

**PARECER JURÍDICO ACERCA DA  
CONSTITUCIONALIDADE DE INDICAÇÃO  
DE REPRESENTANTES DESTA PASTA  
PARA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO  
DAS CIDADES DO ESTADO DO  
RIO DE JANEIRO**

*Victor Ximenes Nogueira  
Advogado da União, Assessor Jurídico*



PARECER CONJUR/MCIDADES n.º

/2009

PARECER JURÍDICO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DE INDICAÇÃO DE REPRESENTANTES DESTA PASTA PARA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO DAS CIDADES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - LEI ESTDUAL Nº 5.293/2008.

Processo nº 80000.028101/2008-40

Retornam a esta Consultoria Jurídica os autos do processo acima epigrafado, os quais tratam de expediente da Secretaria de Obras do Estado do Rio de Janeiro, fl. 01, oportunidade em que é solicitada a indicação de dois representantes titulares e suplentes para comporem o Conselho Estadual das Cidades, com fundamento no art. 3º, inciso III, alínea “a”, da Lei Estadual nº 5.293/2008, publicada no Diário Oficial do Estado que circulou em 21 de junho de 2008.

2. O feito é instruído com cópias do Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, contendo a Lei nº 5.293/2008, fl. 02; cópia da Resolução nº 13 do Conselho das Cidades, fl. 03/04; bem como pelo Memorando nº 015640/2008 da Secretaria- Executiva do Conselho das Cidades, encaminhando o feito para exame desta Consultoria Jurídica.
3. Por despacho, fl. 08, esta CONJUR encaminhou os autos à Secretaria Executiva do Conselho das Cidades, solicitando manifestação formal nos autos no sentido de informar “**se o Ministério das Cidades compõe, de forma permanente, através de indicação de membros titulares e suplentes, algum dos Conselhos das Cidades, seja estadual, municipal ou mesmo do Distrito Federal**”, e, “**se há ou não interesse em compor formalmente o Conselho das Cidades do Estado do Rio de Janeiro; se há ou não quadro de pessoal adequado e suficiente para destacar membros para comporem o Conselho aludido, tudo sem prejuízo das demais atribuições dos agentes públicos indicados; e, em caso afirmativo, a quem caberá as despesas com diárias e passagens**”.

4. Em resposta, consta nos autos o memorando de fl. 09, oportunidade em que é noticiado que esta pasta “**não compõe nenhum Conselho das Cidades estadual, municipal ou do Distrito Federal**” e que o interesse em integrar ou não o Conselho das Cidades do Estado do Rio de Janeiro ainda “**será definido pelo Senhor Ministro de Estado das Cidades. Para tanto, reitero solicitação de análise e pronunciamento desta CONJUR quanto às possíveis conseqüências causadas por deliberações de um órgão colegiado de âmbito estadual, com representação do Ministério das Cidades**”.
5. É o relatório.
6. O presente pronunciamento jurídico encontra esteio no art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993 – Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, restringindo-se aos ao exame de ordem estritamente jurídica, não sendo, portanto, relevadas questões referentes ao exame das balizas da conveniência e oportunidade, nem tampouco questões eminentemente técnicas e financeiras, por não ser atribuição institucional deste órgão de assessoramento jurídico imiscuir-se na análise de mérito administrativo.
7. Em síntese, a consulta formulada pela Secretaria Executiva do Conselho das Cidades consiste em saber quais as implicações decorrentes de deliberações do Conselho das Cidades do Estado do Rio de Janeiro, relevando que referido órgão seria composto, entre outros membros, por representantes do Ministério das Cidades.
8. Como é cediço, o Conselho das Cidades, originariamente era denominado Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU e foi criado pela Medida Provisória nº 2.220, a qual disciplinou sua atribuições e determinou que sua composição seria deliberada pela Presidência da República:

Art. 10. Fica criado o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU, órgão deliberativo e consultivo, integrante da estrutura da Presidência da República, com as seguintes competências:

I - propor diretrizes, instrumentos, normas e prioridades da política nacional de desenvolvimento urbano;

II - acompanhar e avaliar a implementação da política nacional de desenvolvimento urbano, em especial as políticas de habitação, de saneamento básico e de transportes urbanos, e recomendar as providências necessárias ao cumprimento de seus objetivos;

III - propor a edição de normas gerais de direito urbanístico e manifestar-se sobre propostas de alteração da legislação pertinente ao desenvolvimento urbano;

IV - emitir orientações e recomendações sobre a aplicação da Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001, e dos demais atos normativos relacionados ao desenvolvimento urbano;

V - promover a cooperação entre os governos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e a sociedade civil na formulação e execução da política nacional de desenvolvimento urbano; e

VI - elaborar o regimento interno.

**Art. 11. O CNDU é composto por seu Presidente, pelo Plenário e por uma Secretaria-Executiva, cujas atribuições serão definidas em decreto.**

Parágrafo único. O CNDU poderá instituir comitês técnicos de assessoramento, na forma do regimento interno.

**Art. 12. O Presidente da República disporá sobre a estrutura do CNDU, a composição do seu Plenário e a designação dos membros e suplentes do Conselho e dos seus comitês técnicos.**

Art. 13. A participação no CNDU e nos comitês técnicos não será remunerada.

Art. 14. As funções de membro do CNDU e dos comitês técnicos serão consideradas prestação de relevante interesse público e a ausência ao trabalho delas decorrente será abonada e computada como jornada efetiva de trabalho, para todos os efeitos legais.

9. Por sua vez, a Lei nº 10.683/2003, ao regulamentar a organização da Presidência da República e dos Ministérios, alterou o nome do órgão colegiado aludido, denominando-o Conselho das Cidades, o qual integra a estrutura desta pasta, assegurando-lhe mais uma atribuição:

Art. 31. São transformados:

...

VIII - o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano, da Presidência da República para o Ministério das Cidades, ficando alterada a sua denominação para Conselho das Cidades, cabendo-lhe, além das competências estabelecidas no art. 10 da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, propor as diretrizes para a distribuição regional e setorial do orçamento do Ministério das Cidades;

Art. 33. São transferidos:

...

VIII - o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano, da Presidência da República para o Ministério das Cidades, ficando alterada a sua denominação para Conselho das Cidades, cabendo-lhe, além das competências estabelecidas no art. 10 da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, propor as diretrizes para a distribuição regional e setorial do orçamento do Ministério das Cidades;

10. Em cumprimento ao disposto no art. 12 da Medida Provisória nº 2.220, editou-se o Decreto nº 5.790/2006, o qual, além de regulamentar as atribuições do Conselho das Cidades, seu funcionamento e a Conferência Nacional das Cidades, delimitou sua composição.
11. A previsão legal para a criação de Conselhos das Cidades no âmbito dos Estados, Municípios e Distrito Federal está no art. 43, inciso I, do Estatuto das Cidades, o qual, ao regular a gestão democrática das cidades, dispõe que:

**Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:**

**I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;**

II – debates, audiências e consultas públicas;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

V – (VETADO)

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4o desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

12. Neste sentido, resta claro que a legislação ordinária que cuida de regulamentar e instituir o Conselho das Cidades é, mais que uma lei federal, mas uma lei nacional, até mesmo porque uma das atribuições do aludido órgão colegiado é, conforme inciso V do art. 10 da MP nº 2.220, “promover a cooperação entre os governos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e a sociedade civil na formulação e execução da política nacional de desenvolvimento urbano”.
13. Por ser lei de âmbito nacional, suas disposições obrigam os demais entes federados. Assim, não há vício de constitucionalidade ou ilegalidade no Decreto nº 5.790/2003

que, ao dispor sobre a composição do Conselho das Cidades, inclui membros do Poder Público Estadual, Municipal e do Distrito Federal, nos termos do art. 12 da MP n° 2.220:

Art. 4º O ConCidades é composto pelos seguintes membros, organizados por segmentos:

I - dezesseis representantes do Poder Público Federal, sendo:

- a) três do Ministério das Cidades;
- b) um da Casa Civil da Presidência da República;
- c) um do Ministério da Cultura;
- d) um do Ministério da Fazenda;
- e) um do Ministério da Integração Nacional;
- f) um do Ministério da Saúde;
- g) um do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome;
- h) um do Ministério do Meio Ambiente;
- i) um do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- j) um do Ministério do Trabalho e Emprego;
- l) um do Ministério do Turismo;
- m) um do Ministério da Ciência e da Tecnologia;
- m) um da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República; e
- o) um da Caixa Econômica Federal;

**II - nove representantes do Poder Público Estadual, do Distrito Federal ou de entidades civis de representação do Poder Público**



**Estadual e do Distrito Federal, observado o critério de rodízio entre os Estados, o Distrito Federal e as entidades civis;**

**III - doze representantes do Poder Público Municipal ou de entidades civis de representação do Poder Público Municipal;**

IV - vinte e três representantes de entidades dos movimentos populares;

V - oito representantes de entidades empresariais;

VI - oito representantes de entidades de trabalhadores;

VII - seis representantes de entidades profissionais, acadêmicas e de pesquisa; e

VIII - quatro representantes de organizações não-governamentais.

...

§ 2º Também integram o Plenário do ConCidades, com direito a voz e sem direito a voto, nove representantes dos Governos Estaduais e do Distrito Federal, indicados pelos respectivos representantes legais, na condição de observadores, condicionando o direito de participar à existência de Conselho Estadual das Cidades, ou outro órgão colegiado com atribuições compatíveis no âmbito da respectiva Unidade da Federação.

§ 3º Poderão, ainda, ser convidados a participar das reuniões do ConCidades personalidades e representantes de órgãos e entidades públicas ou privadas, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como outros técnicos, sempre que da pauta constar tema de suas áreas de atuação.

§ 4º Os membros referidos nos incisos I a VIII deverão indicar seus respectivos representantes por meio de ofício ao Ministro de Estado das Cidades, que os designará.

14. Observa-se, entretanto, que, em caráter prejudicial ao exame da consulta, esta Consultoria Jurídica aponta que a Lei Estadual nº 5.293/2008 do Rio de Janeiro apresenta vício

de constitucionalidade formal, posto que não se encontra na esfera de competência da legislação estadual o regramento de atribuições a órgãos federais.

15. É certo que as matérias que se incluem na competência legislativa da União encontram-se expressamente definidas na Carta de 1988, e que a competência legislativa dos Estados é residual, quer dizer, as matérias que não se incluem no rol de competência da União e dos Municípios são da alçada dos Estados.
16. Entretanto, a organização da Administração Pública Federal, o que inclui o disciplinamento das atribuições de cada um dos órgãos que a integram, é matéria privativa da União, como se vê da Lei nº 10.683/2003, a qual dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios.
17. A Administração Pública rege-se pelo princípios da legalidade em sentido estrito. De fato, observa-se que o Princípio da Legalidade no âmbito do Direito Público possui conotação diversa daquela adotada pelo Direito Privado. Nas relações jurídicas particulares é permitido tudo o que não for expressamente vedado por lei, nos termos do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, já nas relações jurídicas regidas pelo Direito Público, apenas é permitido aquilo que for expressamente autorizado por lei, até mesmo porque, conforme art. 84, inciso IV, da Carta Magna, as atividades administrativas devem ser desenvolvidas no sentido de assegurar a fiel execução da legislação.
18. Neste sentido, para que coubesse ao Ministério das Cidades encaminhar representação aos Conselhos das Cidades Estaduais, Municipais, e do Distrito Federal, seria necessário que tal incumbência fosse expressa em legislação federal. Todavia, ao fixar as atribuições desta pasta, a Lei nº 10.683/2003, nem tampouco o Decreto nº 4.665/2003, delimitaram que competiria a esta pasta integrar os Conselhos das Cidades regionais e locais:

Lei nº 10.683/2003:

Art. 27. Os assuntos que constituem áreas de competência de cada Ministério são os seguintes:

...

