

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS

ANDRÉ TOSTES¹

RESUMO: A Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro desenvolveu rica experiência na produção de processos de representação de inconstitucionalidade² de leis municipais, inclusive da sua Lei Orgânica, e de leis estaduais em face da Constituição do Estado do Rio de Janeiro ao longo dos últimos 30 anos. Essa notável experiência dotou a PGM, instituição essencial à Justiça e ao Direito no âmbito comunitário, de um conhecimento que a capacita a compor um marco orientador do processo e do procedimento dessa demanda especialíssima. Representação de inconstitucionalidade constitui processo de caráter objetivo, que não tem partes, cuja causa de pedir é aberta, que não admite desistência, que permite e até deseja a participação ativa de atores sociais especializados. A representação incide também sobre normas de conteúdo relativamente concreto e a coisa julgada da sua decisão vincula os poderes judiciário e administrativo e pode ter os respectivos efeitos modulados no tempo. A complexidade de uma demanda controle de constitucionalidade de leis municipais carecia de uma visão processual e procedimental que articulasse sua disciplina legal, basicamente as disposições do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e determinados dispositivos da Lei Federal 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, com as construções da jurisprudência, tanto do Tribunal Fluminense quanto da Suprema Corte. Este artigo espera cumprir com o objetivo de apresentar o referido marco orientador.

441

¹ Procurador do Município do Rio de Janeiro. E-mail: andre.tostes@pgm.rio.rj.gov.br. ORCID: 0000-0003-1929-8268 (disponível em <https://orcid.org/0000-0003-1929-8268>).

² O emprego da expressão “representação de inconstitucionalidade” se justifica diante da disposição expressa do § 3º do art., 125 da Constituição Federal (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.), que parece restringir essa denominação às ações diretas de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal em face da constituição do respectivo estado, reservando a terminologia ‘ação direta de inconstitucionalidade’ para as demandas cujo objeto seja lei federal – art. 102, I a e 103, ambos da C. F. Afora o respeito à terminologia constitucional (sobre a função essencial da terminologia no Direito ver José Carlos Barbosa (1971, p. 73). Não identifiquei diferença substancial entre ação direta de inconstitucionalidade e representação de inconstitucionalidade.



PALAVRAS-CHAVE: Representação de Inconstitucionalidade; Leis Municipais; Processo e Procedimento; Normas de Regência.

ABSTRACT: The Municipal Attorney of Rio de Janeiro developed precious experience in the production of representation of unconstitutionality of municipal laws, which covers the organic law and state laws in face of the constitution of Rio de Janeiro estate. This background allowed The Municipal Attorney of Rio de Janeiro one knowledge which enable establishment a discipline of the process and the procedures of these lawsuits. The Representation of unconstitutionality is a process of objective character, which have no litigants, allows and even wishes the active participation of the specialized social actors. About the object, this type of process question legislation of concrete content, your decisions bind the judiciary and administrative powers and your effects could be molded in time. In view of the complexity of the theme, the rules of the internal court system of Rio de Janeiro and some legal provisions of the Federal Law 9.868/99, which order the process and judgment of the direct action of unconstitutionality and declaratory action of constitutionality in front of the Federal Supreme Court and also the jurisprudence are welcome. This paper pretends to show a whole processual view representation of the subject.

KEYWORDS: Representation of Unconstitutionality; Municipal Laws; Process and Procedure; Regency Rules.

I. INTRODUÇÃO

Dentre as tarefas mais nobres e importantes das Procuradorias Municipais está a de assessorar o Poder Executivo no exame da constitucionalidade das leis, sobretudo das municipais, e na preparação das respectivas representações de inconstitucionalidade. O Poder Executivo, guardião da Constituição como todos os demais poderes, tem também o dever de respeitá-la e, logo, de exercer o controle da constitucionalidade.

O reconhecimento desse poder-dever, com a afirmação da necessidade de uma postura ativa do Poder Executivo, não é recente. Doutrina e jurisprudência proclamam e consagram iniciativa da chefia de governo no sentido de não aplicar a lei inconstitucional.

Para exercer esse controle o Poder Executivo deve estar amparado em parecer do seu órgão jurídico (Procuradoria Geral) e propor imediatamente a respectiva representação de inconstitucionalidade, eis que é do Poder Judiciário a atribuição

de realizar o controle definitivo da constitucionalidade das normas, na forma do § 2º do art. 125 da Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade é tarefa que tem por finalidade manter, no caso, o ordenamento jurídico municipal em permanente sintonia com a Constituição do respectivo Estado e, no que diz respeito aos dispositivos de reprodução obrigatória, também com a Constituição Federal, de modo a assegurar coerência constitucional na regulação da vida de uma comunidade.

A forte atuação de Procuradores do Município do Rio de Janeiro na assessoria do controle de constitucionalidade de leis municipais e também estaduais ao longo dos mais de 30 anos de existência da Procuradoria Geral, rendeu-lhes experiência e reflexão, a motivar este artigo.

É dever dos operadores do Direito, sobretudo os públicos, dadas as inevitáveis consequências do atuar na sua comunidade, divulgar suas reflexões, em especial aquelas formuladas nos desafios do cotidiano, nos enfrentamentos angustiantes de um pronto-socorro jurídico em que as soluções nem sempre estão à mão, a exigir criatividade em velocidade.

A divulgação dessas reflexões poderá contribuir para o aprimoramento das regras de convivência em um mundo de crescente complexidade, acompanhada, muitas vezes, de um devastador estado de complicação.

Uma das evidências mais inquietantes dessa experiência está na constatação da quantidade de normas irrelevantes que são produzidas permanentemente, e por quem não tem competência constitucional para fazê-lo.

Parece que a prolífica elaboração legislativa no Brasil, em qualquer nível (federal, estadual e municipal) atende à noção, superficial, ingênua e vaidosa, de que a simples existência de uma lei é suficiente para dar eficácia a uma ideia, para a transformação da realidade, para a solução do problema que a falta da norma fazia surgir e agravar.

Como a realidade é muito mais complexa e exigente, e não se contenta com boas intenções, criativas embora, mas carentes de eficácia, surge daí o fenômeno bem conhecido das “leis que não pegam”.

Não pegam pela irrelevância do tema, regramento de supostos conflitos sem repercussão social a justificar a elaboração legislativa; pela repetição do assunto, já regulado; pela existência de norma estadual ou federal, completas, sobre o mesmo assunto; pela deficiência estrutural da lei, muitas vezes sem clareza em seu preceito, na sua ideia-força, e desprovida de sanção, da punição pelo descumprimento do comando.

