação, não estando subordinado a requisitos, parâmetros ou condições estabelecidas pela ordem preexistente. Em outros termos: não tem a nação que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.<sup>46</sup> É como se manifesta Sieyès<sup>47</sup>: “Qualquer que seja a forma que a nação quiser, basta que ela queira; todas as formas são boas, e sua vontade é sempre a lei suprema”, embora isso não impeça que o autor enxergue a reunião de representantes extraordinários como a forma ideal de manifestação do Poder Constituinte<sup>48</sup>.

A inicialidade do Poder Constituinte Originário é tratada como característica que o torna inicial a todo o arcabouço legislativo inferior, ainda que anterior à Constituição. Daí deriva a ideia de “recepção” das normas infraconstitucionais anteriores. Não se pode falar em revogação, pois em realidade a nova Constituição confere um novo fundamento de validade ao direito infraconstitucional anterior, de modo que as normas anteriores à nova Constituição que com ela forem incompatíveis, não terão sido “recepcionadas”. Dessa forma, “o título que justifica a Constituição é a vontade da nação, ao passo que é a Constituição, por assim dizer, o título em que se baseiam todos os poderes constituídos”<sup>49</sup>.

Por último, a permanência – característica nem sempre enfrentada pela doutrina – significa que o Poder Constituinte Originário não se esgota após a elaboração da Constituição, visto que “mantém-se latente no povo, seu verdadeiro titular, podendo ser exercido em

---

constitucionais introduzidas por meio de Emendas Constitucionais, pois, neste caso, são obra do Poder Constituinte Derivado Reformador.

<sup>46</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 14.

<sup>47</sup> SIEYÈS, op. cit., p. 51.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 15.

qualquer tempo, quando se concluir pela decisão constituinte, isto é, quando se concluir que, pelas circunstâncias históricas, econômicas, sociais e políticas, é o momento de uma nova Constituição”<sup>50</sup>. É a permanência a característica menos palpável dentre todas, mas que certamente existe implicitamente na ordem jurídica. Nas palavras de Sieyès<sup>51</sup>, “Não só a nação não está submetida a uma Constituição, como ela não pode estar, ela não deve estar, o que equivale a dizer que ela não está”.

Dito isso, resta simplificada a compreensão, por outro lado, quanto às características de limitação, condicionamento e derivação do Poder Constituinte Derivado, analisadas a seguir.

## 2.2 PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR<sup>52</sup>

O Poder Constituinte Derivado Reformador é um poder instituído, isso é, poder criado pelo Poder Constituinte Originário, de modo que é este último que o autoriza, disciplina e limita seu exercício<sup>53</sup>. Esse poder de reforma se traduz na possibilidade de se modificar o texto constitucional, seja alterando normas originárias, seja incluindo novas normas constitucionais, a fim de torná-lo dinâmico e consentâneo com a evolução de determinada sociedade.

---

<sup>50</sup> TAVEIRA, op. cit., p. 71.

<sup>51</sup> SIEYÈS, op. cit., p. 50.

<sup>52</sup> Há que se fazer menção ainda a outra forma de modificação do texto constitucional, por meio de um processo informal denominado *mutação constitucional* que, nas palavras de Luís Roberto Barroso, consiste em “mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à *plasticidade* de que são dotadas inúmeras normas constitucionais. (...) consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto”. In BARROSO, op. cit., 2009a, p. 123-125.

<sup>53</sup> MARTINS, op. cit., 2003, p. 50.

Para se reformar uma constituição, normalmente é preciso um maior quórum de deliberação dos representantes da nação – caso em que a Constituição será classificada como rígida –, podendo tal reforma se dar, ao menos no Brasil, por meio dos processos de revisão ou de emenda. Segundo Pinto Ferreira e Meirelles Teixeira<sup>54</sup>,

[...] emenda é a modificação de certos pontos, cuja estabilidade o legislador constituinte não considerou tão grande como outros mais valiosos, se bem que submetida a obstáculos e formalidades mais difíceis que os exigidos para a alteração das leis ordinárias. Já a revisão seria uma alteração anexável, exigindo formalidades e processos mais lentos e dificultados que a emenda, a fim de garantir uma suprema estabilidade do texto constitucional.

Segundo Cristiano Martins<sup>55</sup>, a emenda seria, na verdade, toda reforma constitucional cujo momento de operação não está previamente designado, enquanto a revisão seria espécie de reforma constitucional planejada e exercida nos momentos previstos na própria Constituição.

Luís Roberto Barroso<sup>56</sup> sistematiza os requisitos para aprovação de emendas constitucionais, na Constituição de 1988, da seguinte forma:

- a) Iniciativa: a reforma do texto constitucional depende de iniciativa: (i) de 1/3 (um terço) dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; (ii) do Presidente da República; ou (iii) de mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados;
- b) Quórum de aprovação: 3/5 (três quintos) dos votos dos membros de cada Casa do Congresso;
- c) Procedimento: discussão e votação em cada Casa, em dois turnos.

O Poder Constituinte Derivado, portanto, *deriva* da própria Constituição, responsável por fixar como se dará sua atuação, se *condiciona* ao texto constitucional, pois só pode modificá-lo dentro daquilo que lhe é permitido, e se *limita* formal e materialmente.

Os limites ao Poder Constituinte Derivado são comumente subdivididos em limites de ordem procedimental, temporal, circunstancial e material<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> FERREIRA e MEIRELLES apud SILVA, op. cit., p. 62.

<sup>55</sup> MARTINS, op. cit., 2003, p. 50.

<sup>56</sup> BARROSO, op. cit., 2009a, p. 157.

Os limites de ordem procedimental já foram aqui enfrentados e dizem respeito à maior rigidez no processo de reforma, com quórum diferenciado de votação<sup>58</sup>.

Os limites temporais tomam lugar quando a Constituição determina que dentro de certo espaço de tempo não poderá ocorrer qualquer alteração no seu texto. No Brasil, atualmente a Constituição de 1988 não prevê qualquer limite de ordem temporal.

Já os limites de ordem circunstancial encontram-se previstos na atual Constituição, visto que esta não poderá ser alterada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio<sup>59</sup>.

Em relação às limitações materiais é que há maior debate doutrinário, havendo quem enxergue limitações implícitas<sup>60</sup> no texto constitucional, ao lado das limitações explícitas, previstas no Art. 60, § 4º. São as limitações materiais as mais importantes de todas, normalmente se referindo a certos tópicos considerados fundamentais. No Brasil, atualmente, são limitações explícitas: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Significa dizer que

<sup>57</sup> Adota-se classificação de Luís Roberto Barroso, substituindo-se apenas o termo “limitação formal” por “procedimental”, a fim de melhor esclarecer de que se trata. V. BARROSO, op. cit., 2009a, p. 148.

<sup>58</sup> Por todos, v. Sérgio Ferrari: “[...] a questão da reforma constitucional está inevitavelmente ligada à rigidez constitucional, isto é, à previsão de um processo de alteração da constituição mais complexo que o processo de alteração da lei. O problema não se colocaria diante das constituições chamadas flexíveis, ou seja, aquelas que podem ser modificadas sem formalidades especiais, pelo próprio legislador.”. In FERRARI, op. cit., p. 28.

<sup>59</sup> Conforme §1º do Art. 60 da CRFB/88: “§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.” In BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2012.

<sup>60</sup> Já em 1963, Nelson de Souza Sampaio estudava o tema referente às limitações implícitas à Constituição, tendo apontado as seguintes: (i) a manutenção dos direitos fundamentais do homem e garantias individuais, (ii) as regras concernentes ao titular do poder constituinte, que é o povo, não sendo, assim, possível a transformação de monarquia para república ou vice-versa, (iii) a inalterabilidade do titular do poder constituinte instituído, ou seja, a inalterabilidade de quem pode fazer a mudança da Constituição, e (iv) a proibição da alteração das regras que disciplinam formalmente o procedimento da alteração constitucional. É o que se encontra em SAMPAIO apud FERREIRA FILHO, op. cit., p. 112-115. No que tange à doutrina mais moderna, Paulo Braga Galvão encontra ao menos duas hipóteses de limitações implícitas atualmente, quais sejam, a possibilidade de emenda que altere o próprio processo revisional e a alteração ou supressão dos limites materiais explícitos. Cfr. GALVÃO apud FERRARI, op. cit., p. 30.

não poderá qualquer proposta de emenda constitucional tratar dos temas supramencionados, sob pena de nulificação do procedimento de votação.

### 2.3 PODER CONSTITUINTE DERIVADO DECORRENTE

O Poder Constituinte Derivado Decorrente é um poder que atua de forma bastante distinta do Poder Constituinte Derivado Reformador. Sua preocupação não é modificar o texto constitucional, mas sim criar um novo parâmetro normativo em âmbito estadual.

É o Poder Constituinte Derivado Decorrente, em tese, expressão máxima de aplicação do princípio federativo, ao possibilitar que os Estados Membros exerçam o papel a eles determinado pela Constituição<sup>61</sup>.

Seja como for, tendo em vista ter-se percorrido toda a história da teoria do poder constituinte até aqui para se chegar finalmente à figura derradeira do Poder Constituinte Derivado Decorrente<sup>62</sup>, inaugura-se novo Capítulo em virtude da relevância do estudo do tema para os fins deste trabalho.

---

<sup>61</sup> Diz-se em tese, tendo em vista que o presente trabalho monográfico toma por base a multicitada obra de Sérgio Ferrari, intitulada academicamente como “A Constituição Estadual no Federalismo Brasileiro e sua (Des)importância Atual”, título este que antecipa as conclusões alcançadas pelo autor e com as quais se concorda ao final.

<sup>62</sup> Ou simplesmente Poder Constituinte Decorrente, para quem não vislumbra que este poder tratar-se-ia de espécie do gênero Poder Constituinte Derivado. Cfr. FERRARI, op. cit., p. 25, *in verbis*: “[...] deixamos de usar a nomenclatura ‘poder constituinte derivado decorrente’, como se o terceiro fosse uma subespécie do segundo”.

### 3 O PODER CONSTITUINTE DERIVADO DECORRENTE. LIMITES E POSSIBILIDADES DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

O Poder Constituinte Derivado Decorrente é aquele que confere aos Estados Membros de uma Federação o poder para se auto-organizarem por meio de suas próprias constituições, constituições estas que servirão como parâmetro e fundamento de validade de toda a esfera estadual daquele ente. Essa pelo menos é, em tese, a ideia da criação deste poder pelo Poder Constituinte Originário, tal qual se deu na atual Constituição da República de 1988, que estabelece, em seu Art. 25, que “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”<sup>63</sup>.

Ocorre que o que se extrai da realidade brasileira é que tais constituições estaduais têm perdido – não que alguma vez tenham efetivamente alcançado – a sua importância no cenário federativo pátrio, que conta com três entes de direito público interno, mais a figura do Distrito Federal<sup>64</sup>.

Tal constatação não é isolada, visto que se tem notícia da existência de toda uma doutrina crítica contemporânea que tem enfrentado a questão sobre o que seria o Poder Constituinte Derivado Decorrente e o problema de sua limitação no caso brasileiro, em que sobra pouco espaço para os Estados exercerem sua tríplice capacidade, como será visto mais adiante.

---

<sup>63</sup> BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2012.

<sup>64</sup> Veja-se que, embora se encontre na estrutura organizacional administrativa brasileira as figuras da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (e, ainda, eventualmente, Territórios), diz-se haver um *federalismo de três níveis*, tendo em conta que o Distrito Federal é um ente federado que ostenta natureza híbrida, mesclando competências estaduais com competências municipais.

Antes, entretanto, faz-se necessário traçar as características que diferenciam o Poder Constituinte Derivado Decorrente do Poder Constituinte Derivado Reformador (este último já analisado no capítulo anterior).

Normalmente, doutrina e jurisprudência encontram no Poder Constituinte Derivado Decorrente as mesmas características já vistas, referentes à limitação, derivação e condicionamento, já que, por mais que ele inicie uma carta constitucional em âmbito estadual, ele continua *derivando* do Poder Constituinte Originário, se *condicionando* à Constituição da República e se *limitando* aos assuntos que lhe são permitidos enfrentar, o que normalmente se circunscreve àqueles de competência estadual e que não violem as competências federal e municipal<sup>65</sup>.

Não obstante, Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>66</sup> chega a vislumbrar uma inicialidade no Poder Constituinte Derivado Decorrente, ao asseverar que

[...] o poder constituinte decorrente, como vimos, goza de uma principalidade ainda que condicionada. (...) O poder derivado [o autor se refere ao que tem-se chamado aqui de Poder Constituinte Derivado Reformador] não goza desta principalidade em nenhuma forma, pois as emendas que produz não são consideradas um novo início, mas crescem e modificam o que já foi iniciado por um ato principal. Já o poder decorrente instaura um início, posto que, dogmaticamente, o Estado-membro e, neste sentido, o próprio desígnio de se instituir um Estado **federal**, sem ele não se constitui. Nestes termos, o poder constituinte decorrente, em face do poder constituinte derivado, é mais do que este, porque goza de principalidade, mas é menos, porque não é soberano. [Grifos do original, com informações entre colchetes acrescentadas]

Essa característica não é pacífica, levando, por exemplo, Sérgio Ferrari<sup>67</sup> a discordar veementemente do citado autor, visto que possui posição voltada contra a importância

<sup>65</sup> É como estabelece o Art. 25, §1º, da CRFB/88: “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”. In BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2012.

<sup>66</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Princípios Condicionantes do Poder Constituinte Estadual em Face da Constituição Federal. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 92, p. 34-42, out/dez 1989, p. 35.

<sup>67</sup> FERRARI, op. cit., p. 33.

conferida à Constituição Estadual. Segundo Ferrari, não se pode falar em principalidade ou inicialidade do poder de elaborar constituições estaduais se não são estas os fundamentos de validade para as leis estaduais e municipais vigentes no país.

Ainda segundo Ferrari<sup>68</sup>, não se visualiza um verdadeiro sentimento constitucional<sup>69</sup> em torno das constituições estaduais existentes nos vinte e seis Estados Membros da federação brasileira, estas muitas das vezes desprezadas ou desconhecidas até mesmo pela própria comunidade jurídica.

Certo é que o Poder Constituinte Derivado Decorrente deriva de uma competência constitucionalmente limitada e, assim como as leis e atos normativos estaduais, sujeita-se a controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Aliás, conforme bem observado por Barroso<sup>70</sup>, é em relação às normas constitucionais estaduais que o STF atua com maior vigor quando de sua atividade de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

A compreensão das razões desse fenômeno de enfraquecimento das constituições estaduais se torna mais fácil ao se recordar, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, as origens da formação do federalismo brasileiro, que adveio de um processo de segregação, ou seja, da transformação de um Estado unitário em Estado Federal. Com efeito, o problema do Poder Constituinte Derivado Decorrente dos Estados federados não encontra a mesma relevância no federalismo por agregação, onde os Estados unem-se para tornarem-se um único

---

<sup>68</sup> Ibid., p. 259.

