



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

Parecer n. 05/2019 – JLGMB

Processo CMRJ 4785/19

Ementa: 1- Análise da possibilidade de recusa do Poder Executivo em dar cumprimento à lei que se lhe afigure inconstitucional. Evolução histórica do problema. Doutrina e jurisprudência. Posição desta Procuradoria-Geral pela ilegitimidade da recusa executiva. Exceções: *conjecturas de excepcionalidade*. Exigência de procedimento que contemple: *i) parecer da Procuradoria-Geral do Poder Executivo, que sustente ii) forte suspeita de inconstitucionalidade e cuja aplicação enseje iii) periculum in mora, entendido este como as graves consequências da aplicação imediata da lei sob a perspectiva da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, e lhe seja conferido iv) efeitos normativos por ato do Chefe do Poder Executivo, v) condicionada à propositura, dentro de um marco temporal razoável, de ação de controle abstrato de inconstitucionalidade com pedido cautelar de suspensão da eficácia da lei municipal impugnada e que vi) na hipótese de negativa do pleito liminar, seja impositivo o cumprimento imediato da lei impugnada.*

2 - Ilegitimidade da recusa do Poder Executivo em dar cumprimento à lei municipal que dá nome a logradouro público. A Suprema Corte definiu sob o regime da repercussão-geral que **é comum aos Poderes Executivo (decreto) e Legislativo (lei formal) a competência destinada a denominação de próprios, vias e logradouros públicos e suas alterações, cada qual no âmbito de suas atribuições.**³

- Providências da Câmara Municipal em face do problema: *i) diálogo institucional; ii) decreto legislativo que suste o ato executivo que imponha o descumprimento de lei municipal; iii) convocação de autoridade corresponsável pelo descumprimento da lei; iv) tipificação, em tese, de infração político-administrativa pelo prefeito municipal.*



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

Senhor Vereador Presidente,

Trata-se de ofício subscrito pelo n. Vereador Reimont, por meio do qual Sua Excelência, irresignado, demonstra o deliberado descumprimento pelo Poder Executivo da Lei municipal nº 4.944/2008, que “dá o nome *Administrador Arlam Lobo (1935-2003) ao logradouro público inominado no Bairro de Laranjeiras, neste Município*”, e requer que as providências cabíveis sejam tomadas por esta Procuradoria-Geral em face de tal ato.

Passo a opinar.

I – SOBRE A POSSIBILIDADE DE RECUSA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO EM DAR CUMPRIMENTO À LEI QUE CONSIDERE INCONSTITUCIONAL

Não, não é apenas por um nome de rua. A questão subjacente – a possibilidade de recusa do Poder Executivo em cumprir lei municipal, sob a alegação de sua pretensa inconstitucionalidade – é um problema extremamente controvertido e atual e que já está, há muito, a merecer a devida atenção por parte deste Poder Legislativo e de todos aqueles que se incumbem da defesa e do aprimoramento do Estado democrático de direito.

O argumento comum e mais caro às duas correntes antagonistas sobre o tema é aquele que se funda no *princípio da supremacia constitucional*: para os que advogam a tese da legitimidade da recusa do Chefe do Poder Executivo em dar cumprimento à lei supostamente inconstitucional, como a Constituição é a norma suprema a que todos devem obediência, não se poderia jamais deixar prevalecer lei que a afrontas-



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

se, constituindo verdadeiro dever do Executivo recusar-lhe cumprimento¹. Para os que inadmitem tal comportamento pelo Chefe do Poder Executivo, existem os caminhos institucionais próprios que estão disciplinados na Constituição para o exercício do controle de constitucionalidade, sendo ilegítimo qualquer ato unilateral do Executivo, sem previsão na Lei Maior, que afrontasse a presunção de constitucionalidade das leis e a harmonia e independência entre os Poderes².

Contudo, é indelével que a nossa Constituição, a exemplo da maioria das democracias constitucionais modernas, conferiu ao Poder Judiciário a prerrogativa de fazer valer a última palavra sobre o direito posto, inclusive o poder de invalidar as pró-

¹ Nesse sentido é o magistério de GUSTAVO BINENBOJM: “*o Poder Executivo não está autorizado e, muito menos, obrigado a lavar as mãos diante de um ato normativo que se lhe afigure inconstitucional, compactuando com a violação da Lei Maior*” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, PP. 241-242.).

² Já para ZENO VELOSO: “*Permitir que este poder, ex propria auctoritate, cancele a eficácia de norma jurídica, porque reputa contrária à Constituição, é consagrar tese perigosíssima, que pode pôr em risco a democracia, num País em desenvolvimento, como o nosso, com tantas e tão graves limitações e carências, com uma vocação histórica - e até o momento incontrolável - para o autoritarismo, com um executivo verdadeiramente formidável e imperial, significando o princípio da divisão de poderes quase uma letra morta no texto Magno.*” (VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 322- 323.)



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

prias leis quando contrárias à Constituição³. Trata-se da delicada tarefa de ser o árbitro entre o ideal da democracia – que pressupõe governo da maioria e soberania popular – e do constitucionalismo – fundado na ideia de supremacia da lei e de limitações ao poder (*Rule of Law*)^{4 5}.

Argumenta-se que tal escolha deve-se em grande parte à *imparcialidade* da função jurisdicional, que, afastada das lutas travadas na *arena política*, tem melhores

³ Diferentemente da corte constitucional preconizada no modelo europeu, a corte francesa não faz o controle de leis após sua eficácia, o controle de constitucionalidade é realizado antes da eficácia da lei, sendo obrigatório para leis complementares e facultativo para leis ordinárias, as quais, após publicação, permanecem sem eficácia por trinta dias, após esse prazo, se não houver alegação de inconstitucionalidade, a lei passa a ter eficácia. O controle exclusivamente *a priori* é a característica marcante e inovadora do modelo francês.

Além de preventivo, o controle é realizado por um órgão especial, distinto dos três Poderes clássicos, denominado Conselho Constitucional. Assim, o Poder Judiciário não detém competência para o controle, abstrato ou difuso, de constitucionalidade, na França, sendo essa competência exclusiva do *Conseil Constitutionnel*, órgão político e autônomo, não vinculado ao Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Já o modelo inglês é estruturado em bases costumeiras, tendo apenas algumas leis escritas. A sua Constituição caracteriza-se como material e flexível, não há distinção formal entre leis constitucionais e leis ordinárias, não há o princípio da supremacia da Constituição, mas da supremacia do Parlamento – este é soberano. Diante dessas características, verifica-se que não há lugar para uma fiscalização da constitucionalidade das leis. A fiscalização existe sobre os atos do Parlamento como ensina OSWALDO LUIZ PALU: “*Segundo a teoria corrente no direito constitucional inglês, o Parlamento é quem exercita o poder supremo e, por conseguinte, se também os seus atos vão de encontro à Constituição continuam válidos e valem como modificações ou emendas a ela.*” (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 .p. 107)

⁴ JORGE MIRANDA explica que o Princípio da *Rule of Law* significa “*Os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da ideia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária proteção contra qualquer exercício arbitrário de poder.*” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. v. 1. p. 130)

⁵ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88-89.



