



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

### ÓRGÃO ESPECIAL

#### **Representação de Inconstitucionalidade nº 0042606-19.2015.8.19.0000**

Representante 1: Associação Nacional do Ministério Público de Contas - Ampcon

Representante 2: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil - Atricon

Advogado: Doutor Luis Maximiliano Telesca

Representado: Câmara Municipal do Rio de Janeiro

Procurador Geral: Doutor José Luiz Galamba Minc Baumfeld

Legislação: Emenda nº 26/2014 à Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro

Relator: Desembargador Mauro Dickstein

Redator Designado: Desembargador Nagib Slaibi

### **ACÓRDÃO**

*Direito Constitucional estadual. Representação de inconstitucionalidade impugnando Emenda à Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro na parte referente à escolha de membros do Tribunal de Contas do Município. Alegação de vício material. Voto do relator no sentido de dispor sobre normas de aplicação transitória, tendo em vista a atual composição da Corte de Contas, para se realizar a chamada Interpretação conforme a Constituição. Inexistência de diversas alternativas interpretativas. Impossibilidade.*

*A interpretação conforme à Constituição (verfassungskonforme Auslegung) constitui excepcional método de integração normativa deferida à Corte Constitucional (Lei nº 9868/99, art. 28, parágrafo único), evitando extirpar do ordenamento jurídico a norma por afronta à Constituição, se e quando se puder extrair outras*

*normas que eventualmente possam estar de acordo com a orientação da Constituição.*

*Na ADI 3.026, o relator, Ministro Eros Grau, a partir de uma interpretação sistemática do dispositivo, focada no caráter autônomo e independente da OAB e em suas finalidades constitucionais, considerou inadmissível o sentido proposto pelo requerente e rejeitou o pedido de interpretação conforme. Destacou o aparente sentido unívoco da disposição, razão pela qual não haveria, "no caso, como se apontar uma entre várias interpretações que constitucionalmente possa ser considerada apropriada. Aqui não há mais de uma interpretação possível, mais de uma norma a ser extraída do texto".*

*Voto pelo reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, como já reconhecido na medida cautelar que lhes suspendeu a eficácia, mas de forma integral e ex tunc, deixando de restabelecer, assim, a redação dos dispositivos revogados, na orientação decorrente da Lei nº 9.868/99 e do disposto no art. 105, § 5º, do Regimento Interno desta Corte, porque a anterior Emenda, de nº 24/2011, também já havia sido proclamada inconstitucional por esta Corte de Justiça (ADIN 9000-05.2012.8.19.000) expressamente deixando de reipristinar a redação originária da Lei Orgânica do Município.*

*O reconhecimento da inconstitucionalidade ora proclamada não desfaz o provimento de eminente Conselheiro, indicado pelo Poder Legislativo através do Decreto Legislativo 1.106/2014, já na vigência da Emenda nº 26/2014, porque tal provimento tem caráter vitalício desde a investidura, não foi impugnado tempestivamente perante esta Corte de Justiça, presumindo-se, em seu favor, a boa fé que convalida não só os atos por ele já praticados como também a investidura, ainda que decorrente de ato normativo ora impugnado.*

*Procedência da ADIn com a declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex tunc, preservando-se os*

*atos praticados na vigência da norma impugnada até a suspensão de sua eficácia por decisão cautelar, sem efeitos repristinatório da legislação anterior, como já se deliberara na ADIN nº 9000-05, relator Desembargador Ademir Pimentel.*

**ACORDAM os Desembargadores do Órgão Especial, por maioria, em julgar procedente a presente Representação de Inconstitucionalidade, nos termos do voto do Redator.**

Assim o eminente Relator, Desembargador Mauro Dickstein, relatou a espécie em seu voto de 18 de julho último:

*Representação por Inconstitucionalidade proposta por ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS - AMPCON e ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL - ATRICON, pretendendo a respectiva declaração em face da Emenda nº 26, de 16/07/2014, à Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, que alterou os §§ 2º e 6º, do art. 91, do referido Diploma, modificando a ordem originária de escolha dos Conselheiros da Corte de Contas e estabelecendo uma nova ordem para provimento dos cargos, em desconformidade com o modelo constitucional.*

*Sustentou o representante, em síntese, que a norma impugnada viola o disposto nos arts. 124, § 3º e 128, §§ 1º e 2º, ambos da CERJ, bem como o verbete de Súmula nº 653, do STF, ao permitir que o número de Conselheiros escolhidos pelo Poder Legislativo seja superior a 4 (quatro), gerando um desequilíbrio na composição da Corte de Contas.*

*Esclareceu que na data da publicação da Emenda nº 26/2014 o Corpo Deliberativo do TCMRJ contava com 03 (três) Conselheiros em vagas vinculadas ao Poder Executivo, e 04 (quatro) em vagas do Poder Legislativo, sendo que após a aprovação da referida norma, com a aposentadoria do conselheiro Jair Lins Netto indicado pelo Poder Executivo,*

*tomou posse o Conselheiro Luiz Antônio Chrispim Guaraná, indicado pelo Poder Legislativo, através do Decreto Legislativo nº 1106/2014, em cumprimento ao art. 61, § 2º, I e § 6º, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, com a redação dada pela Emenda combatida, passando a contar, portanto, com cinco indicações pelo Legislativo municipal. Aduziu que as disposições legais alvejadas também postergam, indevidamente, a concretização da denominada "cota técnica" na composição do Corpo Deliberativo do TCMRJ, vale dizer, para que representantes das carreiras técnicas do Tribunal de Contas (Procuradores e Auditores Substitutos) sejam nomeados para cargos de Conselheiros, terão que aguardar os anos de 2016 a 2022 (ou 2021 a 2027, caso aprovada a extensão da do limite de aposentadoria para 75 anos aos referidos membros), violando o Princípio da Máxima Efetividade das Normas Constitucionais.*

*Destacou que aos Procuradores Especiais do TCMRJ (Órgão Ministerial que oficia na internalidade da Corte de Contas, à semelhança do Ministério Público Especial criado pela CERJ, em obediência ao art. 130, da CRFB/88) reservou-se a terceira vaga que se abrir a partir da Promulgação da referida Emenda, ao passo que aos Auditores Substitutos de Conselheiros, destinou-se a sexta vaga, o que somente ocorrerá, respectivamente, em 2016 e 2022 (ou 2021 e 2027), resultando em um atraso de 37 anos para a concretização do mandamento constitucional no que tange à "cota técnica".*