III - Ministério das Cidades:

- a) política de desenvolvimento urbano;
- b) políticas setoriais de habitação, saneamento ambiental, transporte urbano e trânsito;
- c) promoção, em articulação com as diversas esferas de governo, com o setor privado e organizações não-governamentais, de ações e programas de urbanização, de habitação, de saneamento básico e ambiental, transporte urbano, trânsito e desenvolvimento urbano;
- d) política de subsídio à habitação popular, saneamento e transporte urbano;
- e) planejamento, regulação, normatização e gestão da aplicação de recursos em políticas de desenvolvimento urbano, urbanização, habitação, saneamento básico e ambiental, transporte urbano e trânsito;
- f) participação na formulação das diretrizes gerais para conservação dos sistemas urbanos de água, bem como para a adoção de bacias hidrográficas como unidades básicas do planejamento e gestão do saneamento;

Decreto nº 4.665/2003

Art. 1º O Ministério das Cidades, órgão da Administração Federal direta, tem como área de competência os seguintes assuntos:

I - política de desenvolvimento urbano;

II - políticas setoriais de habitação, saneamento ambiental, transporte urbano e trânsito;

III - promoção, em articulação com as diversas esferas de governo, com o setor privado e organizações não-governamentais, de ações e programas de urbanização, de habitação, de saneamento básico e ambiental, transporte urbano, trânsito e desenvolvimento urbano;

IV - política de subsídio à habitação popular, saneamento e transporte urbano;

V - planejamento, regulação, normatização e gestão da aplicação de recursos em políticas de desenvolvimento urbano, urbanização, habitação, saneamento básico e ambiental, transporte urbano e trânsito; e

VI - participação na formulação das diretrizes gerais para conservação dos sistemas urbanos de água, bem assim para adoção de bacias hidrográficas como unidades básicas do planejamento e gestão do saneamento.

19. Não restam dúvidas, portanto, que lei estadual não pode dispor sobre as atribuições de Ministérios ou demais órgãos federais, sob pena de apresentar vício de constitucionalidade formal. Não que exista hierarquia entre leis federais e estaduais, mas porque as competências legislativas atribuídas aos entes federados englobam matérias distintas. Assim, da mesma forma que lei federal não pode dispor sobre matérias relativas aos serviços locais de gás canalizado, leis estaduais não podem regram as atribuições de órgãos que integram a Administração Pública Federal, tudo na forma dos art. 61, 84 e 88 da Constituição Federal:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

...

II - disponham sobre:

...

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

...

VI – dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

20. De fato, os Estados também devem obediência ao texto constitucional, como já assentado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, afastar a aplicação da lei estadual em exame não implica em desrespeito a autonomia legislativa do Estado do Rio de Janeiro, mas sim respeito à Constituição federal de 1988, norma hierarquicamente superior e de onde são advindos todos os fundamentos para formação da ordem jurídica pátria.

”O poder constituinte outorgado aos Estados-Membros sofre as limitações jurídicas impostas pela Constituição da República. Os Estados-membros organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem (CF, art. 25), submetendo-se, no entanto, quanto ao exercício dessa prerrogativa institucional (essencialmente limitada em sua extensão), aos condicionamentos normativos impostos pela

Constituição Federal, pois é nessa que reside o núcleo de emanção (e de restrição) que informa e dá substância ao poder constituinte decorrente que a Lei Fundamental da República confere a essas unidades regionais da Federação.” (ADI 507, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-2-96, DJ de 8-8-03)

21. Deve ser ponderado, ainda, que as leis gozam de presunção de constitucionalidade e que, segundo a Carta de 1988, compete ao Supremo Tribunal Federal ser o guardião da Constituição, cabendo-lhe o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Entretanto, o que se propõe neste pronunciamento não é a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual em exame, mas sim o afastamento de sua aplicação, em respeito à Constituição de 1988.
22. Neste sentido, colaciona-se interessante precedente do Superior Tribunal de Justiça:

LEI INCONSTITUCIONAL - PODER EXECUTIVO -  
NEGATIVA DE EFICACIA.

