Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro*

Between the law and the constitution: public administration and judicial review on the Brazilian law

*Lucas Catib de Laurentiis***

RESUMO:

O trabalho pretende discutir a possibilidade de entes ligados à administração pública brasileira declararem a inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Para tanto, analiso a origem e o conceito da noção de inconstitucionalidade, buscando referências teóricas e conceituais desenvolvidas no direito constitucional brasileiro. Em um segundo momento, volto-me para a análise da ordem constitucional de 1988, avaliando algumas propostas que buscaram defender a possibilidade de órgãos administrativos negarem aplicação a leis com fundamento na declaração de sua inconstitucionalidade. A conclusão a que se chega após a avaliação crítica de todas essas ideias é a seguinte: no Estado brasileiro, não é dado à administração pública exercer a função de controle de constitucionalidade das leis.

* Artigo recebido em 31 de janeiro de 2011 e aceito em 29 de junho de 2012.

** Mestre e doutorando em direito constitucional pela Universidade de São Paulo (USP). Autor de diversos artigos jurídicos. Advogado e consultor jurídico em São Paulo.

PALAVRAS-CHAVE

controle de constitucionalidade — conceito e origem — administração pública

ABSTRACT

The paper intend to discuss the possibility of entities linked to the Brazilian Public Administration to declare the unconstitutionality of laws and normative acts. For this purpose, its analyzed the origin and also the concept of the notion of unconstitutionality, seeking theoretical and conceptual references in constitutional law developed in Brazil. In a second step, I turn to the analysis of the constitutional Brazilian System of 1988, evaluating some theories proposals whose intend is to defend the possibility of administrative organs to deny laws application based in their unconstitutionality declaration. The conclusion arrived after the analysis of all these ideas is as follows: in the Brazilian state it is not given to public administration to perform the function of laws judicial review.

KEY-WORDS

judicial review — concept and origin — public administration

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é discutir um tema que não é novo, muito menos original. Isso não altera em nada sua importância. Sinteticamente: trata-se de analisar a possibilidade de a administração negar aplicação a leis que considere inconstitucionais. Como será adiante abordado, apesar da grande quantidade de estudos e da jurisprudência, inclusive sumulada,[1] que foi difundida a esse respeito no direito brasileiro, a solução de tal questão está longe de ser tranquila. Ao contrário, os novos argumentos desenvolvidos por parte da doutrina que acredita ser possível que órgãos integrantes da administração pública avaliem a constitucionalidade de leis e atos normativos e, consequentemente, sancionem eventuais inconstitucionalidades dessas nor-

[1] Nesse sentido, ver Súmula de jurisprudência predominante nº 347, STF.

mas encontram barreiras em alguns dos conceitos mais elementares da sistemática constitucional. Tal confronto gera novas discussões e acarreta outros problemas teóricos de difícil solução.[2] A relevância prática de tal discussão será explicitada no decorrer do estudo.

Dessa forma, ao menos a tarefa e o percurso a ser percorrido neste trabalho serão, tanto quanto possível, bastante claros. Seu problema de fundo, não. O percurso que pretendo percorrer é singelo e será o seguinte. Primeiramente, tanto quanto possível e, nessa sede, desejável, apresentarei a questão. Nesse momento, serão desenvolvidos os conceitos fundamentais que orientarão a análise desenvolvida nos itens posteriores. Em um segundo passo, procuro analisar os principais argumentos desenvolvidos por estudos recentes da área de direito constitucional, nos quais seus autores defendem a possibilidade de a administração pública "controlar" a constitucionalidade de leis e atos normativos em geral. Nesse ponto, buscarei também refutar tais argumentos. O debate jurisprudencial a respeito desse tema será o foco de minha análise no terceiro item. Por fim, na conclusão do trabalho, aponto para a necessidade do tema aqui discutido ser reavaliado e rediscutido, tanto pelo âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial.

2. Inconstitucionalidade e jurisdição: conceitos, apresentações e correlações

Em sua concepção original, o controle de constitucionalidade não era uma função comum aos diversos órgãos de Estado.[3] Para chegar a essa con-

---

[2] De certa forma, esse é um problema que decorre diretamente da expansão da atividade administrativa, que constitui uma das marcas do modelo de Estado que se propõe a intervir na regulamentação de temas como o controle do poder econômico, os direitos sociais e difusos. Essa pretensão leva à reconfiguração da noção de separação de Poderes, por meio da qual o poder normativo da atividade administrativa é expandido. A esse respeito, na literatura constitucional, ver: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 292 e ss. Para conferir uma análise do mesmo tema, mas da perspectiva do direito administrativo, ver: SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: _____. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 27 e 28.

[3] Observo desde já que o presente trabalho não pretende se aprofundar na questão da origem histórica ou filosófica do controle de constitucionalidade. Não que esses temas sejam despidos de relevância doutrinária. Ao contrário, há intenso debate teórico acerca da fundamentação desse processo decisório. A esse respeito, entre os inúmeros trabalhos relevantes na doutrina internacional, ver: ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *Oxford University Press*, v. 5, n. 4, p. 572-581, 2005; CHRYSSOGONOS, Kostas. *Verfassungsgerichtbarkeit und Gesetzgebung*: zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normenkontrole. Berlim:

clusão, duas constatações são suficientes. Primeiro, a decisão que originou a história contemporânea do controle de constitucionalidade fundou-se em uma interpretação da função judicial. Todos hão de recordar da passagem da fundamentação redigida por *Marshall* na decisão do caso *Marbury vs. Madison* em que ele diz que: "É, sem dúvida, da alçada e dever do Poder Judiciário declarar a lei. Aqueles que a aplicam aos casos particulares devem, necessariamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, os tribunais devem decidir sobre o seu âmbito de ação".[4] A ênfase na tese de que a função de desaplicar a lei em casos de conflitos de interesse, nos quais seja aferido o confronto entre normas constitucionais e infraconstitucionais, é bastante clara. Por isso, os primeiros intérpretes do fenômeno da inconstitucionalidade não titubeavam ao afirmar que cabia exclusivamente ao Poder Judiciário a tarefa de suspender a aplicação de leis que confrontassem parâmetros constitucionais.[5] Cabe aqui lembrar Rui Barbosa: "Interpretar as leis é jurisdição própria dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, e pelos juízes deve ser havida como lei fundamental. Aos juízes, portanto, compete verificar o pensamento dela, assim como o dos atos legais do corpo legislativo".[6]

Duncker und Humblot, 1987; STERN, Klaus. *Verfassungsgericht und Gesetzgeber*. Düsseldorf: Westdeutsche Verlag, 1997; BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the limits of constitutional adjudication*: deconstructing balancing and judicial activism. Heidelberg: Springer, 2010; TROPER, Michel. The logic of justification of Judicial Review. *Oxford University Press*, v. 1, n. 1, p. 99-121, 2003; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999; SCHLINK, Bernhard. The journey into activism. *Cardozo Law Review*, n. 17, 1996. Cf., ao mesmo respeito e com diferentes visões, na literatura disponível em língua portuguesa: VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. *Lua Nova*, São Paulo, n. 42, p. 53-97, 1997; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007; RAWS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000; VITA, Álvaro. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes: 2007; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

[4] A tradução de tal passagem é de Lêda Boechat Rodrigues e pode ser encontrada em: RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 37.