<sup>69</sup> O termo é metajurídico e foi conceituado por Karl Lowenstein como a designação de “um dos fenômenos psicossociais e sociológicos do existencialismo político mais difíceis de captar. Poder-se-ia descrevê-lo como aquela consciência da comunidade que, transcendendo a todos os antagonismos e tensões existentes político-partidárias, econômico-sociais, religiosas e de outro tipo, integra detentores e destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória, justamente a constituição, submetendo o processo político aos interesses da comunidade.” É o que se encontra em LOWENSTEIN apud FERRARI, op. cit., p. 253.

<sup>70</sup> BARROSO, op. cit., 2009a, p. 146.

Estado, visto que, neste processo, não haveria função útil para o (novo) Poder Constituinte Derivado ao organizar constitucionalmente Estados que já preexistiam ao Estado Federal<sup>71</sup>.

Tendo por orientação o quanto disposto no Art. 25 da Constituição da República, especialmente em seu §1º, segundo o qual ficam reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição Federal, parece um pouco vaga a definição de quais sejam as matérias a serem traçadas pelas constituições estaduais, produto do exercício do Poder Constituinte Derivado Decorrente.

O dilema já foi enfrentado pela doutrina em diversas tentativas de sistematizações de quais seriam as matérias a serem disciplinadas pelas constituições estaduais, podendo-se encontrar uma boa compilação de tais tentativas na obra de Sérgio Ferrari que, após apresentar a produção de Raul Machado Horta<sup>72</sup>, José Afonso da Silva<sup>73</sup>, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>74</sup>, Anna Cândida da Cunha Ferraz<sup>75</sup> e Gabriel Ivo<sup>76</sup> sobre o tema, acaba por fazer uma nova proposta esquemática do que seriam as limitações materiais impostas ao Poder Constituinte Derivado Decorrente. Faz isso, contudo, ressaltando que a classificação sugerida não pretende substituir ou negar as anteriores, mas, pelo contrário, é partidária de

---

<sup>71</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 134-135.

<sup>72</sup> Segundo Raul Machado Horta, haveria *normas de reprodução e normas de imitação*, sendo as primeiras aquelas reproduzidas nas constituições estaduais de forma compulsória e as segundas aquelas que representam uma voluntariedade de adesão do constituinte estadual às ideias formuladas pelo constituinte federal, copiando certas normas por livre manifestação de vontade. *In Ibid.*, p. 133.

<sup>73</sup> Segundo José Afonso da Silva, três seriam as espécies de princípios limitadores de autonomia do constituinte estadual, a saber, os princípios constitucionais sensíveis, os princípios constitucionais estabelecidos e os princípios constitucionais extensíveis, sendo que estes últimos teriam sido suprimidos da CRFB/88. Os princípios sensíveis seriam aqueles trazidos pelo Art. 34, VII, da CRFB/88, enquanto os estabelecidos seriam “os que limitam a autonomia organizatória dos Estados”, ou seja, “aquelas regras que revelam, previamente, a matéria de sua organização e as normas constitucionais de caráter vedatório, bem como os princípios de organização política, social econômica, que determinam o retraimento da autonomia estadual, cuja identificação reclama pesquisa no texto da Constituição”. Cfr. SILVA, op. cit., p. 613.

<sup>74</sup> Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, haveria princípios de limitação – encontrados no Art. 34, VII, e Art. 60, § 4º, à exceção do inciso I, da CRFB – e normas de preordenação, específicas que o poder constituinte estadual não poderia afastar, como o caso dos Art. 27 e 28 da CRFB/88. Cfr. FERRARI, op. cit., p. 135.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 136-137.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 137-140.

seus fundamentos, só sendo válida a fim de se coadunar com os princípios e regras constitucionais modernos, amparados nos pensamentos de Robert Alexy e Luís Roberto Barroso<sup>77</sup>.

No que tange às limitações materiais ao Poder Constituinte Derivado Decorrente, a classificação de Sérgio Ferrari<sup>78</sup> seria a seguinte:

1. princípios da Constituição Federal;
2. regras de organização dirigidas aos Estados-membros e divididas em:
  - 2.1. regras dirigidas indistintamente ao Estado-membro e a pelo menos mais uma espécie de ente federativo (União, Distrito Federal ou Municípios),
  - 2.2. regras dirigidas especificamente à organização dos Estados-membros;
3. regras de organização da União extensíveis, de forma simétrica, à organização dos Estados-membros;
4. regras da Constituição Federal limitadoras da autonomia dos Estados-membros.

Já no que diz respeito às limitações formais ao poder de auto-organização dos Estados Membros, aponta o autor o teor do Art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*: “Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta”<sup>79</sup>.

Ora, o que se verifica na prática é que muito do que se encontra sobre limites e possibilidades do Poder Constituinte Derivado Decorrente acaba por ser determinado, em realidade, pela jurisprudência dos tribunais, em especial a do Supremo Tribunal Federal, que vem determinando casuisticamente o que vem a ser de reprodução obrigatória nos textos constitucionais estaduais.

Sobre o tema Luís Roberto Barroso<sup>80</sup> apresenta o seguinte quadro:

---

<sup>77</sup> Ibid., p. 143.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2012.

<sup>80</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 32-33.

A Federação, mecanismo de repartição do poder político entre a União, os Estados e os Municípios, foi amplamente reorganizada, superando a fase do regime de 1967-69, de forte concentração de atribuições e receitas no Governo Federal. Embora a União tenha conservado ainda a parcela mais substantiva das competências *legislativas*, ampliaram-se as competências *político-administrativas* de Estados e Municípios, inclusive com a previsão de um domínio relativamente amplo de atuação *comum* dos entes estatais. A partilha das receitas *tributárias*, de outra parte, embora um pouco mais equânime do que no regime anterior, ainda favorece de modo significativo a União, principal beneficiária da elevadíssima carga tributária vigente no Brasil. De parte isto, ao longo dos anos, a União ampliou sua arrecadação mediante contribuições sociais, tributo em relação ao qual Estados e Municípios não têm participação, contribuindo ainda mais para a hegemonia federal. A verdade inegável é que os Estados brasileiros, em sua grande maioria, apesar da recuperação de sua autonomia política, não conseguiram encontrar o equilíbrio financeiro desejável. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também seguiu, como regra geral, uma lógica centralizadora. O reequacionamento do federalismo brasileiro no Brasil é um tema à espera de um autor.

Diante disso, um estudo sobre o tema não pode deixar de enfrentar os principais precedentes já existentes.

Antes disso, entretanto, pretende-se ainda aprofundar um pouco mais o que seja a base teórica do federalismo, apresentando-se a seguir o denominado princípio da simetria, bem como seus efeitos e desdobramentos na estrutura da federação brasileira.

#### **4 PRINCÍPIOS DINÂMICOS DO FEDERALISMO BRASILEIRO. NOTAS SOBRE O DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA E SUA CONTROVERTIDA APLICAÇÃO DOUTRINÁRIA.**

Ao iniciar o presente capítulo, cumpre assinalar que se tomará por base precipuamente a multicitada obra de Cristiano Franco Martins<sup>81</sup>, em que o autor propõe o esquadramento do princípio federativo a partir da leitura dos princípios de configuração, princípios de manutenção e princípios dinâmicos em que ele está inserido.

Dito isso, é preciso esclarecer ainda como ocorre essa dinâmica.

Segundo o autor, o princípio federativo configurar-se-ia através de dois subprincípios, a saber: o da descentralização política constitucional e o da participação política. Também o princípio federativo dependeria de mais dois subprincípios para se manter, sendo eles o princípio da intangibilidade federal e o princípio da proteção institucional. Todos esses princípios se enquadrariam em uma etapa estática, com vistas à definição de um modelo federal. Não obstante, haveria uma etapa subsequente, denominada etapa dinâmica, responsável pelos ajustes necessários à própria sobrevivência daquele modelo, capaz de redefini-lo constantemente. A etapa dinâmica seria composta pelos princípios da subsidiariedade, da simetria e da conexão sistêmica.

Não é a proposta deste trabalho demonstrar a pertinência de cada um dos citados princípios, até mesmo porque Cristiano Martins já os apresenta de maneira primorosa. Contudo, com relação especificamente ao princípio da simetria, há que se fazer maiores considerações.

---

<sup>81</sup> Cfr. MARTINS, op. cit., 2003.

O princípio da simetria é aquele responsável por constranger as unidades parciais do Estado federal a observarem um modelo padrão, seja na sua organização, seja no exercício do seu poder local<sup>82</sup>.

Tal princípio da simetria é dissecado por Cristiano Martins por meio de três diferentes espécies: a simetria explícita e a implícita, a simetria positiva e a negativa e a simetria direta e a indireta.

Nesta esteira, a primeira espécie de simetria se relaciona com o fato de a Constituição Federal tratar textualmente da mesma – caso em que será uma simetria explícita –, ou não, caso em decorrerá do próprio sistema constitucional, a ser interpretado pelos aplicadores do direito (sendo, então, uma simetria implícita).

A segunda espécie de simetria corresponde à questão de o ente maior (no caso, a União Federal) determinar aos entes menores (Estados Membros) que adotem o mesmo padrão imposto para a União. Se isso ocorre, há uma simetria positiva. Por outro lado, há uma simetria negativa toda vez que houver uma proibição de o ente menor realizar algo que não foi previsto para o ente maior. Como se verá, a simetria negativa fere a lógica do pacto federativo.

Por fim, a terceira espécie de simetria tem a ver com o fato de a regra de padronização decorrer diretamente da Constituição Federal (daí ser denominada simetria direta) ou, pelo contrário, decorrer da legislação infraconstitucional, ainda que por força de comando constitucional (daí ser denominada simetria indireta).

---

<sup>82</sup> Ibid., p. 120.

Traçadas, ainda que sucintamente, as diferentes formas em que pode se apresentar o princípio da simetria, faz-se necessário um maior aprofundamento de suas diferentes facetas. É o que se passa a fazer.

#### 4.1 A SIMETRIA EXPLÍCITA. A INCIDÊNCIA DAS NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA À LUZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL.

Embora não se desconheça a grande controvérsia doutrinária que existe em torno da existência ou não do princípio da simetria, certo é que normas há na Constituição Federal que determinam a observância pelos Estados Membros de certas questões mais sensíveis à estrutura da federação brasileira.

Um dos casos mais emblemáticos de simetria explícita é aquele determinado pelo Art. 37 da Constituição Federal, que dispõe em seu *caput* que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Com isso, tal dispositivo expressamente determina a abrangência de sua aplicabilidade a todos os entes da federação, o que os torna simétricos, pelo menos no que se refere à observância de princípios administrativos.

Ainda no âmbito do Direito Administrativo, na sequência, a Constituição determina em seu Art. 39 que União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituem, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. A par da decisão liminar de suspensão

de eficácia da redação conferida pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998<sup>83</sup>, ao citado dispositivo, também aqui se verifica um caso de simetria expressa, eis que a Constituição explicita e padroniza o regime jurídico de todos os servidores públicos da nação.

Adentrando a seara tributária, verifica-se ainda que a Constituição Federal padroniza as limitações ao poder de tributar, ao criar restrições variadas no Art. 150 à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, concomitantemente.

#### 4.2 A SIMETRIA IMPLÍCITA. JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA E “LÓGICA CONSTITUCIONAL”.

Outra forma como o princípio da simetria pode se apresentar é de maneira implícita, a partir da interpretação dos princípios que regem a Carta Magna. Tal papel incumbe principalmente ao Supremo Tribunal Federal, órgão que efetivamente sedimenta e dá a palavra final ao tratar das questões constitucionais que cercam as ações judiciais, seja no plano subjetivo, nas ações iniciadas nos tribunais locais, seja no plano objetivo, com as ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade.

Veja-se que o papel do Supremo Tribunal Federal aqui é de grande valia, como bem observa a doutrina<sup>84</sup> de modo uníssono:

---

<sup>83</sup> “O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 039, *caput*, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 019, de 04 de junho de 1998, tudo nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, esclarecido, nesta assentada, que a decisão - como é próprio das medidas cautelares - terá efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie, que lavrará o acórdão. Não participaram da votação a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Gilmar Mendes por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim e Néri da Silveira”. *In* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) n. 2135-4, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgada em 02 ago. 2007, DJ 07 mar. 2008.

[...] o princípio federativo, incorporado que está na Carta constitucional, exige a presença de uma instituição jurídico-política que garanta a manutenção da Constituição e, conseqüentemente, sua própria sobrevivência.

Surge, assim, o princípio da proteção institucional, segundo o qual há de existir um órgão jurisdicional que exerça, de forma suprema, o papel de defensor da Constituição e do princípio federativo.

Não se deve, porém, interpretar esta proteção institucional em termos estritos. A missão da Corte Suprema vai muito além da mera garantia ao núcleo material do princípio federativo.

Na realidade, como intérprete maior da Constituição – entendida como norma jurídica fundamental do Estado – a Corte Suprema não apenas garante, mas também contribui para definir o princípio federativo.

A simetria implícita, assim, está relacionada aos casos em que o constituinte originário não foi expresso, mas em que, ainda assim, o Supremo Tribunal Federal entende ser hipóteses de reprodução obrigatória de certos comandos pelos Estados Membros em suas respectivas constituições, com base na conexão dos princípios constitucionais que permeiam o ordenamento jurídico pátrio.

Importante o estudo da jurisprudência da Corte Superior, razão pela qual se inicia com a ilustração dos seguintes precedentes<sup>85-86</sup>, *in verbis*:

[...] Do voto do eminente relator, Ministro Maurício Corrêa, destaco as seguintes conclusões (DJ 19.12.03): “Sem consistência, portanto, a tese que nega aos Estados a faculdade de editar medida provisória por ser obrigatória a interpretação restritiva do modelo federal, e por constituir exceção ao princípio da tripartição dos Poderes. É que o § 1º do artigo 25 da Carta Federal reservou aos Estados ‘as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição’. Quis o constituinte que as unidades federadas pudessem adotar o modelo do processo legislativo admitido para a União, uma vez que nada está disposto, no ponto, que lhes seja vedado. Ora, se a Constituição Federal foi silente em relação às espécies normativas que poderiam ser editadas pelos Estados, não cabe colocar a questão em termos de interpretação restritiva ou ampliativa de preceito inexistente. Ademais, essa exegese só se aplica às limitações ao poder constituinte estadual, com exceção, é claro, das cláusulas pétreas, como observa JOSÉ AFONSO DA SILVA. (...) É tradição nesta Corte aplicar o princípio da simetria ao procedimento legislativo nos Estados-membros, que também enfrentam situações excepcionais a reclamar providências urgentes e relevantes capazes de saná-las, especialmente se considerarmos o fato de que vários deles possuem tamanho, população e economia equiparáveis a diversos países do mundo. (...) Impende assinalar que são de observância compulsória os dois

<sup>84</sup> MARTINS, op. cit., 2003, p. 105-106.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo Semanal n. 437, Transcrições, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2391/SC. Relatora Min. Ellen Gracie, acórdão pendente de publicação.