*Requeru a concessão de medida cautelar, para que fosse suspensa a eficácia do art. 91, §§ 2º e 6º, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, com a redação dada pela Emenda nº 26/2014, de maneira a impedir que a aposentadoria do Conselheiro Fernando Bueno Guimarães (no mês de agosto de 2015) implicasse no preenchimento de sua vaga por pessoa indicada pelo Poder Legislativo.*

*Postulou, ao final, pela procedência do pedido para:*

*(i) declarar a inconstitucionalidade do art. 91, §2º, I, II, III, IV, V e VI e § 6º, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, com a redação dada pela Emenda nº 26/2014 ao referido Diploma;*

*(ii) a procedência do pedido para declarar que os requisitos e procedimentos para escolha dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro são os constantes do art. 128, §§ 1º e 2º, incisos I e II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, aplicáveis ao Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro por força do art. 124, §3º, da Carta Estadual, e do art. 75, caput, da CRFB/88;*

*(iii) a procedência do pedido para declarar que, na forma dos arts. 124, § 3º e 128, § 2º, da CE/RJ, a vaga decorrente da aposentadoria do Conselheiro Fernando Bueno Guimarães (aberta no mês de agosto/2015) deve ser provida por membro da Procuradoria Especial do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, garantindo a máxima efetividade do art. 128, § 2º, I, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.*

*Com a inicial vieram os documentos de fls. 01/18, do Anexo 1.*

*Petição da Representante a fls. 29, instruída com os documentos de fls. 30/37, noticiando o pronunciamento de vacância do cargo pela Câmara Legislativa do Rio de Janeiro e a indicação da vereadora Rosa Maria Orlando Fernandes como candidata a vaga de Conselheiro, por iniciativa daquele Poder.*

*Deferida a cautelar, a fls. 39/47, ad referendum.*

*Diante da notícia veiculada no sítio eletrônico do C. Supremo Tribunal Federal em 10/08/2015, às 20:30 horas, quanto à concessão de liminar na ADPF nº 358, a fim de submeter questão de ordem ao Plenário, determinou-se a expedição de ofício a Suprema Corte solicitando o inteiro teor da referida decisão a fls. 56.*

*Agravo Regimental interposto pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro, sustentando preliminarmente o cabimento do*

*recurso, aduzindo a impossibilidade de concessão de cautelar através de decisão monocrática e pugnando lhe seja oportunizada a apresentação da defesa preliminar de seu ato e o direito à sustentação oral, a teor do disposto nos arts. 97, da CRFB/88, art. 10, da Lei nº 9868/99 e art. 105, do RITJERJ.*

*No mérito, defende a inexistência dos requisitos necessários à concessão da cautelar.*

*Deferida a fls. 339/340 o ingresso no feito da Procuradoria Especial junto ao Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, na forma pleiteada a fls. 147/170. Acórdão a fls. 344/362 negando provimento ao Agravo Regimental e ratificando a cautelar concedida monocraticamente.*

E assim concluiu o seu bem elaborado voto de 23 páginas:

*Por tais fundamentos, julga-se procedente em parte o pedido, para:*

*(i) declarar a inconstitucionalidade, com eficácia ex tunc, da expressão "obedecida a seguinte ordem", contida no § 2º, do art. 91, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, com a redação dada pelo art. 1º, da Emenda nº 26/2014, por flagrante afronta ao disposto nos artigos 124, §3º, 128, §2º, e 345, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro;*

*(ii) declarar constitucional os incisos I a VI, do § 2º e § 6º, do citado art. 91, com a redação dada pelo art. 1º da Emenda nº 26/2014, e mediante interpretação conforme, esclarecer que:*

*a) diante da plena formação da cota (4) do Poder Legislativo no momento de sua publicação, novas escolhas pela Câmara Municipal somente poderão ocorrer após a vacância de um dos quatro cargos então já ocupados por indicação da Casa Legislativa local;*

*b) por remanescer um membro livremente indicado pelo Chefe do Executivo, as duas outras vagas de sua cota, deverão necessariamente observar a reserva técnica, ainda*

*que exigida seja, para a sua imediata implantação, a formação de lista una ou reserva de vaga.*

Dispõem os dispositivos das normas impugnadas nesta Representação de Inconstitucionalidade:

*Art. 1º Os §§ 2º e 6º do art. 91 da Lei Orgânica do Município passarão a ter a seguinte redação:*

*Art. 91 (...)*

*§ 2º Os Conselheiros do Tribunal de Contas serão escolhidos, obedecida a seguinte ordem:*

*I - dois pela Câmara Municipal;*

*II - um dentre os Procuradores Especiais, escolhido pelo Prefeito, com a aprovação da Câmara Municipal, em lista tríplice elaborada pelo Plenário do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro;*

*III - um pelo Prefeito, com aprovação da Câmara Municipal de sua livre escolha;*

*IV - um pela Câmara Municipal;*

*V - um dentre os Auditores Substitutos de Conselheiros do Tribunal escolhido pelo Prefeito, com a aprovação da Câmara Municipal, em lista tríplice elaborada pelo Plenário do Tribunal de Contas do Município; e*

*VI - um pela Câmara Municipal.*

*(...)*

*§ 6º Para assegurar a proporcionalidade contida no preceito constitucional, ocorrendo vacância no cargo de Conselheiro cujo provimento seja levado a efeito após a publicação desta Emenda, seu preenchimento obedecerá a forma originária de nomeação.*

Dispõe a Constituição do Estado, em normas que deveriam ser reproduzidas pela Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro:

*Art. 124 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos Municípios, e de todas as entidades de sua administração direta e indireta e fundacional, é exercida mediante controle externo da Câmara Municipal e pelos sistemas de*

*controle interno do respectivo Poder Executivo, na forma estabelecida em lei.*

*(...)*

*§ 3º - No Município do Rio de Janeiro, o controle externo é exercido pela Câmara Municipal, com o auxílio do Tribunal de Contas do Município, aplicando-se, no que couber as normas estabelecidas nesta seção, inclusive as relativas ao provimento de cargos de Conselheiro e os termos dos §§ 3º e 4º do artigo 131 desta Constituição.*

*Art. 128 O Tribunal de Contas do Estado, integrado por sete Conselheiros, tem sede na Capital, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo território estadual, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 158 da Constituição.*