[5] Por todos, a esse respeito, ver: COOLEY, Thomas. *A treatise on the constitutional limitations*. Boston: Little Brown, 1903. p. 227 e 228. Hoje não é possível desconsiderar, todavia, a existência de vozes que questionam a teoria do *judicial review*. Entre elas, vale lembrar: Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, op. cit., p. 154 e ss.

[6] BARBOSA, Rui. *Os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893. p. 71. Tal autor foi igualmente enfático no que diz respeito ao papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal na avaliação da constitucionalidade de leis: "O Supremo Tribunal Federal, segundo as leis rudimentares em nosso regímen, é o juiz da ilegalidade dos atos do Poder Executivo, quando submetidos em causas especiais ao seu julgamento pelos prejudicados; e é, ao mesmo tempo, o juiz da inconstitucionalidade dos atos do Congresso, dos atos do Poder Legislativo. De modo que esse tribunal cuja autoridade se estende a apreciar e julgar os atos do Poder Legislativo, isto é, das duas Câmaras que compõem o

Quanto a isso, Rui Barbosa nunca esteve sozinho. Alfredo Buzaid, por exemplo, foi também peremptório ao dizer que "o poder de decretar a inconstitucionalidade das leis, no Brasil, compete privativamente ao Judiciário".[7] Esse autor apresentou dois fundamentos para sustentar sua conclusão. O primeiro deles diz não ser dado ao Legislativo julgar a inconstitucionalidade de leis, pois lhe é vedado agir em causa própria. O segundo decorre da conjunção dessa conclusão com a regra da separação de Poderes estatais: sob pena de admitir que o Executivo tenha poderes superiores ao Legislativo, não é possível admitir que a administração pública execute o controle de constitucionalidade das leis.[8] Lúcio Bittencourt sustentou posicionamento mais brando a esse respeito. Para esse autor, o controle de constitucionalidade das leis estaria vedado unicamente aos funcionários da administração pública, pois a "sanção presidencial afasta qualquer possível manifestação dos funcionários administrativos, que não dispõem do exercício do poder executivo".[9]

Essas conclusões não diferem daquilo que Hans Kelsen afirmou em seu *Quem deve ser o guardião da Constituição?*[10] Em tal obra, dito autor procura refutar os argumentos de Carl Schmitt, para quem a função de controle de constitucionalidade deveria ser atribuída ao chefe de Estado, não a um tribunal constitucional. Um dos temas desse embate foi a definição da função de controle de constitucionalidade. Para Schmitt essa função contém sempre um elemento político e, por isso, não poderia ser atribuída a um órgão jurisdicional.[11] A resposta de Kelsen a essa tese tem diversos aspectos. Para o tema aqui analisado, interes-

---

Congresso, reunidas ao chefe da nação, que sanciona os seus atos; esse tribunal, cuja autoridade julga os atos coletivos do Congresso, se quedaria subordinado à jurisdição de um dos ramos do Congresso, à jurisdição do Senado" (Ainda o caso Wandenkolk: Sessão de 14 de agosto de 1893. In: _____. *Obras completas de Rui Barbosa*: visita à terra natal e discursos parlamentares. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948. v. 20, t. 1, p. 155).

[7] BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 41. Devo também lembrar que nem todos os constitucionalistas brasileiros aceitavam a prerrogativa judicial de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Vale, nesse sentido, conferir: PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia J. Villeneuve, 1857. p. 69 e 70. Contudo, na jurisprudência, desde o julgamento da apelação cível de n. 112, que ocorreu em 19 de setembro de 1895, o STF considera que "a lei fundamental e suprema do país não pode ser suspensa por lei, e muito menos por moção do Congresso, que somente dela recebe as suas atribuições e poderes" (Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal, 1891-1898*: defesa das liberdades civis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. p. 64).

[8] Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 41 e 42.

[9] BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1948. p. 92.

[10] Existe tradução brasileira do texto publicada em: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 237 a 299.

[11] Nesse sentido, ver: SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 93.

sa a passagem onde tal autor argumenta que, ao exercer a função de controle de constitucionalidade, a função jurisdicional não foge de suas características típicas. Esse argumento foi desenvolvido da seguinte forma:

> O suporte fático (*Tatbestand*) que deve ser subsumido à norma constitucional quando da decisão sobre a constitucionalidade de uma lei, não é uma norma — fato e norma são conceitos distintos — mas sim a produção da norma, um verdadeiro suporte fático material, aquele suporte fático que é regulado pela norma constitucional e que, porque e na medida em que é regulado pela Constituição, pode ser subsumido pela Constituição como qualquer outro suporte fático sob qualquer outra norma.[12]

Não cabe aqui esmiuçar todos os aspectos dessa passagem. Isso desfiaria este texto de sua finalidade. Mas há nela dois aspectos importantes. O primeiro deles é a identificação que Kelsen faz do destinatário da sanção de inconstitucionalidade. Ao contrário do que muitas vezes se pensa, esse juízo dirige-se contra a atividade de produção da norma, não contra a norma em si mesma.[13] O argumento de maior interesse para este estudo decorre diretamente de tal constatação. É que, se aceito o pressuposto de que o juízo de inconstitucionalidade incide, tal qual toda e qualquer norma, sobre um suporte fático determinado — no caso, a atividade de produção da norma jurídica —, será necessário atribuir a esse juízo as características próprias da atividade jurisdicional, que envolve a resolução de conflitos por meio da aplicação de hipóteses normativas a casos concretos. Dito de forma direta: uma vez aceita a premissa teórica de Kelsen, o controle de constitucionalidade deve ser considerado como uma atividade típica e, por isso, privativa dos órgãos de Estado que exercem função jurisdicional.[14] São eles, os juízes.[15]

---

[12] Kelsen, *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 257. De forma igualmente técnica, Elival da Silva Ramos observou que o objeto mediato das ações diretas de controle de constitucionalidade são "comportamentos ativos ou omissivos do legislador com efeitos que atingem a todos e que, uma vez reputados inconstitucionais, precisam ser combatidos por comandos dotados de eficácia geral" (RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 85).