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

condições de resguardar os direitos fundamentais da deliberação de maiorias eventuais – o que BICKEL cunhou de *função contramajoritária*⁶.

De todo modo, essa destacada função deve ser exercida com *autocontenção*, em respeito ao princípio democrático: cabe ao povo escolher, diretamente, ou por seus representantes, os destinos da comunidade. Sendo a função contramajoritária uma medida extrema, que é reclamada apenas quando ocorre o exercício inadequado da competência dos demais Poderes.

Os Poderes Legislativo e Executivo, entretanto, assim como os indivíduos e entidades, também são legítimos interpretes da Constituição⁷. Fica, pois, a questão de saber até onde vão os limites desse papel, a fim de que a sociedade politicamente organizada se mantenha fiel à sua Constituição, e não se desintegre em razão de extremada insegurança jurídica ou do enfraquecimento do poder de império da lei.

Aprofundemos o debate.

⁶ ALEXANDER BICKEL apresentou a expressão em sua obra: *The least dangerous branch*, 1986, p. 16-23: “A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (judicial review) é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...)”

[Q]uando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. (...) O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial”.

⁷ Para o professor alemão PETER HABERLE: “A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.” (HABERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*, Ed. Sérgio A. Fabris, Editor, 1998, p.25)



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

I.1. Breve síntese histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a sua relação com o problema apresentado.

A Constituição de 1891, por obra do gênio de Rui Barbosa, inspirado no modelo estadunidense, foi a nossa primeira a instituir o controle judicial difuso de constitucionalidade, por meio do qual as diversas instâncias do Poder Judiciário poderiam, em processos subjetivos, declarar a inconstitucionalidade de atos normativos contrários à Constituição, com efeitos *inter partes*, ou seja, a aplicação da lei apenas era afastada, por inconstitucional, no caso concreto, mas permanecia vigente no mundo jurídico para todos os demais efeitos.

Apenas com o advento da Emenda Constitucional nº 16/1965, sob a égide da Carta de 1946, inaugurou-se o sistema de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República (art. 101, I, “k” da CRFB/1946), que passou a conviver com o modelo difuso⁸. A diferença essencial é que no controle denominado concentrado e abstrato a competência para o julgamento é *concentrada* na Corte Constitucional e a constitucionalidade do ato normativo é aferida no plano abstrato, e não em um determinado caso concreto. Por sua vez, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade abstrata são

⁸ Ainda em relação ao controle difuso, a Constituição de 1946, em seu art. 200, preservou a cláusula de reserva de plenário: “*Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público*”, e a competência do Senado Federal para suspender a execução de norma declarada inconstitucional, em seu art. 64.



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

erga omnes (efeito geral, absoluto ou contra todos), pois o ato normativo é declarado nulo e extirpado do ordenamento jurídico como se jamais houvesse existido.⁹

A EC. 16/1965 também conferiu ao legislador o poder de “*estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado*” (art. 124, XIII da CRFB/1946). Contudo, esse dispositivo teve vida curta, tendo sido revogado, dois anos depois, pela Constituição outorgada de 1967, sob égide do regime de exceção de 1964.

Viu-se que, até então, o monopólio do Procurador-Geral da República para dar gênese ao processo de declaração de inconstitucionalidade abstrata perante a Suprema Corte e a ausência de previsão de controle de constitucionalidade estadual (perante os Tribunais de Justiça dos Estados), consistia em um legítimo argumento a favor da possibilidade de recusa pelo Chefe do Poder Executivo a dar cumprimento à lei que considerasse inconstitucional. Afinal, se não havia meios daquele impugnar ato normativo que lhe parecesse inconstitucional, perante o Poder Judiciário, não havia outro caminho a não ser negar-lhe cumprimento, sob sua conta e risco.

⁹ Na atualidade, há técnicas de declaração de inconstitucionalidade que permitem a modulação dos efeitos da decisão a partir de determinado marco temporal, tendo em vista outros valores constitucionais relevantes, como também, por meio de sentenças intermediárias de inconstitucionalidade, restringem o alcance do conteúdo declaratório da decisão. São espécies dessas últimas: *a interpretação conforme a Constituição* e a *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*.

Veja-se o que diz a **Lei 9.868/1999**:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO
Procuradoria-Geral

Contudo, com a redemocratização, a Constituição Cidadã manteve a coexistência dos sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, aumentou sensivelmente o rol de legitimados para arguir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual contrário à Constituição¹⁰; instituiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental (§ 1º do art. 102), regulada pela Lei 9882/1999¹¹ – que possibilita, inclusive, o ataque a ato normativo primário municipal e ao direito pré-constitucional; bem como restabeleceu o controle de constitucionalidade estadual de

¹⁰ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

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.”

¹¹ “Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;”



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

leis e atos normativos estaduais e municipais perante os Tribunais estaduais¹²¹³, e a EC. 03/1993 passou a prever a ação declaratória de constitucionalidade.

Além disso, a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a dar maior dimensão e dinamismo ao controle de constitucionalidade, tanto por meio da reclamação constitucional, quanto de outros instrumentos jurídicos, como a repercussão-geral e a súmula vinculante, a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade em demandas coletivas (como em ações populares, ações civis públicas e mandados de segurança coletivos) e remédios constitucionais, o que acabou por aproximar o alcance dos efeitos de decisões tomadas em processos subjetivos aos de processos objetivos (ou abstratos) de controle de constitucionalidade.

Todas essas potencialidades que emergem do controle judicial de constitucionalidade, inclusive com a previsão de decisões liminares de inconstitucionalidade, adicionadas a um contexto de exacerbado ativismo judicial (que, verdadeiramente, as banalizaram), parecem ter esvaziado aquela vetusta justificativa para permitir a recusa do Chefe do Executivo em dar cumprimento à lei supostamente inconstitucional, quando este detém a prerrogativa de postular, com toda a estrutura de sua qualificada advocacia

¹² “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

§ 2º 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.”

¹³ Nesse sentido, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro estabelece rol de legitimados ainda mais amplo que o da Constituição da República: “Art. 162. A representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta pelo Governador do Estado, pela Mesa, por Comissão Permanente ou pelos membros da Assembléia Legislativa, pelo Procurador-Geral da Justiça, pelo Procurador-Geral do Estado, pelo Defensor Público Geral do Estado, por Prefeito Municipal, por Mesa de Câmara de Vereadores, pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação na Assembléia Legislativa ou em Câmara de Vereadores, e por federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual.”



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

pública, a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo perante o Poder Judiciário¹⁴.