*§ 1º Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:*

*I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;*

*II - idoneidade moral e reputação ilibada;*

*III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;*

*IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.*

*§ 2º Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado serão escolhidos:*

*I - três pelo Governador do Estado, com a aprovação da Assembleia Legislativa, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;*

*II - quatro pela Assembleia Legislativa.*

Eis os termos da medida cautelar concedida pelo eminente relator e depois confirmada em decisão unânime por este Colegiado:

*Assim é que, do exame dos dispositivos que servem de fundamento jurídico ao ato normativo impugnado, percebe-se que há, aparentemente, plausibilidade de que a Emenda nº 26/2014, à Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, possa incorrer em vício de inconstitucionalidade material, notadamente quanto a ausência de simetria com o modelo heterogêneo previsto na Constituição da República para a composição das Cortes de Contas (Arts. 73, § 2º, I e II, e 75, da CRFB/88), reproduzido na Carta Estadual (art. 128, § 2º), de observância obrigatória a todos os entes da federação.*

*O sistema introduzido pela Constituição de 1988 buscou concretizar o sistema de freios e contrapesos, viabilizando a natureza eminentemente técnica dos Tribunais de Contas no controle e fiscalização da execução do orçamento público, garantindo, de um lado, a necessária proporcionalidade entre as prerrogativas dos Poderes Executivo e Legislativo na indicação de seus membros e, de outro, definindo o espaço de escolha do Chefe do Executivo, destinando uma vaga a auditor e outra, a membro do Ministério Público Especial, preservando, dessa forma, a reserva técnica, conferindo expertise e independência a esses órgãos.*

*Saliente-se que o C. Supremo Tribunal Federal, no verbete de Súmula 653, definiu de forma paritária, a proporção que deveria ser observada pelos Tribunais de Contas Estaduais e do Distrito Federal, nos seguintes termos:*

*"Súmula nº 653 - No Tribunal de Contas Estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo chefe do Poder Executivo Estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro a sua livre escolha. "*

*Diante da dificuldade da implantação do novo sistema, a E. Suprema Corte enfrentando o tema orientou-se no*

*sentido da prevalência da regra constitucional de divisão proporcional das indicações entre os Poderes Legislativo e Executivo, priorizando a proporção de escolhas entre os Poderes, de distribuição do número de cadeiras) para somente após, cumprirem-se os critérios impostos ao Executivo ("intrapoder"- destinação de uma cadeira a auditor, uma a membro do Ministério Público Especial e uma de livre escolha), conforme se extrai dos seguintes julgados:*

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 11.192/1944, DO ESTADO DE PERNAMBUCO. ESCOLHA DE MEMBROS CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. REGIME DE TRANSIÇÃO. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS CONSELHEIROS INDICADOS PELO LEGISLATIVO E PELO EXECUTIVO. PEDIDO DEFERIDO. Lei do Estado de Pernambuco que prevê que a escolha de membros indicados para o tribunal de contas do estado será feita do seguinte modo: as três primeiras pela Assembleia Legislativa e as três seguintes pelo Governador. A aplicação pura e simples do critério cronológico permite que vagas ocupadas originalmente por membros indicados pela Assembleia Legislativa sejam posteriormente ocupadas por membros indicados pelo Governador, ferindo assim o entendimento desta Corte, exposto na Súmula 653, de que nos tribunais de contas estaduais que contêm sete membros, a seguinte proporção deverá ser respeitada: 4/7 indicados pela Assembleia Legislativa e 3/7 indicados pelo Governador. A determinação acerca de qual dos poderes tem competência para fazer a escolha dos membros dos tribunais de contas estaduais deve preceder à escolha da clientela sobre a qual recairá a nomeação. A aplicação irrestrita do inciso II do art. 1º da lei atacada é anacrônica e posterga a transição do antigo regime de composição dos tribunais de contas para o novo regime estabelecido pela CF/1988. Ação direta julgada*

*parcialmente procedente para: (1) emprestar interpretação conforme ao inciso II do art. 1º da lei nº 11.192/1994, do Estado de Pernambuco, para entender que a expressão "as três últimas vagas" somente se refere às vagas pertencentes à cota do Governador, ou seja, às vagas que originalmente foram preenchidas por indicação do Governador; (2) declarar a inconstitucionalidade do art. 2º da mesma lei. (ADI 3688, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00023 EMENT VOL-02286-02 PP-00330) (grifou-se)*

*EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: processo de escolha dos Conselheiros dos Tribunais de Contas do Estado do Pará e dos Municípios - art. 307, I, II e III e § 2º, das Disposições Constitucionais Gerais, da Constituição do Estado, conforme a redação dada pela EC 26, de 16 de junho de 2004. 1. Controvérsia relativa ao critério de precedência (ou de prevalência) na ordem de preenchimento de vagas, com alternância entre o Legislativo e o Executivo. 2. Não ofende a Constituição o estabelecimento, pela Constituição Estadual, da precedência da indicação feita por um dos Poderes sobre a do outro (v.g. ADIn 419, Rezek, DJ 24.11.95; ADIn 1068, Rezek, DJ 24.11.95; ADIn 585, Ilmar, DJ 2.9.94). 3. Entretanto, no caso da composição dos Tribunais de Contas paraenses, a situação atual, marcada com indicações feitas sob quadros normativos diferentes, necessita de ajuste para se aproximar do desenho institucional dado pela Constituição. 4. "Na solução dos problemas de transição de um para outro modelo constitucional, deve prevalecer, sempre que possível a interpretação que viabilize a implementação mais rápida do novo ordenamento" (ADI 2.596, Pl., 19.03.2003, Pertence). 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para conferir ao texto*

*impugnado e ao seu § 1º, por arrastamento, interpretação conforme à Constituição, nestes termos: Quanto ao TCE: a) a cadeira atualmente não preenchida deverá ser de indicação da Assembléia Legislativa; b) após a formação completa (três de indicação do Governador e quatro da Assembléia), quando se abra vaga da cota do Governador, as duas primeiras serão escolhidas dentre os Auditores e membros do Ministério Público junto ao tribunal; Quanto ao TCM: a) Das duas vagas não preenchidas, a primeira delas deverá ser de indicação da Assembléia Legislativa e a segunda do Governador, esta, dentre Auditores; b) após a formação completa, quando se abra a vaga das indicações do Governador, o Conselheiro será escolhido dentre os membros do Ministério Público junto ao Tribunal. (ADI 3255, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2006, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00018 EMENT VOL-02302-01 PP-00127) (grifou-se)*