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2872/PI. Relator Min. Eros Grau, Relator p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 01 ago. 2011, DJ 02 set. 2011.

requisitos - relevância e urgência - impostos à União pelo artigo 62 da Constituição Federal. A respeito do processo legislativo anoto que esta Corte vem decidindo quanto à obrigatoriedade de os Estados-membros observarem as linhas básicas do modelo federal (ADIs 216-PB, Redator p/ o acórdão Celso de Mello, RTJ 146/388; 822-RS, Pertence, RTJ 150/482; 1181-2-TO, de que fui relator, DJ 18/06/97). Essa vinculação deve ser seguida, inclusive, em relação às modificações introduzidas pela EC 32/01, condição de validade do dispositivo estadual desde então.” 3. Acrescento, ademais, que, se a Constituição Federal não autorizou explicitamente os Estados-membros a adotarem medidas provisórias, ofereceu forte e significativa indicação quanto a essa possibilidade, ao estabelecer, no capítulo referente à organização e à regência dos Estados, a competência desses entes da Federação para “explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação” (CF, art. 25, § 2º). Concluir de forma diversa nos levaria a indagar, inevitavelmente, se teria sentido endereçar tal restrição ao Presidente da República em dispositivo que trata apenas de atividade exclusiva de outros partícipes da Federação que não a União ou, ainda, por que motivo a Constituição Federal imporá uma proibição específica quanto à utilização, pelos Estados-membros, de instrumento legislativo que lhes fosse vedado instituir. A inexistência, ao que me parece, de respostas razoáveis a esses questionamentos, conduz à conclusão obtida pela Corte na apreciação da ADI 425, no sentido da constitucionalidade da adoção de medidas provisórias pelos Estados, com a condição inafastável de que esse instrumento esteja expressamente previsto na Constituição Estadual e nos mesmos moldes impostos pela Constituição Federal, tendo em vista a necessidade da observância simétrica do processo legislativo federal.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ. PREVISÃO DE NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR. PROCESSO LEGISLATIVO. NORMAS QUE VERSAM SOBRE SERVIDOR PÚBLICO. SITUAÇÕES EM QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL EXIGE LEI ORDINÁRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SIMETRIA. ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE. I – A inconstitucionalidade dos preceitos impugnados decorre da violação ao princípio da simetria, uma vez que a Constituição do Estado do Piauí exige a edição de Lei Complementar para o tratamento de matérias em relação às quais a Constituição Federal prevê o processo legislativo ordinário. II – A jurisprudência reiterada desta Corte é no sentido de que o Estado-membro, em tema de processo legislativo, deve observância cogente à sistemática ditada pela Constituição Federal. Precedentes. III – Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos III, VII, VIII, IX e X, e do parágrafo único do art. 77 da Constituição do Estado do Piauí.

Como se verifica, e também é ressaltado por Cristiano Franco Martins<sup>87</sup>, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a simetria implícita no que diz respeito ao processo legislativo, por conta do princípio da separação de poderes aplicado ao princípio federativo. Também Barroso<sup>88</sup> observa, em nota de rodapé: “O STF exige que os Estados-membros

<sup>87</sup> MARTINS, op. cit., 2003, p. 178.

<sup>88</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2009d, p. 33.

observem o modelo federal e o princípio da simetria na maior parte dos temas relevantes, aí incluídos, por exemplo, o processo legislativo e as regras de aposentadoria”.

Não é livre de críticas a leitura dada pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da simetria. Cite-se, por todos, Anna Cândida da Cunha Ferraz<sup>89</sup>:

[...] Na verdade, não se justifica tal transplante [da competência do Executivo Federal impressa na Constituição Federal aos Estados], sistematicamente mantido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Como acentuado, as normas constitucionais que disciplinam a atuação da União e que não têm disposição expressa determinando sua transposição ou observância pelas Constituições Estaduais não devem ser automaticamente transportadas para as constituições estaduais em razão da autonomia constitucional estadual assegurada pelas normas que a disciplinam e limitam na Constituição Federal. Com relação ao processo legislativo, o que o regime democrático e o Estado Democrático de Direito impõem, como norma de observância obrigatória pelos Estados, [é que] apenas devem constituir parâmetros para os Estados os princípios e as normas gerais que visam a assegurar a legitimidade e a regularidade da elaboração legislativa. Assim, apenas tais princípios e normas deveriam constituir normas de observância obrigatória pelos Estados. Regras particulares ou específicas, tais como as que privilegiam aspectos da atuação do Presidente da República, não se apresentam como essenciais para assegurar, no Estado Federal Brasileiro, o respeito aos princípios mencionados.

Outro exemplo característico da simetria implícita está no processo eleitoral presidencial, expresso no Art. 77, §§2º e 3º da Constituição Federal. Sobre o tema, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>90</sup>:

DECISÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ELEITORAL. CASSAÇÃO DE GOVERNADOR E VICE-GOVERNADOR. 1. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL: PARTICIPAÇÃO DE ASSISTENTE. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. 2. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA. ARTS. 5º, CAPUT, E 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356. 3. NECESSIDADE DE NOVA ELEIÇÃO: AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (...) “Pelo princípio da simetria, [os arts. 1º e 77, §§ 2º e 3º, da Constituição da República são aplicáveis] aos Estados Membros e, quanto ao § 3º do citado art. 77, aos municípios com mais de 200 mil eleitores (arts. 28 e 29, I e II da CF). [...]

<sup>89</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre a Jurisdição Constitucional nos Estados-Membros. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XIX. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 194.

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 760103, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 18 ago. 2009, DJ 15 dez. 2009.

Tal simetria estaria alicerçada nos princípios do Estado Democrático de Direito e da soberania popular, a fim de que o processo eleitoral nos Estados Membros observe também o sistema da maioria absoluta de votos, tal como se dá nas eleições para a Presidência da República. Esta é pelo menos a posição atual do Supremo Tribunal Federal.

Simetria implícita, porém, não se confunde com simetria negativa, como se verá mais adiante, eis que a simetria implícita será sempre positiva.

#### 4.3 A SIMETRIA POSITIVA. HARMONIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS.

A simetria positiva é aquela determinada pela União no sentido de que o Estado Membro observe determinada regra na sua própria auto-organização. Com efeito, existe uma necessidade, em certos termos, de se harmonizar Constituição Federal com Constituição Estadual.

Na visão de Cristiano Martins<sup>91</sup>, uma federação não subsiste sem um mínimo de uniformidade que garanta a integração de seus membros. Do contrário, isto é, levar a assimetria ao extremo significaria permitir a independência do membro federado, “o que contraria o valor integrativo do pluralismo e do próprio federalismo”.

Veja-se que a simetria expressa não se confunde com a positiva. É o caso do exemplo já dado sobre o processo legislativo dos Estados Membros. Embora não haja regra expressa na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que há sim uma necessidade de se observar o trâmite legislativo das casas do Congresso Nacional em nível estadual, distrital e municipal, o que significa uma simetria positiva, ainda que implícita. Em

---

<sup>91</sup> Ibid., p. 129.

realidade, toda simetria implícita será sempre positiva, “porque determina ao ente menor que adote o mesmo padrão imposto para a União, embora esta ordem não esteja expressa, mas embutida no sistema”<sup>92</sup>.

Note-se, entretanto, que a simetria, por ser uma exceção à autonomia, deve ser definida por obra do Poder Constituinte Originário, pois nenhuma emenda constitucional poderia criar outras hipóteses de simetria, sob pena de violação à capacidade de auto-organização dos membros federados.

Cristiano Martins<sup>93</sup> admite, nessa esteira, apenas a exteriorização de uma regra simétrica implícita por parte do Poder Constituinte Derivado. Nas palavras do autor,

Se por um lado descobrimos alguns casos em que o poder reformador pode atuar sem ofensa ao núcleo material do princípio federativo, procuramos evidenciar, também, que na esfera de poder destinada exclusivamente à capacidade de auto-organização dos entes federados parciais [Estados Membros, Distrito Federal e Municípios], o poder reformador não tem qualquer eficácia.

Em oposição à simetria positiva, tem-se a simetria negativa, que encontra maiores dificuldades de aceitação pela doutrina, e a torna passível de severas críticas, como se verá na sequência.

#### 4.4 A SIMETRIA NEGATIVA. TEORIA DOS PRINCÍPIOS, AUTONOMIA ESTADUAL E A RESERVA DE PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO.

Segundo Ronald Dworkin<sup>94</sup>, regras e princípios teriam conteúdo normativo próprio. As regras seriam diversas dos princípios por serem aplicadas ao caso na dimensão do *all or nothing* (“tudo ou nada”), ou seja, havendo conflito entre regras, uma delas há de ser excluída

---

<sup>92</sup> Ibid., p. 125.

<sup>93</sup> Ibid., p. 165.

<sup>94</sup> Para tanto, v. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

em prol da outra. Já com os princípios, isto não ocorreria, pois procede-se a uma ponderação entre princípios conflitantes, de maneira que ambos serão aplicados ao caso concreto, preservando-se o núcleo de cada princípio e ponderando-se sua amplitude.

Em caminho semelhante a Dworkin, seguiu Robert Alexy<sup>95</sup>, ao constatar que as regras têm natureza biunívoca e os princípios são mandados de otimização, ou seja, são cumpridos na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso, enquanto que as regras não. Assim, os conflitos de regras são solucionados através dos critérios tradicionais (cronológico, da especialidade e da hierarquia) enquanto que os conflitos de princípios são resolvidos através da técnica da ponderação.

Aludida técnica da ponderação de princípios foi mais bem estudada nacionalmente por Ana Paula de Barcellos que, em sua dissertação de doutorado, expõe um roteiro sobre a técnica da ponderação de valores<sup>96</sup>, demonstrando que cabe ao intérprete proceder à identificação dos enunciados normativos em questão, dos fatos relevantes envolvidos bem como à apreciação da repercussão da incidência dos enunciados normativos sobre os fatos selecionados, para, por fim, decidir efetivamente quanto ao resultado daquela ponderação.

---

<sup>95</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>96</sup> Luís Roberto Barroso sintetiza a ponderação de valores da seguinte forma: “A denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (v. *infra*) e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não, há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende ao ideário constitucional na situação apreciada”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 332.

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos <sup>97</sup>, para que haja um correta construção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, “não se pode admitir que conformações ou restrições possam chegar a esvaziar o sentido essencial dos direitos, que, afinal, formam o conjunto normativo de maior fundamentalidade, tanto axiológica, quanto normativa, nos sistemas jurídicos contemporâneos”. Por isso, caberia à doutrina se preocupar com a construção dos sentidos próprios de cada direito, propondo parâmetros ou *standards* específicos capazes de identificar o que deve ser considerado como prerrogativa essencial de cada direito, o que pode sofrer mitigação e, nesse caso, em quais circunstâncias isso pode acontecer<sup>98</sup>.

Partindo da teoria dos princípios para uma abordagem mais prática e consentânea com o presente estudo, conforme preleciona Cristiano Martins<sup>99</sup>,

Se num regime federativo a hermenêutica deve privilegiar a interpretação que mais aplicabilidade dê ao princípio federativo, a definição das normas gerais em matéria de competência concorrente deve ser sempre estrita e não ampliativa, favorecendo, conseqüentemente, as entidades parciais da federação, até mesmo em respeito ao princípio dinâmico da subsidiariedade.

Neste contexto, a denominada simetria negativa, ao significar o impedimento de os membros federados estabelecerem algo que não foi previsto para a União<sup>100</sup> é extremamente condenável, por configurar uma violação gravíssima à autonomia dos Estados Membros, devendo ser assim extirpada do ordenamento jurídico e da jurisprudência pátria.

Esclareça-se: como todo e qualquer princípio constitucional, o princípio federativo não é absoluto e pode, por isso, sofrer mitigação diante de determinadas situações que suscitem um aparente conflito de normas. Ainda assim, há de existir um núcleo mínimo e

---

<sup>97</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 139.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>99</sup> MARTINS, op. cit., 2003, p. 127.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 164.

essencial do princípio federativo para que este não seja de todo eliminado. Em outras palavras, há de ser assegurado um espaço de autonomia para os Estados traçarem suas próprias constituições.

Ora, é exatamente aqui que se acomodam as denominadas normas de repetição facultativa ou simplesmente normas de imitação. Isso porque, sendo as normas de imitação a expressão da voluntariedade de adesão do constituinte estadual às ideias formuladas pelo constituinte federal, reproduzindo certas normas por livre manifestação de vontade, e, ainda, sabendo-se que “a tendência do federalismo é a expansão da pluralidade e não a uniformidade, que sobrevive apenas para garantir o vínculo entre membros diversos”<sup>101</sup>, é de fácil constatação o fato de que o núcleo essencial do princípio federativo há de perpassar por uma possibilidade mínima de que os Estados federados tenham liberdade na criação de suas constituições estaduais.

Com efeito, é equivocada a noção de que a mera autonomia, ainda que derivada do texto constitucional, bastaria para qualificar o poder de um ente descentralizado numa estrutura federal. Em realidade, “apenas a autonomia dotada de auto-organização, isto é, a presença de um poder constituinte decorrente, pode representar esta força distintiva dos entes federados dentro de uma federação”<sup>102</sup>.

Em suma, nas palavras de Cristiano Martins<sup>103</sup>,

O que, na realidade, distingue um Estado, é o fato de organizar-se de forma originária, ou, dito de outra maneira, o fato de elaborar uma Constituição a partir de sua própria e exclusiva força, sem autorização ou interferência alheia, o que se afigura improvável para um ente descentralizado politicamente, que pode, no máximo, elaborar sua própria Constituição por autorização da Constituição total do Estado, sendo por esta limitado. O poder que cria um verdadeiro Estado é o poder constituinte originário e não o poder constituinte decorrente.

---

<sup>101</sup> Ibid., p. 129.

<sup>102</sup> Ibid., p. 72.

<sup>103</sup> Ibid., p.73.

A simetria negativa, entendida como aquela que proíbe ao membro federado a sua auto-organização naquilo que a Constituição Federal não lhe permitiu expressamente, mostra-se, nesse contexto, como uma grave possibilidade de aniquilamento do modelo federal de Estado.

Por conta disso, há de se recorrer ainda ao princípio da razoabilidade.

É como ensina Luís Roberto Barroso<sup>104</sup>, *in verbis*:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à [*sic*] razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Procurando identificar a aplicabilidade no direito constitucional brasileiro das teorias de Dworkin e Alexy – aqui já tratadas –, Barroso disserta sobre a aplicação do Direito, que “não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma pré-existente –, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam”<sup>105</sup>.

Nesse contexto, cumpre se discorrer sobre o denominado pós-positivismo, que seria a “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada ‘nova hermenêutica’ e a teoria dos direitos fundamentais”<sup>106</sup>. Em conclusão, propõe:

O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A ideia de abertura se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real. Por ser o principal canal de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico, os princípios não comportam enumeração taxativa. Mas,

<sup>104</sup> BARROSO, op. cit., 2009b, p. 231.

<sup>105</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jul-set. 2001, p. 11.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 23.

naturalmente, existe um amplo espaço de consenso, onde têm lugar alguns dos protagonistas da discussão política, filosófica e jurídica do século que se encerrou: Estado de direito democrático, liberdade, igualdade e justiça.<sup>107</sup>

Por todo o exposto, “a modificação de normas simétricas não pode chegar ao irrazoável ponto de eliminar a autodeterminação dos membros federados ou de eliminar uma simetria mínima que garanta a integração entre esses membros”<sup>108</sup>. Daí a crítica que se faz à denominada simetria negativa. A regra deve ser no sentido de haver liberdade para os Estados Membros numa federação como a brasileira e não o inverso.