O PODER EXECUTIVO DEVE NEGAR EXECUÇÃO A ATO  
NORMATIVO QUE LHE PAREÇA INCONSTITUCIONAL.

(REsp 23.121/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE  
BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/1993, DJ  
08/11/1993 p. 23521)

23. Diante da fundamentação acostada ao voto do ilustre Ministro Relator, Humberto Gomes de Barros, esta Consultoria Jurídica pede permissão para reproduzi-lo, adotando suas razões na íntegra:

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (RELATOR): Discute-se a possibilidade em o Poder Executivo negar eficácia e execução a lei estadual que considera incompatível com a Constituição Federal.

Tenho comigo a convicção de que é lícito ao Executivo negar execução a lei que a, seu ver, não se coaduna com o sistema constitucional.

Com efeito, o ordenamento jurídico tem como ápice a Constituição Federal.

Qualquer preceito, de qualquer origem ou hierarquia há que se ajustar ao sistema constitucional.

Lei inconstitucional é nula. Não pode obrigar.

Diante de ato legislativo em que percebe ilegalidade, a Administração coloca-se na alternativa:

- a) executa a lei, desprezando a Constituição;
- b) homenageia a Constituição, desconhecendo o preceito legal.

Parece-me que esta última opção é a correta.

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no acórdão trazido à colação no recurso especial, destaca arguta observação de Francisco Campos. Dizia o festejado jurista:

“... os tribunais só opinam mediante provocação. Assim, cada um dos poderes do Estado vê-se na contingência de efetuar o controle imediato da constitucionalidade. Do contrário, estar-se-iam estes poderes relegando-se à inércia e fugindo de sua responsabilidade para com o Estado de Direito (cf. fis. 136).”

Quando negou execução ao dispositivo que lhe pareceu inconstitucional, o Estado, através dos atos impugnados pelos impetrantes, mostrou-se zeloso com o primado da Constituição.

- 24. Deste modo, ao aplicar a legislação, o Poder Executivo torna-se o primeiro a examinar a conformidade da norma com o texto constitucional. Excluir a possibilidade deste Poder deixar de aplicar a lei, com fundamento em sua inconstitucionalidade, significa admitir a lícita possibilidade da Constituição ser desrespeitada.
- 25. Segundo Luiz Roberto Barroso, em sua obra *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Editora Saraiva, 2008, p. 69/72, o STF, após a vigência da Constituição de

1988, não enfrentou a matéria, porém cita *obiter dictum* na ADI n° 221-DF, oportunidade em que o Ministro Moreira Alves consignou que: **“Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia – e isso tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais”**.

26. Com o incremento do número de legitimados para ingressar com ações de controle de abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, há celeuma jurídica acerca da possibilidade do Poder Executivo deixar de aplicar ato normativo que julgue inconstitucional, posto que a matéria deveria ser resolvida pela Suprema Corte e relevando que o Presidente tem legitimidade ativa para ingressar com ADI e ADC. Entretanto, prevalece o entendimento que homenageia a supremacia da Constituição e, mesmo diante da possibilidade de ingressar com ADI, pode o Poder Executivo negar eficácia a lei que considere inconstitucional. Colaciona-se a seguir trecho elucidativo da já referida obra de Luis Roberto Barroso:

Todos os Poderes da República interpretam a Constituição e têm o dever de assegurar seu cumprimento. O Judiciário, é certo, detém a primazia da interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição. De fato, o Legislativo, ao pautar sua conduta e ao desempenhar a função legislativa, subordina-se aos mandamentos da Lei Fundamental, até porque a legislação é um instrumento de realização dos fins constitucionais. Da mesma forma, o Executivo submete-se, ao traçar a atuação de seus órgãos, aos mesmos mandamentos e fins. Os órgãos do Poder Executivo, como órgãos destinados a dar aplicação às leis, podem, no entanto, ver-se diante da mesma situação que esteve na origem do surgimento do controle de constitucionalidade: o dilema entre aplicar uma lei que considerem inconstitucional ou deixar de aplicá-la, em reverência à supremacia da Constituição.