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 307, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ, ACRESCIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 40, DE 19/12/2007. INDICAÇÃO DE CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO E DOS MUNICÍPIOS. DISPOSITIVO QUE AUTORIZA A LIVRE ESCOLHA PELO GOVERNADOR NA HIPÓTESE DE INEXISTÊNCIA DE AUDITORES OU MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL APTOS À NOMEAÇÃO. OFENSA AOS ARTIGOS 73, § 2º, E 75, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LIMINAR DEFERIDA. I - O modelo federal de organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas, fixado pela Constituição, é de observância compulsória pelos Estados, nos termos do caput art. 75 da Carta da República. Precedentes. II - Estabelecido no artigo 73, § 2º, da Carta Maior o modelo federal de proporção na escolha dos indicados às vagas para o Tribunal*

*de Contas da União, ao Governador do Estado, em harmonia com o disposto no artigo 75, compete indicar três Conselheiros e à Assembleia Legislativa os outros quatro, uma vez que o parágrafo único do mencionado artigo fixa em sete o número de Conselheiros das Cortes de Contas estaduais. III - Em observância à simetria prescrita no caput do art. 75 da Carta Maior, entre os três indicados pelo Chefe do Poder Executivo estadual, dois, necessariamente e de forma alternada, devem integrar a carreira de Auditor do Tribunal de Contas ou ser membro do Ministério Público junto ao Tribunal. Súmula 653 do Supremo Tribunal Federal. IV - Medida cautelar deferida. (ADI 4416 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 27-10-2010 PUBLIC 28-10-2010 LEXSTF v. 32, n. 383, 2010, p. 84-96 RT v. 100, n. 905, 2011, p. 178-184) (grifou-se)*

*No julgamento da ADI nº 374/DF, examinando dispositivo da Constituição do Estado de São Paulo, restou verificado quadro semelhante ao ora apresentado, em que a Assembleia Legislativa daquele ente federativo, após a suspensão de dispositivo constitucional que utilizava critério diverso das regras contidas no art. 73, § 2º, da CRFB/88, passou a realizar nomeações, a seu alvedrio, segundo entendimento que resultaria na composição do Tribunal de Contas daquele Estado tão somente por conselheiros indicados pela Casa Legislativa, além de apreciar com profundidade a questão, apresentou solução adequada, a fim de ajustar a composição da Corte aos comandos constitucionais, consoante se extrai da ementa ora reproduzida:*

*Direta de Inconstitucionalidade nº 0042606-19.2015.8.19.0000*

*EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º do ADCT da Constituição do Estado de São Paulo. Processo de escolha de Conselheiros do Tribunal de*

*Contas estadual. Critério de precedência na ordem de preenchimento das vagas. Ausência de auditor e de membro do Ministério Público de Contas. Interpretação conforme a Constituição. Vinculação das vagas. 1. Ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Constituição do Estado de São Paulo de 1989, o Tribunal de Contas desse Estado era formado exclusivamente por Conselheiros indicados pelo Governador. Entretanto, de acordo com o novo modelo constitucional, deveria passar a contar com quatro conselheiros escolhidos pela Assembleia Legislativa, sendo os três outros escolhidos pelo Governador (art. 73, § 2º, e art. 75, CF/88). A forma mais eficaz de se garantir a composição paritária no caso do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo era exatamente o estabelecimento de prioridade de indicação pela Assembleia Legislativa, nada obstando que a indicação para as vagas seguintes que não lhe fossem cativas coubesse ao Governador do Estado, na forma regradada pela Constituição Federal; ou seja, primeiramente, um indicado dentre auditores, depois, outro indicado dentre membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e, por fim, um terceiro de sua livre escolha. Precedentes. 2. A suspensão de dispositivos da Constituição paulista (ADI nº 397/SP) não autorizou o Estado de São Paulo a adotar, ao seu alvedrio, critério diverso das regras contidas no art. 73, § 2º, da CF/88. As regras de composição dos Tribunais de Contas dos Estados derivam diretamente dos arts. 73, § 2º, e 75 da Constituição Federal, sendo de absorção obrigatória pelos Estados-membros, ainda que não haja reprodução expressa nas Constituições estaduais. Precedentes. 3. A aplicação que vem sendo dada no Estado de São Paulo às normas em questão tem retardado a nomeação, como Conselheiros, de auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, com a conseqüente hipertrofia do Poder Legislativo em relação ao Executivo,*

*afetando, ainda, sobremaneira, a proporcionalidade, a heterogeneidade e a pluralidade na composição do Tribunal de Contas estadual. Esta Suprema Corte, por sua vez, não pode deixar espaços para soluções normativas ou interpretativas que se prestem a um atraso ainda maior na implementação do modelo constitucional. Faz-se necessário, portanto, ajustar a composição da Corte, de modo a fazer cumprir os comandos pertinentes da Carta da República. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para (1) declarar constitucional o caput do art. 7º do ADCT da Constituição do Estado de São Paulo; e (2) conferir interpretação conforme à Constituição ao parágrafo único do art. 7º do ADCT paulista, ficando estabelecido que, com a formação completa do Tribunal de Contas do Estado (com o preenchimento das quatro vagas pela Assembleia Legislativa), as outras três vagas, da cota do Governador, devem ser preenchidas da seguinte forma: as duas primeiras, respectivamente, por auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas; e a terceira, por cidadão de livre escolha do Governador. Para ajustar, então, a composição da Corte à interpretação conforme assim conferida, a vaga decorrente da aposentadoria do Conselheiro Fúlvio Julião Biazzi deve ser, necessariamente, preenchida por um auditor da Corte de Contas, a ser indicado pelo Governador do Estado, considerando-se a vaga ocupada pelo Conselheiro*

*Renato Martins Costa correspondente à classe dos membros do Ministério Público de Contas, a qual assim deverá ser necessariamente preenchida quando vagar. Além disso, o Governador do Estado somente indicará um Conselheiro de sua livre escolha no caso de vacância do cargo hoje ocupado pelo Conselheiro Antonio Roque Citadini, nomeado antes da Constituição de 1988, e novas indicações da Assembleia Legislativa somente ocorrerão no caso de*

*vacância das vagas hoje ocupadas pelos Conselheiros Eduardo Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Robson Riedel Marinho. (ADI 374, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014)*