Trata-se da mesma lógica que há em relação ao princípio da legalidade sob a ótica do Direito Privado e sob a ótica do Direito Público. Enquanto no primeiro é dado ao intérprete atuar livremente em todo o espaço que a lei não proíba, no campo do Direito Público – ao menos à luz da teoria clássica<sup>109</sup> – cabe ao intérprete atuar naquilo que a própria lei lhe permita, ficando restrito apenas a isso. Ora, como se verifica, numa má comparação, a simetria negativa estaria mais para a lógica publicista da legalidade.

#### 4.5 A SIMETRIA INDIRETA E AS OPÇÕES DO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL.

A última espécie de simetria apresentada por Cristiano Franco Martins é a simetria direta e indireta. Direta é a simetria que decorre da própria Constituição e é fixada por obra do Poder Constituinte Originário. Por força da norma constitucional, os entes menores obedecem à padronização imposta. Em oposição, há simetria indireta quando as regras padronizadas pela

---

<sup>107</sup> Ibid., p. 29.

<sup>108</sup> MARTINS, op. cit., 2003, p. 172.

<sup>109</sup> Confira-se, v.g., MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

União Federal vêm determinadas por força da legislação infraconstitucional (leis complementares e ordinárias), que disciplina quais aspectos devem ser uniformizados pelos membros federados.

Exemplo claro desse tipo de simetria indireta é a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990<sup>110</sup>, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Trata-se da Lei do SUS – Sistema Único de Saúde. Tal legislação é responsável, na Seção II do Cap. IV (Art. 16 a 19), por delimitar as competências de cada ente federativo, divididos em direção nacional, direção estadual, e direção municipal do Sistema de Saúde (SUS), além do Distrito Federal (a quem competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios).

Ora, é de fácil percepção a compreensão de que a Lei n. 8.080 encontra fundamento constitucional no Art. 196 e seguintes da Constituição da República<sup>111</sup>, razão pela qual pode-se falar numa simetria indireta, eis que é a norma constitucional que determina aqui que norma infraconstitucional federal estabeleça os parâmetros.

Também a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993<sup>112</sup>, que regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública é hipótese de simetria indireta ao padronizar certas regras licitatórias a todos os entes

---

<sup>110</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.080, de 19 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2012.

<sup>111</sup> “**Art. 196.** A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. In BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2012.

<sup>112</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.666, de 21 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2012.

federados. Observe-se aqui, todavia, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu<sup>113</sup> que tal Lei n. 8.666 nem sempre trata de normas gerais impostas pela União aos demais entes federados, havendo certas regras que, devido a sua grande especificidade, não podem ser impostas pela União aos demais, sob pena de ofensa ao pacto federativo. Tais regras se aplicam, dessa forma, apenas à União Federal enquanto ente federado autônomo.

De fato, como bem assevera Cristiano Martins<sup>114</sup>, a conhecida falta de precisão do que compreende uma “norma geral” contribui sensivelmente para o fortalecimento do princípio da simetria. Diante disso, levando-se ao extremo o instituto da “norma geral”, restaria pouco espaço e relevância para as normas estaduais.

Com a figura da simetria indireta, abrem-se as portas para que o legislador infraconstitucional opte pela forma mais adequada de organização e estruturação de determinada matéria, matéria esta comumente de grande impacto para a sociedade pátria como um todo. Tendo isso em conta, todavia, não se pode perder de vista que a autonomia

---

<sup>113</sup> EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, "b" (doação de bem imóvel) e art. 17, II, "b" (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, "c" e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte: “O Tribunal deferiu, em parte, a medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a eficácia da expressão “permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo”, contida na letra b do inciso I do art. 17, da Lei Federal n. 8.666, de 21.6.93, vencido o Ministro Paulo Brossard, que a indeferia; para suspender os efeitos da letra c do mesmo inciso, até a decisão final da ação, o Tribunal, por maioria de votos, deferiu a medida cautelar, vencidos os Ministros Relator, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, que a indeferiam; no tocante à letra a do inciso II do mesmo artigo, o Tribunal, por maioria de votos, indeferiu a medida cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Sydney Sanches e Moreira Alves, que a deferiam; com relação à letra b do mesmo Inciso, o Tribunal, por unanimidade, deferiu a medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia da expressão “permitida exclusivamente entre órgãos ou entidade da Administração Pública”, quanto aos Estados, o Distrito Federal e os Municípios; e, finalmente, o Tribunal, por maioria de votos, deferiu a medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia de todo o § 1º. do art. 17, vencido o Ministro Relator, que a indeferia. Votou o Presidente. Plenário, 03.11.93.” *In* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927-MC, Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 03 nov. 1993, DJ 11 nov. 1994.

<sup>114</sup> MARTINS, op. cit., 2003, p. 127.

dos Estados Membros, Municípios e Distrito Federal deve ser preservada ao máximo. Em outros termos<sup>115</sup>, é preciso ter em mente que:

No âmbito dos Estados-Membros, é possível reconhecer (...) que a Constituição estadual é suprema em relação aos demais atos estaduais, condicionado sua elaboração e sua própria validade. Também é possível reconhecer que o papel fundamental da Constituição estadual é o de estabelecer a organização estadual e os limites de sua ação, respeitando, porém, o necessário dever de compatibilidade com a Constituição federal.

---

<sup>115</sup> MARTINS, op. cit., 2008, p. 13.

## 5 COMPETÊNCIA E PROCEDIMENTO

Como é de conhecimento geral, a constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais, em face da Constituição do Estado, pode ser investigada pelo Poder Judiciário, tanto pelo controle incidental, instaurado pela via da exceção, quanto pelo controle principal, instituído pela via da ação direta, denominada Representação por Inconstitucionalidade<sup>116</sup>.

O Art. 125 da Constituição Federal é o fundamento para a realização do controle de constitucionalidade no plano estadual, feito concentradamente pelos órgãos especiais de cada Tribunal de Justiça estadual, onde houver. Confira-se no tópico a seguir um pouco mais sobre o tema controle de constitucionalidade no plano estadual e, na sequência, a nova sistemática adotada no controle difuso, por meio do instrumento do recurso extraordinário.

### 5.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PLANO ESTADUAL E ATRIBUIÇÕES DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Aduz o §2º do citado Art. 125 caber aos Estados a instituição de Representação por 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.

De fato, o controle concentrado estadual é feito por meio da Representação por Inconstitucionalidade, ação própria e autônoma, cuja legitimidade ativa para propositura varia conforme a Constituição Estadual, mas que a doutrina predominante já entendeu não poder

---

<sup>116</sup> MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 281.

ser de apenas um legitimado ou de tantos legitimados que acabe por criar uma legitimidade universal, transformando tal ação direta em uma verdadeira ação popular constitucional.

Nesse ponto, verifica-se haver um sutil conflito entre Constituição Federal e Constituição Estadual, havendo quem conclame o princípio da simetria com vistas a afirmar que a legitimidade ativa para a Representação por Inconstitucionalidade deveria, em realidade, observar o Art. 103 da Constituição Federal<sup>117</sup>, que traz o rol de legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade no plano federal. Em sentido contrário, isto é, pela desnecessidade de submissão dos Estados federados ao Art. 103, que seria dispositivo meramente procedimental, veja-se o que disserta Guilherme Penã de Moraes<sup>118</sup>, apresentando doutrina e jurisprudência a respeito:

Em que pese autorizadas opiniões em contrário, tivemos oportunidade de deixar consignado que as normas veiculadas pelas Constituições dos Estados que atribuam legitimação ativa a autoridades, órgãos e entidades que não guardem, no plano estadual, equivalência com os legitimados ativos para a ação direta de inconstitucionalidade, no plano nacional, são plenamente válidas, “porquanto o art. 125, §2º, da CRFB não impõe obrigação de que os legitimados concorrentes para a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição estadual sejam equivalentes, no plano do Estado, aos legitimados concorrentes para a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato

---

<sup>117</sup> “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

*In* BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2012.

<sup>118</sup> MORAES, op. cit., p. 287-288.

normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal (...), só exigindo que a legitimação para agir não seja atribuída a um único órgão”. Na doutrina, **Sílvio Roberto Mello Moraes** frisa que a legitimidade pode ser atribuída “àqueles que, segundo a visão de cada unidade federativa, melhor poderiam se responsabilizar por ela. Tal diversidade é, repita-se, perfeitamente constitucional, consoante dicção do art. 125, §2º, da CRFB.” Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal é firmado no mesmo sentido, na medida em que “carece de plausibilidade a arguição, a qual não somente trai o mau vezo de reduzir o poder constituinte estadual à imitação servil da Constituição Federal, mas também não leva às consequências devidas as suas premissas que induziriam a impugnação a outros tópicos do dispositivo. No tocante ao controle direto de constitucionalidade de âmbito estadual, a única forma federal a preservar é a do art. 125, §2º, da CRFB, que autoriza os Estados a instituir a representação e lhes veda apenas a ‘atribuição para agir a um único órgão’. Não vejo base para impugnar a ampliação da iniciativa, pelo Estado, a outros órgãos públicos ou entidades: eventuais desbordamentos de sua atuação concreta, em relação às suas finalidades institucionais, poderão eventualmente ser questionadas à luz do requisito da pertinência temática, mas não inibem, em tese, o deferimento da legitimação”.

Superado esse ponto, é o Regimento Interno do Tribunal De Justiça que definirá as atribuições do Órgão Especial. No Estado do Rio de Janeiro, o Art. 3º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro define tais atribuições, que se assemelham bastante às do Supremo Tribunal Federal (Art. 102 da Constituição Federal), conforme se observa na sequência:

Art. 3º - Compete ao Órgão Especial:

I - Processar e julgar, originariamente:

- a) o Vice-Governador e os Deputados Estaduais, nos crimes comuns;
- b) os Secretários de Estado, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, estes quando não conexos com os do Governador;
- c) os Juízes Estaduais e os membros do Ministério Público, os Procuradores Gerais do Estado, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;
- d) os habeas corpus, quando o coator for o Governador do Estado ou quando se tratar de crime sujeito a competência originaria do Tribunal, desde que o coator não seja membro deste;
- e) os mandados de segurança e habeas data, quando impetrados contra atos do Governador, da Assembleia Legislativa, sua Mesa e seu Presidente, do próprio Tribunal ou de seu Presidente e Vice-Presidentes, do Corregedor-Geral da Justiça, da Seção Criminal, do Conselho da Magistratura, do Tribunal de Contas e do Conselho de Contas dos Municípios, e os mandados de segurança contra os atos das Câmaras Cíveis, bem como dos respectivos Presidentes ou Desembargadores.
- f) os conflitos de competência entre o Conselho da Magistratura e qualquer Órgão Julgador do Tribunal; entre as Câmaras Cíveis; entre Juízos Cíveis e Criminais.
- g) os conflitos de atribuições entre autoridades judiciárias e administrativas, quando forem interessados o Tribunal de Justiça, o Governador ou Órgãos do Poder Legislativo;

- h) as ações rescisórias de seus acórdãos, dos acórdãos das Câmaras Cíveis, os recursos das decisões que as indeferirem in limine e as revisões criminais em benefício dos réus que condenar;
- i) os embargos aos seus acórdãos;
- j) as habilitações e outros incidentes, nos processos de sua competência, bem como as dúvidas não manifestadas em forma de conflito, sobre distribuição, competência e ordem de serviço, em matéria das Câmaras Cíveis;
- l) as reclamações quando o ato impugnado for pertinente a execução de acórdão seu;
- m) as suspeições opostas a Desembargadores e ao Procurador-Geral de Justiça quando não reconhecidas;
- n) as representações contra os membros dos Tribunais de segundo grau, por excesso de prazo previsto em lei;

II - julgar:

- a) Revogado.
  - b) os agravos contra decisões do Presidente que, em mandado de segurança ordenarem a suspensão da execução de medida liminar ou de sentença que o houver concedido;
  - c) os recursos contra decisões proferidas nos feitos de sua competência pelo Presidente, por Vice-Presidentes ou pelo relator;
  - d) os recursos contra decisões que indeferirem pedido de inscrição no concurso para ingresso na Magistratura de carreira;
  - e) os recursos contra decisões do Conselho da Magistratura nas hipóteses de que conheça originariamente, ou em qualquer caso, quando aplique penalidades a magistrados;
  - f) o incidente de uniformização de jurisprudência, nos feitos de competência da Seção Criminal e das Câmaras Cíveis;
  - g) a exceção da verdade, nos crimes de calúnia e difamação em que for querelante qualquer das pessoas referidas nas letras "a", "b" e "c" do inciso I;
  - h) recurso, em razão de assunção de competência, para prevenir ou compor divergência entre Câmaras Cíveis, acerca de relevante questão de direito, em caso de interesse público, nos termos do art. 555 e seu § 1º, do Código de Processo Civil, podendo o relator do Órgão Especial decidir sobre a relevância ou interesse público da questão suscitada;
- III - executar os julgados nas causas de sua competência originaria facultada a delegação da prática de atos não decisórios a Juízes de primeiro grau;
- IV - declarar pelo voto da maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, nos casos de sua competência e naqueles que, para esse fim, lhe forem remetidos pelos demais Órgãos Julgadores do Tribunal;
- V - elaborar o Regimento Interno, emendá-lo e resolver dúvidas relativas à sua interpretação e execução, ressalvada a competência do Tribunal Pleno. [...]

No que concerne especificamente ao tema controle de constitucionalidade, a par de diversas outras atribuições que lhe são outorgadas, o Órgão Especial é o responsável pelo controle de constitucionalidade concentrado estadual, podendo declarar a inconstitucionalidade de normas estaduais e municipais em face da Constituição Estadual. Ademais, o Órgão Especial também atua no momento em que os órgãos colegiados do

Tribunal (Câmaras Cíveis e Criminais, dentre outras nomenclaturas adotadas nos Estados) submetem-lhe matéria constitucional por força dos Art. 480 e seguintes do Código de Processo Civil brasileiro<sup>119</sup>, com vistas à observância da Cláusula de Reserva de Plenário<sup>120</sup> estabelecida pelo Art. 97 da Constituição da República<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> “CAPÍTULO II - DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 480. Arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. 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. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1o O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

§ 2o Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

§ 3o O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)”  
In BRASIL. Presidência da República. Lei n. 5.869, de 11 jan. 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2012.