A quantidade de normas editadas no País é um impressionante fato notório. Um inventário desprezioso colecionará dezenas de milhares de leis federais,

centenas de milhares de decretos da União, outros tantos em cada Estado e quantidade igual nos maiores municípios.

É certo que os novos conflitos decorrentes do aumento populacional, das descobertas científicas, da evolução do conhecimento, da conquista de liberdades, da evolução econômica, da consciência ambiental, da noção de finitude, de uma série de desafios que a evolução social apresenta em novas relações atuais ou potenciais exigem novas e crescentes disciplinas legais.

A elaboração legislativa deve ser reservada para essas inevitáveis e reais novidades, a ser exercida com técnica apurada, boa redação que a dote de abstração e generalidade suficientes para dela extrair solução duradoura, que também alcance as inevitáveis nuances que surgirão dos conflitos, suas especificidades.

A epígrafe é informativa e esclarecedora. Pois o excesso de normas também serve ao exercício do poder ilegítimo. Uma norma para cada situação, de modo a garantir o controle e permitir a manipulação do direito.

Essa normatividade acachapante é opressiva, distrai, dificulta senão impede o bom exercício do direito, a interpretação segura. Precisa-se de tanta norma?

Uma intuitiva e negativa resposta, a dizer que não se precisa de tanta regra, implica também um chamado, dirigido particularmente à advocacia pública, sobre a necessidade de agir, demonstrar que uma sociedade que se pretende civilizada não necessitaria de tantas leis, ficaria satisfeita com número bem reduzido de normas. Provavelmente até litigasse menos, não seria manipulada pelo direito e não seria tão estimulada à judicialização.

Carecemos, em especial os advogados públicos, de atuação contínua no controle de constitucionalidade. E devemos também assumir o compromisso de esgotar a possibilidade interpretativa da lei, extraindo-lhe todo o potencial regulador antes de concluirmos que certo regramento estaria obsoleto, desestimulando assim elaboração legislativa desnecessária.

Extrair todo o potencial regulador é interpretar a norma conferindo-lhe sentido atual, dando-lhe significado que não afaste as transformações da língua, os sentidos que a passagem do tempo e a evolução do conhecimento atribuem às palavras, tudo sem conspurcar o preceito, sem alterar o conteúdo do bem jurídico protegido.

É com essas ideias em mente que se pretende explorar aqui o fascínio produzido pela atuação no controle de constitucionalidade, atividade que propicia a experiência viva da construção do direito na comunidade em que se vive.

II. A REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS: ASPECTOS PROCESSUAIS GERAIS

A previsão geral da representação de inconstitucionalidade de leis municipais está no já mencionado § 2º do artigo 125 da Constituição Federal. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro reproduz esse comando no artigo 161, IV, alínea *a*. A disciplina dos respectivos processo e procedimento, por sua vez, é objeto, no Estado do Rio de Janeiro, dos artigos 104 a 109 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Não há, nem faria sentido houvesse lei federal dispondo sobre a representação de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal, dada a competência estadual para o tratamento da matéria.

A disciplina do processo e do procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade de leis federais e nacionais é objeto da Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Suas disposições, em especial as gerais, constituem fonte essencial para o estudo de variados aspectos desse processo especial, como se verá ao longo deste artigo.

Ao que toca a competência, no Estado do Rio de Janeiro, o julgamento da representação de inconstitucionalidade de leis municipais é incumbência do Órgão Especial, composto por 25 desembargadores, nos termos do artigo 27, § 1º, I e II da Lei Estadual 6.956, de 13 de janeiro de 2015, que dispõe sobre a organização e divisão judiciárias do Estado do Rio de Janeiro, e também do artigo 3º, IV do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Mesmo os incidentes de inconstitucionalidade, originários de processos subjetivos, nos quais se pode realizar controle difuso de constitucionalidade, surgidos no julgamento por colegiados reduzidos (Câmaras, por exemplo) e que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça denomina arguição de inconstitucionalidade (artigo 22, c/c com artigo 3º, IV na referência feita aos 'casos que ... lhe forem remetidos pelos demais Órgãos Julgadores do Tribunal e artigos 99 a 103), serão submetidos ao Órgão Especial.

Para a propositura da ação são legitimados ativos o Governador, o Prefeito, a Mesa Diretora da Assembleia Legislativa, Comissão Permanente ou membros da Assembleia Legislativa, o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público Geral do Estado, mesa diretora de Câmara de Vereadores, o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, partido

político com representação na Assembleia Legislativa ou em câmara de vereadores, federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual³.

Aspecto importante na definição da legitimação ativa é a verificação da pertinência temática, isto é, a relação entre a atividade do postulante, quando representante de interesses relativamente restritos, e a declaração de inconstitucionalidade postulada, conforme definição já consagrada pelo Supremo Tribunal Federal.⁴

Não serão todos os sindicatos, entidades de classe ou de defesa profissional que terão legitimação ativa para propor representações de inconstitucionalidade de lei municipal. É preciso que seu objeto social esteja relacionado com o conteúdo da norma atacada. Nem mesmo a Mesa Diretora da Assembleia Legislativa, ou parlamentares estaduais terão assegurada, pelo simples fato de existir, a autoridade para questionar judicialmente lei local, se a matéria disciplinada não interferir com tema de sua respectiva competência estadual.

Em julgamento de processo de representação de inconstitucionalidade da lei 5.026/12009, do Município do Rio de Janeiro o Órgão Especial do Tribunal de Justiça pôde afirmar a pertinência temática entre a condição de deputado estadual dos autores da representação e o conteúdo da norma, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais⁵.

Em outro caso do mesmo Tribunal a pertinência temática não foi identificada. O Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 2ª Região – CREFITO -, teve rejeitada a autoria de representação de inconstitucionalidade em decisão recente do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que não identificou no objeto social dessa entidade de defesa de profissão a qualidade que lhe daria a legitimação ativa prevista no artigo 162 da Constituição do Estado do rio de Janeiro⁶.

³ Art. 162, *caput*, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

⁴ ADI 913-3 DF, trecho do voto do Min. Moreira Alves: "Já se firmou nesta Corte o entendimento de que as entidades de classe de âmbito nacional para legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade têm de preencher o requisito objetivo da relação de pertinência entre o interesse específico da classe, para cuja defesa essas entidades são constituídas, e o ato normativo que é arguido como inconstitucional (cf. as ADINs. 77, 138 e 159)."