*Encontra-se presente, portanto, o requisito processual da plausibilidade do direito alegado, diante da aparente violação ao disposto nos arts. 128, § 2º, I e II, da CE/RJ, bem como o periculum in mora, diante da necessidade de evitar-se possível conflito institucional entre os Poderes Legislativo e Executivo com as nomeações em bloco realizadas pela Câmara de Vereadores, afetando até o momento 5 (cinco) vagas de Conselheiros, com absoluta supressão da participação do Prefeito no processo de investidura dos membros integrantes das Cortes de Contas do Município, na proporção que lhe foi constitucionalmente reservada.*

*Note-se que a previsão contida nos §§ 2º e 6º, do art. 91, da Lei Orgânica do Município, com a redação dada pela Emenda nº 26/2014, estabelecendo "ordem" aparentemente sucessiva como critério de indicação no modelo ali contido, bem como, determinando que o provimento de cargos vagos, após a aludida modificação, "observará a forma originária de nomeação", a pretexto de assegurar a "proporcionalidade contida no preceito constitucional", na realidade, aparenta comando de descumprimento à decisão deste E. Órgão Especial, na Representação de Inconstitucionalidade nº 0009000-05.2012.8.19.0000, da relatoria do Eminentíssimo Desembargador Ademir Paulo Pimentel, ao declarar a inconstitucionalidade da Emenda nº 24/2011, negando ripristinação da redação originária do § 2º, do art. 91, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, que autorizava a nomeação de cinco Conselheiros pelo Legislativo,*

*destacando-se de seu voto, nesta parte, os seguintes trechos:*

*"Apesar de parte da doutrina e da jurisprudência manifestar-se contrariamente ao efeito repristinatório, a não aplicação provocaria um vazio normativo, obrigando o preenchimento da lacuna. Entretanto, não há que se falar em aplicação do aludido efeito quando se observa vício de inconstitucionalidade em a norma anterior, como é o caso em comento.*

*Dispunha o § 2º do artigo 91 da LOMRJ, in verbis:*

*"Art. 91 - O Tribunal de Contas, integrado por sete Conselheiros, tem sede na Cidade do Rio de Janeiro, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o Município.*

*§ 1º - Os Conselheiros do Tribunal de Contas serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos;*

*I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;*

*II - idoneidade moral e reputação ilibada;*

*III - notório conhecimento jurídico, contábil, econômico e financeiro ou de administração pública;*

*IV - mais de dez anos de exercício de função ou efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.*

*§ 2º - Os Conselheiros do Tribunal de Contas serão escolhidos:*

*I - dois pelo Prefeito, com a aprovação da Câmara Municipal;*

*II - cinco pela Câmara Municipal." (O negrito não consta do original).*

*Conclui-se, portanto, que a norma revogada também padece de inconstitucionalidade material por não guardar simetria com o disposto no artigo 128, § 2º, I e II, da Constituição estadual quanto à divisão do número de Conselheiros a ser escolhido pelo Prefeito e quantos deveriam ser escolhidos pela Câmara Municipal. Portanto,*

*não pode ser objeto do efeito reconstitutivo, sob pena de, daqui a pouco, estarmos apreciando sua inconstitucionalidade, não se podendo olvidar, por outro lado, o fato de que o reconhecimento pelas vias da presente representação tem natureza cautelar satisfativa, eliminando-se desde logo a possibilidade de se retornar ao mundo jurídico norma reconhecidamente inconstitucional, porquanto, conforme o parecer do eminente Dr. EMERSON GARCIA, nobre representante do Ministério Público - fl. 377, não pode ser a norma anterior recepcionada, porquanto a "escolha dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, enquanto não editada nova norma, será direcionada diretamente pelos balizamentos estabelecidos pelas Constituições da República e do Estado do Rio de Janeiro".*

*Diante do exposto, meu voto é no sentido de se julgar procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º da Emenda nº 24 à Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro de 23 de dezembro de 2011, com efeitos extunc, e para negar a reconstituição da redação anterior do § 2º do artigo 91 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, em decorrência de sua inconstitucionalidade material.”(grifou-se)*

*Por outro lado, resulta evidente o risco de dano pela manutenção normativa de dispositivo aparentemente incompatível com norma constitucional de observância obrigatória por todos os entes da federação, notadamente pela vacância de mais um cargo de Conselheiro com a aposentadoria voluntária de Fernando Bueno Guimarães, vinculado ao Poder Executivo, publicada no Diário Oficial do Município em 05/08/2015, e a indicação, pelo Exmo. Sr. Jorge Felipe, Presidente da Câmara de Vereadores, do nome da Senhora Vereadora Rosa Maria Orlando Fernandes, como candidata ao cargo de Conselheira do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, também*

*publicado no Diário Oficial do Poder Legislativo do Município em 06/08/2015.*

*Como esclarecem os Representantes, com a citada vacância, haverá mais uma indicação de Conselheiro proveniente do Poder Legislativo, portanto, a segunda ocorrida após a promulgação da Emenda 26/2014, de forma que seis serão os Conselheiros indicados pelo Poder Legislativo e apenas um pelo Poder Executivo, vulnerando, aparentemente, o modelo constitucional citado.*

*Destarte, considerando a necessidade de ajustar a situação fática ao desenho institucional determinado pela Constituição, há de se observar, em caso de vacância ocorrida até o julgamento final da presente ação, os princípios da proporcionalidade e heterogeneidade na composição da Corte de Contas, garantindo-se ao Prefeito a indicação às três vagas de sua cota, a fim de viabilizar, tão rapidamente quanto possível, o cumprimento da reserva técnica instituída no modelo constitucional, mediante a destinação de duas vagas de Conselheiros a membros da Procuradoria Especial junto ao TCM/RJ (correspondente, no âmbito municipal, ao Ministério Público junto ao TCE/RJ, a teor do disposto no art. 94, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro e na Lei nº 224, de 17/06/1981) e a auditores, alternadamente, além do terceiro de sua livre indicação.*

*Desse modo, sem prejuízo de posterior análise aprofundada da questão, diante da excepcional urgência do exame da providência, da densa plausibilidade jurídica da pretensão deduzida (fumus boni iuris), e do perigo de dano iminente pela demora do julgamento (periculum in mora) antevisto, DEFERE-SE A CAUTELAR pleiteada, ad referendum do Plenário deste E. Órgão Especial, ex vi do disposto nos arts. 10, § 3º, da Lei nº 9868/99, e por analogia, o art. 21, IV e V, do Regimento Interno do C. STF, por tratar-se de controle abstrato de norma municipal,*