<sup>120</sup> Veja-se o que disserta Luís Roberto Barroso quanto ao ponto: “Por força do princípio da *reserva de plenário*, a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial, onde exista. Essa norma, instituída pela primeira vez com a Constituição de 1934, e reproduzida nas subsequentes, aplicava-se, por força de sua origem, apenas ao controle incidental e difuso. Com a criação do controle por via principal e concentrado, estendeu-se também a ela, não havendo qualquer distinção na norma materializada no art. 97 da Carta em vigor. A reserva de plenário espelha o princípio da presunção da constitucionalidade das leis, que para ser infirmado exige um *quórum* qualificado do tribunal. Sempre que o órgão julgador afastar a incidência de uma norma, por considerá-la inconstitucional, estará procedendo a uma declaração de inconstitucionalidade, mesmo que o faça sem explicitar e independentemente de arguição expressa.” In BARROSO, op. cit., 2009c, p. 87-88. Sobre a questão, cumpre mencionar ainda a existência da Súmula Vinculante n. 10, do STF, que estabelece que “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

<sup>121</sup> “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2012.

Esta última hipótese diz respeito ao denominado incidente de decretação de inconstitucionalidade de lei, que, segundo lição da doutrina processualista contemporânea<sup>122</sup>, embora seja um instrumento processual típico de controle difuso, dá azo a uma análise de constitucionalidade da lei em abstrato. Em outras palavras, a despeito de a solução da *quaestio iuris* não ficar submetida à oponibilidade *erga omnes* da coisa julgada (porquanto examinada incidentalmente), “a decisão do tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais feitos – em trâmite no tribunal – que envolvam a mesma questão”<sup>123</sup>. Assim, toda decisão proferida em sede de incidente de decretação de inconstitucionalidade terá efeito vinculante para o tribunal.

## 5.2 A NOVA SISTEMÁTICA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REDEFININDO A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Preliminarmente, convém observar que recurso extraordinário é gênero do qual são espécies o recurso extraordinário *stricto sensu*, cuja competência para julgamento é do Supremo Tribunal Federal (Art. 102, III, da Constituição Federal), e o recurso especial, cuja competência para julgamento é do Superior Tribunal de Justiça (Art. 105, III, da Constituição Federal).

O recurso especial, por se tratar de instrumento apto a preservar a legislação infraconstitucional, insere-se em um contexto a ser estudado em outra oportunidade, razão

---

<sup>122</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais.*, vol. 3, 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 573.

<sup>123</sup> AMARAL JR. apud DIDIER JR., op. cit., p. 573.

pela qual passa-se à análise do recurso extraordinário *stricto sensu* ou, simplesmente, recurso extraordinário.

Nos exatos termos do Art. 102, inciso III, da Constituição Federal, caberá recurso extraordinário sempre que a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

O recurso extraordinário em seu sentido estrito, portanto, é instrumento para manejo do controle de constitucionalidade incidental, o que significa que os efeitos da decisão proferida ao final pelo Supremo Tribunal Federal, de ordem particular, atingirão, em princípio<sup>124</sup>, apenas as partes envolvidas no caso concreto.

Ocorre que desde a edição da Emenda Constitucional n. 45, de 2004<sup>125</sup>, para que o recurso extraordinário seja admitido, ele precisa passar pelo crivo de um juízo preliminar, que se certificará se aquele recurso ostenta “repercussão geral”.

### 5.2.1 A Repercussão Geral

O recurso extraordinário sofreu profundas modificações com a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que introduziu o §3º ao Art. 102 da Constituição Federal, responsável por criar mais um requisito para a interposição do recurso extraordinário, a saber, a repercussão geral.

---

<sup>124</sup> Diz-se em princípio, pois, como é cediço, há hoje uma tendência pela chamada “objetivação do recurso extraordinário”, como se verá mais adiante.

<sup>125</sup> BRASIL. Presidência da República. Emenda Constitucional n. 45, de 08 dez. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em 05 jul. 2012.

Segundo publicação do Supremo Tribunal Federal<sup>126</sup>, o instituto da repercussão geral tem por finalidade: (i) delimitar a competência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa, bem como (ii) uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o Supremo Tribunal Federal decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

A repercussão geral é hoje, portanto, um dos requisitos específicos de admissibilidade para o conhecimento de recursos extraordinários perante o Supremo Tribunal Federal. Trata-se, de maneira geral, de uma análise sobre se o tema afeta todas as pessoas e se os efeitos da decisão serão abrangentes e relevantes à sociedade brasileira.

A repercussão geral pode ocorrer diante de duas situações diversas. Ela pode advir tanto do fato de que aquela mesma questão se reproduz em muitos processos iguais, quanto pode dizer respeito a um caso diferente, em que, todavia, o tema constitucional seja extremamente importante e gere uma repercussão de grande impacto perante a sociedade.

O instituto foi regulamentado mediante alterações no Código de Processo Civil (Art. 543-A e 543-B, acrescentados pela Lei n. 11.418/2006) e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>127</sup> (Art. 13, 21, 38, 57, 59, 60, 67, 78, 323-A, 324 e 325-A, 322-A, 328, 328-A, 340 e 341).

A verificação da existência da preliminar formal é de competência concorrente do Tribunal, Turma Recursal ou Turma de Uniformização de origem e do Supremo Tribunal Federal. Apesar de o juízo *a quo*, por vezes, admitir o recurso, haverá sempre um segundo

---

<sup>126</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 29 jun. 2012.

<sup>127</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 29 jun. 2012.

juízo de admissibilidade feito pelo Ministro Relator do recurso extraordinário, no Supremo Tribunal Federal, que poderá não conhecer do recurso, por decisão monocrática.

Inicialmente houve certa controvérsia na doutrina e jurisprudência sobre se a repercussão geral seria ou não norma autoaplicável, vez que ainda não havia sido regulamentada. A posição atual da Corte Maior<sup>128</sup> é no seguinte sentido:

A preliminar formal de repercussão geral é exigida nos recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados a partir de 3 de maio de 2007, data da entrada em vigor da Emenda Regimental nº 21/07 ao RISTF, que estabeleceu as normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais sobre o novo instituto (QO-AI 664.567, Min. Sepúlveda Pertence).

Os recursos extraordinários anteriores não devem ter seu seguimento denegado por ausência da preliminar formal de repercussão geral.

Os recursos extraordinários e respectivos agravos anteriores e posteriores a 3 de maio de 2007, quando múltiplos, sujeitam-se a sobrestamento, retratação e reconhecimento de prejuízo sempre que versarem sobre temas com repercussão geral reconhecida pelo STF. Os que estiverem pendentes no STF poderão também ser devolvidos à origem. (art. 543-B, §§1º e 3º, QO-AI 715.423, Min. Ellen Gracie; QO-RE 540.410, Min. Cezar Peluso).

Portanto, para o Supremo Tribunal Federal, o dispositivo é não autoaplicável, eis que dependia de regulamentação infraconstitucional, o que só veio a se dar em 03 de maio de 2007, com a alteração do Regimento Interno daquele Tribunal, passando tal data a ser o marco para a exigência ou não de demonstração da repercussão geral no caso concreto, sob pena de inadmissibilidade do recurso interposto.

Conforme observa Fredie Didier Jr.<sup>129</sup>, embora o julgamento do recurso extraordinário seja de competência das duas turmas do Supremo Tribunal Federal, a análise da questão preliminar relativa à repercussão geral depende de enfrentamento pelo Pleno da Corte, a quem devem ser remetidos os autos preliminarmente.

---

<sup>128</sup> Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=vigência>>.

Acesso em: 12 jun. 2012.

<sup>129</sup> DIDIER JR., op. cit., p. 329.

Ainda em relação ao tema recurso extraordinário, cumpre se traçar algumas considerações sobre o fenômeno da sua objetivação. É o tema proposto para o tópico seguinte. Na sequência, discorrer-se-á, ainda que brevemente, sobre o denominado controle misto de constitucionalidade, tema que acaba por encontrar pontos de convergência com o já examinado princípio da simetria.

### 5.2.2 A Objetivação do Recurso Extraordinário

A objetivação do recurso extraordinário ou, ainda, a “abstrativização do controle difuso”, é um fenômeno recente para a doutrina e jurisprudência pátrias.

Segundo Didier Jr.<sup>130</sup>, tal fenômeno tem a ver com a “transformação do recurso extraordinário, que, embora instrumento do controle difuso de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao controle abstrato”.

A ideia principal é que o Supremo Tribunal Federal possa dar efeitos de controle abstrato quando da análise de recursos de natureza subjetiva, isto é, onde haja casos concretos que envolvam particulares. Com efeito, o Supremo, ao analisar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, ao que tudo indica, tem seguido essa linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade é tomada em abstrato, orientando o tribunal em situações semelhantes.

Posicionou-se nesse sentido, por exemplo, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes<sup>131</sup>, ao analisar o Processo Administrativo n. 318.715/STF, asseverando que:

---

<sup>130</sup> Ibid., p. 342.

<sup>131</sup> MADDOZ apud DIDIER JR., op. cit., p. 343.

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.

Também os informativos do Supremo Tribunal Federal, em precedentes diversos, têm apresentado a posição do Tribunal no sentido da objetivação do recurso extraordinário. Por todos, vide as posições adotadas na Reclamação n. 4335 e publicadas nos seus Informativos n. 454<sup>132</sup> e 463<sup>133</sup>:

INFORMATIVO N. 454

TÍTULO Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle da Constitucionalidade – 1 a 4

O Tribunal iniciou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. O Min. Gilmar Mendes, relator, julgou procedente a reclamação, para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007.

Preliminarmente, quanto ao cabimento da reclamação, o relator afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada. No ponto, afirmou, inicialmente, que a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante erga omnes das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. Em seguida, entendeu ser necessário, para análise do tema, verificar se o instrumento da reclamação fora usado de acordo com sua destinação constitucional: garantir a autoridade das decisões do STF; e, depois, superada essa questão, examinar o argumento do juízo reclamado no sentido de que a eficácia erga omnes da decisão no HC 82959/SP dependeria da expedição da resolução do Senado suspendendo a execução da lei (CF, art. 52, X). Para apreciar a dimensão constitucional do tema, discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007.

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo Semanal n. 454, Reclamação n. 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 1º fev. 2007.

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo Semanal n. 463, Reclamação n. 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19 abr. 2007.

Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007.

Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007.

#### INFORMATIVO N. 463

TÍTULO Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle da Constitucionalidade – 5 a 7

O Tribunal retomou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos — v. Informativo 454. O Min. Eros Grau, em voto-vista, julgou procedente a reclamação, acompanhando o voto do relator, no sentido de que, pelo art. 52, X, da CF, ao Senado Federal, no quadro de uma verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007.

Em divergência, o Min. Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação, mas concedeu habeas corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão. Reportando-se aos fundamentos de seu voto no RE 191896/PR (DJU de 29.8.97), em que se declarou dispensável a reserva de plenário

nos outros tribunais quando já houvesse declaração de inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Supremo, ainda que na via do controle incidente, asseverou que não se poderia, a partir daí, reduzir-se o papel do Senado, que quase todos os textos constitucionais subsequentes a 1934 mantiveram. Ressaltou ser evidente que a convivência paralela, desde a EC 16/65, dos dois sistemas de controle tem levado a uma prevalência do controle concentrado, e que o mecanismo, no controle difuso, de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto, mas afirmou que combatê-lo, por meio do que chamou de “projeto de decreto de mutação constitucional”, já não seria mais necessário. Aduziu, no ponto, que a EC 45/2004 dotou o Supremo de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja, o instituto da súmula vinculante (CF, art. 103-A). Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007.

Por sua vez, o Min. Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação, mas conheceu do pedido como habeas corpus e também o concedeu de ofício. Considerou que, apesar das razões expostas pelo relator, a suspensão da execução da lei pelo Senado não representaria obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo, mas complemento. Aduziu, de início, que as próprias circunstâncias do caso seriam esclarecedoras, pois o que suscitaria o interesse da reclamante não seria a omissão do Senado em dar ampla eficácia à decisão do STF, mas a insistência de um juiz em divergir da orientação da Corte enquanto não suspenso o ato pelo Senado. Em razão disso, afirmou que resolveria a questão o habeas corpus concedido liminarmente pelo relator. Afirmou, também, na linha do que exposto pelo Min. Sepúlveda Pertence, a possibilidade de edição de súmula vinculante. Dessa forma, haveria de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF. Afastou, ainda, a ocorrência da alegada mutação constitucional. Asseverou que, com a proposta do relator, ocorreria, pela via interpretativa, tão-somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão, e, que, ainda que se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários dois fatores adicionais não presentes: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o consequente e definitivo desuso do dispositivo. Por fim, enfatizou que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição. Após, pediu vista dos autos o Min. Ricardo Lewandowski. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007.

O intuito dessa objetivação do recurso extraordinário seria, assim, admitir a ocorrência de uma mutação constitucional suficiente para dar uma nova leitura ao Art. 52, inciso X, da Constituição Federal, que confere ao Senado Federal o papel de, privativamente, suspender a execução, no todo ou em parte, de todas as leis que sejam declaradas inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Com isso, a extensão dos efeitos de uma decisão proferida em âmbito de controle difuso a todas as pessoas (efeitos *erga omnes*) não dependeria mais da atuação do Senado

Federal para a suspensão da execução de determinado dispositivo legal tido por inconstitucional, mas em realidade bastaria a decisão do Supremo Tribunal Federal, ficando o Senado restrito a formalizar aquela decisão.

Na opinião de Luís Roberto Barroso<sup>134</sup>,

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção.

Seja como for, é tema que ainda aguarda sedimentação na doutrina e jurisprudência.

### 5.2.3 O Controle Misto de Constitucionalidade

Outro fenômeno também bastante complexo e curioso em sede de controle difuso de constitucionalidade diz respeito à possibilidade de interposição de recurso extraordinário a partir de decisão final proferida em sede de Representação por Inconstitucionalidade em âmbito estadual. Trata-se do instituto batizado por J.J. Gomes Canotilho como “controle misto de constitucionalidade”, sendo esta a única hipótese de ingerência do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade estadual.

A peculiaridade está no fato de o controle de constitucionalidade se iniciar como controle abstrato (pois a Representação por Inconstitucionalidade, como visto, é a ação direta de controle estadual), passando, na sequência, a uma espécie de controle concreto, por via incidental, que produz efeitos *erga omnes*.

---

<sup>134</sup> BARROSO, op. cit., 2009c, p. 121-122.

A causa de pedir do recurso extraordinário a ser interposto, com fundamento no Art. 102 da Constituição da República, será a análise pelo Supremo Tribunal Federal sobre se a norma impugnada naquela Representação por Inconstitucionalidade é ou não constitucional à luz da Constituição Federal.

Nesta esteira, cabe trazer à baila as palavras de Guilherme Peña de Moraes<sup>135</sup>, que melhor ilustra este fenômeno:

Sem embargo da natureza objetiva do processo, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a interposição de recurso extraordinário contra decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual, na hipótese de violação de norma de reprodução ou imitação, com a resultante “confusão entre institutos de verificação de constitucionalidade: o concreto, recurso extraordinário, e o abstrato, representação de inconstitucionalidade. A questão pitoresca daí decorrente é que o julgamento do recurso extraordinário terá eficácia *erga omnes* no âmbito do Estado do qual se originou o procedimento, porque a decisão recorrida, por ter sido proferida em verificação abstrata, tem tal efeito”. Repise-se: “as decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça, em sede de controle normativo abstrato, no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, expõem-se à possibilidade de impugnação mediante recurso extraordinário, interponível para o Supremo Tribunal Federal. Esta Corte, ao apreciar a questão – após acentuar a admissibilidade da ação direta perante o Tribunal de Justiça, em cujo âmbito se impugne lei municipal, sob alegação de ofensa a normas constitucionais estaduais que reproduzem ou imitam dispositivos constitucionais federais –, deixou assentado, na matéria, o pleno cabimento de recurso extraordinário, se a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça à regra inscrita na Carta estadual contrariar o sentido e alcance da Constituição da República”, sendo certo que “a decisão tomada em recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça em representação de inconstitucionalidade de lei municipal frente à Constituição estadual tem eficácia *erga omnes*, por se tratar de controle concentrado, ainda que a via do recurso extraordinário seja própria do controle difuso, eficácia essa que se estende a todo o território nacional”.