[13] Na doutrina alemã, a aceitação dessa ideia é bastante difundida. Por todos, a esse respeito, vale conferir: PRÜMM, Hans Paul. *Verfassung und Methodik*. Berlim: Duncker und Humblot, 1977. p. 136.

[14] De forma semelhante, na literatura constitucional alemã, ver: SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht*: Stellung, Verfahren, Entschaidungen. Munique: Verlag C. H. Beck, 2010. p. 80.

[15] Tal conclusão pressupõe, contudo, que a atividade jurisdicional não adentre em esfera de competência reservada ao Poder Legislativo. Isso ocorrerá quando a declaração de inconstitucionali-

Hoje, contudo, não há nem sombra desse consenso teórico. O controle de constitucionalidade foi difundido de tal forma e tomou tamanha importância na configuração do sistema constitucional de freios e contrapesos a ponto de a jurisprudência e a doutrina brasileiras predominantes admitirem a possibilidade de órgãos administrativos realizarem tal atividade.[16] Contemporaneamente, o consenso do STF a esse respeito foi construído a partir do julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 980/SP, na qual o Tribunal assentou ser "constitucional decreto do Chefe do Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vedados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo".[17] Esse é inclusive o sentido de um entendimento sumulado, em que o Supremo afirma que: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder público".[18] Como, na visão da maior parte da doutrina, o Tribunal de Contas tem natureza administrativa,[19] a mensagem que se encontra implícita nesse verbete é: admitimos o exercício do controle de constitucionalidade por órgãos administrativos.[20]

---

dade disser respeito a uma questão de natureza política (Cf. Barbosa, *Os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*, op. cit., p. 125 e ss.), estritamente discricionária (Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 213) ou sobre a qual paire um desacordo razoável (WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 243.). Ou seja: em tais hipóteses, a autoridade competente para dirimir o conflito será o Legislativo. A esse respeito, vale também conferir: MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 120 a 129.

[16] Tal entendimento não é adotado somente no Supremo Tribunal brasileiro. Outras Cortes, inclusive estaduais, afirmam igualmente que "não há de negar ao Chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste" (TJ/SP, apelação 220.155-1/Campinas). De igual forma, há julgamento do Superior Tribunal de Justiça em que se assentou que o "Poder Executivo pode negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional" (Resp. 23.121/GO, rel. min. Humberto Gomes Barros, j. 6-10-1993).

[17] Rp. 980/SP, rel. min. Moreira Alves, DJ 19-9-1980. Apesar de já ser um precedente relativamente antigo, o entendimento nele firmado ainda é aplicado pelo Supremo. Há, contudo, algumas nuances acerca da jurisprudência do STF que serão objeto da análise do último item deste estudo.

[18] Súmula de jurisprudência predominante nº 347, STF.

[19] É certo que os autores que se dedicaram a analisar a natureza das Cortes de Contas não são unânimes a esse respeito. Realmente, não é fácil adequar tal órgão na formatação tradicional da divisão dos Poderes. Basta, contudo, observar que tais Tribunais não integram, apesar de auxiliarem, o Poder Legislativo e que suas decisões não têm a força jurídica de coisa julgada, para concluir que sua atividade não pode ser outra senão a de uma instância de julgamento administrativo. Nesse sentido, ver: SANTOS, Jair Lima. O TCU e os controles estatal e social da administração pública. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 33, n. 94, p. 19, out./dez. 2002.

[20] São nesse sentido as palavras de um dos defensores de tal ideia na área do direito administrativo: "A subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver respeito à

Tais constatações levam à admissão da faculdade de a administração pública, no exercício de seu poder de controle, declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos editados pelo Poder Legislativo. De forma semelhante, mas no campo da análise constitucional, Anhaia Mello foi veemente defensor da possibilidade de a administração pública declarar a inconstitucionalidade de leis e, em consequência, suspender a execução dessas normas. Em suas palavras: "Uma lei inconstitucional, não sendo lei, justamente por isso não pode ser cumprida".[21]

Ao que parece, contudo, essa conclusão busca fundamento em uma concepção bastante imprecisa, para não dizer incorreta, do conceito de inconstitucionalidade. Isso porque ser ou não inconstitucional não é só um atributo da lei que se encontra em conflito com parâmetros constitucionais. É também o efeito, ou consequência, que decorre da aferição de tal vício normativo. Fala-se então em sanção de inconstitucionalidade,[22] ou no juízo de desvalor,[23] que acompanha a aferição do vício de inconstitucionalidade. O problema, que torna imprecisa toda a discussão a esse respeito, é que no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro esses fenômenos ocorrem concomitantemente. Mas não é necessário que isso ocorra. Ao contrário, sistemas de controle em que, tal qual o alemão ou o italiano, a competência para aplicar a sanção de inconstitucionalidade é concentrada, mas a origem da prejudicial de incons-

---

legalidade, sim, todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A justificação apresenta-se menos como submissão do que como respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito" (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 43-44).

[21] A justificação que se encontra implícita nessa conclusão é a natureza declaratória da sanção de inconstitucionalidade praticada no Brasil. Nesse ponto está implícita a pressuposição de que se o sistema de controle brasileiro fosse calcado na sanção de anulabilidade das leis, não haveria qualquer possibilidade de a administração pública realizar o controle de constitucionalidade das leis (ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 115). Correto. Todavia, como observo no decorrer deste artigo, o contrário não é necessariamente correto. Ou seja: a natureza declaratória da sanção de inconstitucionalidade não é indissociável da difusão judicial e administrativa da competência para seu exercício. Em sentido contrário a essa conclusão, defendendo que a natureza declaratória da sanção de inconstitucionalidade cria a possibilidade de autoridades administrativas avaliarem a constitucionalidade de leis, ver: GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 170, p. 23, out./dez. 1987.

[22] RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis*: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 240.

[23] MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 132.

titucionalidade é incidental, demonstram que a natureza da sanção independe da divisão da atribuição para aplicá-la.[24] Nesses sistemas, afinal, a sanção aplicada é a declaração da inconstitucionalidade das leis, que decorre diretamente da natureza incidental da prejudicial, mas a competência para sua aplicação é privativa dos tribunais constitucionais.[25] Ou seja, nada impede que um sistema de controle fundado na sanção de natureza declaratória restrinja a competência para sua aferição. Se tal restrição pode ser dirigida a órgãos jurisdicionais — é o que acontece, por exemplo, na Alemanha e na Itália —, não há razão plausível que impeça sua extensão em relação a órgãos administrativos.