*para, até final julgamento desta Representação, determinar a suspensão provisória da eficácia dos §§2º e 6º, do art. 91, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, com a redação dada pela Emenda nº 26, de 16/07/2014, aguardando-se a solução definitiva na presente Representação por Inconstitucionalidade, observando-se para o provimento de novas vagas os critérios acima.*

*Assinala-se que a presente medida cautelar reveste-se de plena eficácia, dispondo, igualmente, de imediata aplicabilidade e exequibilidade, assim permanecendo até que o Plenário deste E. Órgão Especial venha a apreciá-la, referendando-a.*

Já aderiram ao estimado relator, Desembargador Mauro Dickstein, os eminentes Desembargadores Reinaldo Pinto, Elisabete Filizola, Odete Knaack, Mauricio Caldas, Fonseca Passos, Fernando Foch, Rogério Souza e Custódio Tostes, acolhendo a inconstitucionalidade da expressão *obedecida a seguinte ordem*, contida no § 2º do art. 91, mas declarando constitucionais os incisos I a VI do § 2º, bem como § 6º, para conferir interpretação conforme no sentido de que novas indicações pelo Legislativo somente poderão ser procedidas com a vacância de um dos quatro cargos de sua cota, já preenchidos, e por remanescer um membro indicado pelo Poder Executivo, as suas outras duas vagas deverão necessariamente observar a reserva técnica, ainda que exigida seja, para a sua imediata implantação, a formação de lista uma ou reserva de vaga.

Com a devida vênia, descabe a pretendida interpretação conforme a Constituição, embora evidente a inconstitucionalidade como apontada no voto do relator.

Tal método exegético consta do disposto no Regimento Interno, art. 109:

*“O julgamento do pedido principal na representação de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito*

*vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública estadual e municipal”.*

Também no art. 28, parágrafo único, da Lei 9868/99:

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

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

Note-se: a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto só tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Não tem eficácia perante os outros Poderes porque estes podem a qualquer tempo alterar o ordenamento jurídico, de acordo com a sua competência, e ainda que o façam diversamente do que foi indicado pela Corte Constitucional.

Há que se distinguir entre os Poderes da República e a Administração Pública, como faz, precisamente, o disposto no caput do art. 37 da Constituição da República, em norma reproduzida na Constituição Estadual e na Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e,*

também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A interpretação conforme pretendida pelo estimado relator se mostra inviável: é que não pode o Poder Judiciário, ainda que, em controle concentrado de constitucionalidade, vincular além do próprio Poder e a Administração Pública dos outros Poderes, mas não os outros Poderes, quais sejam, o Legislativo e o Executivo; no caso, em se tratando de Lei Orgânica do Município, a função é exercida pela Câmara Municipal e independe de sanção do Prefeito (art. 29, inc. XI, CRFB).

Em sua essência, essa modalidade de controle tácito de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição, exige diversos requisitos, dentre eles, a necessidade de existência de mais de uma alternativa interpretativa.

Trata-se de modalidade de interpretação que deve ser aplicada à legislação infraconstitucional objeto da análise, devendo-se considerar, portanto, todas as possibilidades valorativas, para adequá-la à Constituição.

Consiste, pois, na definição da forma mais adequada para se interpretar a norma infraconstitucional, de maneira a compatibilizá-la com Lei Maior.

Visa-se, com isso, a assegurar a prevalência da Constituição, não apenas sobre o aspecto formal e material das normas, mas, também, sobre eventuais alternativas hermenêuticas que porventura possam surgir em desacordo com sua essência material.

Eis, a propósito, os termos de texto retirado da Internet, publicado pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes:

[...]

*Ensina o professor Pedro Lenza (2009) que esta forma ou princípio de interpretação possui algumas dimensões que deverão ser observadas, quais sejam:*

- a prevalência da Constituição, que é a essência deste método, posto que enfatiza a supremacia da Lei Maior;
- a conservação da norma, visto que ao adotar a interpretação que vai ao encontro da Constituição propiciamos sua eficácia e evitamos que seja declarada inconstitucional e deixe de ser aplicada;
- a exclusão da interpretação contra legem, o que impossibilita que a lei seja interpretada contrariamente ao seu texto literal com o intuito de considerá-la constitucional;
- espaço de interpretação, que dita que este método só pode ser aplicado quando houver a possibilidade de opção, ou seja, deve existir mais de uma interpretação para então optar-se por aquela conforme a Constituição;
- rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais, em que sempre que o juiz analisar a lei utilizando todos os métodos existente e verificar que ela é contrária à Constituição deverá declarar a sua inconstitucionalidade; e
- o intérprete não pode atuar como legislador positivo, ou seja, aquele que interpreta a lei não pode dar a ela uma aplicabilidade diversa daquela almejada pelo legislativo, pois, caso assim proceda considerar-se-á criação de uma norma regra pelo intérprete e a atuação deste com poderes inerentes ao legislador, o que proibido. (LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2009).

[...]

Traga-se a lume, ainda, o texto da Doutora Marina Corrêa Xavier, extraído do site "Consultor Jurídico":

OBSERVATÓRIO CONSTITUCIONAL  
LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO  
NO STF

Por Marina Corrêa Xavier em 18 de maio de 2013

*Historicamente, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido tanto o sentido literal quanto a vontade do*

*legislador como limites à utilização da interpretação conforme a Constituição. Nesse sentido, no julgamento da Representação 1.417, o Plenário optou por não aplicar a técnica, sob pena de atuar como legislador positivo ao ultrapassar o sentido literal do texto normativo e a vontade hipotética do legislador. Naquela oportunidade, afirmou-se que, "se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo"[1].*

*Não por coincidência, a postura restritiva, cautelosa, adotada pela Corte em um primeiro momento, é verificada também em outro julgamento da relatoria do ministro Moreira Alves. Na ementa da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) 1.344, consignou-se a "impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente"[2].*

*Com o passar do tempo, a postura adotada inicialmente foi, aos poucos, sendo relativizada. É difícil apontar as razões que levaram à mudança, mas nota-se uma contemporaneidade com a assunção, pela Corte, de um papel mais ativista no cenário político brasileiro.*