⁵ Presença, ademais, da pertinência temática. Conteúdo material da norma impugnada que se irradia para além da esfera do ente federativo municipal, por versar sobre temas de interesse comum, tais como, prestação de serviços de saúde regida pelos princípios do sistema único (SUS) que envolvem, além do repasse de recursos dos estados para os municípios, a garantia da saúde da população, bem como o meio-ambiente e a educação. (Processo n 0034705-10.2009.8.19.0000 Rel. Des. MAURO DICKSTEIN. Acórdão publicado em 23/11/2016).

⁶ O acórdão, elucidativo dessa questão, merece a transcrição do seguinte trecho do voto do Relator: "Na hipótese emoldurada nos autos, constata-se que o Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 2ª Região (CREFITO-2) não se enquadra na categoria de entidade de

O legitimado ativo não poderá desistir da pretensão⁷, o que bem se compreende dada a importância da representação por inconstitucionalidade, instrumento de depuração do direito. Diante da inércia do Autor, o Tribunal conduzirá a demanda até seu julgamento definitivo.

No tangente a legitimidade passiva esta sempre será dos Poderes Legislativo e Executivo do Município autor da lei impugnada, ainda que o Prefeito não tenha participado com a sanção do projeto de lei, situação conhecida como decurso de prazo, como lhe faculta, no caso do Estado do Rio de Janeiro, o disposto no § 3º do art. 115 da respectiva Constituição.

O Supremo Tribunal Federal tem sido implacável na apreciação da legitimação, tanto ativa quanto passiva. São frequentes os casos de não conhecimento de recursos extraordinários em representações de inconstitucionalidade decididas no confronto com normas de reprodução obrigatória (tema que será desenvolvido mais adiante) quando firmados apenas pelos procuradores dos poderes Executivo ou Legislativo, e mesmo pela Câmara de Vereadores, e não pelos legitimados, o Prefeito ou a Mesa Diretora⁸.

classe, haja vista não representar os interesses de qualquer categoria econômica, empresarial ou profissional. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro ÓRGÃO ESPECIAL FLS.8 (FGM) ÓRGÃO ESPECIAL As entidades de classe empresariais constituem uma sociedade de empresas sob a forma pessoas jurídicas de direito privado e têm natureza de associação civil sem fins lucrativos, constituídas para prestar serviços aos seus associados. Atuam na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Caracterizam-se pelo agrupamento de empresas de um determinado setor para a realização e consecução de objetivos e ideais comuns. São exemplos de entidades de classe, as confederações, as federações, as associações, os sindicatos e as cooperativas. As entidades de classe profissionais, por seu turno, são instituições de natureza política e cultural, dedicadas ao debate das questões decisivas das profissões em torno das quais se constituem, visando ao aprimoramento dessas profissões. Importante para a caracterização das entidades profissionais, é o fato de que elas são independentes do Estado, tanto para sua sustentação econômica quanto para sua afirmação institucional. Já os Conselhos profissionais, diferentemente das entidades profissionais, são instituídos pelo Governo, por ele criadas e mantidas pelas contribuições compulsórias que todos os profissionais vinculados aos respectivos conselhos estão legalmente obrigados a pagar; na sua condição de órgãos do Estado, conselhos profissionais existem para controlar e fiscalizar o exercício das diferentes profissões, visando ao benefício e à proteção dos interesses da sociedade. Este é caso do Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 2ª Região, criado pela Lei 6.316, de 1975, com a incumbência de fiscalizar o exercício das profissões de Fisioterapia e Terapeuta Ocupacional definidas no Decreto-lei nº 938, de 13 de outubro de 1969 (artigo 1º)". Processo 0050963-17.2017.8.19.0000. Julgamento 03/12/2018. Acórdão publicado em 05/12/2018 DJERJ págs. 102/105.

⁷ Art. 5º da Lei 9.868/99.

⁸ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 762.340. Rel. Min. Luiz Fux.

O rigor parece excessivo, típico de jurisprudência defensiva, sobretudo diante do disposto no parágrafo único do artigo 932 do Código de Processo Civil, que admite a correção dos vícios formais nos recursos.

Ademais, a participação de *amicus curiae* no processo de representação de inconstitucionalidade está prevista no art. 106, III do Regimento Interno do TJRJ, sem o uso dessa expressão latina, como também no § 2º do art. 7º da Lei 9.868/1999.

A presença do *amicus curiae*, normalmente uma instituição (pode ser um indivíduo de notório saber) especializada na matéria objeto da norma questionada, será sempre bem-vinda se puder auxiliar na compreensão da intenção legislativa, nos aspectos técnicos regulados, no conteúdo da matéria transformada em norma, de todos os aspectos úteis à verificação da inconstitucionalidade.

A atuação do *amicus curiae* não se confunde com a da intervenção de terceiro, que, diferentemente do “amigo da corte” tem postulação concreta, expressamente vedada pelo artigo 7º da Lei 9.868/1999 e do § 1º do art. 104 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O ingresso do *amicus curiae* no processo é admitido até a definição da data de julgamento⁹. O entendimento é o de que, nesse momento, o Relator já dispõe de todas as informações consideradas necessárias ao julgamento da causa.

Referente a causa de pedir exposta pelo Representante não vincula os julgadores, como acontece nos processos subjetivos, em que se disputam relações jurídicas restritas. Como toda norma tem que estar em total conformidade com a respectiva Constituição, não importa se o fundamento apresentado na petição inicial for indevido, e rejeitado, e um outro constituir a razão de decidir. A jurisprudência é farta e consolidada nesse sentido¹⁰.

O confronto, o teste da inconstitucionalidade da norma de um determinado município é feito em face de norma da Constituição do respectivo Estado, conforme a previsão do já citado § 2º do art. 125 da C. F. Constitui erro importante confrontar a norma local diretamente com dispositivo da Constituição Federal. Mais grave, ainda, é realizar esse teste perante norma infraconstitucional (lei ordinária ou complementar) do Estado ou da União.

Afinal, a norma local não é subordinada a lei federal, ou estadual, não tira delas a matriz de sua validade, não lhe é maior nem inferior, embora esse preconceito ainda seja muito comum, inclusive nos meios jurídicos.

⁹ Ag. Reg. Na ADIN 4.071-5 Distrito Federal. Rel. Min. Menezes Direito, julgado em 16.10.2009.

¹⁰ STF, ADIN 1.896, Rel. Min. Sidney Sanches, RTJ 169:926; STF, ADIN 28-, Rel.Min, Octávio Galotti, LEX-JSTF 157:5 e STF, ADIn 1967, Relator Ministro Octávio Galotti, LEX-JSTF 250:78.

