

Supremo Tribunal Federal

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.240-7 BAHIA

RELATOR: MIN. EROS GRAU

REQUERENTE: PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT

ADVOGADOS: ADÍLSON JOSÉ PAULO BARBOSA E OUTROS

ADVOGADO: ALBERTO MOREIRA RODRIGUES

REQUERIDO: GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA

ADVOGADOS: MANUELLA DA SILVA NONÔ E OUTRO

REQUERIDO: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: O Partido dos Trabalhadores – PT, com fundamento no inciso VIII do artigo 103 da Constituição do Brasil, propõe ação direta, com pedido de medida cautelar, em que pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia:

“Lei nº 7.619 de 30 março de 2000:

Art. 1º Fica criado o município de Luís Eduardo Magalhães, decorrente do desmembramento do atual distrito de Luís Eduardo Magalhães e parte do distrito Sede, do município de Barreiras.

Art. 2º O Município ora criado é constituído de único distrito e será sediado na localidade do mesmo nome.

Art. 3º O município de Luís Eduardo Magalhães terá os seguintes limites:

COM O MUNICÍPIO DE BARREIRAS – começa no divisor de águas entre as bacias dos rios Tocantins e São Francisco (coord. UTM 0350000 E e 8667700 N), daí em reta à nascente do córrego denominado Sanguessuga (coord. UTM 0374900 E e 8669800 N), pelo talvegue deste abaixo até a sua foz no rio denominado Rio de Janeiro (coord. UTM 0397100 E e 8688250 N), pelo qual desce até a confluência com o rio denominado Rio das Balsas (coord. UTM 0428000 E e 8682900 N); daí em reta à confluência do rio denominado Rio do Borá, com o rio denominado Rio de Ondas (coord. UTM 0419050 E e 8637500 N), de onde se dirige em reta ao ponto situado no divisor de águas entre as bacias dos rios denominadas Rio de Ondas e Rio das Fêmeas, nas coord. UTM 0416900 E e 8627850 N, nos limites com o município de São Desidério.

COM O MUNICÍPIO DE SÃO DESIDÉRIO – começa no ponto de coord. UTM 0416900 E e 8627850 N, situado no divisor de águas entre as bacias dos rios denominados Rio de Ondas e Rio das Fêmeas; segue por este até o ponto de encontro com o divisor de águas da Serra Geral, entre as bacias dos rios São Francisco e Tocantins (coord. UTM 0374600 E e 8617400 N), nos limites com o estado do Tocantins. Com o Estado do Tocantins – co-

meça no ponto situado no encontro dos divisores de águas das bacias dos rios denominados Rio de Ondas e Rio das Fêmeas (coord. UTM 0374600 E e 8617400 N) com o divisor das bacias dos rios São Francisco e Tocantins, segue por este (sentido norte) até ponto situado nas coord. UTM 0350000 E e 8667700 N, nos limites com o município de Barreiras.

Art. 4º Enquanto não instalada Comarca no novo município, integrará este a Comarca de Barreiras.

Art. 5º A instalação do município de Luís Eduardo Magalhães dar-se-á em 1º de janeiro do ano subsequente ao das eleições para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores.

Art. 6º Os Vereadores eleitos para a primeira legislatura elaborarão, no prazo de seis meses, a Lei Orgânica do Município.

Art. 7º Instalado o Município, o Prefeito encaminhará à Câmara Municipal, no prazo de sessenta dias, projeto de lei orçamentária, que será votado no prazo máximo de 40 (quarenta dias).

Art. 8º O Município de origem administrará o novo Município até a sua instalação, obrigando-se a manter, integralmente, todos os serviços existentes até à data da consulta plebiscitária, caracterizando infração político-administrativa a inobservância do disposto neste artigo.

Parágrafo único – Os próprios municipais situados no território desmembrado passarão ao domínio do novo município na data de sua instalação, independentemente de indenização a município de origem.

Art. 9º Esta Lei entrará em vigor a partir da data de sua publicação.”