Posição contrária afirma que com a promulgação da EC. nº 03/1993 ficou estabelecido (*ex vi* do art. 102, §2, da CRFB/1988) que as decisões definitivas de mérito proferidas pela Suprema Corte em ações de controle abstrato produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário *e ao Poder Executivo* (a referência ao Poder Executivo foi substituída pela EC.45/2004 para: “*administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”). Assim, para essa corrente, até que ocorresse definição do STF em ação abstrata, poderia o Chefe do Poder Executivo fazer valer a sua interpretação sobre a inconstitucionalidade de determinada lei¹⁵, escusando-se de cumpri-la.

Tal argumento, contudo, parte de uma inversão completa do propósito do Poder Constituinte Derivado Reformador: sabedor da triste realidade brasileira em que fazer cumprir as leis, inclusive pelo próprio Poder Público, é uma tarefa muitas vezes complexa, o Congresso Nacional instituiu a eficácia vinculante para os *demais órgãos do Judiciário* e para a *Administração Pública* em geral, com vistas a permitir o uso da

¹⁴ Nesse sentido é a doutrina de GILMAR FERREIRA MENDES para quem “*é certo que a questão perdeu muito do seu apelo em face da Constituição de 1988, que outorgou aos órgãos do Executivo, no plano estadual e federal, o direito de instaurar o controle abstrato de normas. A possibilidade de requerer liminar que suspende imediatamente o diploma questionado reforça ainda mais esse entendimento. Portanto, a justificativa que embasava aquela orientação de enfrentamento ou quase de desforço perdeu a razão de ser na maioria dos casos.*” (MENDES, Gilmar Ferreira. “O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade” COAD, Seleções Jurídicas, 1997, p. 22)

¹⁵ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. “*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.*” 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 71-72.



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

reclamação constitucional diretamente à Suprema Corte para “a garantia da autoridade de suas decisões” (art.102, I, “I”, da CRFB/1988)¹⁶.

Ademais, ao contrário do que dizem os entusiastas daquela corrente, na medida em que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade vigente “*aceita a ideia de que a ação declaratória configura uma ADI com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente*”¹⁷ (ou seja, a improcedência de uma ADC equivale à declaração de inconstitucionalidade da lei objeto da demanda) – o efeito *erga omnes* das ADCs no tocante à Administração Pública não consistiria, à luz do problema posto,

¹⁶ O alcance da Reclamação foi especificado e até mesmo ampliado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Veja-se:

“Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (...)”

¹⁷ “*Se não subsiste dúvida relativamente à eficácia erga omnes da decisão proferida em sede de cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, é lícito indagar se essa decisão seria, igualmente, dotada de efeito vinculante. Essa indagação tem relevância especialmente porque da qualidade especial do efeito vinculante decorre, no nosso sistema de controle direto, a possibilidade de propositura de reclamação. Aceita a ideia de que a ação declaratória configura uma ADI com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade seria dotada de efeitos ou conseqüências diversos daqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade. Argumenta-se que, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei federal, estabeleceu o constituinte que a decisão definitiva de mérito nela proferida -- incluída aqui, pois, aquela que, julgando improcedente a ação, proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada -- 'produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo' (Art. 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988). Portanto, sempre se me afigurou correta a posição de vozes autorizadas do Supremo Tribunal Federal, como a de Sepúlveda Pertence, segundo a qual, 'quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade' (Reclamação n. 167, despacho, RDA 206, p. 246/247). Nos termos dessa orientação, a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo federal haveria de ser dotada de efeito vinculante, tal como ocorre com aquela proferida na ação declaratória de constitucionalidade. Daí ter esta Corte reconhecido, no AgR-OO na Rcl n. 1.880/SP, sessão de 7-11-2002, Rel. Ministro Mauricio Corrêa, a constitucionalidade do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868, de 1999, que atribui efeito vinculante às decisões de mérito proferidas em ação direta de inconstitucionalidade.” (Rcl 2.256-MC, rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 9-4-2003, DJ de 22-4-2003.)*



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

inovação bastante a cancelar a tese de que a partir da EC.03/1993 estaria justificada a negativa de aplicação de lei pelo Chefe do Poder Executivo até o pronunciamento jurisdicional acerca de sua constitucionalidade.

Acrescente-se, ainda, que tal entendimento equivaleria a uma indevida inversão do *princípio da presunção de constitucionalidade*, que será melhor desenvolvido mais adiante. Em termos simplificados, presume-se que uma lei é constitucional até que seja declarado o contrário. Assim, não faz nenhum sentido que se tenha que esperar a “confirmação” da validade da lei, pela Corte Constitucional, para cumpri-la. Ao contrário, deve ser cumprida, até que seja (e se o for) declarada inconstitucional.

Portanto, ao contrário de endossar a recusa do Chefe do Executivo em negar cumprimento a leis que considere inconstitucionais, esse mecanismo buscou simplesmente conferir agilidade e segurança jurídica para a solução de tais contendas.

Caso pretendesse legitimar a possibilidade de recusa unilateral do Poder Executivo em cumprir lei sob a alegação de sua pretensa inconstitucionalidade, o Poder Constituinte Derivado Reformador o teria feito de forma expressa. E essa improvável conjectura seria mesmo uma contradição inimaginável: jamais o Congresso Nacional – já não bastasse a hipertrofia *juspolítica* do Poder Executivo – iria conferir-lhe tamanho privilégio, enfraquecendo a sua própria autoridade de legislador (!).

I.2. Sobre a ausência de legitimação do prefeito para provocar o controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Argumenta-se que a ausência de legitimação do prefeito para promover ações de controle abstrato de constitucionalidade perante a Suprema Corte conferiria,



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

sob essa linha de raciocínio, uma prerrogativa ao mesmo para descumprir lei que considerasse inconstitucional em relação aos Chefes dos Executivos, estaduais e nacional, que apenas poderiam fazê-lo mediante decisão jurisdicional¹⁸.

Não nos parece que assim seja. Esse argumento seria, em tese, aplicável apenas a suposições quanto à inconstitucionalidade da legislação federal, já que o prefeito é legitimado para provocar o controle de constitucionalidade estadual abstrato perante o Tribunal de Justiça, de atos normativos estaduais e municipais e, como se sabe, as Constituições estaduais reproduzem, no essencial, os dispositivos da Constituição da República, especialmente se considerarmos a abrangência do *princípio da simetria*¹⁹ aos Estados membros²⁰.

E mesmo na hipótese de recusa ao cumprimento de lei federal pelo alcaide por suposta inconstitucionalidade – conjectura invulgar face à negativa de aplicação de

¹⁸ CLEMERSON MERLIN CLÈVE advoga essa tese com raciocínio engenhoso: “*imagine-se a hipótese de lei federal disposta sobre norma geral em determinada matéria (tributária ou urbanística, por exemplo). Ostentando o ato legislativo viciado, o Presidente da República somente poderia recusar-se a cumpri-la caso antes obtivesse liminar. No caso do prefeito, porque não pode obter liminar em sede de ação direta, ficaria autorizado a recusar, desde logo, seu cumprimento. Deve, portanto, o STF nessa questão manter seu entendimento, mesmo no contexto da Constituição de 1988, inclusive porque, nesta, como nas pretéritas, todos os Poderes da república estão vinculados ao cumprimento da Constituição (art. 23, I, CF) e, então, ao processo contínuo de otimização de sua normatividade*” (CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT,2000, PP.247-248).