[Grifos do original]

Como outrora já exposto, para Raul Machado Horta<sup>136</sup>, haveria normas de reprodução e normas de imitação, sendo as primeiras aquelas reproduzidas nas constituições estaduais de forma obrigatória, decorrentes do “caráter compulsório da norma constitucional superior” e, as segundas, aquelas que representariam uma voluntariedade de adesão do constituinte estadual às ideias formuladas pelo constituinte federal, copiando certas normas

<sup>135</sup> MORAES, op. cit., p. 284-285.

<sup>136</sup> HORTA apud FERREIRA FILHO, op. cit., p. 133.

por livre manifestação de vontade, ou seja, “traduziriam uma opção por seguir o modelo federal em matéria onde este não era imposto por força do princípio da simetria”<sup>137</sup>.

E é justamente na figura das normas de imitação e de reprodução criadas por Raul Machado Horta que este trabalho encontra arrimo na ideia de um federalismo mais partidário à liberdade que os Estados Membros devem possuir com vistas à consagração do princípio federativo.

Um aprofundamento do tema, todavia, requer a indispensável análise das decisões emanadas do Poder Judiciário brasileiro. Foi de grande valia a investigação e menção à doutrina clássica para a montagem das bases sobre as quais, agora, se pode estruturar o que se pretende examinar e explorar<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> BARROSO, op. cit., 2009c, p. 150.

<sup>138</sup> É também imperioso destacar que, no capítulo subsequente, lançar-se-á mão de citações constantes às decisões judiciais, as quais serão transcritas toda vez que se entender necessária a citação em idêntico teor do texto original. Tal utilização deste recurso se deve ao fato de, para uma análise adequada das decisões, entender-se imprescindível a demonstração clara, para o leitor, do posicionamento e entendimento dos tribunais brasileiros. De qualquer forma, tentar-se-á reduzir ao máximo o volume de citações literais, as quais, repise-se, findarão por ocorrer na exata medida de sua necessidade.

## 6 ESTUDOS DE CASOS

É cediço que o Supremo Tribunal Federal exerce um papel determinante na definição das competências dos entes federados, principalmente no que se refere àquelas competências pouco delimitadas pelo texto constitucional e que, por conta disso, suscitam dúvidas até mesmo por parte dos aplicadores do Direito.

Assim, é a jurisprudência dos tribunais, em especial a do Supremo Tribunal Federal, que tem determinado casuisticamente o que vem a ser de reprodução obrigatória nos textos constitucionais estaduais ou não.

Diante disso, um estudo sobre o tema não pode deixar de enfrentar os principais precedentes já existentes.

Antes de se adentrar em questões mais polêmicas a serem enfrentadas em tópicos distintos, veja-se abaixo alguns julgados do Supremo Tribunal Federal<sup>139</sup> que tratam especificamente sobre assuntos que aquela Suprema Corte entende como sendo de reprodução obrigatória pelos Estados Membros ou não:

### INFORMATIVO N. 219

#### TÍTULO: Reeleição para Mesa de Assembleia Legislativa

O art. 57, § 4º, da CF, que veda a recondução dos membros das Mesas das Casas Legislativas federais para os mesmos cargos na eleição imediatamente subsequente, não é de reprodução obrigatória pelos Estados-Membros. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, indeferiu pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro - PTB, contra o § 5º do art. 58 da Constituição do Estado do Espírito Santo, com redação dada pela EC 27/2000, que permite aos membros eleitos da Mesa da Assembleia Legislativa do Estado a recondução para o mesmo cargo no biênio imediatamente subsequente. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Néri da Silveira, que deferiam o pedido de medida cautelar. Precedentes citados: ADInMC 1.528-AP (julgada em 27.11.96, acórdão pendente de publicação, v. Informativo 55), ADInMC 2.262-MA e ADInMC 2.292-MA (julgada em 6.9.2000, acórdão pendente de publicação, v.

---

<sup>139</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 04 jul. 2012.

Informativo 201). ADInMC 2.371-ES, rel. Min. Moreira Alves, 7.3.2001.(ADI-2371)

INFORMATIVO N. 277

TÍTULO: Preâmbulo da Constituição

O Tribunal julgou improcedente o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Partido Social Liberal - PSL contra o preâmbulo da Constituição do Estado do Acre, em que se alegava a inconstitucionalidade por omissão da expressão “sob a proteção de Deus”, constante do preâmbulo da CF/88. Considerou-se que a invocação da proteção de Deus no preâmbulo da Constituição não tem força normativa, afastando-se a alegação de que a expressão em causa seria norma de reprodução obrigatória pelos Estados-membros. ADI 2.076-AC, rel. Min. Carlos Velloso, 15.8.2002.

INFORMATIVO N. 442

TÍTULO: Controle de Constitucionalidade nos Estados

Com base na jurisprudência da Corte no sentido de que o controle concentrado de constitucionalidade, no âmbito dos Estados-membros, tem como parâmetro a Constituição Estadual, nos termos do § 2º do art. 125 da CF (“Cabe aos Estados 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.”), a Turma deu provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em ação direta, declarara a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Orgânica do Município de Assis e do Regimento Interno da Câmara Municipal que dispõem sobre o processo de apuração de crimes comuns e infrações político-administrativas praticadas por prefeito. Considerou-se que a conclusão pela competência exclusiva da União para legislar sobre infrações penais decorreria da interpretação do disposto no art. 22, I, da CF e não do simples exame da Constituição estadual, que não fora violada diretamente. Assim, entendeu-se que o Tribunal *a quo*, ao reconhecer a inconstitucionalidade das normas impugnadas, usurpara a competência do STF. Por fim, asseverou-se não se tratar de hipótese de controle de constitucionalidade estadual em relação à norma federal de reprodução obrigatória pela unidade federativa, como decorrência do princípio da simetria, porquanto os artigos contestados não guardam relação direta com o aludido art. 22, I, da CF, alegadamente afrontado pela norma municipal. RE provido para anular o acórdão, de maneira que outro seja proferido, se for o caso, limitando-se o exame de eventual inconstitucionalidade de normas municipais aos parâmetros estabelecidos na Constituição Estadual. Precedentes citados: ADI 347/SP (j. em 20.9.2006); ADI 409/RS (DJU de 26.4.2002). RE 421256/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 26.9.2006.

INFORMATIVO N. 637

TÍTULO: Parcela indenizatória por convocação extraordinária

Por vislumbrar aparente ofensa ao art. 57, § 7º, da CF — que veda o pagamento de parcela indenizatória aos parlamentares em virtude de convocação extraordinária —, norma de reprodução obrigatória pelos Estados-membros (CF, art. 27, § 2º), o Plenário deferiu pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, para suspender a eficácia do § 5º do art. 147 do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de Goiás, aprovado pela Resolução 1.218/2007. O dispositivo impugnado prevê o pagamento de valores a deputados estaduais pela presença em sessões extraordinárias. De início, assentou-se o cabimento da ação direta, porquanto o ato contestado possuiria caráter normativo e autônomo. Registrou-se, também, a ocorrência do perigo da demora, haja vista que, não suspenso o preceito, a Casa

Legislativa continuaria a pagar a verba aos parlamentares, em prejuízo ao erário. Precedentes citados: ADI 4108 Referendo-MC/MG (DJe de 26.11.2009) e ADI 4509 MC/PA (DJe de 25.5.2011). ADI 4587 MC/GO, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25.8.2011. (ADI-4587)

Como se verifica, não há parâmetros claramente estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal para que se defina com maior precisão quais assuntos devem ser de reprodução obrigatória pelas Constituições estaduais. Tal constatação, aliás, foi feita com acuidade por Sérgio Ferrari<sup>140</sup>, *in verbis*:

Os acórdãos não parecem ter um referencial teórico definido. Alguns fazem menção indireta à classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, outros utilizam termo de sistematização de RAUL MACHADO HORTA, como normas centrais e princípios estabelecidos. Muitas vezes, o referencial das limitações ao constituinte estadual acaba sendo o extenso rol de “princípios” da Constituição de 1969. Com a devida vênia, parece haver aí uma nítida – embora inconsciente – *interpretação retrospectiva* do art. 25 da Constituição Federal. Não parece haver maior preocupação quanto a uma definição de *princípio constitucional*. Algumas normas semelhantes de constituições estaduais foram declaradas inconstitucionais sob diferentes fundamentos.

Esta linha jurisprudencial levou à elaboração e enunciação do *princípio da simetria*. Por este “princípio”, a norma da constituição estadual que não repete, para o Estado-membro, a fórmula da Constituição Federal para a União, será inconstitucional. O principal problema em adotar o princípio da simetria é que na sua aplicação não se faz distinção entre as várias espécies de limitação ao constituinte estadual (*princípios constitucionais, regras de preordenação, etc.*). Com isso, fica indeterminada a amplitude de sua aplicação. Não são poucas, como se viu, as matérias já incluídas neste campo pela jurisprudência. [Grifos do original]

A grande dificuldade aqui é que, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos da América – onde, como visto, a federação se formou a partir da reunião de Estados soberanos num só –, no Brasil há uma tendência jurisprudencial de grande restrição às constituições estaduais – lembre-se que aqui o processo de formação do Estado se deu de forma inversa ao modelo norte-americano –, o que por vezes impossibilita uma administração mais eficiente do território estadual (e municipal), de forma mais livre e consentânea com o princípio federativo.

---

<sup>140</sup> FERRARI, op. cit., p. 194.

Veja-se, por exemplo, o caso do Estado do Rio Grande do Sul, que havia criado órgão intitulado Instituto-Geral de Perícias, inserido na estrutura da segurança pública daquele Estado. O Min. Relator Gilmar Mendes, acompanhado da maioria do Plenário, veio a entender que não seria possível tal atuação do órgão dentro da estrutura da Secretaria Estadual de Segurança Pública, citando precedentes no sentido da observância obrigatória dos Estados Membros, em suas respectivas constituições, quanto ao disposto no Art. 144 da Constituição da República, que estabelece quais os órgãos pertencentes à segurança pública federal, de maneira que, não estando ali expresso qualquer instituto de perícias, não poderia o Estado do Rio Grande do Sul inovar na temática. Dessa forma, realçou-se que nada impediria que o instituto continuasse a existir e a desempenhar suas funções no Estado Membro, tal como regulamentado pelo legislador; contudo, registrou-se que ele não precisaria estar, necessariamente, vinculado à polícia civil. Configura-se a ementa<sup>141</sup> exarada:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 19, de 16 de julho de 1997, à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; expressão “do Instituto-Geral de Perícias” contida na Emenda Constitucional nº 18/1997, à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; e Lei Complementar nº 10.687/1996, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 10.998/1997, ambas do Estado do Rio Grande do Sul 3. Criação do Instituto-Geral de Perícias e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. 4. O requerente indicou os dispositivos sobre os quais versa a ação, bem como os fundamentos jurídicos do pedido. Preliminar de inépcia da inicial rejeitada. 5. Observância obrigatória, pelos Estados-membros, do disposto no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 6. Taxatividade do rol dos órgãos encarregados da segurança pública, contidos no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 7. Impossibilidade da criação, pelos Estados-membros, de órgão de segurança pública diverso daqueles previstos no art. 144 da Constituição. Precedentes. 8. Ao Instituto-Geral de Perícias, instituído pela norma impugnada, são incumbidas funções atinentes à segurança pública. 9. Violação do artigo 144 c/c o art. 25 da Constituição da República. 10. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente.

---

<sup>141</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2827/RS, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 16 set. 2010, DJ 06 abr. 2011.

O Min. Marco Aurélio teve voto divergente<sup>142</sup> na ocasião, por entender que não seria caso para declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Carta do Estado do Rio Grande do Sul e assim o fez pelos seguintes argumentos:

Não vejo, no rol do artigo 144 da Lei Maior, o caráter exaustivo a ponto de entender-se que, a criação de um Instituto – e não conheço a natureza jurídica desse instituto, imagino-o da administração direta e não uma simples autarquia, com personalidade jurídica própria –, como o Instituto-Geral de Perícias, no Rio Grande do Sul, implicaria desrespeito a princípio da Carta da República.

O que houve no Rio Grande do Sul? Criou-se um Instituto que foi inserido numa Secretaria como órgão da administração direta.

Não imagino um Instituto-Geral de Perícias integrado a uma secretaria diversa da revelada pela de Segurança Pública. Para assim concluir, basta que levemos em conta a explicitação constitucional, da Carta do Estado do Rio Grande do Sul, das atribuições desse Instituto.

(...) Em síntese, criou-se um Instituto para ter-se a completude que se entende como segurança pública, no que é dado constatar, no artigo 144, consideradas as diversas polícias, que a ele incumbe a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Por isso, Presidente, por não ver uma escancarada inconstitucionalidade – e só devemos realmente marchar para a conclusão sobre a pecha quando o conflito da Carta estadual, ou da norma, com a Constituição Federal é flagrante –, concluo dizendo que o precedente não é específico, já que naquele outro caso não se tratava de um instituto voltado a investigações, mediante feitura de perícias. Tratava-se da inclusão, no âmbito da segurança pública, do Departamento de Trânsito.

Peço vênia ao relator e aos colegas que o acompanharam para divergir e julgar improcedente o pedido formulado.

Com efeito, é de se concordar com o eminente Ministro Marco Aurélio, ao afirmar que “devemos realmente marchar para a conclusão sobre a pecha quando o conflito da Carta estadual, ou da norma, com a Constituição Federal é flagrante”. Todavia, diante dos precedentes analisados acima não parece estar sendo essa a posição da jurisprudência nacional.

Veja-se a seguir a jurisprudência formada em torno de dois temas que igualmente fragilizam a atuação dos Estados Membros na federação brasileira.

---

<sup>142</sup> Ibid.

## **6.1 A INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA E O NÃO CABIMENTO DE REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE.**

Um dos óbices para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade é o requisito de que a inconstitucionalidade suscitada na ação seja de fato direta, isto é, não haja entre a lei impugnada e a Constituição nenhum ato legislativo intermediário. Sendo este o caso, haverá inconstitucionalidade reflexa ou ofensa reflexa, o que é um impeditivo para o conhecimento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

Também no âmbito estadual, onde se tem a Representação por Inconstitucionalidade, haverá impeditivo de sua proposita na mesma hipótese. A título de ilustração, seria o caso, por exemplo, de questionamento quanto à constitucionalidade de um decreto estadual em face da Constituição do Estado. A par da discussão em torno da admissão de decretos autônomos no ordenamento jurídico pátrio, se houver *in casu* um decreto que tenha por objeto a regulamentação de uma lei estadual, ele não poderá ser questionado perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça correlato, eis que a ofensa é reflexa, já que entre o decreto e a Constituição Estadual há uma lei intermediando aqueles dois diplomas.