2. O requerente sustenta que a lei estadual é flagrantemente inconstitucional, visto ter sido publicada em data posterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 15/96, que deu nova redação ao § 4º do artigo 18 da Constituição de 1988. A violação decorreria da criação de município em ano de eleições municipais, quando ainda se encontra pendente a lei complementar federal mencionada no texto constitucional [§ 4º, artigo 18, CB], que definiria o período em que os municípios poderiam ser criados.

3. Destaca que a Constituição baiana,¹ com fundamento na redação original da Constituição do Brasil,² que atribuía à lei complementar estadual os requisitos definidores da criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios,

¹ Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 1989:

“Art. 54. Lei complementar estadual disporá sobre a criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios, estabelecendo os critérios e requisitos mínimos relativos à população, eleitorado, número de domicílios e renda, observadas as seguintes condições:

[...]

IV – criação de Município somente no período compreendido entre doze e seis meses anteriores às eleições gerais para Governador ou prefeito”.

² Constituição do Brasil – redação original do artigo 18, § 4º:

“§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os

estabeleceu período determinado em que os municípios poderiam ser criados. Entretanto, com a promulgação da EC 15/96 tornaram-se conflitantes os textos da Constituição do Brasil e da Constituição da Bahia, do que resultaria a revogação do texto constitucional estadual.

4. Ademais, afirma que a lei hostilizada colide com o preceito veiculado pelo mencionado § 4º e atenta contra o regime democrático. E isso porque apenas a população do Distrito de Luís Eduardo Magalhães manifestou-se no plebiscito realizado em 19 de março de 2000, não obstante a consulta devesse ser estendida a toda a população envolvida no processo de emancipação. Além disso, aduz que os estudos de viabilidade municipal foram publicados em data posterior ao plebiscito, 28 de março de 2000.

5. Saliencia que a criação de município em ano de eleições para prefeito gera “situação temerária no que concerne à preservação da ordem pública”, requerendo, por essa razão, a concessão de medida cautelar.

6. O Governador defende a constitucionalidade do preceito atacado sob o argumento de que “[o] processo legislativo foi antecedido de consulta, mediante plebiscito realizado pela Justiça Federal, à população interessada, na forma da Resolução nº 33/2000, de março. Aliás, o plebiscito foi autorizado pelo Decreto Legislativo nº 2.015, de 3 de março desse ano”. Sustenta que é possível, ante a inexistência de lei complementar federal que determine o período dentro do qual poderá ocorrer a criação de município, que este período seja indicado “no ordenamento jurídico estadual” [fls. 31/44].

7. A Assembléia Legislativa afirma que a Constituição do Brasil assegurou o direito absoluto ao desmembramento de municípios. Ressalta que tanto a legislação baiana, Constituição e lei complementar, primaram pela inteira razoabilidade ao fixar o intervalo de criação no período compreendido entre um ano, no máximo, e seis meses no mínimo das eleições municipais. Quanto ao plebiscito, destacou “não ter qualquer significado a pretensão de uma consulta mais abrangente que em última análise importaria um plebiscito às avessas concernente em indagar-se de um Município de origem se deseja permitir que uma determinada área se desmembre” [fls. 52/63].

8. Em face da relevância da matéria, o Ministro Nelson Jobim, relator à época, determinou, na forma do artigo 12 da Lei n. 9.868/99, a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República (fl. 114).

9. O Advogado-Geral da União manifestou-se às fls. 116/124, pugnando pela procedência do pedido, seja porque a Lei n. 7.619/2000 foi editada na pendência de lei complementar federal, de que cuida o § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte; seja pela desconformidade entre o texto constitucional e a consulta plebiscitária efetuada.

requisitos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta previa, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.”

10. O Procurador-Geral da República opinou pela declaração de inconstitucionalidade da lei atacada. Acentua que é flagrante a violação do texto constitucional pela lei baiana, dado o não-atendimento das condições insertas na Constituição do Brasil, na ocasião em que se deu o desmembramento. Adverte que o caráter negativo da norma contida no artigo 18, § 4º, apenas não alcança as leis de criação de município já concluídas ao tempo da EC 15/96, sendo diversa desta a hipótese dos autos (fls. 126/130).

É o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias para envio aos Senhores Ministros (RISTF, artigo 172).

