

ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

ÓRGÃO ESPECIAL.

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Nº 51/99.

RELATOR: DES. SERGIO CAVALIERI FILHO.

LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO.

Simetria Principiológica Com a Carta Estadual e Com a Constituição Federal. Respeito aos Princípios Estabelecidos.

Embora ocupe posição superior na hierarquia das leis municipais, a Lei Orgânica do Município guarda simetria principiológica com a Carta Estadual e com a Constituição Federal, estando, assim, subordinada aos princípios constitucionais estabelecidos. Destarte, não pode dispor sobre matéria cuja iniciativa legislativa seja exclusiva do Chefe do Executivo.

Procedência da representação.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Nº 51/99, em que é representante EXMO. SR. PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e representado CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO.

ACORDAM os Desembargadores que integram o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em julgar procedente a reclamação pelas razões que seguem.

Objetiva a presente representação a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 205 e parágrafos, 206 e incisos, 212, § 1º, todos da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro que tratam da incorporação de vantagens de servidores que exercem cargo em comissão ou função gratificada.



cuja iniciativa do projeto deu-se no âmbito do Poder Legislativo, por intermédio de membros da Câmara Municipal. Os dispositivos citados estariam em rota de colisão com os artigos 7 e 112, § 1º, inciso II, alíneas a e c, este combinado com o artigo 113, todos da Constituição Estadual.

Deferida a suspensão liminar (fls.43), houve agravo regimental e pedido de assistência, ambos rejeitados por este Órgão Especial (fls.130/133). Prestadas as informações (fls.93/109), manifestaram-se a Procuradoria do Estado (fls.138/149) e a Procuradoria da Justiça (fls.149/152), ambas pugnando pela procedência da representação.

É o relatório.

Registro inicialmente que o artigo 205, caput, e seus parágrafos 1º e 2º, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, já foram declarados inconstitucionais por este E. Órgão Especial nas representações nº 51/94 e 30/96. Logo, esses dispositivos não integram o objeto da presente representação. Forçoso é reconhecer, entretanto, que os mesmos fundamentos que levaram este E. Órgão Especial a acolher as duas representações anteriores conduzem a uma solução idêntica no caso em exame.

Como de conhecimento geral, a iniciativa das leis que disponham sobre os servidores públicos cabe ao Chefe do Poder Executivo, tanto no plano federal – por força do art.61, § 1º, II, alíneas a e e da Constituição Federal – como no plano estadual – consoante art.112, § 1º, II, alíneas a e b da Carta Estadual.

Em prestígio do regime federativo, estão obrigados os Municípios, não obstante entes autônomos, a guardarem simetria principiológica



com as Cartas Federal e Estadual em sua organização política. Vale dizer, os princípios constitucionais sensíveis e estabelecidos devem ser respeitados pelos Municípios em suas respectivas Leis Orgânicas, conforme estabelecido no art.29, *in fine* da Constituição Federal: "O Município reger-se-á por lei orgânica ... atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição e na Constituição do respectivo Estado ..." Importa isso em dizer que a Constituição fixa a zona de determinações e o conjunto de limitações à capacidade organizatória dos Municípios quando manda que sua respectiva Lei Orgânica observe os seus princípios.

A Carta do nosso Estado, por seu turno, ao dispor sobre os Municípios em seu artigo 343 e seguintes, reconheceu-lhes autonomia política, respeitados, como não poderia deixar de ser, os princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual.

Ora, dentre os princípios constitucionais limitadores da autonomia organizatória dos Municípios está, como já vimos, o que estabelece a competência de iniciativa legislativa privativa do Poder Executivo, cuja violação importa em atentado contra um outro princípio ainda mais forte, qual seja, o da separação dos poderes.

Conclue-se do exposto não haver consistência na tese sustentada pelo Exmo. Sr. Presidente da Câmara Municipal no sentido de que as normas impugnadas têm natureza organizacional, pelo que podem validamente integrar a Lei Orgânica. Embora tenha processo legislativo próprio (art.29 da CF), a Lei Orgânica do Município não pode desconsiderar os princípios estabelecidos na Constituição Federal para todos os entes políticos federativos, e na Carta Estadual. Vedado lhe será, portanto, incluir no seu texto espécie normativa cuja criação dependa da iniciativa privativa do Chefe do Poder



163
10

Executivo. Se assim não fosse a Lei Orgânica teria mais poderes que a própria Constituição Estadual, e a autonomia política do Município seria maior que a do Estado.