...



No Brasil, anteriormente à Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência haviam se consolidado no sentido de ser legítimo o Chefe do Executivo deixar de aplicar uma lei que considerasse inconstitucional

...

Após a Constituição de 1988, esse poder tradicionalmente reconhecido ao Executivo passou a ser questionado, à vista do fato de que a nova Constituição eliminou o monopólio antes exercido pelo Procurador-Geral da República para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, passando a admitir que ela fosse instaurada pelo Presidente da República e pelo Governador do Estado (art. 103, I e V). Assim, como lhes foi facultado obter o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em via principal e abstrata, já não se deveria admitir que pudessem, de ofício, negar cumprimento à lei, sem antes tomar a iniciativa de contestar sua validade, inclusive postulando a concessão de medida cautelar que suspendesse sua eficácia.

Sem embargo dar azo a possibilidade do argumento adverso, o conhecimento tradicional acerca da possibilidade de o Estado descumprir lei que fundadamente considere inconstitucional não foi superado, como se colhe na jurisprudência e na doutrina que prevaleceram. Costuma-se lembrar, como uma primeira razão, o fato de que o Prefeito não figura no elenco do art. 103, de modo que pelo menos em relação a ele dever-se-ia aplicar o regime anterior, com a consequência curiosa de que, na prática, passaria o Chefe do Executivo municipal a ter, nessa matéria, mais poder que o Presidente e o Governador. **Mas o principal fundamento continua a ser o mesmo que legitimava tal linha de ação sob as Cartas anteriores: o da supremacia constitucional. Aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição. A tese é reforçada por um outro elemento: é que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder.**

Essa linha de entendimento foi corroborada pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, ao acrescentar o § 2º ao art. 102 da Constituição, prevendo que a decisão proferida

na ação declaratória de constitucionalidade é vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário “e ao Poder Executivo”. Ao estabelecer que a declaração de constitucionalidade vincula o Executivo, o dispositivo pressupõe que até que ela ocorra poderia ele considerar a norma inconstitucional. Na mesma trilha, a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, prevê que tanto a declaração de inconstitucionalidade como a de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação “à Administração Pública federal, estadual e municipal”. Com a nova redação dada ao art. 102, § 2º, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a própria Constituição passou a prever o efeito vinculante em ambos os casos”

27. Cumpre destacar que, antes do advento da Carta de 1988, o STF já tinha se posicionado acerca da matéria em Sessão Plenária na Representação n° 512, do Rio Grande do Norte, Acórdãos de 07 de dezembro de 1962, Relator Ministro Pedro Chaves:

“Entre nós, o órgão controlador é o Poder Judiciário, em cuja cúpula se encontra o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a atividade peculiar do Poder Judiciário não lhe confere a privatividade de zelar pela constitucionalidade, observar a Constituição e as leis e de nelas pautar a sua atuação, pois o dever de acatamento às diretrizes constitucionais é de todos os Poderes do Estado.

O que ocorre é que o Poder Judiciário é atribuída essa atividade peculiar de custódia, que não exclui a dos outros ramos do Poder, mas que a ele só pertence desempenhar em última instância, dizendo a palavra final.