VOTO

01. O Partido dos Trabalhadores – PT propõe ação direta em que pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. Afirma a inconstitucionalidade da lei estadual, posterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 15/96, que deu nova redação ao § 4º do artigo 18 da Constituição de 1988. O Município foi criado em ano de eleições municipais, inexistindo a lei complementar federal mencionada no texto constitucional [§ 4º, artigo 18, CB], que determinará o período no qual municípios podem ser criados. O preceito, da Constituição baiana, que atribuía à lei complementar estadual os requisitos definidores da criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios e estabeleceu período determinado em que os municípios poderiam ser criados teria sido revogado no advento da EC 15/96. Apenas a população do Distrito de Luís Eduardo Magalhães manifestou-se no plebiscito realizado em 19 de março de 2000. Os estudos de viabilidade municipal foram publicados em data posterior ao plebiscito, 28 de março de 2000.

02. O § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi atribuída pela EC 15/96, estabelece que a criação de Município será feita por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, dependendo de consulta prévia. Não foi, até esta data, produzida a lei complementar federal mencionada no preceito. Daí por que a interpretação literal do texto desse § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil conduziria, em simples exercício de subsunção, à automática declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães.

03. Ocorre que o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe. Há mais de seis anos. Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção. Cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as conseqüências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual.

O Município – permito-me repeti-lo – o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato. No seu território foram exercidos atos próprios ao ente federativo dotado de autonomia. No dia 19 de julho de 2001, foi promulgada a sua lei orgânica. O Município legisla sobre assuntos de interesse local; até maio de 2006, foram sancionadas mais de duzentas leis municipais. O Município elegeu seus Prefeito e Vice-Prefeito, bem assim seus Vereadores, em eleições realizadas pela Justiça Eleitoral. Instituiu e arrecadou tributos de sua competência. Prestou e está a prestar serviços públicos de interesse local. Exerce poder de polícia. Em seu território – isto é, no Município de Luís Eduardo Magalhães – foram celebrados casamentos e registrados nascimentos e óbitos. O Município recebe recursos federais e estaduais e participa da arrecadação de tributos federais e estaduais. Segundo dados obtidos no sítio do IBGE [www.ibge.gov.br], no ano de 2000 foram realizadas eleições no Município de Luis Eduardo Magalhães, organizadas pelo TRE-BA, de que participaram 9.412 eleitores. Em 2004, eram 20.942 os eleitores do Município. No ano de 2001 o Município contava com 18.757 habitantes, que se movimentam numa frota de 2.921 veículos. A população estimada pelo IBGE em 2005 é de 22.081 habitantes. A frota, por sua vez, saltou para 3.928 veículos em 2004. Em 2002 foram assentados 469 nascimentos no cartório de registros públicos. Em 2003 foram 383 registros. Também em 2002, o Município recebeu quotas do Fundo de Participação dos Municípios no valor de R\$ 4.011.364,34 e do FUNDEF da ordem de R\$2.128.461,58. No ano seguinte, R\$ 4.237.187,52 do FPM e, em 2004, R\$ 4.305.244,00 provenientes do FUNDEF.³ Em 2003 contava com 8.174 alunos matriculados, 7.842 na rede municipal de ensino, composta por 14 escolas e 262 docentes. No sítio da Prefeitura Municipal [www.luiseduardo-magalhaes.ba.gov.br], dá-se notícia de que a cidade possui 7.000 aparelhos de telefone instalados, com o maior consumo *per capita* em telefonia celular do Estado da Bahia. Em suma, o Município de Luís Eduardo Magalhães existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada. Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem seja juridicamente regular a sua autonomia política.

Em boa-fé nutrida inclusive por este Tribunal, visto que a lei estadual é de 30 de março de 2000 e a Corte poderia em julho do mesmo ano, quatro meses após, ter determinado a suspensão dos seus efeitos. Não o tendo feito, permitiu a consolidação da situação de exceção que a existência concreta do município caracteriza.

04. Embora de exceção, essa existência, existência de fato, decorrente da decisão política que importou a sua instalação como ente federativo dotado de autonomia municipal – repito – consubstancia uma situação consolidada. O *nomos* do seu território foi nele instalado. O Município legislou, de modo que uma parcela do ordenamento jurídico brasileiro é hoje composta pela legislação local emanada desse ente federativo cuja existência não pode ser negada.