¹⁹ O *princípio da simetria* deriva de uma construção jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal do artigo 25 da Constituição e do artigo 11 do ADCT. Com esse princípio, além das normas de reprodução obrigatória e daquelas que preordenam ou organizam os entes federados como um todo na Constituição da República, o STF passou a determinar a aplicação compulsória de modelos federais aos estados e municípios de modo a limitar a margem de manobra do Constituinte estadual e do Legislador municipal, indo além dos termos expressos na Carta Maior.

²⁰ Confira-se a doutrina de LÉO FERREIRA LEONCY: “*Na Constituição de 1988, os limites à autonomia dos Estados-membros se apresentam sob múltiplas formas e funções. Vêm consagrados (a) ora expressamente (normas expressas), (b) ora implicitamente (normas implícitas); aparecem sob a formulação (c) ora de um mandamento (normas mandatórias), (d) ora de uma vedação (normas vedatórias). Por outro lado, há também uma variedade de normas em que tratou o constituinte federal de estabelecer limites aos Estados. Assim, para se enumerar apenas as categorias mais conhecidas, é possível apontar (a) os princípios constitucionais sensíveis, (b) as normas de preordenação constitucional, (c) as normas federais extensíveis e (d) os princípios constitucionais estabelecidos*” (LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual – As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14.)



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

lei municipal – não há de se enxergar justificativa bastante para tanto, considerado o amplo rol de legitimados para provocar o controle de constitucionalidade abstrato da legislação federal (*vide item I.1*). Ora – reitere-se – é preciso ter confiança no arranjo institucional realizado pela Carta Maior. Seria preciso admitir toda a falha desse amplo sistema de controle de constitucionalidade para defender a prerrogativa da interpretação iluminada e unilateral do Chefe do Executivo municipal acerca da constitucionalidade de diploma legal. E mais: tal hipótese assenta-se numa visão antidemocrática, pois haveria a prevalência da visão de uma única autoridade em face do que decidido por todo o conjunto do Parlamento, por meio de elaborado processo legislativo.

I.3. Sobre a presunção de constitucionalidade das leis.

Segundo a doutrina dos mais autorizados constitucionalistas, antigos e modernos, todas as leis nascem com presunção de constitucionalidade^{21 22 23}. Essa presunção, embora de natureza relativa, é essencial para a própria estabilidade das relações

²¹ Para LÚCIO BITTENCOURT: “*É princípio assente entre os autores, reproduzindo a orientação pacífica da jurisprudência, que milita sempre em favor dos atos do Congresso a presunção de constitucionalidade.*” (BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 91 (reedição em fac-símile da atualização efetuada em 1968 por José de Aguiar Dias)

²² THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI ensina que “*Deve-se presumir a constitucionalidade. Esta conclusão não é somente uma decorrência do primeiro princípio. A verdade é que os três poderes do Estado têm a sua competência própria e específica. Assim, o Legislativo tem o monopólio da política legislativa e o Executivo das decisões e atos administrativos. A presunção, portanto, é de que os atos por eles praticados estejam em conformidade com a Constituição, a menos que fique provado, de maneira clara, o seu conflito com a Constituição.*” (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Contrôlo da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 85.)

²³ Para LUÍS ROBERTO BARROSO “*A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes. A atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação de uma norma não o dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes. No tocante ao controle de constitucionalidade por ação direta, a atuação do Poder Judiciário deverá ser ainda mais contida. É que, nesse caso, além da excepcionalidade de rever atos de outros Poderes, o Judiciário desempenha função atípica, sem cunho jurisdicional, pelo que deve atuar parcimoniosamente.* (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 164.)



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

sociais e para a confiabilidade nas instituições de Estado, responsáveis pelo complexo processo de formulação das leis, que envolve os Poderes Legislativo e Executivo²⁴, sob pena de, com a sua negação, instaurar-se um ambiente de anomia no seio social: lei sem imperatividade/coercibilidade torna-se mera regra de trato social.

Mais que isso, a democracia tem a lei como um de seus momentos culminantes, pois espelha a vontade da maioria da população por meio de seus representantes eleitos. Diz nossa Constituição: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*” (Art. 1º, parágrafo único). Dessa forma, apenas nos termos da própria Constituição, seja pelo controle político repressivo do Poder Legislativo (art. 49, V, da CRFB/1988²⁵), seja por meio do papel contramajoritário exercido pelo Poder Judiciário, essa presunção pode ser quebrada.

Adicione-se a esse axioma o já mencionado instituto da *cláusula de reserva de plenário*, que hoje tem sede no art. 97 de nossa Constituição Cidadã. Ora, se um Tribunal judiciário apenas pode declarar a inconstitucionalidade de lei pela maioria absoluta de seus membros, como seria sustentável a recusa unilateral do Chefe do Poder Executivo em dar cumprimento a uma lei, ainda que sob o argumento de sua pretensa inconstitucionalidade?²⁶

²⁴ O próprio processo legislativo de gênese das leis já prevê a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade pelo Poder Executivo por meio do veto (art.66, §1º, da CRFB/1988), que pode ser derrubado apenas pela maioria absoluta dos deputados e senadores (art.66, §4º, da CRFB/1988).

²⁵ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
(...)

V- sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”

²⁶ Veja-se o teor da **Súmula Vinculante nº 10 do STF**: “*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.*”



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO
Procuradoria-Geral

Contra-argumenta-se com um sofisma: se qualquer cidadão pode negar-se a cumprir lei inconstitucional por sua conta e risco, o mesmo tratamento deveria ser dado ao Chefe do Executivo²⁷. Ora, o descumprimento de uma lei pelo Chefe do Executivo possui uma dimensão geral que equivale muitas vezes à consequência da declaração de inconstitucionalidade abstrata. Isso impacta a sociedade de uma forma profunda, tanto em relação àquela lei que – mesmo com presunção de constitucionalidade – deixou de ser cumprida, como em relação à incorporação à consciência coletiva da ideia de que *as leis não são para valer*, nem mesmo para o Poder Público (!), sendo despidendo valer-se do Poder Judiciário para refutá-las por supostamente contrárias à ordem constitucional.

Ademais, o particular que se negue a cumprir a lei por suposta inconstitucionalidade certamente verá recair sobre si as severas consequências de tal conduta – sobre os seus bens ou até mesmo sobre a sua liberdade – a menos que consiga uma salvaguarda jurisdicional. Já o Chefe do Poder Executivo, como a tradição nos mostra, dificilmente sofrerá as sanções políticas e jurídicas previstas, em tese, no ordenamento, mesmo que, posteriormente, o Poder Judiciário venha a confirmar a constitucionalidade da lei por aquele descumprida^{28 29}.