É manifesta, destarte, a inconstitucionalidade dos parágrafos 3º a 9º do art.205 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, bem como do artigo 206 e incisos, e art.212, § 1º do mesmo diploma legal, por conflitarem com os artigos 112, § 1º, II, letra b e 113, I, c/c 343 e 345, todos da Constituição Estadual, pelo que julga-se procedente a presente representação.

Rio de Janeiro, 15 de maio de 2000.

DES. ELLIS FIGUEIRA

PRESIDENTE

DES. SERGIO CAVALIERI FILHO

RELATOR

Ciente.
16/05.25.05.2000-

ELIO GTELMAN FISCHBERG
2.º Subprocurador - Geral
de Justiça
Mat. 1.002.819

164
6

Rsu: 05/1/99

CERTIDÃO

Certifico que a notícia da conclusão do acórdão de Fls. 160/163 foi publicado no "Diário da Justiça" do dia 08 de junho de 2000 do que dou fé.

Secretaria do Órgão Especial

Em 08 de junho de 2000.

JUNTADA

Nesta data junto aos autos petição cu
o - ba os Declarações de
respa.

Secretaria do Órgão Especial

Em 13 de junho de 1999.

VISTO
Barbara 05 Fls.
BARBARA V. T. PEREIRA
Mat. 01/6249



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

172
179
up

ÓRGÃO ESPECIAL.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

NA REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Nº 51/99.

RELATOR: DES. SERGIO CAVALIERI FILHO.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Efeitos *Ex Nunc*.

A natureza dos efeitos da decisão judicial que declara a inconstitucionalidade de uma lei - *ex tunc* ou *ex nunc* - não emerge de princípio ou de preceito sediado na Constituição, configurando, isto sim, uma questão de política judicial, desse modo sujeita a livre valoração judicial a ser feita em cada caso concreto, segundo os reclamos de justiça e razoabilidade em cada espécie litigiosa.

Destarte, pode o Tribunal dar efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade em homenagem à boa fé dos destinatários da norma, decorrente do princípio da presunção de constitucionalidade das leis.
Provimento dos embargos.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Nº 51/99, em que é embargante A CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO.

ACORDAM os Desembargadores que integram o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, em dar provimento aos embargos pelas razões que seguem.

Alega a embargante ter o acórdão se omitido quanto ao pedido do Representante no sentido de ser atribuída à declaração de inconstitucionalidade eficácia prospectiva, a fim de resguardar as situações estabelecidas à luz das normas impugnadas, em vigor desde 1990.

O acórdão, na realidade, deixou de se pronunciar sobre os efeitos da declaração, questão da maior relevância tendo em vista que os dispositivos da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro alvejados por esta representação tratam da



2
173
180
ab.

incorporação de vantagens por servidores que exercem cargo em comissão ou função gratificada, dispositivos esses já em vigor por mais de 10 anos.

Atribuir efeito *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade ensejaria insegurança jurídica e prejuízos econômicos para inúmeros servidores que tiveram a incorporação consumada e até já estão aposentados.

Por isso o Município, cautelosamente, pleiteou que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade fossem *ex nunc*, no que foi atendido na decisão que deferiu a liminar (fls.42), confirmada por este Órgão Especial no Agravo Regimental de fls.130/133.

Versam os embargos, como se vê, sobre questão da maior relevância, teórica e prática, na medida em que se associa a uma realidade dramática que a decisão desse órgão poderá ter.

Sobre o tema, o eminente Professor Carlos Roberto de Siqueira Castro produziu substancial monografia – Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus efeitos – publicada na Revista Forense, Vol.335/17-44, contendo profunda pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Ressalta o douto Mestre que com relação à natureza do vício da norma inconstitucional – se se trata de nulidade ou de anulabilidade – dois sistemas historicamente se afirmaram. De um lado o sistema norte americano para o qual a decisão de inconstitucionalidade de uma lei é meramente declaratório, porquanto tal lei é considerada nula *ispo jure* e *ex tunc*; nasce com a certidão de óbito em mãos. Para essa festejada visão, a lei inconstitucional configura uma genuína *contraditio in terminis*, na medida em que falta-lhe o fundamento de validade corporificado no estatuto que ocupa a presidência do sistema, este informado pelo princípio da hierarquia e da rigidez.