³ O valor referente ao FUNDEF de 2004 foi obtido no sítio do Ministério da Educação [<http://www.mec.gov.br/sef/fundef/pdf/fundo2004.pdf>].

05. Observo inicialmente que o princípio da segurança jurídica, sem embargo das ressalvas que ao seu uso indiscriminado deixei bem vinculadas no meu voto na ADI 3685, prospera em benefício da preservação do Município. A respeito do princípio, tal como ao caso se aplica, faço referência ao voto do Ministro GILMAR MENDES no MS 24.268.⁴ Ali encontro subsídios suficientes para afirmar essa aplicação.

Inicialmente, o clássico estudo de Almiro do Couto e Silva:⁵

“a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e a confiança (Treue und Glauben) dos administrados”;

[...]

“MIGUEL REALE é o único dos nossos autores que analisa com profundidade o tema, no seu mencionado ‘Revogação e Anulamento do Ato Administrativo’ em capítulo que tem por título ‘Nulidade e Temporalidade’. Depois de salientar que ‘o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia’, diz ele que ‘é mister distinguir duas hipóteses: (a) a de convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável; (b) a perda pela Administração do benefício da declaração unilateral de nulidade (le bénéfice du préalable)’”.

“Registre-se” – diz o Ministro GILMAR MENDES nesse voto – “que o tema é pedra angular do Estado de Direito, sob a forma de proteção à confiança. É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê como aspecto do princípio da segurança o da confiança: ‘O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar [...] é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica’ (Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 91). O autor tedesco prossegue afirmando que o princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa fé. Diz: ‘Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. [...] Segundo a opinião atual, [este princípio da boa fé] se aplica nas relações jurídicas de direito público’ [Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 95 e 96]”.

⁴ Vide também, quanto à estabilidade das relações jurídicas constituídas, agravos regimentais no RE 348.364, relator Min. Eros Grau, DJ 11-3-2005.

⁵ Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, V. 18, n° 46, 1988, p. 11-29.

06. É bem verdade que doutrina e jurisprudência em geral referem-se, ao tratar de situações consolidadas excepcionais – logo ainda não *jurídicas*⁶ – e do princípio da segurança jurídica, a situações *obrigacionais* ou *administrativas, individuais* ou *subjetivas*. O conteúdo dessas situações, como observa LAUBADÈRE,⁷ inspirado em DUGUIT,⁸ é individualmente determinado e pode variar de um para outro titular – aí o caso, *v. g.*, de um credor, um devedor, um locatário, em que o conteúdo da situação é específico para cada qual, modelando-se pelo ato individual.

Estamos porém, no caso de que ora cogitamos, diante de situação excepcional consolidada de caráter *institucional, político*.

Atua aqui a *força normativa dos fatos* [*normative Kraft des Faktischen*], a que refere Georg JELLINEK,⁹ que permite compreender a origem e a existência da ordem jurídica, pois na vida do Estado as relações reais precedem as normas em função delas produzidas.¹⁰

07. Há casos nos quais a situação excepcional é prevista pelo direito positivo. Tome-se como exemplo o casamento putativo.

Diz o artigo 1.561 do novo Código Civil – no que segue preceito veiculado pelo Código de 1916 – que:

“Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produzirá todos os efeitos até o dia da sentença anulatória”.

E prosseguem os parágrafos 1º e 2º desse mesmo artigo 1.561 dispondo que, “[s]e um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão” e que, “[s]e ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão”.

Isso importa em que, sejam quais forem as circunstâncias – e aqui passo à margem da questão dos alimentos – [i] os filhos do casal têm direito ao uso do nome e, [ii] até a anulação [se houver], morrendo um dos cônjuges antes dessa, se o casamento for em regime de comunhão de bens, o cônjuge que estiver de boa-fé terá direito a herança – nesse sentido, o voto do Min. EDUARDO RIBEIRO no Resp. 69.108. Quanto aos filhos, de resto, o § 6º do artigo 227 da Constituição do Brasil estabelece que “havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminató-

⁶ Tome-se situação jurídica como conjunto de direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular.