²⁷ Conforme assentou o STF, sob a égide da Constituição pretérita, pela ilustrada visão do culto Min. MOREIRA ALVES: “*pode o Chefe do Poder Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que se lhe afigura inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento à lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado.*” (STF, Representação de Inconstitucionalidade nº 980/SP, j. 21.11.1979, DJ 19.09.1980, re. Min. Moreira Alves)

²⁸ Para falarmos com honestidade intelectual é preciso reconhecer que nossa história política – referenciando-se apenas o período pós-redemocratização – registra que a responsabilização política do Chefe do Poder Executivo pelo Parlamento deve-se muito mais à perda de apoio parlamentar por razões inerentes ao fenômeno político do que a qualquer causa de natureza estritamente jurídica.

²⁹ Restariam as sanções por *crime de responsabilidade* do Chefe do Poder Executivo, impostas pelo Poder Judiciário, a exemplo do que prevê o art. 1º, *caput* e §§1º e 2º, do Decreto-Lei 201/1967 aos prefeitos, igualmente raras de serem vistas.



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

I.4. Sobre o princípio da legalidade administrativa.

Como se não bastasse, a Administração Pública, por força expressa do *caput* do art.37 da Constituição da República, está vinculada ao princípio da legalidade³⁰, que impõe o dever de atuação administrativa *na forma da lei*. Seria então legítimo ao Chefe do Poder Executivo, unilateralmente, alegar uma pretensa inconstitucionalidade para desincumbir-se desse dever?

Embora, tradicionalmente, tal princípio significasse uma rígida amarra à Administração para implementar, no exercício de seu mister, os comandos previamente determinados pelo legislador, na atualidade, constitucionalistas de vanguarda falam na ideia de *juridicidade administrativa*³¹, que consiste numa releitura do princípio da legalidade, de modo a permitir a atuação administrativa diretamente vinculada à Constituição.

Tal doutrina, em nossa modesta visão, revela-se acertada no essencial: fundamentar a ação administrativa diretamente na Constituição no *silêncio da lei ou na forma de uma interpretação constitucional da lei*, considerados os limites semânticos

³⁰ Segundo HELY LOPES MEIRELLES: “[n]a Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer tudo o que a lei autoriza” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 82/83)

³¹ GUSTAVO BINENBOJM sustenta que “[a] ideia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação de princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (*atividade secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (*atividade praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (*atividade contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição). (BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 38.)



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

do texto legal³². Contudo, não parece afigurar-se legítima uma atuação administrativa manifestamente *contrária à lei* ou que lhe *negue vigência*, sem a necessária intervenção

³² Para FRIEDRICH MÜLLER, o teor literal da norma apresenta-se como algo imprescindível para o Estado de Direito, especialmente diante do cenário jurídico atual, isto é, o texto normativo determinará os extremos de possíveis variantes de significado, assegurando, pois, os limites necessários ao intérprete. (MÜLLER, Friederich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 32, *apud* STRECK, Lenio. *Os limites semânticos e sua importância*. <http://www.aju-ris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/333/268>)



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

do Poder Judiciário³³, salvo situações de inequívoca excepcionalidade, conforme será desenvolvido adiante (*vide item 1.7*).

Há também consequências deletérias para a harmonia e independência entre os Poderes, na medida em que é gerada uma tensão desnecessária entre Executivo e Legislativo, fomentando-se verdadeiro ambiente de declínio institucional, de insegurança jurídica e de instabilidade democrática, o que, infelizmente, parece ser a regra no Brasil de hoje.

³³Um dos maiores constitucionalistas vivos do planeta, o cultuado professor lusitano J.J. GOMES CANOTILHO, segue essa linha de entendimento, apenas fazendo ressaltar o dever dos agentes públicos em não cumprir aquilo que chama de “*leis inexistentes*”, ou seja, “*as leis violadoras do núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, inquestionavelmente, as leis aniquiladoras do direito à vida e da integridade pessoal*”. Veja-se o excerto da obra do grande mestre:

“O problema é complexo, pois coloca-nos perante a questão de vinculação da administração pelo princípio da constitucionalidade (aqui traduzido sobretudo na eficácia directa dos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias) e pelo princípio da legalidade, ou seja, a subordinação da administração à lei. Devemos reter alguns tópicos essenciais na perspetivação deste problema. Em primeiro lugar, o princípio básico é o de recusar à administração em geral e aos agentes administrativos em particular qualquer poder de controlo da constitucionalidade das leis, mesmo se dessa aplicação resultar a violação dos direitos fundamentais.

Aos agentes administrativos é sempre possível a representação – direito de representação – às entidades hierarquicamente superiores das consequências da aplicação das leis, mas até a uma possível decisão judicial da inconstitucionalidade permanecerão vinculados às leis e às ordens concretas de aplicação dos órgãos colocados num grau superior da hierarquia (artigo 271.º/2). Todavia, o funcionário ou agente administrativo deverá desobedecer a ordens concretas de aplicação das leis inexistentes, violadoras dos direitos fundamentais, quando elas implicarem a prática de um crime (cfr. artigo 271.º/3). Isto parece impor-se, designadamente, quando a aplicação da lei conduza à afectação do direito à vida ou integridade pessoal, direitos que nem em situação de estado-de-sítio podem ser suspensos (artigo 19.º/6). As leis violadoras do núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, inquestionavelmente, as leis aniquiladoras do direito à vida e da integridade pessoal, são leis inexistentes, pelo que os agentes administrativos poderão deparar com o direito de resistência dos particulares (artigo 21.º). Fora destes parâmetros é questionável a atribuição de uma Verwerfungskompetenz (competência de rejeição) aos agentes da administração, sendo claudicantes e inseguros os critérios que a doutrina tem até agora desenvolvido. Note-se, porém, que a inexistência de um <<poder de rejeição>> não significa a impossibilidade, e, porventura, obrigatoriedade, de a administração lançar um <<olhar preventivo>> (apelando, por exemplo, para os órgãos superiores ou entidades competentes) relativamente a leis cuja inconstitucionalidade é <<evidente>> ou altamente provável. Além disso, a prevalência tendencial do princípio da legalidade não deve transferir-se de plano para os <<regulamentos>> e <<preceitos administrativos>>. Finalmente, parece ser razoável dar prevalência ao princípio da “vinculatividade imediata” das normas garantidoras dos direitos, liberdade e garantias em relação ao princípio da legalidade nos casos em que este deixou de poder ancorar-se em normas constitucionais (ex.: leis pré-constitucionais) ou passou a ficar “enfraquecido” por decisões do TC no sentido da inconstitucionalidade do acto legislativo.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional, Coimbra, 6ª Edição, Livraria Almedina, 1993,p.584.)