*Assim, adentrando-se brevemente aqui no perigoso campo das suposições, verificam-se na jurisprudência do Tribunal controvérsias em que a "Corte Moreira Alves"[3] provavelmente afastaria a aplicação da interpretação conforme e que foram solucionadas justamente com base nesse mecanismo.*

*É o que se infere, por exemplo, do julgamento da ADI 1.194[4], dirigida contra diversos dispositivos do Estatuto da*

*Ordem dos Advogados do Brasil, entre eles os artigos 21 e 24, parágrafo 3º, assim redigidos:*

*"Art. 21. Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados. Parágrafo único. Os honorários de sucumbência, percebidos por advogado empregado de sociedade de advogados são partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo"*

*"Art. 24. (...) § 3º. É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência"*

*Na decisão proferida, o Supremo Tribunal Federal adicionou ao artigo 21 exceção inexistente ao fixar-lhe interpretação conforme no sentido de que a disposição "deve ser entendida com a ressalva de que é possível haver disposição contratual em contrário, ou seguida da expressão salvo disposição contratual em sentido contrário" (folha 14 do voto do relator). Incluiu-se implicitamente na disposição a norma segundo a qual "o advogado da parte vencedora poderá negociar a verba honorária da sucumbência com seu constituinte".*

*A norma criada pela Corte derivaria, em tese, do disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Ocorre que é a própria lei que limita, no caso, o acordo entre empregador e advogado empregado acerca dos honorários sucumbenciais.*

*Vê-se, assim, que, calcada no princípio infraconstitucional da autonomia da liberdade contratual, a decisão implicou a criação de norma implícita em sentido amplo, contrária à disposição da qual supostamente derivada e, também, ao*

*disposto no artigo 24, parágrafo 3º, o qual, por essa razão, teve declarada a sua inconstitucionalidade.*

*No mesmo sentido, há também a decisão proferida na ADI-MC 4.389, em que a interpretação conforme serviu como mecanismo para criação de norma contrária ao parâmetro constitucional e às disposições interpretadas.*

*Eram contestados, no caso, o artigo 1º, caput e parágrafo 2º da LC 116/2003 e o subitem 13.05 da lista de serviços do ISS. Na ocasião, a partir do disposto nos artigos 155, inciso II, e 156, inciso III, da Constituição, a Corte conferiu aos dispositivos questionados interpretação conforme para "reconhecer que o ISS não incide sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria. Presentes os requisitos constitucionais e legais, incidirá o ICMS".*

*Ao assim proceder, o STF criou norma segundo a qual, ainda que se trate de serviço constante da Lista do ISS, sobre a impressão gráfica, quando realizada em embalagens vendidas por encomenda que se destinem a armazenar mercadorias que serão colocadas em circulação, incide o ICMS e não o ISS.*

*Ocorre que a norma criada não pode ser extraída nem dos preceitos constitucionais utilizados como parâmetro nem das disposições objeto da ação direta, inclusive por contrariá-los. Explica-se. A Constituição é clara ao atribuir aos municípios a instituição do Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza, desde que (a) não compreendidos no artigo 155, inciso II, e (b) definidos em lei complementar. Em relação ao ponto (a), o artigo 155, inciso II, refere-se apenas aos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Quanto ao ponto (b), a União editou a Lei*

*Complementar 116/2003, que lista os serviços sujeitos ao ISS, e entre eles está a composição gráfica.*

*A Constituição define, ainda, em seu artigo 146, inciso I, que cabe a Lei Complementar dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre os entes federados. Em cumprimento ao preceito, a LC 116/2003 dispõe em seu artigo 1º, parágrafo 2º, que, para evitar conflitos, os serviços constantes da lista, salvo exceções expressas, não se sujeitam ao ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias. É justamente esse o caso da impressão gráfica em embalagens produzidas sob encomenda para posterior comercialização de outros produtos. Vê-se, portanto, que o novo comando cria hipótese de incidência do ICMS e afasta a incidência do ISS.*

*Esses exemplos apontam, mais uma vez, o caráter fluido e subjetivo dos limites à interpretação conforme. A análise dos precedentes da Suprema Corte mostra que, com o passar do tempo, talvez por influência das muitas mudanças na sua composição nas últimas duas décadas, ainda que tenham sido mantidos os mesmos limites ao instituto, verifica-se uma jurisprudência bastante contraditória sobre o tema.*

*O próprio cabimento da interpretação conforme enquanto pedido formulado em ação direta já foi objeto de debate na Corte, por ocasião da ADI 3.026 (relator ministro Eros Grau, Diário da Justiça de 29 de setembro de 2006). No caso, o Procurador-Geral da República pedia fosse dada interpretação conforme ao artigo 37, inciso II, da Constituição ao caput do artigo 79 da Lei 8.906/1994, no sentido de entender-se cabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. O dispositivo então impugnado está assim redigido: "aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista".*

*Nos debates travados, o Plenário estabeleceu a existência de ambiguidade como pressuposto necessário ao cabimento do pedido de interpretação conforme. Ainda que se abandone momentaneamente a premissa de que toda disposição admite várias interpretações, não se pode deixar de observar que a verificação da satisfação de tal requisito confunde-se com a identificação dos limites de aplicação da técnica.*

*Ao examinar a disposição impugnada a fim de constatar a existência, ou não, de ambiguidade, a Corte necessariamente procede à sua interpretação, extraindo-lhe o(s) significado(s) possível(is) a partir dos vários elementos do processo interpretativo. Delineia, assim, a moldura dentro da qual o intérprete há de se manter para que a interpretação conforme não adquira contornos de revisão ou integração normativa.*

*Ressalte-se que a identificação de todos os significados possíveis de um preceito legal é uma tarefa inviável. Portanto, a moldura a que se alude é construída e aperfeiçoada pelo intérprete — no caso o Supremo Tribunal Federal — a todo momento, à medida que se desenvolve o processo de interpretação.*

*Na ADI 3.026, o relator, ministro Eros Grau, a partir de uma interpretação sistemática do dispositivo, focada no caráter autônomo e independente da OAB e em suas finalidades constitucionais, considerou inadmissível o sentido proposto pelo requerente e rejeitou o pedido. Destacou o aparente sentido unívoco da disposição, razão pela qual não haveria, "no caso, como se apontar uma entre várias interpretações que constitucionalmente possa ser considerada apropriada. Aqui não há mais de uma interpretação possível, mais de uma norma a ser extraída do texto"[5].*