⁷ *Traité élémentaire de droit administratif*, 4. ed. LGDJ, Paris, 1967, p. 17.

⁸ *Traité de droit constitutionnel*, 2 ed., t. I, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., Paris, 1921, p. 254-255.

⁹ *Teoría General del Estado*, 2. ed., trad. de Fernando de Los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 319 ss.

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 338.

rias relativas à filiação”. De todo modo, mesmo anteriormente à Constituição de 1988, o parágrafo único do art. 4º da Lei nº 6.515/77 (lei do divórcio), estabelecia que, nos casos de anulação de casamento, “[a]inda que nenhum dos cônjuges esteja de boa fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns”, preceito reproduzido pelo artigo 1.561 do novo Código Civil.

A produção de efeitos jurídicos pelo casamento putativo, tido como válido até a sua anulação, é marcante. Anteriormente a essa anulação, impede a celebração de outro. Sendo indispensável, em certos atos, a outorga uxória, aqueles que tenham sido sem ela praticados na constância do casamento putativo são anuláveis. Nele não ocorre a prescrição entre os cônjuges (artigo 168, I do Código Civil de 1916; artigo 197, I do novo Código Civil). Por outro lado, a incapacidade para os menores cessa com o casamento putativo, subsistindo a eficácia dos atos que como maiores tenham praticado (artigo 9º, § 1º, II do Código Civil de 1916; artigo 5º, II do novo Código Civil).

Não é necessário entrarmos neste passo em debate doutrinário quanto ao caráter jurídico do casamento putativo. Basta a observação de PONTES DE MIRANDA,¹¹ para quem a putatividade é um obstáculo aos efeitos da anulação, pela conferência fictícia de validade. Ficção que suprime o impedimento e faz desaparecer o vício ou causa anulatória [cf. LAURENT¹² e por AUBRY et RAU,¹³ citados por YUSSEF CAHALI].¹⁴

Estamos, no caso do casamento putativo, diante de uma situação de exceção prevista pelo direito positivo.

08. Exceção também prevista pelo direito positivo é a das sociedades de fato ou irregulares, que o novo Código Civil chama de “sociedade em comum”. Embora não possuam personalidade jurídica, essas sociedades praticam atos de comércio. Delas já tratava o Código Comercial em seus artigos 304 e 305.

09. No caso do Município de Luís Eduardo Magalhães – que existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política – estamos diante de uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo, porém instalada pela *força normativa dos fatos*. A essa força é que CARL SCHMITT¹⁵ faz alusão ao apontar o fato de, no princípio de dezembro de 1949, o representante inglês na ONU ter declarado, em relação ao reconhecimento do novo governo comunista da China, que um reconhecimento jurídico internacional não há de apoiar-se senão na realidade fática. No caso que ora apreciamos importa simplesmente termos consciência da inescandível realidade fática do Município de Luís

¹¹ *Tratado de direito de família*, 3. ed., Max Limonad, Rio de Janeiro, 1947, p. 384 ss.

¹² *Principes de droit civil français*, 2. ed., Bruxelles, Bruylant-Christophe et Cie., 1876, pp. 635, 642, 645, 648 e 651.

¹³ *Tours de droit civil français*, v. VII, 5. ed., Paris, Marchal et Godde, 1913, p. 77, nota 25.

¹⁴ *O casamento putativo*, 2. ed., Lex, São Paulo, 1971, p. 5.

¹⁵ Vide CARL SCHMITT, “El problema de la legalidad”, in *Carl Schmitt, teólogo de la política*, selección de textos de Héctor Orestes Aguilar, Fondo Cultura Económica, México, 2001, p. 342.

Eduardo Magalhães. Ao seu reconhecimento como ente federativo dotado de autonomia basta a realidade fática.

Aqui – repito – estamos diante de uma situação excepcional. A exceção manifesta-se inicialmente em razão de omissão do Poder Legislativo, omissão que impede, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1996, a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios. Essa omissão consubstancia uma moléstia do sistema, um desvio do seu estado normal, como passo a demonstrar.