Aqui é preciso ter cuidado com as inferências. Ao contrário do que argumenta parte da doutrina brasileira,[26] essa conclusão não faz com que a Constituição seja mais ou menos respeitada. Isso porque a atribuição do exercício do controle de constitucionalidade é uma entre outras funções exercidas pelos órgãos que compõem o aparelho do Estado. Nesse sentido, já se afirmou que o controle de constitucionalidade das leis "é instância de veto, uma agência recursal, um contrapoder".[27] Efetivamente, a difusão da competência do exercício de controle de constitucionalidade nem sempre é acompanhada do devido respeito às normas constitucionais. Basta, para tanto, que a maioria dos órgãos competentes para realizar essa atribuição desrespeite tais ditames. Com isso, o efeito alcançado pela expansão da competência para exercer o controle de constitucionalidade será o contrário ao esperado: nesse sistema hipotético, o nível de desrespeito à Constituição será mais elevado do que naqueles em que a competência sancionatória é restrita.

O próprio Anhaia Mello parece ter se dado conta de tal distinção entre a natureza da sanção de inconstitucionalidade e a competência para sua aplicação. Essa constatação explica sua tentativa de relativizar sua defesa da possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade pela administração, observando que seu posicionamento buscava fundamento na impossibilidade de, sob a ordem constitucional de 1967, o chefe do Executivo demandar a declaração abstrata de inconstitucionalidade. Existindo tal possibilidade, considerou, "não haverá mais razão para não cumprir, mas sim razão para arguir a

[24] Cf. ZAGREBELKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Milão: Il Mullino, 1988. p. 174.
[25] Cf. Schlaich e Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 244 e 245.
[26] Nesse sentido, afirmado que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro adota o "princípio" da supremacia da Constituição, não a supremacia legislativa ou judicial, ver: DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011. p. 349.
[27] Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, op. cit., p. 133.

inconstitucionalidade, de imediato, e obter a palavra da Corte".[28] Ocorre que a Constituição Federal de 1988 criou essa possibilidade. Os chefes dos Poderes Executivos federal e estadual passaram então a ter legitimidade para a propositura de demandas abstratas de inconstitucionalidade, inclusive com pedido de suspensão liminar dos efeitos da lei questionada. Propagou-se, com isso, o pensamento que contesta a possibilidade de a administração pública apreciar a inconstitucionalidade de leis que confrontem a Constituição Federal. O próximo item deste trabalho buscará analisar as diversas hipóteses e teses doutrinárias que surgiram nesse contexto.

3. Inconstitucionalidade e administração: contradições sob a ótica da Constituição Federal de 1988

Gilmar Ferreira Mendes foi um dos autores que atentaram para a contradição que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, se instalou em relação à questão aqui analisada. Com a ampliação dos legitimados a arguir a inconstitucionalidade, pela via principal, a interpretação que defende a possibilidade de a administração pública negar eficácia a leis que considere inconstitucionais perdeu muito de sua força original. Como foi observado no item anterior deste trabalho, os defensores dessa tese, entre eles já foi citado Anhaia Mello, haviam atentado para esse fato. Nesse sentido e nas palavras do atual ministro do Supremo, tal possibilidade "perdeu muito do seu apelo em face da Constituição de 1988, que outorgou aos órgãos do Executivo, nos planos estadual e federal, o direito de instaurar o controle abstrato de normas".[29]

A esse respeito, Elival da Silva Ramos sustentou ideia parcialmente semelhante ao dizer que "a questão merece nova reflexão, especialmente após a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, que reconhece ao Presidente da República e aos Governadores de Estado a legitimação para proporem ação de inconstitucionalidade".[30] Para esse autor, o chefe do Poder Executivo pode suspender a aplicação de leis por ele tidas como inconstitucionais, mas a eficácia dessa medida somente perdurará até a apreciação da medida cautelar da ação direta de inconstitucionalidade que, necessariamen-

[28] Anhaia Mello, *Da separação de poderes à guarda da Constituição*, op. cit., p. 118.
[29] MENDES, Gilmar Ferreira, O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade, *Seleções Jurídicas*, Rio de Janeiro, p. 22, jul. 1997.
[30] Ramos, *A inconstitucionalidade das leis*, op. cit., p. 240.

te, será requerida por essa autoridade.[31] Dado que o julgamento do pedido liminar da arguição da inconstitucionalidade deve ser realizado em procedimento sumário, salvo quando o Tribunal esteja em recesso,[32] ou em "caso de excepcional urgência",[33] hipóteses em que o relator poderá conceder a medida *ad referendum* do plenário, é preciso concluir que a possibilidade de a administração pública suspender a aplicação de leis inconstitucionais foi efetivamente reduzida. Se os estritos termos da lei que regula o processo de controle objetivo de constitucionalidade fossem seguidos, tal possibilidade se limitará às hipóteses em que, encontrando-se o Tribunal em recesso, não seja verificado o requisito da excepcional urgência da medida liminar. De toda forma, os efeitos da suspensão da eficácia da lei perdurarão somente durante o período em que o procedimento sumário para a análise do pedido liminar não terminar — audiência dos órgãos que criaram a norma questionada, seguida, se estritamente necessário, da manifestação dos representantes da Advocacia Geral da União e da Procuradoria da República (art. 10, § 1º, da Lei nº 9.868/1999).

A despeito disso, o entendimento favorável à possibilidade de, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, a administração pública deixar de aplicar leis que considere inconstitucionais foi defendido por Clèmerson Merlin Cléve, Luís Roberto Barroso e Gustavo Binenbojm.[34] Em síntese, três argumentos foram lançados por tais autores para sustentar essa tese.

Primeiramente, argumentam que a vedação da possibilidade de suspensão das normas inconstitucionais em razão da legitimação para a propositura de ações abstratas de controle de constitucionalidade acarretaria uma desequiparação ilegítima entre os chefes dos Poderes Executivos dos três níveis da federação. Isso porque tal vedação alcançaria os Poderes Executivos federal e estadual, que foram legitimados pela Constituição Federal de 1988 a propor demandas abstratas de controle de constitucionalidade (art. 103, I e V da CF/1988), mas não o Poder Executivo municipal, que não foi contemplado pela nova ordem constitucional com dita legitimidade. E não é tudo. Como, em alguns estados da federação,[35] prefeitos não são partes legítimas para a propositura de ações

[31] Cf. Ibid., p. 240 e 241.
[32] Nesse caso, a teor do que dispõe o art. 10 da Lei nº 9.868/1999 o próprio relator poderá conceder a medida.
[33] É a dicção do § 3º do art. 10, da Lei nº 9.868/1999.
[34] Cf. CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 246 e ss.; BARROSO, Luís Roberto**.** *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70 e ss.; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 232.
[35] É o caso dos estados de Minas Gerais (art. 118, CE-MG/1989), Acre (art. 104, CE-AC/1989) e Ama-

de controle abstrato de constitucionalidade perante os Tribunais de Justiça estaduais, seria também possível que leis estaduais tivessem sua execução suspensa por determinação do Poder Executivo municipal, sem que a mesma prerrogativa fosse estendida aos governadores de estado.[36] Para que tais consequências paradoxais sejam evitadas, dizem esses autores, é necessário admitir que todas as esferas da administração pública brasileira encontram-se legitimadas a exercer o controle autônomo de constitucionalidade das leis.