Por todos, colha-se alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que bem ilustram tal situação de inconstitucionalidade reflexa (alguns a acatando, outros não):

INFORMATIVO N. 148

TÍTULO: Cabimento de ADIn: Ato Regulamentar

Considerando que, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, é inviável a análise de ato regulamentar, o Tribunal não conheceu de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN, contra o art. 56 do Decreto 2.181/97, que trata da divulgação do elenco complementar de cláusulas contratuais consideradas abusivas, e a Portaria nº 3 de 19/3/99 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que divulga o referido elenco. Entendeu-se que os alegados excessos do poder regulamentar do ato impugnado não revelariam inconstitucionalidade, mas sim

eventual ilegalidade frente à lei ordinária regulamentada, sendo indireta, ou reflexa, a alegada ofensa à CF. ADInMC 1.990-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, 5.5.99.

**INFORMATIVO N. 148**

**TÍTULO: Cabimento de ADIn: Ofensa Reflexa**

Não se conhece de ação direta de inconstitucionalidade quando é necessário o prévio confronto entre o ato normativo impugnado e outras normas jurídicas infraconstitucionais de modo a evidenciar-se sua inconstitucionalidade, verificando-se, portanto, o caráter reflexo da pretendida violação à CF. Com esse entendimento, o Tribunal não conheceu de ação direta ajuizada pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB, contra o art. 201 e inciso II da LC 75/93 - Lei Orgânica do Ministério Público da União - ("Art. 201 - Não poderá concorrer à promoção por merecimento, até um dia após o regresso, o membro do Ministério Público afastado da carreira para: II- exercer outro cargo público permitido por lei."), por ausência de ofensa direta à CF, já que a alegada inconstitucionalidade depende da prévia análise do inciso II, do art. 7º da Lei 1.341/51 ("Art. 7º- Entende-se por antiguidade de classe o tempo de efetivo exercício em cargo da mesma categoria na carreira, deduzidas quaisquer interrupções, salvo as motivadas por licença e disponibilidade remuneradas, comissão, exercício de mandato legislativo, férias ou suspensão em virtude de processo criminal, quando não ocorrer condenação. Em relação ao merecimento, serão levados em consideração, entre outros, principalmente, os seguintes atributos: ...II - exercício interino, ou em comissão, de cargo de categoria superior, ou em outras funções ou atividades relevantes de natureza jurídica."). Precedentes citados: ADIn 252-PR (julgada em 20.11.97, acórdão pendente de publicação); ADInMC 842-DF (DJU de 14.5.93); ADIn 1.540-MS (julgada em 25.6.97, acórdão pendente de publicação); ADInMC 1.692-SP (DJU de 28.11.97). ADInMC 1.900-DF, rel. Min. Moreira Alves, 5.5.99.

**INFORMATIVO N. 235**

**TÍTULO: Cabimento de ADIn: Ato Regulamentar**

Considerando que, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, é inviável a análise de ato regulamentar, o Tribunal manteve decisão do Min. Maurício Corrêa, relator, que negara seguimento a ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Partido Liberal - PL, contra o Ato 158 da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Paraná, que instituiu a Promotoria Especializada de Controle Externo da Atividade Policial. Entendeu-se que os alegados excessos do poder regulamentar do ato impugnado não revelariam inconstitucionalidade, mas sim eventual ilegalidade frente à lei complementar regulamentada (Lei Orgânica do Ministério Público estadual), sendo indireta, ou reflexa, a alegada ofensa à CF. Precedentes citados: ADInMC 708-DF (DJU de 7.8.92); ADInMC 1.347-DF (DJU de 1º.12.95). ADIn (AgRg) 2.426-PR, rel. Min. Maurício Corrêa, 2.8.2001.(ADI-2426)

**INFORMATIVO N. 666**

**TÍTULO: Magistratura: lei estadual e competência legislativa - 1**

O Plenário iniciou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada, pelo Procurador-Geral da República, contra a Lei 5.535/2009, do Estado do Rio de Janeiro. O diploma adversado versa sobre fatos funcionais da magistratura estadual, tais como regras relativas a provimento, investidura, direitos e deveres. O Min. Ayres Britto, Presidente e relator, preliminarmente, afastou assertiva de que o requerente não teria impugnado todo o complexo normativo sobre a matéria em foco. Sustentava-se que remanesceriam, no ordenamento estadual, disposições sobre a mesma temática, visto que a Resolução 1/75, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, trataria da organização, funcionamento, disciplina, vantagens, direitos e deveres da magistratura. Afirmou que a citada resolução, quanto a esses

temas, estaria revogada. Logo, não haveria que se falar em sua subsistência no arcabouço normativo. Explicou que, com a entrada em vigor da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Loman (LC 35/79), todas as resoluções de tribunais de justiça, na parte em que dispõem dos assuntos veiculados por ela, teriam sido revogadas. Assinalou que a lei ora contestada e a mencionada resolução não constituiriam um único complexo normativo, de forma que eventual declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual 5.535/2009 não teria, por consequência, a reconstituição da resolução, porque esta teria sido revogada pela Loman. Destacou, ainda, que a resolução disciplinaria matéria reservada a lei complementar, nos termos do art. 93 da CF, o que corroboraria sua perda de eficácia. Rejeitou, de igual modo, a segunda preliminar arguida, no sentido de que a impugnação à Lei fluminense 5.535/2009 seria genérica, sem apreciação específica de cada um dos dispositivos. Considerou que o fundamento jurídico do pedido, em relação a todas as normas contidas no aludido diploma, seria o de vício formal. Dessa maneira, a providência de discriminá-los individualmente seria dispensável para o conhecimento da ação. Salientou que a questão jurídico-constitucional teria sido exposta de forma clara, a permitir a compreensão da controvérsia. Por fim, rechaçou a terceira preliminar, de suposta ofensa reflexa ao texto constitucional. Consignou que o vício formal descrito na inicial deveria ser aferido mediante cotejo entre o art. 93 da CF e os preceitos da lei estadual. Por conseguinte, se fosse necessária análise comparativa entre a Loman e o diploma fluminense, isso decorreria da alegação de ofensa direta ao sistema constitucional de repartição de competências legislativas. Resgatou posicionamento da Corte nesse sentido. ADI 4393/RJ, rel. Min. Ayres Brito, 16 e 17.5.2012.

Também em sede de repercussão geral<sup>143</sup>:

Agravo de Instrumento contra inadmissão de recurso extraordinário. 1. Pedido de adicional de periculosidade. 2. Trabalho exercido em prédio vertical onde se encontra armazenado combustível em um de seus andares. 3. Matéria disciplinada pelo art. 193 da CLT e por normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho. 4. Questão afeta à legislação infraconstitucional que comumente demanda a análise de provas. 5. Violação reflexa à Constituição Federal. 6. Inexistência de repercussão geral.

Já em âmbito estadual, situação que representa essa vedação de conhecimento da Representação por Inconstitucionalidade quando houver ofensa reflexa à Constituição é a hipótese em que se impugna lei estadual por esta estar supostamente violando uma lei federal, que, na visão de parte da doutrina, seria hierarquicamente superior.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entendeu, por meio de seu Órgão Especial, na Representação por Inconstitucionalidade n. 146<sup>144</sup>, ser

<sup>143</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 818688 RG/SP, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 16 dez. 2010, DJ 02 maio 2011.

improcedente Representação por Inconstitucionalidade que questionava a Lei estadual n. 4.007/2002, responsável por criar o feriado de 20 de novembro, como o Dia Nacional da Consciência Negra. O impugnante suscitava a inconstitucionalidade da referida lei, em razão da competência concorrente e não plena do Estado do Rio de Janeiro em questões de feriados civis, além de apontar a existência de Lei Federal (Lei n. 9.093/95) que autorizava os entes federados a criarem feriados apenas em datas relevantes.

Ocorre que o Tribunal não acatou tal inconstitucionalidade, exarando a seguinte ementa de acórdão<sup>145</sup>:

REPRESENTACAO POR INCONSTITUCIONALIDADE  
LEI ESTADUAL N. 4007, DE 2002  
FERIADO ESTADUAL  
CONSTITUCIONALIDADE  
REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Estadual Criando Feriado. Aniversário da Morte de Zumbi e Dia Nacional da Consciência Negra. Competência Supletiva do Estado. A Lei 4.007/2002, emanada do Legislativo Estadual, é constitucional. Trata-se de norma complementar e específica sobre educação e turismo regional, que não se apresenta com natureza de norma geral em matéria de educação e cultura. Há correlação entre a lei estadual - de características específicas - complementar ou supletiva com a principiologia de natureza geral, na repartição de competências federativas. A competência concorrente, com assento na Constituição da República permite o exercício da função legislativa complementar e específica, prevista na Constituição do Estado do Rio de Janeiro. A edição da Lei 4.007/2002 não viola o artigo 74 e os seus parágrafos primeiro e segundo, da Constituição Estadual. Improcedência da Representação.

Assim entendeu o Tribunal, porque não haveria que se falar em confronto da norma estadual (Lei n. 4.007/2002) com a norma federal (Lei n. 9.003/95), por não ser a Representação por Inconstitucionalidade a via adequada para este tipo de embate e, ainda, por inexistência de hierarquia entre os entes federados e, sim, atribuições de competências

<sup>144</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Representação por Inconstitucionalidade n. 146/2002. Relator Des. Sérgio Cavalieri Filho, julgado em 27 out. 2003, DJ 25 nov. 2003.

<sup>145</sup> Disponível em:

<<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=CONxWEB&PGM=WEBPCNU88&PORTAL=1&N=200200700146&protproc=1>>. Acesso em: 03 jul. 2012.

diferentes, de acordo com os interesses nacional, regional e local (critério da predominância de interesses). Nas palavras do Desembargador Relator:

Não há nenhuma hierarquia entre leis dos Estados e as da União. Cada unidade da federação deve observar os parâmetros constitucionais, pena de inconstitucionalidade, certo que uma norma editada pelo legislativo federal não tem nenhuma supremacia sobre lei estadual, salvo quando houver lei federal traçando normas gerais, como se dá com os parágrafos terceiro e quarto, do artigo 24 da Constituição da República.

Também porque a norma estadual impugnada no caso concreto seria norma suplementar, relativa à matéria específica sobre educação e turismo regional, não se apresentando como norma de natureza geral relativa à educação e à cultura (esta sim, relativa à Lei federal).

Ante o exposto, decidiu-se que “a edição da Lei 4.007/2002 não viola o artigo 74 e os seus parágrafos primeiro e segundo, da Constituição Estadual. Improcedência da Representação”.

## **6.2 CONFLITOS DE COMPETÊNCIA. A SUPERPOSIÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO SOBRE O DIFUSO.**

No Brasil, a Constituição Federal trabalha com diversos tipos de competências outorgadas aos entes federados, a saber, competências de natureza exclusiva ou privativa e competências de natureza comum ou concorrente.

Tal repartição constitucional de competências se verifica em plano horizontal, quando se trata de competência exclusiva (indelegável) ou privativa (delegável a outro ente estatal) e, em plano vertical, quando se trata de competência comum – concernente a matérias de natureza administrativa – e concorrente – concernente à atividade legiferante dos entes.

As competências distribuídas de forma horizontal não enfrentam grandes dificuldades de repartição, enquanto o mesmo não se pode dizer em relação às competências de natureza vertical.

Por conta disso, definiu-se que, a teor do critério da predominância do interesse entre as entidades federadas, pertencerão à União, aos Estados e aos Municípios as matérias que ostentem interesse predominantemente nacional, regional ou local, respectivamente.

Outro critério que atua em concomitância aqui é o do federalismo cooperativo, tendência atual que se fundamenta na necessidade de um somatório de esforços pelos entes federados no desempenho de atividades de inegável interesse público em benefício da sociedade. Isso porque a Constituição Federal não só prevê a necessidade de ações conjuntas pelo Poder Público, como também fomenta a adoção desse padrão cooperativo, o que se contrapõe à ideia de federalismo dual, no qual há previsão de uma divisão de competências entre o Poder Público e ausência de interligação entre elas.

Ora, também o controle de constitucionalidade se vê nesse emaranhado complexo de competências, visto haver tanto a possibilidade do controle feito por apenas um órgão competente especificamente para a promoção do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos em face da Constituição que, no contexto brasileiro, é o Supremo Tribunal Federal, quanto também haver a possibilidade de atuação dos órgãos judiciais propagados por toda a Federação e que atuam de maneira difusa, declarando incidentalmente a constitucionalidade ou não de diversos dispositivos legais<sup>146</sup>.

Há, porém, a possibilidade, em sede de controle concentrado, de ocorrer a atuação por dois órgãos de forma concomitante, quais sejam, o Órgão Especial de determinado

---

<sup>146</sup> Isso, porém, sem se recorrer ainda aos tipos de controle preventivo e repressivo, que têm conexão com o momento do exercício deste controle. Sobre o tema, v. BARROSO, op. cit., 2009c, p. 45-46.

Tribunal de Justiça estadual e o Supremo Tribunal Federal. Isto se dará toda vez que houver na Constituição Estadual norma de reprodução da Constituição Federal, independentemente se facultativa ou compulsória (neste caso, por influência do princípio da simetria). Seria o caso, assim, de sobreposição dos controles estadual e federal, por meio dos instrumentos da Representação por Inconstitucionalidade e da Ação Direta de Inconstitucionalidade, respectivamente.

Sobre o tema, disserta Luís Roberto Barroso<sup>147</sup>:

O sistema concebido pelo constituinte permite o ajuizamento simultâneo de ação direta no âmbito estadual e no âmbito federal – isto é, perante o Tribunal de Justiça e perante o Supremo Tribunal Federal –, tendo por objeto a mesma lei ou ato normativo *estadual*, mudando-se apenas o paradigma: no primeiro caso a Constituição do Estado e, no segundo, a Carta da República. Como intuitivo, a decisão que vier a ser proferida pela Suprema Corte vinculará o Tribunal de Justiça estadual, mas não o contrário. Por essa razão, quando tramitarem paralelamente as duas ações, e sendo a norma constitucional contrastada mera reprodução da Constituição Federal, tem-se entendido pela suspensão do processo estadual.

O que se extrai do trecho supracitado é que, diante da sobreposição de controles de constitucionalidade, o entendimento do Supremo Tribunal Federal tem sido pela suspensão da Representação por Inconstitucionalidade enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade não tiver sido decidida em definitivo, o que faz com que parte da doutrina entenda que haveria nesta hipótese uma clara ofensa à autonomia dos Estados Membros. Acentua tal constatação o fato de caber a interposição de recurso extraordinário a partir da decisão proferida em âmbito estadual em sede de Representação por Inconstitucionalidade (trata-se do controle misto de constitucionalidade, já tratado no tópico 5.2.3 supra), como também disserta Barroso<sup>148</sup>, *in verbis*:

Questão que suscitou ampla controvérsia foi a de determinar o cabimento ou não do controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, nas hipóteses em que o dispositivo desta se limita a reproduzir dispositivo da

<sup>147</sup> BARROSO, op. cit., 2009c, p. 149-150.