A lei municipal é válida e eficaz se for competente para regular determinado aspecto da vida local. Essa competência, por sua vez, é dada pela Constituição do respectivo Estado, e indiretamente pela Constituição Federal, e jamais por lei ordinária ou complementar. O confronto com lei estadual ou nacional nunca será direto, subirá sempre ao ordenamento constitucional para daí afirmar sobre sua validade e eficácia¹¹. A matriz da constitucionalidade de determinada norma é sempre uma Constituição. A verificação da inconstitucionalidade também.

As hipóteses de inconstitucionalidade formal são identificadas no defeito da forma, no desrespeito ao processo de elaboração da lei. Acontece quando a iniciativa do processo legislativo, por exemplo, é tomada por agente não autorizado, quando o Poder Legislativo apresenta projeto de lei que a Constituição reserva privativamente ao Poder Executivo, ainda que o município seja competente para regular a matéria.

Aumento de despesa não é razão geral de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal vem de reconhecer e aprovar o Tema 917 de Repercussão Geral, segundo o qual

Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal).

A inconstitucionalidade material é identificada na situação em que determinada lei municipal pretenda disciplinar matéria que entre em choque direto com dispositivos, regras ou princípios da Constituição do respectivo Estado. Diz respeito ao conteúdo da norma submetida ao controle de constitucionalidade. A inconstitucionalidade material no conflito de competência com o respectivo Estado é matéria de alta complexidade, dada a previsão da competência constitucional residual dos estados, expressa em termos abertos, circunstância que contribui para um certo alargamento da respectiva competência legiferante. A inconstitucionalidade material é muito mais comum quando norma local cuida de matéria da competência privativa da União, objeto de enumeração específica no artigo 22 da Constituição Federal. Municípios, por exemplo, não podem dispor sobre contratos civis ou comerciais, tema reservado à União Federal, privativamente¹².

¹¹ O disposto no artigo 102, III, d da Constituição Federal confirma o que se vem de afirmar. O Supremo decidirá qual a lei competente.

¹² Nesses casos a demonstração da inconstitucionalidade da lei local exige seu confronto com o dispositivo da Constituição do respectivo Estado que fixa a competência legislativa dos municípios, dentre as quais não pode figurar matéria que seja da competência privativa da União.

Dentre os conflitos decorrentes da inconstitucionalidade material, das mais desafiadoras é a relacionada com a lei municipal que dispõe sobre matéria elencada na competência concorrente entre União e estados, sob a invocação da competência local para suplementar a legislação estadual ou federal.

Critério constitucional de distribuição da competência legislativa identifica a atribuição da União para edição normativa de interesse e abrangência gerais¹³ e nacionais, para todo o seu território; aos estados, a de alcance regional, para atendimento das respectivas peculiaridades¹⁴; e aos municípios, a que atenda ao interesse local¹⁵.

Em princípio, será constitucional a norma local que, a despeito de dispor sobre matéria da competência concorrente entre União e estados, contiver conteúdo que atenda ao interesse local. Esse conteúdo deverá suprir a carência normativa de uma peculiaridade preponderantes em determinado município, critério que tem sido alargado pelo Supremo Tribunal Federal para validar normas locais que disponham sobre proteção ao consumidor, por exemplo, não obstante o fato de referida matéria estar contemplada na competência concorrente entre União e estados no artigo 24, VII da Constituição Federal.

Exemplo marcante desse alargamento está, por exemplo, no tema 272 de Repercussão Geral, cuja tese aprovada é a da competência dos municípios para legislar sobre tempo máximo de espera de clientes em filas de bancos, ainda que seja pouco provável que o fenômeno da fila demorada expresse um interesse local juridicamente preponderante, típico de determinado município. Está mais para situação generalizada.

Normas de efeitos concretos, desprovidas de abstração e generalidade, não estão sujeitas ao controle de constitucionalidade. Leis com esse conteúdo, que são lei somente na aparência, têm objeto definido e destinatário certo, com impacto direito e imediato no patrimônio de alguém, pessoa física ou jurídica. Leis com esse conteúdo podem e devem ser enfrentadas por outros meios de controle, como o mandado de segurança¹⁶ ou procedimentos ordinários questionadores de legalidade, com ou sem pretensão liminar.

Deve-se lembrar, sempre, que o controle concentrado de constitucionalidade tem por objetivo e por objeto depurar o ordenamento jurídico, retirando de circulação as normas contrárias à constituição de um determinado estado.

¹³ Art. 24, § 1º da C. F.

¹⁴ Art. 24, § 3º da C. F.

¹⁵ Art. 30. I da C. F.

¹⁶ Inversamente, mandados de segurança não se prestam ao controle de constitucionalidade, nos termos do enunciado da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal: Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

Há, porém, normas de efeito concreto, embora sem destinatário sempre certo, como as leis orçamentárias, em relação às quais os tribunais evoluíram no sentido de admitir o controle de constitucionalidade.

São três as leis orçamentárias: a do plano plurianual; a das diretrizes orçamentárias e a orçamentária anual, todas de vigência temporária. Naturalmente, o controle de constitucionalidade de leis orçamentárias deve ser feito durante sua vigência. Esgotado o prazo de vigência, não faz sentido o controle de constitucionalidade, diante da perda superveniente de objeto¹⁷.

A primeira das leis orçamentárias estabelece as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital (investimento), com vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente¹⁸. A lei de diretrizes orçamentárias compreende as metas e prioridades da administração, incluídas as despesas de capital (investimento) para o exercício financeiro subsequente, orienta a elaboração da lei orçamentária anual, dispõe sobre as alterações na legislação tributária, dentre outras providências práticas¹⁹. A lei orçamentária anual, por sua vez, tem seu conteúdo limitado à previsão da receita e à fixação da despesa²⁰.

Em uma visão apressada e superficial, que já prevaleceu, as leis orçamentárias estariam imunes ao controle de constitucionalidade pela concretude de seus comandos.

É inegável, porém, que um comando inconstitucional presente em lei orçamentária (aplicação de receita em valor inferior ao constitucionalmente previsto, ou em função não contemplada na lei de diretrizes orçamentárias, ou em contradição com o Plano Plurianual) teria e tem o efeito de provocar impacto significativo na execução orçamentária, constringendo a autoridade pública a um comportamento contrário à Constituição.

Diante dessa incongruência a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para admitir o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias sob o fundamento de que suas (das leis orçamentárias) disposições, se não são dotadas de generalidade e abstração totais, seus destinatários seriam apenas determináveis, e não determinados, a conferir densidade normativa sujeita a controle²¹ de modo a evitar o efeito potencial de incidência de tantas

¹⁷ STF, ADIN 4663, Rel. Min. Luiz Fux. Pleno, publicado em 5/12/2014.

¹⁸ Art. 165, I, § 1º e art. 35, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹⁹ Art. 165, II, § 2º da Constituição Federal.