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO
Procuradoria-Geral

I.5. Os entendimentos da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro e da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro.

Na redação original de seu Enunciado nº 03, a PGERJ entendia que *“a lei após ser reputada inconstitucional pela Procuradoria-Geral do Estado não deve ser cumprida pela Administração Pública Estadual, inclusive por suas empresas públicas e sociedades de economia mista.”*³⁴

Contudo, aquele renomado órgão de advocacia pública evoluiu, a partir do Parecer nº 01/2011 – ARC³⁵, da lavra do i. Procurador André Rodrigues Cyrino, e reviu o mencionado entendimento sumular, passando-se a exigir ato normativo do Chefe do Poder Executivo para desobrigar a Administração Estadual do cumprimento de lei reputada inconstitucional por parecer jurídico da PGE: *“a lei reputada inconstitucional pela Procuradoria-Geral do Estado em parecer a que se atribuem efeitos normativos por ato do Governador do Estado não deve ser cumprida pela Administração Pública Estadual direta e indireta, inclusive por suas empresas públicas e sociedades de economia mista.”*

Por sua vez, a prestigiosa PGMRJ, embora não tenha um enunciado geral sobre a matéria, possui enunciados e pareceres específicos sobre determinadas leis em que orienta a Administração Municipal a não lhes dar aplicação por reputá-las inconsti-

³⁴ Ref. Pareceres nº 1/94 –RFSOS, da Procuradora Rosa Filomena Schitt de Oliveira e Silva, 12/95 – RB, do Procurador Roberto Benjó e Ofício nº 47/96 – CGSJ (ASA) do Procurador Alexandre Santos Aragão.

³⁵ Essa mudança de entendimento assentou-se na correta percepção de que a advocacia pública exerce papel de representação do Poder Político (art. 176 da CERJ) e não se substitui a ele na tomada de decisão, conforme preconiza o princípio democrático.



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

tucionais. Nesses pronunciamentos, nem sempre se sugere a edição de ato normativo pelo Chefe do Poder Executivo para dar-se, ao menos, uma roupagem de legitimidade aos atos concretos da Administração Municipal em tal sentido³⁶.

I.6. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Ainda sob a égide da Constituição outorgada de 1967, portanto naquele quadro de monopólio do Procurador-Geral da República para iniciar o processo de controle de constitucionalidade abstrato das leis (*vide item 1.1*), o Supremo Tribunal Federal admitia a recusa do Chefe do Poder Executivo em dar aplicação à lei que reputasse inconstitucional.³⁷

Já sob a vigência da Constituição de 1988, o Supremo ainda não marcou posição assentada sobre a específica hipótese de recusa do Chefe do Poder Executivo em dar aplicação à lei por ele reputada inconstitucional, a não ser em *obiter dictum*.

Contudo, há precedentes da Corte que admitem a recusa na aplicação de lei reputada inconstitucional por órgãos de controle administrativo autônomos, como o

³⁶ No Parecer nº 011/2012/PG/PADM/MMVM, da lavra da i. Procuradora Marina Marina Viana de Menezes, apontou-se a necessidade de edição de ato normativo pelo Chefe do Poder Executivo para negar aplicação à lei federal supostamente inconstitucional. Contudo, não se tem notícia de que o Chefe do Poder Executivo municipal siga tal orientação.

³⁷Por ocasião do julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 980/SP, em que se questionava a validade de decreto do governador de São Paulo que determinava a não execução de normas legais consideradas inconstitucionais, o STF, na pena de Moreira Alves deixou assentado que “*pode o Chefe do Poder executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que se lhe afigura inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento à lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa de seu interesse privado*”.(STF, Representação de Inconstitucionalidade nº 980/SP, julgamento: 21/11/1979, publicação: 19/09/1980, Relator: Min. Moreira Alves.)



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

CNJ e o TCU.³⁸ Nesses casos o Tribunal entendeu pela “possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a

³⁸ No julgamento da MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA nº 34987 – Distrito Federal, o STF assim se pronunciou sobre a matéria:

“Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros dos Conselho.

(...)

Sobre a inaplicabilidade de atos normativos contrários à Constituição da República, leciona Hely Lopes Meirelles:

‘O cumprimento de leis inconstitucionais tem suscitado dúvidas e perplexidades na doutrina e na jurisprudência, mas vem-se firmando o entendimento – a nosso ver exato – de que o Executivo não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores.

Os Estados de direito, como o nosso, são dominados pelo princípio da legalidade. Isso significa que a Administração e os administrados só se subordinam à vontade da lei, mas da lei corretamente elaborada. Ora, as leis inconstitucionais não são normas jurídicas atendíveis, pela evidente razão de que colidem com mandamento de uma lei superior, que é a Constituição. Entre o mandamento da lei ordinária e o da Constituição deve ser atendido o deste e não o daquela, que lhe é subordinada. Quem descumprir lei inconstitucional não comete ilegalidade, porque está cumprindo a Constituição’ (Direito Municipal Brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 538-539, grifos nossos).

Embora o enfoque desse entendimento dirija-se à atuação do Chefe do Poder Executivo, parecem ser suas premissas aplicáveis aos órgãos administrativos autônomos, constitucionalmente incumbidos da relevante tarefa de controlar a validade dos atos administrativos, sendo exemplo o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça.

Essa atuação não prescinde do exame da validade do ato administrativo, que perpassa, necessariamente, pela adequação constitucional do fundamento legal no qual se fundamenta: se o órgão de controle concluir fundar-se o ato objeto de análise em norma legal contrária à Constituição da República, afastar-lhe-á a aplicação na espécie em foco.

Cuida-se de poder implicitamente atribuído aos órgãos autônomos de controle administrativo para fazer valer as competências a eles conferidas pela ordem constitucional. Afinal, como muito repetido, quem dá os fins, dá os meios.

Nessa linha, a manifestação do Ministro Celso de Mello, no sentido de que ‘a defesa da integridade da ordem constitucional pode resultar, legitimamente, do repúdio, por órgãos administrativos (como o Conselho Nacional de Justiça), de regras incompatíveis com a Lei Fundamental do Estado, valendo observar que os órgãos administrativos, embora não dispondo de competência para declarar a inconstitucionalidade de atos estatais (atribuição cujo exercício sujeita-se à reserva de jurisdição), podem, não obstante, recusar-se a conferir aplicabilidade a tais normas, eis que – na linha do entendimento desta Suprema Corte – ‘há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado’ (RMS 8.372/CE, Rel. Min. PEDRO CHAVES, Pleno – grifei)’ (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 31.923/RN, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJe 19.4.2013, grifos no original).

Esse entendimento conjuga-se com o ideal da sociedade aberta de intérpretes, preconizada por Peter Häberle, segundo o qual ‘[a] interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta’, que envolve ‘[t]odas as potências públicas, participantes materiais do processo social’ (Häberle, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 1997, p. 13).