O segundo fundamento desenvolvido por tal corrente doutrinária tem por base o que dispõe o art. 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, tal preceito dispõe que as decisões de mérito do STF proferidas em sede de ações de controle abstrato de constitucionalidade produzem efeito vinculante em relação "à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal". Como o efeito vinculante atinge o poder público, dizem tais autores, é preciso concluir que tal dispositivo pressupõe que atos normativos possam ser considerados inconstitucionais pelos órgãos que o integram. A declaração de constitucionalidade da lei estancaria tal possibilidade.[37]

O terceiro fundamento levantado por dita corrente de pensamento tem relação com a supremacia da Constituição. A aplicação da lei inconstitucional, dizem, deve ser combatida a qualquer custo, pois a aplicação da "lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição".[38] Nenhum desses fundamentos parece estar correto. É o que se pretende demonstrar nos parágrafos seguintes.

Os órgãos que integram a administração pública estão, antes de tudo, vinculados ao preceito legal que rege sua atuação. Quando inseridos em um sistema de controle de constitucionalidade que, tal qual o brasileiro, abre inúmeras portas e possibilidades para ser acionado, inclusive por meio de proce-

---

zonas (art. 75, § 1º, CE-AM/1989) cujas Constituições Estaduais não preveem a possibilidade de prefeitos proporem ações de controle de constitucionalidade abstrato perante o Tribunal de Justiça.

[36] O estado de São Paulo estaria excluído de tal possibilidade, pois a Constituição desse estado autoriza a propositura, por prefeitos, de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados em face da Constituição Estadual (art. 90, III da CE-SP/1989). O mesmo ocorre nos estados do Rio de Janeiro (art. 162, CE-RJ/1989) e Rio Grande do Sul (art. 95, § 2º, CE-RG/1989).

[37] Gustavo Binenbojm defendeu tal entendimento nesta passagem de sua obra: "Caso o ordenamento constitucional brasileiro não admitisse o descumprimento de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo, simplesmente a parte final do § 2º do art. 102 da Constituição seria inútil e sem sentido. Não sendo isto de qualquer modo admissível, a conclusão lógica, que se extrai a *contrariu sensu*, é a de que o Poder Executivo pode e deve negar aplicação a lei que repute inconstitucional" (Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 241). No mesmo sentido, ver: Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 71.

[38] Cf. Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 71.

dimento sumário, será extremamente difícil sustentar a possibilidade de esses órgãos singelamente negarem aplicação a leis e atos normativos pretensamente inconstitucionais.

Ademais, ao contrário do que sustentam os autores citados, a impossibilidade de a administração pública exercer o controle de constitucionalidade não acarreta uma diferenciação ilegítima entre os chefes dos Poderes Executivo dos diversos entes da federação. Isso porque, em razão da simetria dos entes federados, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tal qual ocorre com o Poder Executivo federal ou estadual, o municipal também não pode negar aplicação a leis que considere inconstitucionais. Ou seja, a vedação da possibilidade de o controle de constitucionalidade ser manejado pela administração pública estende-se ao chefe do Poder Executivo municipal. Se essa conclusão gera alguma diferenciação entre as unidades federativas, tal consequência decorre de uma opção do poder constituinte originário que não admitiu a aferição do vício de inconstitucionalidade de leis e atos normativos municipais pela via principal (art. 102, I, 'a', CF/1988). Desse fato deve necessariamente decorrer a impossibilidade de órgãos que integrem o Poder Executivo municipal pleitearem a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos perante o STF. Afinal, se tal legitimidade fosse admitida, os municípios seriam os únicos entes federados que poderiam demandar a declaração de inconstitucionalidade a essa Corte, sem que suas próprias normas estivessem sujeitas a esse mecanismo. Mas tal desequiparação seria efetivamente ilegítima.

Na verdade, tais aporias nada mais são do que efeitos da configuração anômala da federação brasileira: ao se atribuir a qualidade de ente federado aos municípios, o poder constituinte originário preferiu não estender a essas esferas todas as prerrogativas que decorreriam dessa atribuição. Como se sabe, a impossibilidade da arguição direta da inconstitucionalidade de leis municipais não é a única consequência deste fato. Os municípios também não contam com representantes eleitos no Senado Federal e nem por isso há quem diga que isso gera uma diferenciação ilegítima entre os entes federados.[39] Em

[39] Por isso há autores de respeito que advogam a tese de que os municípios na verdade não são entes federados. Cabe aqui dar voz a José Afonso da Silva: "A Constituição consagrou a tese daqueles que sustentavam que o Município brasileiro é 'entidade de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo'. *Data vênia*, essa é uma tese equivocada, que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida. Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação

outras palavras e de forma mais direta: a impossibilidade de representantes municipais arguirem a inconstitucionalidade de leis na via direta decorre do desígnio constitucional, não de uma diferenciação ilegítima. O silêncio do poder constituinte foi, portanto, nessa hipótese, eloquente.

É tampouco possível extrair da previsão que criou a ação declaratória de constitucionalidade a possibilidade de a administração pública realizar o controle de constitucionalidade das leis. O paradoxo inerente a tal argumento é patente. Ao criar o dito instrumento, a Emenda Constitucional nº 3/1993 teria referendado a possibilidade que ela mesma veio combater: a multiplicação de casos de declaração de inconstitucionalidade da lei no seio dos órgãos públicos. Com efeito, basta consultar a exposição de motivos que acompanhou a edição de tal emenda para perceber que a finalidade principal da criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade foi atribuir uniformidade e harmonia ao sistema jurídico brasileiro. A seguinte passagem do texto apresentado ao Congresso pelo deputado Francisco Campos é exemplar a esse respeito:

> Um dos aspectos que mais tem preocupado o país, pelo prisma da nova ordem constitucional, é a valorização dos juizados de 1ª instância — *louvável conquista da cidadania* — sem a contrapartida de um instrumento processual de uniformização célere, omissão incompreensível do constituinte na conformação do controle difuso e concentrado de constitucionalidade. A força outorgada aos juízes de 1ª instância, sem um instrumento adequado de ação para os Tribunais Superiores, subverte a hierarquia necessária — e mais do que isto — a tranquilidade para a preservação da ordem jurídica, pois qualquer questão constitucional da maior relevância pode ser decidida de forma satisfativa, desde que o Tribunal imediatamente superior não suspenda a eficácia de decisões que garantam benefícios ou direitos.[40]

Não que tais considerações estejam corretas. Considero, na verdade, que a Ação Declaratória de Constitucionalidade seja um elemento estranho ao

---

de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. Não se vá, depois, querer criar uma câmara de representantes dos Municípios. Em que muda a federação brasileira incluir os Municípios como um de seus componentes? Não muda em nada" (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 474 e 475).