²⁰ Art. 165, III, § 8º da Constituição Federal.

²¹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 202 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. LEI ESTADUAL N. 9.723. MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO PÚBLICO. APLICAÇÃO MÍNIMA DE 35% [TRINTA E CINCO POR CENTO] DA RECEITA RESULTANTE DE IMPOSTOS. DESTINAÇÃO DE 10%

inconstitucionalidades quantas forem as situações em que suas previsões serão executadas.

Havendo relevância e urgência pode ser pedida e deve ser deferida a suspensão liminar dos efeitos da lei questionada.

Os requisitos são os mesmos de qualquer pretensão cautelar: fumaça do bom direito, ou verossimilhança das alegações, ou, melhor, a probabilidade do direito, e o perigo da demora. Leis criadoras de tributos sem respeitar as limitações constitucionais do poder de tributar, normas violadoras de direitos adquiridos, de atos jurídicos perfeitos, usurpadoras de funções privativas estão entre as que devem ter suspensos os seus efeitos liminarmente, de modo a evitar lesões graves e de difícil ou pouco provável reparação, bem como conflitos institucionais, entre os poderes, situações sempre críticas.

A medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade está regulada no artigo 105 e parágrafos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e nos artigos 10 a 12 da Lei 9.868/1999, garantida a sustentação oral das razões do Autor e dos Representados. A concessão da liminar exige presença de 2/3 dos julgadores (artigo 101 do RI) e observará o quórum da maioria absoluta

[DEZ POR CENTO] DESSES RECURSOS À MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DAS ESCOLAS PÚBLICAS ESTADUAIS. VÍCIO FORMAL. MATÉRIA ORÇAMENTÁRIA. INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 165, INCISO III, E 167, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Preliminar de inviabilidade do controle de constitucionalidade abstrato. Alegação de que os atos impugnados seriam dotados de efeito concreto, em razão da possibilidade de determinação de seus destinatários. Preliminar rejeitada. Esta Corte fixou que "a determinabilidade dos destinatários da norma não se confunde com a sua individualização, que, esta sim, poderia convertê-lo em ato de efeitos concretos, embora plúrimos" [ADI n. 2.135, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 12.5.00]. 2. A lei estadual impugnada consubstancia lei-norma. Possui generalidade e abstração suficientes. Seus destinatários são determináveis, e não determinados, sendo possível a análise desse texto normativo pela via da ação direta. Conhecimento da ação direta. 3. A lei não contém, necessariamente, uma norma; a norma não é necessariamente emanada mediante uma lei; assim temos três combinações possíveis: a lei-norma, a lei não norma e a norma não lei. Às normas que não são lei correspondem leis-medida [Massnahmegesetze], que configuram ato administrativo apenas completável por agente da Administração, portando em si mesmas o resultado específico ao qual se dirigem. São leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. 4. Os textos normativos de que se cuida não poderiam dispor sobre matéria orçamentária. Vício formal configurado --- artigo 165, III, da Constituição do Brasil --- iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo das leis que disponham sobre matéria orçamentária. Precedentes. 5. A determinação de aplicação de parte dos recursos destinados à educação na "manutenção e conservação das escolas públicas estaduais" vinculou a receita de impostos a uma despesa específica --- afronta ao disposto no artigo 167, inciso IV, da CB/88. 6. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do § 2o do artigo 202 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, bem como da Lei estadual n. 9.723, de 16 de setembro de 1.992 (STF, ADIN 820-02 Rio Grande do Sul. Rel. Min. Eros Grau).

do colegiado (artigo 102 do RI) e torna aplicável a legislação anterior (efeito da repristinação), ressalvada manifestação expressa em sentido contrário²².

O artigo 12 da mesma lei admite procedimento expedito diante da especial relevância da matéria, com redução dos prazos de manifestação do representante judicial da União e da Procuradoria Geral da República.

O artigo 105 e seus parágrafos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reproduzem a disciplina da medida cautelar prevista na Lei 9.868/1999. O § 7º do artigo 105 do RITJRJ, à semelhança do artigo 12 da Lei 9.868/1999, cuida do processo expedito no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

O pedido principal, naturalmente, é o de declaração de inconstitucionalidade da lei, quando total, ou de partes da lei, quando apenas artigos, parágrafos, incisos, alíneas, números apresentam inconstitucionalidade.

Interpretação sistemática e equilibrada da Constituição Federal sugere que se observe a restrição de que somente dispositivos inteiros devem ser declarados inconstitucionais, vedada a excisão, a intervenção cirúrgica sobre palavras, expressões em um determinado dispositivo legal.

A regra está no § 2º do art. 66 da Constituição Federal²³ e também no § 2º do artigo 115 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro²⁴, a impedir vetos sobre parcelas de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

A razão da restrição constitucional é impedir que o Poder Executivo usurpe a função do legislador, alterando positivamente o sentido da norma. O Poder Judiciário, à semelhança, também não poderia exercer a função legislativa positiva, limitando-se a eliminar a inconstitucionalidade.

É possível também pedir que o Tribunal afirme determinado sentido da norma, dê-lhe interpretação que fixe interpretação compatível com a norma constitucional. É situação identificada pela expressão “interpretação conforme a Constituição.” (MENDES; COELHO; BRANCO; 2007).

Outro instigante debate sobre as representações de inconstitucionalidade é aquele despertado pela questão do valor da causa. O artigo 291 do Código de Processo Civil diz que toda causa terá um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível. A maioria, se não a totalidade das representações de inconstitucionalidade não tem conteúdo econômico imediatamente aferível.

²² Artigo 11, § 2º da Lei 9.868/1999 e artigo 105, § 5º do RITJRJ.

²³ Art. 66...§ 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

²⁴ Art. 115. ...§ 2º. O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

Para que uma lei seja declarada inconstitucional é preciso que seja dotada de abstração e generalidade, que seus comandos não tenham conteúdo concreto, que não disponha sobre relação jurídica específica. A representação por inconstitucionalidade visa retirar do mundo jurídico uma hipótese, uma regra, norma incompatível com a ordem constitucional. Abstrações, hipóteses encerram ideias incompatíveis com um conteúdo econômico certo.

Valor da causa tem mais pertinência com processos de conteúdo subjetivo, em que se disputa solução para uma dada relação jurídica que ordinariamente têm conteúdo econômico apreciável.

A resposta nestes processos de representação também é peculiar, e não pode ser propriamente denominada contestação. O conteúdo das manifestações dos poderes Legislativo e Executivo, as instituições produtoras da norma questionada, é mais de colaboração que de disputa, ainda que expostas em argumentos confrontantes. Trata-se, afinal, de preservar a sanidade do ambiente constitucional.