De outro lado, o modelo austríaco, fundado na doutrina de Hans Kelsen. Segundo essa concepção, nem sempre a lei inconstitucional pode ser



3
187
6

considerada nula, havendo hipóteses que justificam a adoção da teoria da anulabilidade. Tal ocorre quando a norma, tendo sido editada regularmente, a sua aplicação continuada produz consequências que não podem ser olvidadas em homenagem à boa fé dos seus destinatários, decorrente do princípio da presunção de constitucionalidade das leis. A declaração de inconstitucionalidade teria nesses casos caráter desconstitutivo, de sorte que, assim como o legislador pode dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, seria também facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período deve ser considerada como fato eficaz, apto a produzir consequências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público.

Entre nós, embora tenha prevalecido o modelo norte-americano defendido arduamente por Rui Barbosa, Francisco Campos, Alfredo Buzaid e outros, nos últimos tempos a matéria experimentou uma profunda revisão de premissas. Mauro Cappelletti, na obra *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado* (citado por Carlos Roberto de Siqueira Castro), pondera: “De outra parte, como na Áustria as exigências práticas levaram, em 1929, a uma atenuação do rigor teórico da doutrina da não-retroatividade, assim, por outro lado, nos Estados Unidos da América, como já foi aludido, e, igualmente, na Alemanha e na Itália, as exigências práticas induziram a atenuar notavelmente a contraposta doutrina da eficácia *ex tunc*, ou seja, da retroatividade. Essa doutrina parte, como foi dito, do pressuposto de que a lei inconstitucional seja, *ab origine*, nula e ineficaz. Isto significa que todo ato – privado, como por exemplo, um contrato, ou público, com, por exemplo, um ato administrativo ou um sentença – que tenha se fundado nessa lei (que, repito, é uma lei nula e ineficaz), está destituído de uma válida base legal. Pode acontecer, porém, que uma lei tenha sido, por muito tempo, pacificamente aplicada por todos, órgãos públicos e sujeitos privados. Por exemplo, pode acontecer que um funcionário, eleito ou nomeado com base em uma lei muito tempo depois declarada inconstitucional, tenha longamente atuado em sua função; ou que o Estado, por muitos anos, tenha arrecadado um certo tributo ou, também, que uma pessoa tenha recebido uma pensão ou celebrado determinados contratos, sempre com base em uma lei posteriormente declarada inconstitucional, e assim por diante. *Quid*, então, se, em um certo momento, uma lei, por muitos anos pacificamente aplicada, vem a ser, depois, considerada e declarada

3



4
1887
JP

inconstitucional, com pronunciamento que tenha, segundo a doutrina aqui pressuposta, efeitos retroativos? Poderão ser destruídos, também, todos os efeitos que foram produzidos, sem uma válida base legal, por aqueles atos públicos ou privados que se fundaram na referida lei?

A esta indagação responde Carlos Roberto Siqueira Castro, com base na doutrina do próprio Cappelletti e de outros autores por ele citados. De fato, diz o articulista, no que tange à questão dos efeitos da decisão proclamatória da inconstitucionalidade, verifica-se hodiernamente que o radicalismo crônico, que marcou a afirmação histórica dos contrapostos modelos norte-americanos e austríaco, cedeu vez a abrandamentos ditados pelas demandas do realismo jurídico e da justiça pragmática. Assim se fez a ponto de possibilitar saudáveis atenuações, ora na conferência de efeitos *ex tunc* no campo do controle dito concentrado, ora na atribuição de efeitos *ex nunc* nas searas do controle designado difuso ou de revisão judicial, às decisões proferidas nas mais diversas situações em que despontam litígios de confrontação constitucional.