[40] MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional nº 3 de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; _____. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 81.

sistema de controle e garantia da Constituição brasileira e que as aporias e dificuldades decorrentes de sua utilização um tanto acrítica por parte do STF ainda não foram devidamente esclarecidas.[41] Mas a conclusão que pretendo apontar aqui independe disso. Basta dizer que, por uma questão de coerência mínima, as observações que constam da justificação da Emenda Constitucional de nº 3/1993 devem ser aplicáveis tanto à insegurança jurídica gerada pela difusão da competência jurisdicional de controle de constitucionalidade, quanto à legitimação irrestrita de todo e qualquer órgão administrativo proceder à declaração de inconstitucionalidade de leis que considere inconstitucionais. Seria bastante heterodoxa a tese que sustentasse a atribuição irrestrita da competência para exercer o controle de constitucionalidade aos órgãos integrantes da administração pública e, ao mesmo tempo, a restrição dessa mesma competência em relação aos integrantes do Poder Judiciário. A incoerência dessa conclusão denuncia o equívoco da argumentação que lhe é subjacente.

Não é tudo. A previsão da parte final do art. 102, § 2º, da CF não perde sua razão de ser com a negação da possibilidade de órgãos administrativos realizarem o controle de constitucionalidade das leis, pois subsiste a necessidade da uniformização do entendimento acerca da interpretação e da aplicação concreta de normas constitucionais incidentes em controvérsias jurídicas. Esse é, afinal, o objeto do efeito vinculante: uniformizar, em concreto, a aplicação dos parâmetros normativos constitucionais.[42] Em suma e para concluir esse ponto da argumentação: não é correto pensar que, ao criar a Ação Direta de Constitucionalidade, o poder constituinte derivado tenha implicitamente admitido a realização do controle de constitucionalidade por parte de órgãos integrantes da estrutura administrativa. Nem a concepção original desse instrumento, quanto menos suas consequências autorizam ou fundamentam essa inferência.

---

[41] Algumas das poucas considerações críticas a respeito da conveniência da adoção da Ação Declaratória da Constitucionalidade no direito brasileiro podem ser encontradas nas seguintes obras: Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 280 e ss; LAURENTIIS, Lucas Catib de. Efeitos do julgamento e coisa julgada em Ações Declaratórias de Constitucionalidade: ativismo judicial não declarado. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. passim.

[42] Cf. GUSY, Christoph. *Parlamentarischer gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*. Berlim: Dunckler und Humbold, 1985. p. 235 e 236.

Recorrer, como também o fez Rui Medeiros,[43] aos *topoi* da força normativa da Constituição ou sociedade aberta dos intérpretes da Constituição tampouco salva a possibilidade de a administração pública realizar o controle de constitucionalidade de leis. A força normativa da Constituição é medida pela vontade de realizar as tarefas e desígnios do texto constitucional. É que a própria Constituição tem, como disse Konrad Hesse, uma força ativa que impõe a convergência de vontades de toda a sociedade para a realização de suas finalidades.[44] Tal concepção não pressupõe, todavia, a realização do controle de constitucionalidade pela administração pública.

Sistemas de controle de constitucionalidade como o brasileiro ou o português sinalizam, ao contrário, para a necessidade de que todas as causas sobre as quais pairem dúvidas fundadas acerca da constitucionalidade de normas infraconstitucionais sejam prontamente encaminhadas ao Judiciário, para que os órgãos que foram incumbidos de aplicar a sanção de inconstitucionalidade exerçam tal função. Ao se admitir a possibilidade de a administração pública declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, posterga-se a solução inadiável da questão constitucional pelo Poder Judiciário.[45] Como já foi aqui observado, dado que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perpetrada pela administração pública só perdurarão enquanto não for apreciada a liminar que, necessariamente, deverá acompanhar a demanda dirigida ao Poder Judiciário,[46] a relevância prática da suspensão dos efeitos de leis inconstitucionais pela administração é bastante mitigada. Tudo somado, é possível concluir que, se a força normativa da Constituição é diretamente proporcional à efetividade das normas constitucionais, outorgar à administração pública a competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis não é o melhor caminho para atingir tal desígnio.

---

[43] Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 159 e segs.

[44] Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 17.

[45] Nesse sentido, sustentou Jorge Miranda que "se o tribunal administrativo julgar qualquer norma legislativa inconstitucional, caberá recurso — também obrigatório (art. 280, nº 3) — para o Tribunal Constitucional; e, tudo visto, poderá perguntar-se se o tempo gasto entre a desaplicação da norma logo pela autoridade administrativa e a decisão do Tribunal Constitucional (aliás, só para o caso concreto) não será mais longo — com os inconvenientes referidos por Rui Medeiros — do que o tempo que se despenderia se se desencadeasse um processo de fiscalização sucessiva ao abrigo do art. 281" (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. t. 6, p. 202 e 203).

[46] Cf. Ramos, *A inconstitucionalidade das leis*, op. cit., p. 240.

Resta, por fim, focar dois argumentos de índole formal. O primeiro deles diz respeito ao veículo utilizado pelo chefe do Poder Executivo que pretenda considerar uma lei inconstitucional. Nesse ponto, há duas hipóteses: ou a declaração de inconstitucionalidade será proferida em um decreto presidencial, ou então tal medida ocorrerá em uma Medida Provisória. Essa última possibilidade foi rejeitada pelo STF, que, no julgamento da medida cautelar pleiteada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221, assentou que "em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores".[47] Restaria a possibilidade de a inconstitucionalidade ser declarada pela via dos decretos. A perplexidade que surge então diz respeito à inversão da hierarquia normativa entre a lei declarada inconstitucional e o decreto do Executivo que constata esse vício:[48] salvo na hipótese de existirem decretos autônomos, o que parte da doutrina administrativa tem admitido,[49] se a incidência de uma lei for afastada pela edição de um decreto, é preciso admitir que a força normativa daquela norma seja inferior à desse. Parte da doutrina procura contornar essa dificuldade com base no argumento de que, nessa hipótese, a Constituição sustentaria a excepcional preferência normativa dos decretos sobre as leis.[50] Mas esse argumento não é convincente. Uma análise mais pormenorizada das normas constitucionais envolvidas em tal fenômeno faz surgir os problemas que dele decorrem. Um desses parâmetros será aquele violado pela lei, que o decreto do Executivo procura salvaguardar. Outros são aqueles que sustentam a constitucionalidade do próprio decreto. Entre esses, podem ser citados o art. 84, IV, da Constituição de 1988, segundo o qual a finalidade dos decretos expedidos pelo chefe do Executivo é conferir "fiel execução" às leis. Há ainda a norma que consta do art. 5º, II, da Constituição Federal, cujo comando veda a criação de obrigações não originadas por leis. O decreto que pretenda declarar a inconstitucionalidade de leis