As autoridades são chamadas a prestar informações, não a contestar um pedido. As informações podem ser concordes, reconhecedoras da inconstitucionalidade.

Sendo divergentes as informações, mesmo que prevaleça uma ou outra posição (é sempre possível, e acontece com frequência, por exemplo, que o Poder Executivo, tendo vetado o projeto de lei, concorde com o pedido de declaração de inconstitucionalidade), o resultado final do processo interessa a todos, incluídos os poderes constituídos eventualmente divergentes. O ambiente jurídico ficará são, livre de um defeito que o empobrece.

III. ATUAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO E DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Na regulamentação do processo no Estado do Rio de Janeiro a Procuradoria do Estado é chamada a defender a lei²⁵. Há quem defenda ser essa uma função restrita, isto é, que o conteúdo do pronunciamento do Estado somente pode ser o de defender a norma, ainda que o órgão jurídico estadual esteja convencido do contrário.

A posição não parece sustentável em um ambiente de livre convicção. Se a afirmação da inconstitucionalidade se revelar demasiadamente constrangedora, o silêncio será sempre uma alternativa elegante.

²⁵ Artigo 104, § 2º do regimento interno do TJRJ e artigo 8º da Lei 9.868/1999.

A Procuradoria Geral do Município de origem da lei questionada também é intimada a se manifestar nos autos. O artigo 106, VII do Regimento Interno do Tribunal determina seja “citado” o Procurador-Geral do Município se não for esse, por seus poderes, o postulante.

A Procuradoria de Justiça também é chamada a atuar no processo como fiscal da lei. Não está prevista exceção para a atuação do fiscal da lei mesmo que o presentante²⁶ do Ministério Público seja o autor da demanda, conforme preveem o artigo 106, VIII do RITJRJ e o artigo 8º da lei 9868/1999.

Para a instalação da sessão de julgamento é necessária a presença de ao menos 2/3 dos integrantes do Tribunal, ou oito ministros em caso de decisão pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 22 da Lei 9.868/1999, e do artigo 101 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (18 votantes no universo de 25 desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado).

A declaração de inconstitucionalidade, por sua vez, exige maioria absoluta – 6 votos nos processos do Supremo Tribunal Federal, conforme o disposto no artigo 23 da Lei 9.868/1999 e 13 votos no Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (artigo 102 do Regimento Interno)

Não alcançada a maioria absoluta para a declaração da inconstitucionalidade, estando ausentes juízes em número que possa influir no resultado, o parágrafo único do artigo 23 da Lei 9.868/1999 e o § 2º do art. 107 Regimento Interno determinam a suspensão do julgamento, para que se aguarde o comparecimento dos ausentes até que seja atingido o número necessário à proclamação do resultado.

Dos aspectos processuais mais interessantes dessa demanda é a possibilidade da modulação do acórdão que declarar a inconstitucionalidade.

A modulação atende a imperativos da realidade, sobretudo quando o reconhecimento da inconstitucionalidade se dá passado algum tempo da vigência da lei afinal reconhecida inconstitucional, mas que produziu efeitos durante sua existência. Esses efeitos podem ter deixado marcas na realidade, no patrimônio jurídico, econômico, social, pessoal de um sem número de relações jurídicas.

Não é razoável, nem justo, muito menos realista simplesmente relegar ao esquecimento toda essa quantidade de efeitos na vida das pessoas, físicas ou

²⁶ Sobre a noção de “presentação”, vide Pontes de Miranda (1996, p. 288): “Quando o art. 12 do Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973) diz que os seres sociais por ela apontados são ‘representados em juízo, ativa e passivamente’, pelas pessoas que menciona, erra, palmarmente, sempre que não houve outorga de poderes e sim função de órgãos. Onde não se trata de órgão, caberia empregar a palavra ‘representação’, ‘representar’, ‘representante’, ‘representado’, não, porém onde a participação processual, ativa ou passiva, é de órgão”.

jurídicas. Recomenda-se, portanto, modular a decisão, fixando termo para que a decisão seja eficaz, isto é, para que a declaração de inconstitucionalidade repercuta na realidade.

A modulação está prevista no artigo 27 da Lei 9.868/1999 e no artigo 108, § 2º do RITJRJ.

IV. RECURSOS

O artigo 26 da Lei 9.868/99 declara que a decisão que julga pedido em ação direta de inconstitucionalidade é irrecorrível, com ressalva dos embargos declaratórios, para correção de omissão, de obscuridade ou de contradição do julgado, que poderá ter efeitos infringentes, alterando o conteúdo do acórdão. O mesmo artigo veda também a propositura de ação rescisória. Essa vedação geral vale para os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Para os julgamentos ocorridos nos tribunais estaduais, cabe recurso extraordinário sempre que o acórdão se fundamentar em norma da Constituição estadual que reproduza obrigatoriamente dispositivo da Constituição Federal, como a que diz respeito às competências para legislar; as prerrogativas e funções dos Poderes do Estado, normas organizadoras do estado federal, direitos e garantias individuais.

A previsão do artigo 108, § 1º do Regimento Interno do TJRJ, que também veda a interposição de recursos, não desmente a afirmação do cabimento do recurso extraordinário. A viabilidade desse recurso é construção jurisprudencial, consagrado no julgamento da Reclamação 383²⁷, afirmação da prerrogativa do Supremo Tribunal Federal de concentrar a interpretação dos dispositivos da Constituição Federal, que não pode ser usurpada na eventualidade de tribunal local der sentido distinto a dispositivo de reprodução obrigatória.

A interposição do Recurso Extraordinário segue a disciplina corrente do Código de Processo Civil²⁸, com a necessidade da demonstração da repercussão geral da matéria sob os pontos de vista social, econômico, político e jurídico. Não

²⁷ EMENTA: Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. - Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.

²⁸ Artigos 1029 e seguintes do Código de Processo Civil.

bastam argumentos genéricos, vazios. É exigida a demonstração cabal de que a matéria em questão, mantida a decisão recorrida, repercute e repercutirá negativamente nos destinos da comunidade, no desequilíbrio da relação entre os poderes Legislativo e Executivo sob um, mais de um ou todos os aspectos caracterizadores da repercussão geral.

É crucial que a matéria constitucional federal, que deve estar relacionada a interpretação de dispositivo de reprodução obrigatória, tenha sido debatida no julgamento e conste do acórdão. Para esse fim, pode ser necessária, mas não obrigatória, a interposição de embargos de declaração. O acórdão deverá enfrentar, originalmente ou depois da provocação dos respectivos embargos, a alegação de que a decisão objeto de recurso extraordinário não adotou interpretação divergente da que lhe dá o Supremo Tribunal Federal em disposição da Constituição do Estado que reproduz norma constitucional federal.