Já deixei assentado como princípio que o dever de zelar pela constitucionalidade das leis é imposto pela Constituição a todos os Poderes e não constitui obrigação exclusiva do Poder Judiciário. Daí decorre, a meu ver, que nenhum dos Poderes se pode impor a obrigação de aplicar leis inconstitucionais, mesmo antes de haver o Senado suspenso sua execução, por força de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Foi o que ocorreu na espécie. O Governador do Estado do Rio Grande do Norte, pelo Decreto n° 3.086, de 06 de fevereiro de 1961, suspendeu a execução das leis publicadas no período de 14 de novembro de 1960, até 31 de janeiro de 1961, atendendo a que, conforme comunicação que lhe fora feita

pelo presidente da Assembléia Legislativa de que a partir de 10 de novembro não mais funcionara o órgão legislativo do Estado, até reunião sob convocação de leis e sim simples suspensão de sua execução, e, como corolário necessário, suspensão dos atos delas decorrentes.

Ora, essa medida decretada pelo Poder Executivo, alertado pelo presidente da Assembléia Legislativa não transpassa seu dever de zelar pela constitucionalidade das leis, nem ofende ao texto do art. 64, da Constituição, pois é simples medida preliminar, que nem subtrai ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade, nem roubou ao Senado Federal a atividade complementar de ordenar a suspensão da executoriedade, em caráter definitivo. Esse direito deve suspender a execução de leis inconstitucionais, para exame; não tem sido desconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, como se vê do julgamento do Recurso de Mandado de Segurança nº 5.860, de que foi relator o eminente Sr. Ministro Vilas-Boas, invocando como presidente em memorial”( in, RDA 76/308). (grifos nosso)

28. Em outro precedente, assentou o ilustre Ministro Luiz Galloti em julgamento de mandado de segurança no STF:

*“ os Tribunais só opinam sobre inconstitucionalidade das leis por ocasião de aplicá-las aos casos concretos; cada Poder, assim, tem que contar consigo mesmo para dirimir as questões relativas à sua competência; recusar, por conseguinte, ao Poder Legislativo ou ao Executivo a faculdade de interpretar a Constituição, e em virtude de sua interpretação tomar decisões, seria instalar nos dois grandes motores da vida política do País ou do Estado o princípio da inércia e da irresponsabilidade, paralisando o seu funcionamento por um sistema de frenação e obstrução permanentes”. E conclui que “esses Poderes não são apenas autorizados, mas necessitados e compelidos a julgar por si mesmos da constitucionalidade de seus atos” (MS 7.243).*

29. Também antes da vigência da CF de 1988, o Supremo Tribunal Federal na Rep. 980-SP, KTJ, 96:508, 1981, rel. Min. Moreira Alves:

“Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que pode o Chefe do Poder Executivo deixar de cumprir - assumindo os

riscos daí decorrentes -lei que se lhe afigure inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento a lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos Poderes do estado para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado? Acolho, pois, a fundamentação - que, em largos traços expus - dos que têm entendimento igual”.

30. Prevalece o entendimento de que apenas ao Chefe do Poder Executivo se admite o direito-dever de descumprir a lei em virtude de sua inconstitucionalidade. Sobre o tema, Ronaldo Polleti<sup>1</sup> assevera:

(...)

Aquele ilustre jurista sustenta o direito-dever de o Executivo negar aplicação a lei que entenda inconstitucional, apesar da presunção da constitucionalidade das leis, pois tal ilação não leva à conclusão necessária de que a lei, sempre, seja conforme à Lei Maior, ou que não possa, no todo ou parte, afrontá-la. A própria Lei Fundamental prevê a hipótese de sua desobediência, intencional ou tencionalmente, tanto é que disciplina a declaração de inconstitucionalidade da lei e a suspensão da sua execução, pelo Senado, daquela que, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, seja declarada inconstitucional.