[47] STF, ADI-MC 221/DF, rel. min. Moreira Alves, DJ 22-10-1993.
[48] Nesse sentido, conferir: ARAÚJO, Nadja Aparecida Silva de. Atuação do Poder Executivo no controle de constitucionalidade: notas de uma interpretação sistemática do direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 158, p. 289, abr./jun. 2003.
[49] Admitindo que, com a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, há no Brasil a figura do decreto autônomo, ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 235. Em sentido contrário, Carvalho Filho sustenta que "atos dessa natureza não podem existir em nosso ordenamento porque a tanto se opõe o art. 5º, II, da CF, que fixa o postulado da reserva legal para a exigibilidade de obrigações" (*Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 68).
[50] Nesse sentido, ver: Dimoulis e Lunardi, *Curso de processo constitucional*, op. cit., p. 350; Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 72.

terá de superar todas estas dificuldades. Primeiro, ele não poderá pertencer àquela espécie de decretos, que ainda é a regra no direito brasileiro, cujo fim cinge-se a garantir a execução de leis. Dito de forma inversa: para que tal decreto seja, ele mesmo, constitucional, seu âmbito de regulamentação deve cingir-se às hipóteses em que o sistema constitucional brasileiro admite a edição de decretos autônomos. Do contrário, bastaria a alegação da inconstitucionalidade de uma lei para que o Executivo se visse livre para subverter a hierarquia normativa criada pela própria Constituição. Ademais, o decreto em questão não poderá criar direitos e obrigações, caso contrário a norma do art. 5º, II, do texto constitucional será violada. Afinal, combater a inconstitucionalidade de uma norma — no caso, a lei — com a edição de outra norma — o decreto —, igualmente inconstitucional, não parece ser uma estratégia coerente para reestabelecer a força normativa dos preceitos constitucionais.

O último argumento, aqui denominado formal, relaciona-se com um dispositivo legal. Trata-se do art. 26-A, com a redação da Lei nº 11.941/2009, do Decreto nº 70.235/1972, que regulamenta o processo administrativo fiscal na esfera federal.[51] O referido dispositivo impede que, no âmbito do processo administrativo fiscal, seja afastada a aplicação de "tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade" (art. 26-A, do Decreto nº 70.235/1972). Essa norma busca fundamento em diversos precedentes do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), nos quais assentou-se que "descabe em sede de instância administrativa a discussão acerca da constitucionalidade de leis, matéria sob a qual tem competência exclusiva o Poder Judiciário".[52] Com base em tais decisões, foi promulgada a súmula nº 2 do Carf, cujo teor afirma que tal órgão administrativo "não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária". Ou seja, a nova redação do *caput* do art. 26-A, do Decreto nº 70.235/1972, nada mais fez do que reafirmar aquilo que já estava sedimentado no entendimento do Conselho.

[51] A nova redação desse dispositivo é a seguinte: "Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.§ 6º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: I — que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; II — que fundamente crédito tributário objeto de: a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou c) pareceres do Advogado Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993".

[52] Recurso voluntário nº 138.220, primeira Câmara, rel. Caio Marcos Candido, j. 25-2-2005.

O problema é que a Lei não se limitou a isso. Ela também reconheceu o cabimento, em alguns casos excepcionais, da declaração de inconstitucionalidade. A análise desse ponto deve ser cuidadosa. A primeira das exceções admitidas pela Lei ocorre quando o texto da norma que fundamenta a decisão "já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal" (art. 26-A, § 6º, do Decreto nº 70.235/1972). Nesse caso, é preciso saber se a declaração de inconstitucionalidade a que se refere tal dispositivo deve ter ocorrido no modo de controle concentrado, difuso, ou em ambos. Tudo faz crer que só a primeira hipótese é admissível.

Há diversas razões que fundamentam essa conclusão. Para a finalidade desta exposição, basta expor duas delas. Primeiro, no Brasil a declaração de inconstitucionalidade incidental produz efeitos subjetivos restritos: não há a extensão de tais efeitos a sujeitos que não atuaram no processo. São fundamentalmente duas as razões que levam a essa conclusão. A primeira delas tem relação com a natureza da declaração incidental de inconstitucionalidade existente no sistema de controle brasileiro. Trata-se, nesse caso, de uma questão logicamente prejudicial à análise do mérito da demanda concreta.[53] Não há, portanto, a autonomia jurídica de tal incidente em relação ao objeto da lide discutida em juízo.[54] Decorre dessa constatação o segundo fundamento da limitação subjetiva dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade. É que, tendo em vista a dependência de tal questão prejudicial em relação ao mérito da demanda concreta, os efeitos da decisão acerca da inconstitucionalidade não podem ter uma amplitude maior do que os limites subjetivos da coisa julgada material. Ora, a coisa julgada não produz efeitos imediatos em relação a quem não tenha integrado a relação processual.[55] Da mesma forma,

[53] Para uma discussão acerca da distinção entre prejudicial lógica e jurídica, ver: CAPPELLETTI, Mauro. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*. Milão: Giuffrè, 1957. p. 34.

[54] Nesse sentido, na doutrina nacional, conferir: Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 253; LAURENTIIS, Lucas Catib de. *Interpretação conforme a Constituição*: conceito, técnicas e efeitos. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011. p. 182. Em sentido contrário, também na literatura constitucional brasileira, ver: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 79.

[55] É o que se afirma, de forma um tanto imprecisa, no art. 472 do CPC: "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros". De forma mais precisa, diz a doutrina que a "fórmula tradicional, que afirma a limitação da coisa julgada às partes do processo (CPC, art. 472), é somente um enunciado de princípio e por si só não basta para resolver todos os problemas inerentes aos limites subjetivos da coisa julgada" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 325). De forma similar, ver: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, e outros escritos sobre a coisa julgada. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 111.

a declaração de inconstitucionalidade incidental não pode gerar efeitos para quem não tenha participado do processo em que ocorre o incidente.