Dai não se extrai legitimidade para qualquer agente do Estado negar aplicação a texto normativo que reputa contrário à Constituição por interpretação singular.



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros dos Conselho” (vide nota de rodapé n. 38).

Contudo, ressaltou inexistir “*legitimidade para qualquer agente do Estado negar aplicação a texto normativo que repute contrário à Constituição por interpretação singular.*” Bem como assentou que “[*t*]ampouco se admite conferir efeito erga omnes à inconstitucionalidade arguida por órgão ao qual a Constituição da República atribuiu o controle de validade jurídica de atos administrativos” (vide nota de rodapé n. 38).

Vê-se, pois, que não há definição categórica no Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, especialmente se considerar-se que a negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional pelo Chefe do Poder Executivo possui – reitere-se – dimensão muitas vezes equivalente à declaração de inconstitucionalidade abstrata de lei, portanto, com efeitos gerais ou *erga omnes*.

I.7. Tese intermediária (e conciliatória).

Mesmo entre os que, como nós, entendem pela injuridicidade de conferir-se ao Chefe do Poder Executivo ampla prerrogativa para negar aplicação à lei que se lhe afigure inconstitucional, é possível vislumbrar *conjecturas de excepcionalidade* que mitiguem tal entendimento³⁹, desde que observada metodologia adequada que confira legitimidade a tal proceder. Para tanto, pedimos as vênias de praxe para compartilhar nossa proposta metodológica, a fim de fomentar o debate institucional junto ao Poder Executivo deste Município:

³⁹ Dentre tais conjecturas de excepcionalidade, inclui-se integralmente aquilo que o renomado professor J.J. GOMES CANOTILHO denomina de *leis inexistentes*, cuja solução que apresenta nos parece irretocável (vide nota de rodapé n.33).



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO
Procuradoria-Geral

Em casos de leis que, cumulativamente, tenham, sob a ótica de **i) parecer da Procuradoria-Geral do Poder Executivo, ii) forte suspeita de inconstitucionalidade**⁴⁰ e cuja aplicação enseje **iii) periculum in mora**, entendido este como as graves consequências da aplicação imediata da lei sob a perspectiva da *segurança jurídica ou de excepcional interesse social*⁴¹, e lhe seja conferido **iv) efeitos normativos por ato do Chefe do Poder Executivo**⁴², afigurar-se-á legítima a recusa em negar-se aplicação à lei supostamente inconstitucional, desde que **v) condicionada à propositura, dentro de um marco temporal razoável**⁴³, **de ação abstrata de inconstitucionalidade com pedido cautelar de suspensão da eficácia da lei municipal impugnada.**

Por fim, **vi) na hipótese de negativa do pleito liminar, o cumprimento imediato da lei impugnada será impositivo.**

II – SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL Nº 4.944/2008

A Lei municipal nº 4.944/2008 “dá o nome Administrador Arlam Lobo (1935-2003) ao logradouro público inominado no Bairro de Laranjeiras, neste Municí-

⁴⁰ Para afastar a subjetividade inerente à ideia de *forte suspeita de inconstitucionalidade* parece-nos curial a indicação de precedentes judiciais, em controle de constitucionalidade estadual ou federal de leis de teor idêntico ou bastante similares, que se mantenham atuais perante a jurisprudência da Suprema Corte.

⁴¹ Tais conceitos não foram escolhidos arbitrariamente na presente proposta, pois são os mesmos utilizados pelo art. 27 da Lei nº 9.868/1999 para autorizar a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Veja-se:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista **razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

⁴² Conforme exige o Enunciado 03 da PGERJ, cujos fundamentos já destacamos na nota de rodapé n. 33.

⁴³ Acreditamos que um prazo máximo de 30 dias seja um bom parâmetro.



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

pio”, e foi reputada inconstitucional pela Administração Pública Municipal, com suporte no Enunciado nº 28 da PGM RJ⁴⁴, que afirma haver vício de iniciativa parlamentar (inconstitucionalidade formal) para dispor sobre denominação de logradouro público.

Dispensa-se delongas na defesa da constitucionalidade dessa lei, na medida em que a questão foi recentemente definida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1151237 – São Paulo, sob o regime de repercussão geral, entendeu pela constitucionalidade de lei de iniciativa parlamentar sobre a matéria, nos seguintes termos:

“Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de matéria constitucional e de repercussão geral. **Por maioria, o Tribunal deu provimento ao recurso extraordinário para declarar a constitucionalidade do art. 33, XII, da Lei Orgânica do Município de Sorocaba, concedendo-lhe interpretação conforme à Constituição Federal, no sentido da existência de uma coabitação normativa entre os Poderes Executivo (decreto) e o Legislativo (lei formal), para o exercício da competência destinada a denominação de próprios, vias e logradouros públicos e suas alterações, cada qual no âmbito de suas atribuições**, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Roberto Barroso e Marco Aurélio. **A seguinte tese foi fixada no voto do Relator: "É comum aos poderes Executivo (decreto) e Legislativo (lei formal) a competência destinada a denominação de próprios, vias e logradouros públicos e suas alterações, cada qual no âmbito de suas atribuições.**” (Julgado mérito de tema com repercussão geral - ATA Nº 36, de 03/10/2019. DJE nº 227, divulgado em 17/10/2019 – Processo: RE 1151237 AgR / SP - SÃO PAULO - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES - Relator(a) p/ Acórdão: Min.

⁴⁴ “Enunciado PGM nº 28 – Inconstitucionalidade de leis de denominação de logradouro público. São formalmente inconstitucionais as leis de iniciativa do Poder Legislativo que determinem mudança na denominação de logradouro público ou declarem região como Área de Especial Interesse Social, por serem tais atribuições privativas do Poder Executivo. Não obstante, é incabível Representação de Inconstitucionalidade de tais atos normativos, por possuírem efeito concreto, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (acórdãos proferidos nas RI’s nº 24/2002 e 163/2000), devendo a lei ser entendida como mera sugestão do Poder Legislativo, não vinculando o Poder Executivo.”



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO
Procuradoria-Geral
MARCO AURÉLIO - Julgamento: 02/04/2019 - Órgão Julgador:
Primeira Turma)

Não poderia ser mais emblemática e pedagógica essa decisão da Suprema Corte, pois prova muito além da constitucionalidade de iniciativa legislativa parlamentar para dispor sobre “*nome de logradouros públicos*”: deixa escancarada a ilegitimidade da recusa pelo Poder Executivo deste Município em dar cumprimento à lei reputada inconstitucional por sua ínclita Procuradoria, sem os, *data venia*, imprescindíveis cuidados para tanto, conforme assim o fez em relação a inúmeras outras leis semelhantes e por tanto tempo!