O julgamento da representação de inconstitucionalidade exige a manifestação de órgão colegiado em quórum qualificado (2/3 dos julgadores para instalação da sessão e maioria absoluta para a decisão), nos termos do art. 97 da Constituição Federal, do art. 23 da Lei 9.868/1999 e dos artigos 101 e 102 do RITJRJ, como já visto.

Parece incongruente admitir decisão monocrática, e que pode ser definitiva, em recurso extraordinário cujo único fundamento possível é a interpretação divergente de dispositivo de reprodução obrigatória. A decisão monocrática vai de encontro ao preceito constitucional que exige o pronunciamento de órgão colegiado nesses processos. Na decisão monocrática, o entendimento de um só julgador, ainda que amparado na jurisprudência, contrasta com interpretação firmada por maioria absoluta de órgão coletivo em julgamento sujeito a debates, contrastes, formação de convicção não somente a partir do contraditório processual, como das posições de diversos julgadores.

A ampliação das hipóteses de decisão monocrática judicial pode estar na raiz do enfraquecimento, senão da perda do sentido da decisão colegiada; pode também estar colaborando para a transformação de um tribunal em tantos tribunais quanto são os seus integrantes, dando vazão a um exercício jurisdicional autoritário e retirando a dignidade da jurisprudência e o seu caráter prudencial.

Nos julgamentos das representações de inconstitucionalidade de leis estaduais e municipais perante os tribunais locais pode caber até mesmo o recurso especial, sobretudo quando o acórdão contiver omissão, obscuridade, contradição sanável por embargos de declaração indevidamente rejeitados.

A ausência da sanação importa em negativa de vigência do art. 1022 do Código de Processo Civil, fazendo cabível recurso especial, cujo provimento pode

resultar na anulação do acórdão estadual e realização de novo julgamento. A disciplina do recurso especial é a do Código de Processo Civil²⁹.

O prazo para recorrer é de contagem simples, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, recém confirmada no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 837.044 Minas Gerais, relatora a Ministra Rosa Weber³⁰.

A decisão dada em um processo de inconstitucionalidade vincula toda a administração e todo o poder judiciário, nos termos do parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/1999. A partir do trânsito em julgado da respectiva decisão os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário não mais poderão decidir de modo contrário à inconstitucionalidade, cabendo reclamação contra decisão judicial ou administrativa contrária à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade³¹.

A decisão, porém, não vincula o Poder Legislativo, que poderá renovar tantas vezes quantas desejar novas normas inconstitucionais, livre e independente que é para legislar, ainda que em desarmonia com decisões de outro poder igualmente independente³².

Questão interessante e delicada está na realização de novo julgamento, sob novos argumentos, novos fatos, mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou transformações na realidade, diante da improcedência, transitada em julgado, de acórdão em representação de inconstitucionalidade, do que resulta afirmação de que a lei objeto do processo foi considerada constitucional.

²⁹ Artigos 1029 e seguintes do CPC

³⁰ DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. FAZENDA PÚBLICA. PRAZO EM DOBRO PARA RECORRER. INAPLICABILIDADE. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973. 1. O entendimento assinalado na decisão agravada não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. “Consoante jurisprudência pacífica desta Corte, não se aplica, aos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a regra processual que dispõe sobre o prazo em dobro para a Fazenda Pública” (ADI 291-ED, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 09.11.2018). 2. As razões do agravo não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastream a decisão agravada. (DJE - 076 de 112-04-2019). Processos objetivos não estão sujeitos a produção de prova, fato que acrescenta complexidade e demanda tempo de compreensão e análise.

³¹ RTJ, 185/3, STF, Pleno.

³² “A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, preferida pelo STF, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão.” Agravo Regimental na Reclamação 2.617-5 Minas Gerais. Rel. Min. Cezar Peluso.

O artigo 26 da Lei 9.868/1999 e o artigo 108, § 1º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro dispõem que a decisão declaratória da inconstitucionalidade é irrecorrível e não está sujeita a ação rescisória.

Há respeitáveis posições em defesa da possibilidade da renovação do pedido “à vista de novos argumentos, de novos fatos, de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei” (BARROSO, 2016) ³³.

A defesa dessa possibilidade invoca decisão do Ministro Sepúlveda Pertence proferida no julgamento do recurso extraordinário RE 147.776-SP, publicada no Diário da Justiça de 19/6/1998, no qual é formulada a hipótese de que uma norma pode transitar para a inconstitucionalidade³⁴

A ideia é sedutora, porém arriscada, ameaçadora da segurança jurídica. Está fundada em bases temporais, nos aspectos fáticos, nas exigências de implementação de uma nova ordem constitucional, como declarado no voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, fonte da inspiração.

A decisão invocada tem razão real nítida e distinta – não existia o órgão para o qual a competência fora constitucionalmente transferida (cuidava-se de atribuição do Ministério Público prevista no artigo 68 do Código de Processo Penal que a nova ordem constitucional passou a atribuir às defensorias públicas. Onde não existia a Defensoria, e até que fosse criada, a atribuição permaneceria com a promotoria, concluiu o acórdão.)

O caso parece melhor se encaixar na hipótese da modulação dos efeitos, e não exatamente na viabilidade da renovação de processo diante da coisa julgada, por fato novo.

As circunstâncias fáticas do caso, que podem justificar modulação, são muito diferentes, por exemplo, da veiculação de um novo argumento, não lembrado por ocasião do julgamento; ou de fatos novos, não identificado na oportunidade.

O direito organiza-se por técnicas de compreensão da realidade para regular, ordenar, disciplinar as relações humanas. Vale-se de ficções, quando afirma verdadeiro o que é falso (imobilização de certas abstrações, como o direito à

³³ A hipótese é tratada no julgamento do Agravo Regimental na ação direta de inconstitucionalidade 4.071-5-DF, relator o Min. Menezes Direito. DJE 16.10.2009 no sentido defendido pelo Min. Roberto Barroso.

³⁴ 1- A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.

sucessão aberta, considerado bem imóvel pelo art. 80, II do Código Civil), dando-lhe conteúdo e função inexistentes em seu estado pré-jurídico; e também de presunções, quando diz ser verdadeiro o que é provável (JACQUES, 1978) (filhos havidos na constância do casamento têm por pais o marido e a mulher – artigo 1597 do Código Civil, por exemplo), o que normalmente é, mas pode não ser.