10. A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (art. 1º da Constituição do Brasil). Assim, observado o disposto no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil e a lei complementar nele mencionada, a decisão política que envolva a criação de um Município poderia, se existente a lei complementar, ser tomada. A omissão do Congresso Nacional impede, no entanto, que essa decisão, de caráter político, seja afirmada.

Essa omissão opera no sentido de como que transferir parcela de função constituinte ao Poder Legislativo – o que é inadmissível – eis que inviabiliza o que a Constituição autoriza, a criação de um novo Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional.

Daí termos que, no caso do Município de Luís Eduardo Magalhães, a exceção – exceção que, como observei, não é prevista pelo direito positivo – decorre de violação, ao menos indireta, pelo Congresso Nacional, da ordem constitucional. Estamos aí diante de uma situação anormal, a omissão do Legislativo instalando uma fissura, dir-se-ia, na ordem constitucional. Moléstia do sistema, desvio do seu estado normal.

11. Ora, as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu “valer”.¹⁶ A propósito, MAURICE HAURIOU¹⁷ menciona “... cette idée très juste que les lois ne sont faites que pour un certain état normal de la société, et que, si cet état normal est modifié, il est naturel que les lois et leurs garanties soient suspendus”. E prossegue: “C’est très joli, les lois; mais il faut avoir le temps de les faire, et il s’agit de ne pas être mort avant qu’elles ne soient faites”. Ora, a situação existente no momento da criação do Município era anormal, pois faltava a lei complementar.

Isso é o que neste passo pretendo deixar bem vincado: a criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo.

¹⁶ Vide CARL SCHMITT, “Los tres legisladores extraordinarios de la Constitución de Weimar”, in *Carl Schmitt, teólogo de la política*, cit, p. 313.

¹⁷ *Notes d’arrêts sur décisions du Conseil d’État et du Tribunal des Conflits*, tome troisième, Sirey, Paris, 1929, p. 173.

12. O Município de Luís Eduardo Magalhães existe, é verdade, em confronto com o disposto no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil. Lembro, no entanto, conhecida observação de KONRAD HESSE:¹⁸ na vida da coletividade há realidades que se encontram em contradição com a Constituição, mas essas realidades não devem ser consideradas como insignificantes pelo intérprete da Constituição. O importante, em face delas, é fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o seu nascimento [da realidade inconstitucional] ou para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição. No caso, existe uma realidade material, um Município, um ente federativo dotado de autonomia política. Não é possível retornarmos ao passado, para anular esta realidade, que produziu efeitos e permanece a produzi-los. O Município de Luís Eduardo Magalhães, ente da federação brasileira, é titular de autonomia municipal desde a sua criação. Como, agora, anular essa autonomia? Pois é certo que a supressão dessa autonomia, afirmada por efeitos concretos produzidos, consubstanciaria franca agressão à estrutura federativa, ao princípio federativo. A decisão política da criação do Município violou a regra constitucional, mas foi afirmada, produzindo todos os efeitos dela decorrentes. O preceito veiculado pelo § 4º do artigo 18 da Constituição visa a impedir a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios fora de período determinado por lei complementar federal. Como o Legislativo omitiu-se, deixando de produzir essa lei complementar, e o ente federativo surgiu, existindo como tal, a aplicação do preceito para que se declare a inconstitucionalidade do ato legislativo estadual e a inconstitucionalidade institucional do Município agravará a moléstia do sistema. Se da aplicação de uma norma resulta um desvio da finalidade a que ela se destina, ela finda por não cumprir o seu papel, ela deforma. Precisamente isso se daria no caso, se a autonomia do ente federativo viesse a ser anulada.