Tomando-se de exemplo os Estados Unidos da América, nação que foi berço do controle jurisdicional difuso e que serviu de fonte inspiradora de nossa formação constitucional na matéria, verifica-se que nessa grande nação do norte há tempos já não mais prevalece a noção primitiva e oitocentista da ineficácia absoluta da lei inconstitucional e da conseqüente e peremptória retroação dos efeitos da decisão reconhecida da contrariedade constitucional. Hoje, mercê do fecundo processo de *mutação constitucional* que permite a adequação da bicentenária Constituição *yankee* às realidades emergentes e tão diversas daquelas que pautaram a cultura social e política dos convencionais de Filadélfia nos idos de 1787, já se admite temperamentos que distencionam o sistema jurídico, com isso evitando-se a perpetração de injustiças e ensejando soluções pontuais mais razoáveis e consentâneas com o conjunto de interesses tutelados pela ordem constitucional.

A Suprema Corte estadunidense, ao julgar o caso *Likletter v. Walker*, no ano de 1965, que mantém-se até os dias presentes como o *leading case* na matéria, proclamou o entendimento de que a questão da retroatividade ou

4



5
17/10
JBB3
JP

prospectividade dos efeitos da declaração judicial respeitante à inconstitucionalidade de uma lei não expressa diretriz constitucional. Tal significa dizer, em síntese, que a natureza dos efeitos da decisão judicial (*ex tunc* ou *ex nunc*), não emerge de princípio ou de preceito sediado na Constituição, configurando, isto sim, uma questão de política judicial (*judicial polity*), desse modo sujeita a livre valoração jurisdicional a ser feita em cada caso concreto, segundo as multivariáveis hipóteses em que são ministrados, na via da jurisdição, os valores da justiça constitucional.

A seguir, o Professor Siqueira Castro traz à colação em sua monografia a doutrina dos mais modernos constitucionalistas brasileiros, a começar por Lúcio Bittencourt, Themistodes Cavalcante, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Gilmar Ferreira Mendes Sacha Calmon Navarro Coelho, Maria Isabel Gallotti, Elival da Silva Ramos e o próprio José Afonso da Silva. A síntese do entendimento desses autores é no sentido de que as relações jurídicas que se constituírem de boa fé, à sombra da lei, não ficam sumariamente canceladas em consequência da inconstitucionalidade, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente. Reconhecer, portanto, que a norma inconstitucional é nula, e que os efeitos desse reconhecimento devem operar *ex tunc*, estendendo-se ao passado de modo absoluto anulando tudo que se verificou sob o império da norma assim considerada, é impedir a segurança jurídica, a estabilidade do Direito e sua própria finalidade.

O Supremo Tribunal Federal, assinala Siqueira Castro, já tem dado mostras de proficua abertura na compreensão temperada dos efeitos do aresto declaratório de inconstitucionalidade, fazendo-se permeável à adoção da operância prospectiva (ou *ex nunc*) em circunstâncias determinadas. Tal tem se dado, notadamente, em hipóteses que impõem o prestigamento da autoridade da coisa julgada ou do princípio da boa-fé e, de um modo geral, a ressalva de situações de todo consolidadas e preconstituídas à declaração de inconstitucionalidade, as quais, por imperativo da segurança e estabilidade das relações jurídicas, não devem mais ser atingidas pelo veto judicial à regra de direito que regeu, total ou parcialmente, a quadratura de uma dada experiência humana. Permite-se trazer à colação, nesse sentido, o v. acórdão da Eg. 2ª



6
187/84
JP

Turma no RE nº 78.594-SP, de que foi Relator o saudoso Ministro Bilac Pinto, cuja ementa enuncia:

“Funcionário Público. Exercício da função de Oficial de Justiça. Ilegalidade de investidura. Validade do ato praticado por funcionários de fato. Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de Oficial de Justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido.”

Outro memorável precedente da Suprema Corte, a merecer registro, foi o v. acórdão proferido também pela sua Eg. 2ª Turma no RE nº 79.343-BA (RTJ 82/792-795, cuja relatoria coube ao Ministro Leitão de Abreu, no qual S.Exª lançou os fundamentos desse novo entendimento ao dizer: “Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris Secundum*, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.”