Parece claro, pois, que a melhor forma de dar-se concretude à supremacia da Constituição é privilegiar a presunção de constitucionalidade das leis, reservando-se ao Poder Judiciário a tarefa de invalidá-las, quando assim as entender contrárias à Carta Maior, salvo em situações de excepcionalidade, em que estaria autorizada a prerrogativa de recusa provisória de aplicação da lei pelo Chefe do Poder Executivo (*vide item 1.7*).

III – SOBRE AS PROVIDÊNCIAS DA ALÇADA DA CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO EM FACE DO PROBLEMA

A Constituição da República – assim como as constituições estaduais e leis orgânicas municipais – conferem ao Poder Legislativo a prerrogativa de *sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa* (art.49, V, da CRFB/1988).



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

Trata-se, pois, de verdadeiro controle de constitucionalidade repressivo e político exercido pelo Parlamento sobre atos do Poder Executivo que se revestem de natureza normativa.^{45 46}

É verdade, porém, que a vetusta jurisprudência do STF sempre exigiu que tais atos ostentassem também atributos de generalidade e abstração para estarem sujeitos a essa modalidade de controle político.⁴⁷ Contudo, na medida em que o próprio Supremo evoluiu para admitir o controle jurisdicional abstrato de constitucionalidade sobre leis de efeitos concretos⁴⁸ – como é o caso das leis orçamentárias – parece não subsistir mais razão para exigir-se abstração e generalidade em relação ao ato executivo

⁴⁵ Segundo o magistério de ANNA CÂNDIDA CUNHA FERRAZ, “[f]inalmente, o objeto do controle – excesso de poder – é perfeitamente delineado. O Legislativo, ao exercer esse poder congressual de sustar regulamentos ou lei delegada, interfere na função constitucional normativa do Executivo. De fato, o legislativo não exerce “apenas” o controle, puro e simples, da lei (no caso do regulamento) ou da lei delegada (no caso de delegação), mas, ao contrário, fiscaliza a própria atuação do Executivo. Sem sombra de dúvida, pois, trata-se de interferência na partilha constitucional de competências. Configura-se, assim, a sustação controle de constitucionalidade semelhante àquele exercido pelo Poder Judiciário ao declarar um ato normativo inválido” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 209)

⁴⁶ Veja-se o seguinte precedente do STF sobre a matéria: “O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra legem ou praeter legem, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, V, da Constituição da República e que lhe permite “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)”. (AC 1.033 AgR-QQ, rel. min. Celso de Mello, j. 25-5-2006, P, DJ de 16-6-2006.)

⁴⁷ A respeito, assim decidiu o STF: “O controle concentrado de constitucionalidade tem objeto próprio. Incide exclusivamente sobre atos estatais providos de densidade normativa. – A noção de ato normativo, para efeito de fiscalização da constitucionalidade em tese, requer, além de sua autonomia jurídica, a constatação do seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. – O decreto legislativo, editado com fundamento no art. 49, V, da Constituição Federal, não se desveste dos atributos tipificadores da normatividade pelo fato de limitar-se, materialmente, a suspensão de eficácia de ato oriundo do poder executivo. Também realiza função normativa o ato estatal que exclui, extingue ou suspende a validade ou a eficácia de uma outra norma jurídica. A eficácia derogatória ou inibitória das consequências jurídicas dos atos estatais constitui um dos momentos concretizadores do processo normativo.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn nº 784-3/ RS. Brasília. Ementário do STF nº 1683-1, p. 41-94, 1992.)

⁴⁸ O STF afirmou a possibilidade desse controle em relação à lei de efeitos concretos ao referendar a medida cautelar concedida na ADI 5449/RR (informativo n. 817).



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

objeto de controle político de constitucionalidade, quando este ato frontalmente determinar a não aplicação de lei formal – mesmo tratando-se de lei de efeitos concretos.

Desse modo, resta forçoso reconhecer que se determinado ato executivo – independentemente da roupagem que ostentar (decreto, resolução, enunciado, dentre outros) determina a não aplicação de determinada lei formal, estará ele sujeito ao controle do Parlamento com fulcro na competência extraída do art. art.49, V, da CRFB/1988⁴⁹. Naturalmente, entretanto, também o próprio decreto legislativo estará sujeito a eventual controle jurisdicional acerca de sua constitucionalidade.

Sem embargo de tal medida, convém que se inicie franco e verdadeiro diálogo institucional desta Casa de Leis com o Poder Executivo, a fim de que se possa sedimentar um ambiente de respeito e equilíbrio entre os Poderes, conforme almeja o povo mandante, conforme é a vontade da Constituição⁵⁰.

Não obstante, caso se mantenha o atual estado de coisas, pode este Poder Legislativo lançar mão de medidas mais drásticas, como a convocação de autoridades

⁴⁹ A Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro já possui a prática de sustar atos executivos que determinam a não aplicação de lei aprovada por aquela Casa. Veja-se, como exemplo, o DECRETO LEGISLATIVO Nº 06/2018, que susta “os efeitos do Decreto nº 46.060, de 07 de agosto de 2017”, que “Atribui eficácia vinculante e normativa à promoção nº 045/2017 – RTS/DIJUR e determina a não aplicação do artigo 11 da Lei Estadual nº 4781/2006, âmbito da Administração Pública Estadual”.

Também cabe mencionar o Projeto de Decreto Legislativo nº 67/2018, de autoria do Deputado Luiz Paulo Corrêa da Rocha que determina:

“Art. 1º Ficam sustados os efeitos da Resolução PGE nº 3.023, de 16 de setembro de 2011, publicado no Diário Oficial de 21 de setembro de 2011 e o Enunciado nº 3, publicado no Diário Oficial de 14 de fevereiro de 1996”

⁵⁰ Nesse sentido, RODRIGO BRANDÃO ensina que é fundamental para a realização dos pressupostos do Estado democrático de direito um desenho institucional em que o sentido futuro da Constituição se dê através de um diálogo aberto entre as instituições políticas e a sociedade civil, em que nenhum deles seja supremo, mas antes, que cada um dos Poderes contribua com a sua específica capacidade institucional (BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012, p. 287).



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

Procuradoria-Geral

corresponsáveis pelo comando de descumprimento da lei⁵¹ e, em último nível, notificar o Senhor Prefeito para que determine o cumprimento da lei municipal renegada, sob pena de responder pela prática, em tese, da infração político-administrativa prevista no art. 4º, VII, do Decreto-Lei nº201/1967.⁵²

À consideração de Vossa Excelência.

Rio de Janeiro, 12 de novembro de 2019.

JOSÉ LUIS GALAMBA MINC BAUMFELD
Procurador-Geral
mat. 10/812509-8

⁵¹ Não se inclui aqui os responsáveis pela edição de pareceres jurídicos não vinculantes, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24631: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. (...) III. Controle externo: **É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.**” (MS 24631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09.08.2007, DJe 01.02.2008 – grifos nossos)

⁵² Decreto-Lei 201/1967

“Art. 4º São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato:

(...)

VII - Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática;”