A Constituição, diz ainda HESSE,¹⁹ “compõe-se de normas. Nelas estão exigências à conduta humana, ainda não a essa conduta mesma; elas permanecem letra morta e nada produzem se o conteúdo daquelas exigências não passa à conduta humana”. “Constituição e ‘realidade’, portanto, não podem ser isoladas uma da outra”.²⁰

13. Dirá eventualmente algum normativista radical que o Município de Luís Eduardo Magalhães jamais foi criado em termos formais. Da inconstitucionalidade da lei então decorreria a sua inconstitucionalidade institucional. Esta poderia ser tida como uma afirmação correta no mundo do *dever ser*. Sucede que vivemos no mundo do *ser*, a vida se passa no mundo do *ser*, onde o Município existe. Somente no plano das abstrações seria possível ignorarmos a realidade do mundo do *ser*, inclusive, nela, a existência do Município de Luís Eduardo Magalhães. Para tanto, é necessário que se viva no mundo do *dever ser*. E o debate com quem habita esse mundo, o mundo do *dever ser*, nada promete de útil.

¹⁸ *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. de Luís Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 52.

¹⁹ Ob. cit., p. 47.

²⁰ HESSE, ob. cit., p. 49.

Cumpra além do mais considerarmos que essa existência real não está inserida para além do ordenamento, senão no seu interior. É que o estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.²¹

14. Por isso teria sentido, sim, falarmos em “Município putativo”, essa putatividade operando, mercê de conferência fictícia de validade à sua criação, como um obstáculo aos efeitos da inconstitucionalidade da lei que a operou – permito-me lembrar a lição de PONTES, linhas acima referida; a ficção suprime o impedimento e faz desaparecer o vício.

A diferença entre o casamento putativo e o “Município putativo” está em que, embora possível a anulação do primeiro, a anulação da decisão política de que resultou a criação do Município avança sobre o que poderíamos chamar de “reserva do impossível”, no sentido de não ser possível anularmos o fato dessa decisão política de caráter institucional sem agressão ao princípio federativo.

Explico-me. Cogitando das inconstitucionalidades, FRANCISCO CAMPOS²² observa que “[o] ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse sido. [...] Um ato do poder legislativo em contravenção a uma cláusula constitucional não é, com efeito, uma lei. Quando concorrem em um determinado caso uma lei inconstitucional e a Constituição, não tem o poder judiciário que indagar qual a superior para saber a que deve aplicar, se a suposta lei, se a Constituição. [...] O caso, pois, se resolverá perante os tribunais como se, na espécie, lei ordinária não houvesse”.

Isso no entanto não se pode fazer em relação à Lei nº 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. Não podemos fingir que o Município não existe, de modo que a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual seria vã. Pois é certo que dela, declaração de inconstitucionalidade de lei estadual, não decorreria declaração de inconstitucionalidade institucional do Município de Luís Eduardo Magalhães. *Eppur si muove!* Não é possível anularmos a decisão política de caráter institucional sem desabrida agressão ao princípio federativo.

Criado o Município, passou a existir e agir como ente da federação. Trata-se de um fato. Não se anulam fatos. Um ente da federação assumiu existência [plano da existência] e dessa existência resultaram efeitos jurídicos [plano da eficácia], tal como ocorre no casamento putativo e com as “sociedades em comum” [= sociedades de fato]. Impossível retornarmos no tempo, para anular essa existência, sem agressão à autonomia desse Município e, pois – repito – ao princípio federativo.

²¹ Cf. Giorgio Agamben, *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua*, trad. de Henrique Burgo, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2004, p. 26-27.

²² *Direito Constitucional*, v. I, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1956, p. 430.

15. De mais a mais, a violação de uma norma é expressão não apenas de uma conduta adversa ao que está escrito em um texto, no plano abstrato do mundo do *dever ser*, mas violação de uma ordem concreta, histórica, situada no espaço e no tempo.

Estamos, no caso, diante de uma situação de exceção, que – embora não prevista pelo nosso direito positivo – há de ser decidida em coerência com a ordem concreta da qual a Constituição é a representação mais elevada no plano do direito posto. Esta ordem concreta é anterior ao *direito posto* pelo Estado. Arranca de um direito pressuposto e expressa a visibilidade de um *nomos*.

A ADI que temos sob julgamento compreende não apenas o pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma lei, mas também de inconstitucionalidade, institucional, de um ente da federação. Este caso não pode ser examinado no plano do abstracionismo normativista, como se devêssemos prestar contas a Kelsen e não a uma ordem concreta.