Apresenta-se, usualmente, como principal obstáculo à adoção da operatividade prospectiva, ou *ex nunc*, o fato de inexistir dispositivo constitucional autorizativo, como ocorre em Portugal e outros países. Tenha-se em conta, todavia, que se não há qualquer norma ou princípio permitindo, também não existe proibindo, de modo a prevalecer nessa questão o princípio da livre determinação judicial, segundo os reclamos de justiça e de razoabilidade em cada espécie litigiosa. Com efeito, se o entendimento que confere efeitos *ex tunc* à decisão de inconstitucionalidade de uma lei é puramente dogmático, fundado num sistema americano já flexibilizado, o que impede que os Tribunais brasileiros venham a adotar soluções menos extremadas



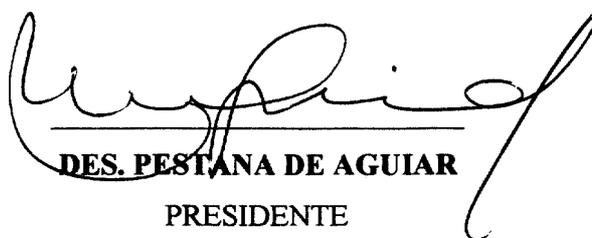
7
188
185
M

baseadas em tendência hoje generalizada na Europa, Estados Unidos e prestigiada pela nossa melhor doutrina?

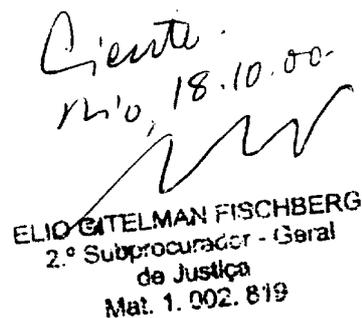
No caso, como já destacado, o próprio representante reconhece que, em face dos efeitos produzidos pelas normas inquinadas de inconstitucionalidade – um sem número de incorporações –, o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade instauraria genuína inquietude no seio do funcionalismo municipal, atingindo, inclusive, aposentados e pensionistas.

Sendo assim, dá-se provimento aos embargos para declarar que são *ex nunc* – a partir da liminar –, os efeitos da decisão prolatada na presente representação.

Rio de Janeiro, 02 de outubro de 2000.


DES. PESTANA DE AGUIAR
PRESIDENTE


DES. SERGIO CAVALIERI FILHO
RELATOR

Ciente.
Rio, 18.10.00

ELIO GITELMAN FISCHBERG
2.º Subprocurador - Geral
de Justiça
Mat. 1.002.819



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

178
196

ÓRGÃO ESPECIAL

**REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
51/99**

VOTO VENCIDO

Data venia, acolho os embargos para declarar que a eficácia da decisão embargada será *ex tunc*.

A eficácia da declaração de inconstitucionalidade opera sempre *ex tunc*, e diferente não poderia ser, pois a lei infraconstitucional retira sua validade da conformidade que guarda com os ditames da Constituição. Para que fosse possível a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* seria necessária previsão a respeito, ainda que implícita, na própria Constituição, não podendo sequer o legislador infraconstitucional estabelecer semelhante faculdade, por importar na criação de verdadeira ficção jurídica através da qual se reconheceria uma espécie de validade temporária da lei inconstitucional pelo período antecedente à declaração de sua inconstitucionalidade, o que, evidentemente, somente a Constituição poderia fazer (donde ser manifestamente inconstitucional a regra de lei ordinária que permite hoje ao STF atribuir eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* às decisões de acolhimento das ações diretas de inconstitucionalidade).

Rio de Janeiro, 2 de outubro de 2000.

Desembargador **RAUL QUENTAL**

186
187
188

CERTIDÃO

Certifico que a notícia da conclusão do acórdão de Fls. 182/189 foi publicado no "Diário da Justiça" do dia 25 de outubro de 2000 do que dou fé.

Secretaria do Órgão Especial

Em 25 de outubro de 2000.

SONIA R. M. FRANCA
TJJ. - Mat. 01/6676

RI n° 051/99

REMESSA

Nesta data faço remessa destes autos

dois de Registo de Autos

Em 22 de novembro de 2000.

Claudia F. Izidro
Técnica Judiciário
Mat. 01/19.087

VISTO

BARBARA V. T. PEREIRA
Mat. 01/6249