Na declaração de constitucionalidade de uma lei, que, no caso deste artigo, ocorre na rejeição de uma representação de inconstitucionalidade, na improcedência do seu pedido, o pressuposto (presunção ou mesmo ficção) do julgado é o de que o Tribunal examinou a integralidade do ordenamento constitucional em vigor para concluir que a norma lhe é compatível. E não examinou fatos, porque nesses julgamentos lida-se apenas com a interpretação constitucional. Em uma demanda declaratória de inconstitucionalidade fatos não entram, senão o exame da compatibilidade, ou não, de certa norma com a Constituição que lhe dá existência e valor.

Não poderia ser diferente, sobretudo diante da convicção, já consagrada na jurisprudência de que o Tribunal não está sujeito à causa de pedir, sempre aberta³⁵.

A posição defendida que prestigia a coisa julgada parece mais prudente e mais bem articulada com o conteúdo da Lei 9.868/1999:

Realmente, o fenômeno da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de um preceito normativo, embora demande, para sua averiguação, o exame da realidade social, é fundado, invariavelmente, numa relação de referência entre a norma infraconstitucional questionada e a ordem constitucional superior que lhe dá suporte de validade. A indicação específica, pelo demandante, do dispositivo constitucional que supõe violado não representa estratificação da causa de pedir, nem inibe a cognição do Supremo Tribunal Federal, que leva em conta o conjunto das normas constitucionais. Em outras palavras: a causa de pedir não é a ofensa a este ou àquele artigo da Constituição, mas à Constituição em seu todo, cabendo à Corte, como é do seu dever, apreciar o pedido (que é sempre o da declaração de inconstitucionalidade) à luz de todo o ordenamento constitucional, tudo sob as luzes do princípio *jura novit curia*. Conforme salientou o Ministro Octávio Gallotti, 'é, notoriamente, aberta, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a causa de pedir, sempre presumivelmente dirimida perante todo o contexto da Carta

³⁵ Supremo Tribunal Federal, ADIn 1.896, Rel. Min Sydney Sanches, RTJ 169/926. Trecho do voto: é da jurisprudência do Plenário o entendimento de que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, seu julgamento independe da causa petendi formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, arguição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas daqueles focalizados pelo autor.

Federal, não cabendo, pois, a reapreciação da legitimidade da mesma lei diante da abordagem inovada cada vez, pelo mesmo ou outro autor’.

Adotados os estritos parâmetros da tríplice identidade, de que trata o § 2º do 301 do CPC³⁶, a conclusão não será diferente. Não havendo ‘parte’ nas ações de controle concentrado, já que o processo é objetivo e a eficácia da sentença é *erga omnes*, e sendo idênticos o pedido (de declaração de inconstitucionalidade) e a causa de pedir (incompatibilidade da norma com a Constituição), fica evidente que a segunda ação direta, mesmo invocando dispositivo constitucional diferente, seria idêntica à primeira, coberta por coisa julgada (§ 1º).

Em suma: declarada a procedência ou a improcedência da ação declaratória de constitucionalidade ou da ação direta de inconstitucionalidade, haverá coisa julgada material, insuscetível de ser modificada mediante nova ação, ainda que com outro fundamento legal. Aplica-se à hipótese o princípio segundo o qual a coisa julgada opera a preclusão do deduzido e do dedutível, que inspirou o art. 474 do CPC³⁷: ‘passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido’ (ZAVASCKI, 2001).

É preciso considerar que a tarefa seria mais simples se a C. F. 1988 e as suas congêneres estaduais fossem menos analíticas, mais sóbrias e concisas. As constituições no Brasil também sofrem do mal verborrágico, do excesso de normas, da profusão de emendas.

De todo modo, não é compatível com o controle de constitucionalidade, muito menos com a segurança jurídica admitir que o julgamento não se tenha feito perante todo o conteúdo constitucional então vigente, de modo a cogitar viável a renovação da demanda pela identificação de causa de pedir não expressamente indicada na petição inicial e não referida no acórdão.

O próprio STF já decidiu que segurança jurídica é garantia fundamental, “oponível até mesmo à atividade do legislador”³⁸, como o é a coisa julgada.

A solução que prestigia a segurança jurídica não significa, porém, a eternização no ordenamento jurídico de norma que poderia ter sido considerada inconstitucional. Será sempre possível propor-lhe a revogação, inclusive pela via

³⁶ Código de Processo Civil aprovado com a Lei 5.869/73.

³⁷ Lei 5.869/73.

³⁸ ADI 3685, julgamento em 22/3/2006, DJ 10-08-2006, RTJ vol. 00199-03 pp 00957. Vide, em especial, o item 9 do voto da Min. Relatora Ellen Gracie: “9. Além de o princípio constitucional da anterioridade eleitoral conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 da Constituição ainda afronta os **direitos individuais da segurança jurídica (CF, art.5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).**” (Os destaques não são do original)

do projeto de lei popular. A decisão pelo controle social democrático é tão legítima como a do julgamento judicial.

V. CONCLUSÃO

Este artigo apresentou a estrutura básica do processo e do procedimento da representação de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição do respectivo Estado, com identificação das suas peculiaridades, diferenças relativamente às ações diretas de inconstitucionalidade, indicação e aplicação das fontes normativas e da jurisprudência desenvolvida tanto pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quanto pelo Supremo Tribunal Federal.

Pretendeu-se se tornasse pública, assim, uma visão ordenada do processo e do procedimento do controle de constitucionalidade de leis locais, com a intenção de contribuir para uma visão crítica da produção do direito legislado, tendo em conta o aprimoramento do ordenamento jurídico local. O objetivo era o de atrair a atenção do leitor para a existência de instrumento poderoso de controle dos detentores do poder e do próprio Estado (*lato senso*) na produção normativa, para que a lei não seja instrumento do poder ilegítimo, muito menos objeto de distração relativamente aos verdadeiros desafios da realidade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, José Carlos. **Questões Prejudiciais e Questões Preliminares em Direito Processual Civil, Ensaios e Pareceres**. Rio de Janeiro: editor Borsoi, 1971.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Poder executivo - Lei inconstitucional - Descumprimento (parecer). **Revista de Direito Administrativo**, vol. 181/182, p. 387-397, 1990.

JACQUES, Paulino. **Curso de introdução ao estudo do direito**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pág. 21.

MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Monet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I, arts. 1º a 45.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

RÓNAL, Paulo. **Dicionário Universal Nova Fronteira de Citações.** Verbetes Lei. Rio de Janeiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: editora Nova Fronteira.

TÁCITO, Caio. Anulação das Leis Inconstitucionais. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, n. 59, p.339/350, jan/março, 1960.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001. Páginas 106/107.