Pois é certo que o processo de objetivação que dá lugar ao fenômeno jurídico não tem início na emanção de uma regra, mas sim em um momento anterior, no qual aquela ordem é culturalmente forjada. As normas – observa SANTI ROMANO²³ – não são senão uma entre as distintas manifestações do fenômeno jurídico. O ordenamento jurídico – é ainda SANTI ROMANO²⁴ quem o diz – “é uma entidade que em parte se move segundo regras, mas, sobretudo move ela mesma as regras como figuras de um tabuleiro; por isto as regras representam o objeto e o meio da sua atividade, não um elemento da sua estrutura”.

16. Refiro-me a uma ordem geral concreta, situada geograficamente e no tempo, com as marcas históricas e culturais que a conformam tal como ela é. Por isso mesmo incompleta e mesmo contraditória, reclamando permanentemente complementação, refazimento e superação de situações de exceção. A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Mas esta Corte, ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.²⁵

Na tarefa de concretização da Constituição, a Corte aplica-se a prover a sua força normativa e sua função estabilizadora, reportando-se à integridade da ordem concreta da qual ela é a representação mais elevada no plano do direito posto. A sua mais prudente aplicação, nas situações de exceção, pode corresponder exatamente à desaplicação de suas normas a essas situações. A tanto leva a prática da interpretação da Constituição, que supõe caminharmos de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular. Daí que ela exige a consideração não apenas dos textos normativos, mas também de elementos do mundo

²³ *L'Ordinamento Giuridico*, seconda edizione, Sanzoni, Firenze, 1945, p. 16.

²⁴ Ob. cit., p. 13.

²⁵ A expressão é de Giorgio Agamben, ob. cit., p. 25.

do ser, os fatos do caso e a realidade no seio e âmbito da qual a decisão em cada situação há de ser tomada.

17. Esta Corte não há de proceder, especialmente neste caso, como o legista que examina um corpo morto – a infração à letra escrita da Constituição. Aqui estamos diante de uma realidade política, de um ente político da federação.

Cumpramos verificarmos o que, no caso, menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. O que menos as sacrifica. A agressão à regra do § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil ou a violação do princípio federativo? Quais são os interesses atendidos em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o Município? Quais interesses serão sacrificados em consequência dessa declaração de inconstitucionalidade?

As respostas a essas indagações parecem óbvias a quem suponha o direito não somente como um esquema de coerências formais, mas como um plano da realidade social. A violação ao princípio federativo, com a cassação da realidade política local, agrava e sacrifica a função normativa da Constituição de modo pernicioso. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia reconhecermos a existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. Mas, em verdade, esse conflito efetivamente não se dá, visto que a situação de exceção com a qual nos defrontamos há de ser resolvida por esta Corte mediante a inclusão do Município de Luís Eduardo Magalhães no estado da normalidade. Prevalecerão então os valores e direitos da federação, expressando interesses múltiplos relacionados por força de vínculos diversos ao ente político local.

18. Permito-me observar ainda que no caso está em pauta o *princípio da continuidade do Estado*, não o princípio da *continuidade do serviço público*. Os serviços públicos prestados pelo Município de Luís Eduardo Magalhães passariam a ser imediatamente prestados, se declarada a inconstitucionalidade da lei de sua criação, pelo Município de Barreiras, de cuja área foi destacado. Mas não é disso que aqui se cuida, senão da necessária, imprescindível afirmação, por esta Corte, do sentido normativo veiculado pelo artigo 1º da Constituição do Brasil: a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. É o princípio da continuidade do Estado que está em pauta na presente ADI, incumbindo-nos recusar o *fiat justitia, pereat mundus*.

Por certo que a afirmação da improcedência da ADI não servirá de estímulo à criação de novos municípios, indiscriminadamente. Antes, pelo contrário, há de expressar como que um apelo ao Poder Legislativo, no sentido de que supra a omissão constitucional que vem sendo reiteradamente consumada.

Concluído, retornarei à observação de KONRAD HESSE: também cumpre a esta Corte fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o nascimento de realidades inconstitucionais, mas indispensável há de ser, quando isso seja possível, que esta mesma Corte tudo faça para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição.

As circunstâncias da realidade concreta do Município de Luís Eduardo Magalhães impõem seja julgada improcedente a ADI.