**Não se nega, diz Miranda Lima, a qualquer particular recusar obediência à lei inconstitucional. Somente dele se exigindo que submeta ao Poder Judiciário a sua rebeldia, sujeitando-se às conseqüências da decisão judicial. Por que não se reconhecer a um dos Poderes constitucionais, precisamente o mais atuante na execução das leis, responsável pela política administrativa e pela condução da política externa, como da financeira, o direito de não aplicar a lei que entende manifestamente inconstitucional?**

A Constituição não proíbe o Executivo desse procedimento, sendo desnecessário afirmar-lhe expressamente aquele direito. Na verdade,

---

1 POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das leis. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, pp. 139/141.

tal direito-dever deflui do juramento constitucional imposto ao Presidente da República, de manter, defender e cumprir a Constituição da República, observar as suas leis, promover o bem geral do Brasil, sustentar-lhe a união, a integridade e a independência. O dever de observar as leis vem subordinado ao de guardar e defender a Constituição. Se há tal dever, por implicação lógica reconhece-lhe os meios adequados para o cumprir, pois, segundo a lição clássica de Black, onde a constituição confere um poder ou ordena um dever, ela confere, como corolário, todos os poderes necessários para o exercício daquele poder ou cumprimento de dever ordenado.

O Presidente da República não pode responder fielmente ao juramento constitucional, quando descubra conflito manifesto entre a Constituição e a lei, senão recusando aplicação a esta. Se, ao contrário, respeitar a pretensa lei, estará desacatando a Constituição, uma indistigável traição ao que jurou. Esse perjúrio, segundo a própria Lei Fundamental, valer-lhe-á a incursão em crime de responsabilidade.

No entender de Miranda Lima, os que desconhecem ao Executivo o direito-dever de rebeldia em face da lei manifestamente inconstitucional, sobre lhe recusarem a independência ante o Legislativo, do qual o querem inferior, e não igual, não atentam nos absurdos a que poderá levar a tese que advogam. Para eles, vale o argumento do jurista, o Presidente da República deveria cumprir leis que lhe ordenassem expressamente fazer o que a Constituição claramente proíbe, como, por exemplo: recusar fé aos documentos públicos; estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício; lançar imposto sobre bens, rendas e serviços dos Estados e Municípios, fazer guerra de conquista etc. etc. Ou que lhe vedassem fazer o que a Lei Máxima lhe impõe expressamente como dever: cumprir as decisões judiciárias; velar pela segurança do país; respeitar os direitos políticos, individuais e sociais etc. etc.

**Quando o Executivo recusa aplicação à lei, que lhe pareça inconstitucional, não está desprezando o Poder Legislativo, mas cumprindo o dever de obedecer à Carta Magna, norma hierarquicamente superior, em face da qual afere da validade e eficácia a de categoria inferior. Quando o Judiciário julga da constitucionalidade das leis, negando-lhes, quando for o caso, a aplicação num caso concreto, não estará, certamente,**

**manifestando despreço ao Poder Legislativo. Em nenhum dos casos, estar-se-á ferindo ou desconhecendo a autonomia e a especialidade dos outros Poderes. No controle da constitucionalidade das leis, segundo a modelar a lição de Rui, o Poder Judiciário não revoga atos de outro Poder, desconhecendo-os, apenas. Inexiste invasão de competência, porque tanto o Poder Executivo como o Judiciário, ao negar sua aplicação a lei inconstitucional, estarão agindo, no caso, dentro de sua órbita constitucional.**

(...)

(Grifo nosso)

30. Isto posto, relevando que cabe ao Poder Executivo zelar pelo cumprimento da Constituição Federal, bem como considerando a doutrina e jurisprudência colacionada, esta Consultoria Jurídica conclui que a Lei nº 5.293/2008 do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 3º, inciso III, alínea “a”, padece de vício de constitucionalidade formal, por determinar nova atribuição institucional ao Ministério das Cidades, qual seja, compor o Conselho Estadual das Cidades.
31. Neste sentido, caso sejam adotadas as razões expostas, recomenda-se que sejam tomadas as providências cabíveis no sentido de negar eficácia e aplicação ao art. 3º, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 5.293/2008 do Estado do Rio de Janeiro.

Brasília, janeiro de 2009.

**VICTOR XIMENES NOGUEIRA**

**Advogado da União**

**Assessor Jurídico**

De acordo. Remeta-se à Secretaria-Executiva do Conselho das Cidades.

Brasília, janeiro de 2009.

**CLEUCIO SANTOS NUNES**

**Consultor Jurídico**