*Apesar de afirmar a univocidade da disposição questionada, decorrente do regime de Direito privado a que submetida a*

*OAB — razão pela qual seria inadmissível cogitar-se de concurso público para admissão em seus quadros —, o voto deixa de analisar questão fulcral para sustentar os argumentos expostos. É que a disposição então questionada faz expressa menção aos "servidores da OAB" e, segundo o próprio relator, "o regime estatutário disciplina as relações entre servidores públicos e a Administração Pública, não sendo extensivo a outras entidades tão somente porque a criação destas últimas decorreu de lei"[6] (grifou-se). A mesma consideração é feita pelo ministro Carlos Velloso para sustentar, em sentido oposto, a ambiguidade do dispositivo, ao asseverar que "a Constituição Federal não admite ingresso de servidor a não ser por concurso público"[7]. Já nesse ponto verifica-se a satisfação do requisito da "ambiguidade".*

*Ao analisar mais detidamente a questão, o ministro Cezar Peluso é categórico ao dizer que "há dúvida, e esta nasce exatamente da fundamentação, que a suscita sobre a natureza jurídica da OAB, ensejando duas interpretações: uma, que a OAB é entidade de Direito Privado, e a outra, que seria de Direito Público". Assim, chega à conclusão de que "no primeiro caso, não se exigiria concurso público para preenchimento do cargo; e, na segunda hipótese, exigir-se-ia, a despeito de o regime de pessoal ser celetista"[8].*

*No mesmo sentido é o posicionamento do ministro Gilmar Mendes, que identifica, no caso, "uma disposição e duas possíveis normas: a primeira, que admite a contratação livre num regime tipicamente privado, e, a segunda, que submete essa contratação a um regime público, por meio de realização de concurso público"[9].*

*Discussões como essa, acerca do cabimento da interpretação conforme e do respeito aos seus limites, não são muito frequentes nos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, são poucos os debates em que se discorre sobre o tema. O que se vê mais comumente são breves objeções de um ou outro ministro à utilização do*

*mecanismo, as quais são superadas sem maiores discussões.*

*Nesse sentido, no julgamento da ADI 3.096, a aplicação da interpretação conforme foi questionada pelo ministro Marco Aurélio nos seguintes termos: "Tenho pela dificuldade em não concluir, pura e simplesmente, pela inconstitucionalidade do preceito, sob pena de passar-se a atuar como legislador positivo". A resposta, tão breve quanto a indagação, veio do ministro Ayres Britto: "Não. Mas a serventia da interpretação conforme é para isso".*

*Conforme se observa pelos precedentes colacionados, a interpretação conforme a Constituição, apesar do seu já considerável tempo de incorporação ao Direito Constitucional brasileiro, ainda não conta com um uso uniforme e consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que muitas vezes acaba por proceder a revisões ou mesmo integrações normativas nos preceitos legais interpretados. Faz-se necessário, portanto, que o tema continue sendo objeto de análise e discussão, não apenas pela doutrina, mas, principalmente, pela Corte, que tem na referida técnica, quando utilizada adequadamente, um importante limite democrático ao exercício da jurisdição constitucional.*

---

*[1] Rp. 1.417, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.4.1988, voto do relator.*

*[2] ADI-MC 1.344, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.1996.*

*Para chegar a essa conclusão, o Ministro afirmou em seu voto:*

*"Em face do que se acentuou na parte inicial desse voto, é relevante a fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade desse dispositivo no tocante às gratificações, existentes na data da publicação dessa lei Complementar estadual, que não têm o caráter de vantagens pessoais, como as gratificações pelo exercício de*

*função gratificada, pelo exercício de cargo em comissão, de produtividade, e de representação.*

*Tendo em vista, porém, que é inequívoca a mens legis no sentido de que esse preceito visa a alcançar indistintamente todas as vantagens e gratificações de qualquer natureza que excedam ao teto nele referido, não é possível dar-se-lhe outra interpretação, para reduzir o seu alcance, e, assim, torná-lo conforme à Constituição Federal, porque a técnica da interpretação conforme só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente.”*

*[3] Ao falar-se em “Corte Moreira Alves”, toma-se emprestada terminologia comum do constitucionalismo norte-americano.*

*[4] ADI 1.194, Rel. p/ o acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 171, de 10.9.2009.*

*[5] ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.9.2006, fl. 490.*

*[6] ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.9.2006, fl. 490.*

*[7] ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.9.2006, fl. 496.*

*[8] ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.9.2006, fl. 511.*

*[9] ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.9.2006, fl. 536.*

Descabe, como no caso, a interpretação conforme, porque o dispositivo ou texto é unívoco, não possibilita dele se extrair diversas interpretações entre as quais pudesse algumas ser apontadas como contrárias à Constituição.

Ou seja, no caso, a pretendida interpretação conforme visa a conceder efeitos vinculantes ao Poder Legislativo municipal, mas ele é o único que pode legislar sobre a Lei Orgânica Municipal, consoante o disposto no art. 29 da Constituição da República.

Portanto, ainda que haja tal interpretação, o Legislativo a ela não se vincula e poderá proceder a emenda à Lei Orgânica do modo que entender cabível, ainda que sob a possibilidade deste

Tribunal, ou do Supremo Tribunal Federal, declarar nova inconstitucionalidade sobre a norma proposta.

Alerte-se nesta sede de controle concentrado de constitucionalidade e, assim, com efeitos *erga omnes*, que o reconhecimento da inconstitucionalidade ora proclamada não afeta, não desfaz, não tisa o provimento de eminente Conselheiro, indicado pelo Poder Legislativo através do Decreto Legislativo 1.106/2014, já na vigência da Emenda nº 26/2014, porque tal provimento tem o mesmo caráter vitalício dos magistrados desde a investidura, não foi impugnado tempestivamente perante esta Corte de Justiça, presumindo-se assim a validade pela a boa-fé que convalida não só os atos por ele já praticados como também a investidura, ainda que decorrente de ato normativo ora impugnado.

Diante do exposto, com a devida vênia, voto pela procedência da ADIn com a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, preservando-se os atos praticados na vigência da norma impugnada até a suspensão de sua eficácia por decisão cautelar, sem efeitos repristinatório da legislação anterior, como já se deliberara na ADIN nº 9000-05, relator Desembargador Ademir Pimentel.

Rio de Janeiro, 05 de setembro de 2016

Nagib Slaibi, Vogal