<sup>148</sup> Ibid., p. 150-151.

Constituição Federal de observância obrigatória pelos Estados. Pretendeu-se sustentar que, em tais casos, haveria em última análise, controle de constitucionalidade de lei municipal perante a Constituição Federal, feito pelo Tribunal de Justiça, o que contrariaria o sistema constitucional da matéria. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões, afirmou a possibilidade jurídica da representação de inconstitucionalidade nesses casos, ressalvando, contudo, o cabimento de recurso extraordinário. Reservou para si, assim, o poder de verificar se a interpretação dada à norma constitucional estadual contraria o sentido e alcance da Constituição Federal.

Com efeito, a posição do Supremo Tribunal Federal<sup>149</sup> tem sido no seguinte sentido:

**Ruas de Vilas como Logradouro Público: Inconstitucionalidade**

A Turma negou provimento a recurso extraordinário interposto pela Câmara do Município do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que julgara inconstitucional a Lei municipal 2.645/98, que reconhece como logradouro público as ruas de vila. Preliminarmente, afastou-se a alegação de incompetência do Tribunal de Justiça estadual para realizar o controle concentrado da citada norma perante a Constituição estadual, haja vista a jurisprudência do STF no sentido de que, em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade da competência do Tribunal de Justiça local - lei estadual ou municipal em face da Constituição estadual -, a questão de interpretação de norma central da Constituição Federal, de reprodução obrigatória na Constituição estadual, autoriza a admissão do recurso extraordinário. No mérito, entendeu-se que o acórdão recorrido não ofendeu os dispositivos apontados no recurso, já que a referida Lei municipal, ao determinar drásticas alterações na política urbanística do município, convertendo áreas particulares em logradouros públicos e impondo ao Estado o dever de prestação de serviços públicos nessas áreas, a aumentar a despesa sem indicar a contrapartida orçamentária, de fato usurpou a função administrativa atribuída ao Poder Executivo local.

E ainda<sup>150</sup>:

Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. - Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.

Por oportuno, colha-se fragmento encontrado a partir desta última ementa, que diz

respeito ao acórdão exarado na citada Reclamação n. 383<sup>151</sup>:

<sup>149</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 302803/RJ, Relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 1º fev. 2005, DJ 25 fev. 2005.

<sup>150</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 383/SP. Relator. Min. Moreira Alves, julgado em 11 jun. 1992, DJ 21 maio 1993.

Não há dúvida de que a Constituição Federal admite, no âmbito dos Tribunais de justiça dos Estados-membros, o controle em abstrato de lei municipal em face de Constituição Federal (C.F., art. 125, parág. 2º). A questão, entretanto, ganha relevância jurídica quando o confronto da lei municipal dá-se com dispositivo da Constituição estadual que reproduz norma da Constituição Federal. (...)

Em certas matérias, em que o constituinte estadual poderia inovar, poderia adotar solução própria, prefere ele copiar disposição da Constituição Federal, disposição, entretanto, que, não fora isto, não incidiria na ordem local. Neste caso – bem ressaltou o Ministro Pertence, com base no magistério de Raul Machado Horta, – “as normas de imitação exprimem a cópia de técnicas ou de institutos, por influência da sugestão exercida pelo modelo superior.” (...) 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 obrigatória para as comunidades jurídicas parciais, norma central que constitui a Constituição total do Estado Federal, Constituição total “entendida como o setor da Constituição Federal formada pelo conjunto das normas centrais, selecionados 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).

A violação às normas estaduais de imitação resolve-se no âmbito da Constituição estadual. A ofensa, entretanto, às normas de reprodução, reprodução imposta à autonomia estadual, por se tratar de normas centrais, resulta em ofensa à Constituição Federal, dado que “as normas de reprodução decorrem do caráter compulsório da norma constitucional superior”. (Raul Machado Horta ob. cit., pág. 193).

Oportuno lembrar que Sérgio Ferrari<sup>152</sup> não poupa críticas a essa estrutura de sobreposição de controles de constitucionalidade. Verifica o autor que há o risco de não ser interposto o recurso extraordinário a partir daquela Representação por Inconstitucionalidade, vindo a ocorrer o trânsito em julgado de uma declaração de inconstitucionalidade de lei municipal perante uma norma de reprodução<sup>153</sup>, possivelmente em desacordo com a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre aquele princípio ou regra. Por tudo isso, afirma Ferrari que “a questão parece mais grave quando se lembra que são vinte e seis os

---

<sup>151</sup> Ibid.

<sup>152</sup> FERRARI, op. cit., p. 241-246.

<sup>153</sup> Pense-se na hipótese uma Representação por Inconstitucionalidade perante a Constituição Estadual, em que se pede a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo municipal, e o parâmetro de controle apontado é uma norma de reprodução.

tribunais estaduais que exercem esta modalidade de jurisdição constitucional abstrata, interpretando, em última análise, as mesmas normas da própria Constituição Federal”<sup>154</sup>.

Por outro aspecto, a celeuma continua em aberto, eis que não há ainda instrumento capaz de evitar a ocorrência de decisões divergentes entre os tribunais de justiça estaduais, no que toca à interpretação de normas da Constituição Federal, no exercício da jurisdição constitucional abstrata dos Estados Membros, o que faz com que o autor<sup>155</sup> conclua:

Outro ponto que deve ser destacado é o efeito da decisão do recurso extraordinário em tal hipótese. Segundo a jurisprudência do STF, o efeito de tal decisão, embora proferida em recurso extraordinário, será *erga omnes*, em razão da natureza da ação de origem. Na visão de Rodrigo Lopes Lourenço: “Como se vê, há, nesse ponto, confusão entre institutos de verificação de constitucionalidade: o concreto, recurso extraordinário, e o abstrato, representação de inconstitucionalidade. A origem de tal mistura é a infrutífera tentativa de amenizar um erro de estrutura por construção jurisprudencial.”

(...) a conclusão é que a representação por inconstitucionalidade encerra dificuldades e incongruências que, em última análise, decorrem das próprias fraquezas do conceito de constituição estadual.

O constituinte parece ter tido em mira a solução para um problema de ordem prática: como inserir as leis municipais num sistema de controle abstrato de constitucionalidade, sem assoberbar o Supremo Tribunal Federal com ações referentes a mais de cinco mil ordenamentos jurídicos municipais no Brasil? A solução cristalizada no art. 125, §2º da Carta Magna, criativa e consentânea com os dogmas do federalismo dual e por agregação, infelizmente já nasceu velha. Num federalismo gerado por descentralização, que passou de forma dual para a forma cooperativa, e que deferiu ampla autonomia – inclusive de organização – aos seus Municípios, esta representação já surgiu como um anacronismo.

O chamado “federalismo de três níveis”, peculiar criação do constitucionalismo brasileiro, mostra-se em permanente tensão com o modelo de federalismo dual e seus institutos, que vêm sendo mantidos desde a primeira Constituição republicana. Em outras palavras, todo o instrumental jurídico da federação não foi adaptado à nova circunstância de os Municípios serem entes federativos dotados de autonomia. E é exatamente na representação por inconstitucionalidade que se encontra o retrato irretocado das incoerências, hesitações e retrocessos que culminam nesta situação.

---

<sup>154</sup> FERRARI, op. cit., p. 245.

<sup>155</sup> Ibid., p. 248-252.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo dedicou-se ao exame da escassa liberdade de atuação dos Estados Membros, dentro de suas respectivas esferas de auto-organização na estrutura federativa brasileira, e procurou demonstrar as razões históricas que conduziram a tal realidade atual, as consequências que tal fato implica para o Estado soberano brasileiro, bem como as críticas doutrinárias e pragmáticas que daí sobrevêm.

Assim sendo, é possível compendiar as seguintes ideias:

1. O processo histórico de formação do federalismo brasileiro foi centrífugo, também denominado federalismo por segregação, de maneira que a federação brasileira surgiu a partir da divisão de um Estado dantes unitário e soberano, gerando várias unidades autônomas, denominadas “Estados Membros”, dado histórico este que conduz à conclusão de que permanece ainda um ranço centralizador, responsável por conferir maiores poderes à União.
2. Não obstante, é possível se identificar na República Federativa Brasileira as características fixadas pela doutrina pátria para configuração de uma Federação legítima, a saber, a repartição de competências entre a União e os Estados Membros, a autonomia destes Estados Membros (por meio da tríplice capacidade de autogoverno, autoadministração e auto-organização) e a participação das vontades locais na formação da vontade nacional.
3. A grande distinção entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado foi proposta pelo abade Emmanuel Joseph Sieyès, no século XVIII, e se revela nas suas características diametralmente opostas, pois enquanto o

primeiro é inicial, ilimitado, permanente e incondicionado, o segundo é derivado, limitado e condicionado. Dentro da estrutura do Poder Constituinte Derivado, tem-se o Poder Constituinte Derivado Decorrente, que, ao contrário do Poder Constituinte Derivado Reformador (que busca tão somente atualizar o texto constitucional já existente), visa possibilitar que os Estados Membros exerçam o papel a eles determinado pela Constituição, isto é, confere aos Estados Membros o poder para se auto-organizarem por meio de suas próprias constituições (trata-se do também denominado “poder de autoconstituição”).

4. Nessa linha de raciocínio, é o princípio da simetria aquele responsável por constranger as unidades parciais do Estado federal a observarem um modelo padrão, seja na sua organização, seja no exercício do seu poder local. Não sendo um princípio expresso na Constituição, não é pacífica a sua aceitação pela doutrina, havendo quem o repudie. Tal princípio é esquadrihado por Cristiano Martins por meio de três diferentes espécies: a simetria explícita e a implícita, a simetria positiva e a negativa e a simetria direta e a indireta. Conclui-se, todavia, que a regra deve ser no sentido de haver ampla liberdade para os Estados Membros numa federação como a brasileira e não o inverso, não se podendo perder de vista que a autonomia dos Estados Membros, Municípios e Distrito Federal deve ser preservada ao máximo.
5. O controle de constitucionalidade é um dos principais mecanismos responsáveis por determinar o que seja ou não de reprodução obrigatória nas constituições estaduais existentes. Tal controle de padronização é também

observado, curiosamente, nos casos de controle misto de constitucionalidade, fenômeno que diz respeito à possibilidade de interposição de recurso extraordinário a partir de decisão final proferida em sede de Representação por Inconstitucionalidade em âmbito estadual, na hipótese de violação de norma de reprodução obrigatória.

6. Verifica-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal exerce um papel determinante na definição das competências dos entes federados, principalmente no que se refere àquelas competências pouco delimitadas pelo texto constitucional e que, por conta disso, suscitam dúvidas até mesmo por parte dos aplicadores do Direito. Assim, é a jurisprudência dos tribunais, em especial a do Supremo Tribunal Federal, que tem determinado casuisticamente o que vem a ser de reprodução obrigatória nos textos constitucionais estaduais ou não, o que é passível de críticas.
7. Verifica-se haver ainda dois temas na jurisprudência dos tribunais pátrios que igualmente fragilizam a atuação dos Estados Membros na federação brasileira, quais sejam, o argumento de haver inconstitucionalidade reflexa em casos em que, em realidade, o que há é o confronto de norma estadual com norma federal, não havendo que se falar em hierarquia entre os entes federados e, sim, atribuições de competências diferentes, de acordo com os interesses nacional, regional e local (critério da predominância de interesses), bem como a possibilidade, em sede de controle concentrado, de ocorrer a atuação por dois órgãos de forma concomitante, quais sejam, o Órgão Especial de determinado Tribunal de Justiça estadual e o Supremo Tribunal

Federal. Isto se dará toda vez que houver na Constituição Estadual norma de reprodução da Constituição Federal, independentemente se facultativa ou compulsória (neste caso, por influência do princípio da simetria). Seria o caso, assim, de sobreposição dos controles estadual e federal, por meio dos instrumentos da Representação por Inconstitucionalidade e da Ação Direta de Inconstitucionalidade, respectivamente. O entendimento do Supremo Tribunal Federal tem sido pela suspensão da Representação por Inconstitucionalidade enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade não tiver sido decidida em definitivo, o que faz com que parte da doutrina entenda que haveria nesta hipótese uma clara ofensa à autonomia dos Estados Membros.

De toda forma, ao identificar limites e possibilidades do Poder Constituinte Derivado Decorrente, o presente estudo não esgota o assunto. Ao revés, cria indagações e fomenta maiores críticas que podem ser objeto de estudos posteriores. Entretanto, as principais questões introdutórias sobre o tema foram postas com guarida na opinião das principais autoridades sobre o assunto. Pode-se dizer que o tema, embora teórico, é complexo e suscita consequências práticas na estrutura da federação brasileira. Procurou-se demonstrar a necessidade de mudanças a fim de se desenvolver um modelo federal que prestigie a autonomia dos Estados Membros, permitindo a organização de cada Estado Membro de acordo com suas diferenças culturais e necessidades peculiares, não se perdendo de vista a realidade continental que é o território nacional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009[a].

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Brasileiro: O Problema da Federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

\_\_\_\_\_. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jul-set. 2001.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009[b].

\_\_\_\_\_. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009[c].

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009[d].

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Emenda Constitucional n. 45, de 08 dez. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em 05 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei n. 5.869, de 11 jan. 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei n. 8.080, de 19 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei n. 8.666, de 21 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em 05 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2827/RS, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 16 set. 2010, DJ 06 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2872/PI. Relator Min. Eros Grau, Relator p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 01 ago. 2011, DJ 02 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927-MC, Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 03 nov. 1993, DJ 11 nov. 1994.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) n. 2135-4, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgada em 02 ago. 2007, DJ 07 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 818688 RG/SP, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 16 dez. 2010, DJ 02 maio 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 760103, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 18 ago. 2009, DJ 15 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Informativo Semanal n. 437, Transcrições, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2391/SC. Relatora Min. Ellen Gracie, acórdão pendente de publicação.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Informativo Semanal n. 454, Reclamação n. 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 1º fev. 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Informativo Semanal n. 463, Reclamação n. 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 383/SP. Relator. Min. Moreira Alves, julgado em 11 jun. 1992, DJ 21 maio 1993.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 302803/RJ, Relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 1º fev. 2005, DJ 25 fev. 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Representação por Inconstitucionalidade n. 146/2002. Relator Des. Sergio Cavalieri Filho, julgado em 27 out. 2003, DJ 25 nov. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 3. vol., 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FERRARI, Sérgio. *Constituição Estadual e Federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre a Jurisdição Constitucional nos Estados-Membros. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XIX. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 194.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Princípios Condicionantes do Poder Constituinte Estadual em Face da Constituição Federal. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 92, p. 34-42, out./dez. 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional: Limites e Possibilidades na Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. Princípio Federativo. Federalismo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. XIX, p. 02-36, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira; DERBLI, Felipe. *Direito Constitucional*. Coleção Tópicos de Direito. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.