A consequência disso é que a primeira ressalva do art. 26-A, § 6º, do Decreto nº 70.235/1972, deve ser compreendida de forma restritiva: a declaração de inconstitucionalidade só poderá ocorrer em sede de processo administrativo fiscal quando embasada por uma decisão do STF tomada em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Constitucionalidade ou da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.[56] Mas esse não é nem de longe o maior dos problemas interpretativos de tal dispositivo. Sua grande questão está nas exceções à vedação da declaração de inconstitucionalidade que se encontram listadas no inciso II, do § 6º, do mesmo artigo. Esse preceito admite, primeiramente, que a declaração de inconstitucionalidade poderá ocorrer quando a norma viciada fundamente crédito tributário resultante de dispensa legal da constituição da dívida ou de ato declaratório do procurador-geral da Fazenda nacional. As outras duas exceções relacionam-se com a aprovação, com base na Lei Complementar nº 73/1993, de súmulas ou pareceres vinculantes no âmbito da Advocacia-Geral da União.

O contrassenso desse dispositivo surge da análise de tais hipóteses. As duas últimas não condizem quer com a jurisprudência sedimentada e sumulada pelo próprio Carf, quer com a norma que consta do *caput* do dispositivo. Afinal, se um dos interessados no julgamento desse colegiado é a própria Fazenda pública da União, súmulas ou pareceres da Advocacia-Geral da União não deveriam servir de fundamento para a declaração de inconstitucionalidade que ocorra nessa sede. O fato de o referido dispositivo legal autorizar que isso ocorra indica que a questão da competência para declarar a inconstitucionalidade não é tratada por ele como uma forma de defesa do contribuinte e do cidadão. Ao contrário, ela é um instrumento de defesa e uma prerrogativa da administração. Essa finalidade fica ainda mais evidente com a análise da primeira exceção à regra da vedação da declaração de inconstitucionalidade. Segundo tal hipótese, é admissível a declaração de inconstitucionalidade de normas que impliquem a dispensa de obrigações tributárias e, consequentemente, venham a gerar algum crédito para o contribuinte. Ou seja, segundo os estritos termos dessa lei, se a norma inconstitucional criar um tributo e não houver parecer ou súmula da AGU que certifique dito vício, descaberá a de-

[56] No mesmo sentido, mas a respeito da interpretação do art. 481 do CPC, ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 44.

claração de inconstitucionalidade. Mas, ao contrário, mesmo sem a manifestação da Advocacia-Geral, quando as normas inconstitucionais beneficiarem os contribuintes, a declaração de inconstitucionalidade será admissível.

Tais observações demonstram que, mais do que o reconhecimento da competência para que a administração pública exerça o controle de constitucionalidade, dito dispositivo cria uma gama de privilégios injustificados. Mais do que isso, e no que diz respeito ao tema discutido neste artigo, essa análise indica que a questão da possibilidade de órgãos administrativos declararem a inconstitucionalidade de leis tem sido abordada não pelo seu viés científico e, tanto quanto possível, neutro. Ao contrário, o que ocorre é a manipulação das consequências ínsitas a essa discussão para favorecer os interesses de tal ou qual parte do processo administrativo. Conjugado com a falta de clareza dos conceitos e das afirmações contraditórias da doutrina e da jurisprudência, surge o âmbito propício para que todas as conclusões sejam admissíveis, sem que nenhuma delas seja coerente. Por tudo isso, uma das conclusões parciais, mas não menos importante, deste estudo deve ser bastante modesta: se a argumentação aqui desenvolvida houver esclarecido as dúvidas e os problemas relacionados com a questão aqui analisada e, com isso, criado as bases para uma discussão mais coerente e sistemática a esse respeito, já terá ocorrido um enorme ganho.

4. Debate jurisprudencial no STF

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o STF não analisou a possibilidade de o controle de constitucionalidade ser exercido pelo Poder Executivo. Nos arquivos da jurisprudência dessa Corte há, no entanto, dois precedentes em que tal questão foi analisada com profundidade.[57] O primeiro deles foi o julgamento do Mandado de Segurança nº 15.886/DF. A discussão ali travada teve origem com a declaração de inconstitucionalida-

[57] A literatura constitucional faz referência a outros acórdãos como o Mandado de Segurança 4.211/PA (*RTJ* 2/386), no qual se discutiu a possibilidade de o chefe do Executivo negar execução a normas estaduais que criavam despesas sem a correspondente previsão da fonte de custeio. Contudo, a fundamentação desses precedentes é escassa. Neles, o relator simplesmente afirma que a possibilidade, ora discutida, é patente. Por isso, deixei de analisar esses julgamentos e concentrei minhas atenções nos julgamentos que realmente enfrentaram a discussão aqui proposta. De igual forma, ou seja, sem aprofundar os argumentos envolvidos nessa questão, ver: Rp. 322/1957, *RTJ* 3/760; RMS 2.497, *RDA* 42/230; RMS 7.234/1960, *RDA* 59/338; Rp. 5.112/1962, *DJ* 26-9-1963; RE 55.178/1964, *RTJ* 32/134; RMS 14.557/65 *RTJ* 33/336.

de, pelo presidente da República, de dispositivos da Lei nº 4.449/1964, que criavam despesas sem a concordância do Executivo e efetivavam servidores, sem o necessário concurso público. É interessante notar o que disse o então procurador-geral da República em sua sustentação:

> Ninguém afirmará que o Poder Executivo, o Chefe do Executivo, possa suspender a execução de uma lei ou possa declarar essa lei inconstitucional, evidentemente. Mas, o que é lícito ao Executivo fazer, isto ninguém pode recursar — é deixar de cumprir a lei, sob o fundamento da inconstitucionalidade, fazendo isso como qualquer cidadão pode fazer: não cumprir a lei.[58]

Esse argumento também serviu de fundamento para o voto do ministro Adalício Nogueira nesse julgamento.[59] Todavia, essa argumentação tortuosa tem dois problemas evidentes. Primeiro, a administração não é um particular, ou cidadão, qualquer. Por isso, havendo uma lei presumidamente constitucional, ela deve cumpri-la. Segundo, negar aplicação a uma lei que é manifestamente aplicável a um dado caso é uma operação que só pode ter dois fundamentos. Ou uma norma mais nova ou mais específica do que aquela discutida foi encontrada e a aplicação desta exclui a daquela, ou deve haver uma declaração de inconstitucionalidade, cujo efeito é justamente a suspensão da execução da norma viciada. Portanto, é uma ficção, para não dizer um erro, dizer que a administração possa suspender a aplicação de leis vigentes sem que sua inconstitucionalidade seja declarada.

O relator desse processo, ministro Victor Nunes Leal, reconheceu que a jurisprudência do Supremo reconhecia, até então, a prerrogativa dos chefes do Executivo de negar aplicação a leis consideradas inconstitucionais. Contudo, tendo em vista a criação da Representação de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16/1965, dito ministro considerou necessário reavaliar essa jurisprudência. A lógica, diz esse voto, é que aquele que tenha a prerrogativa constitucional de decidir definitivamente sobre a questão de inconstitucionalidade seja provocado antes do descumprimento da lei pela administração. E mais. Antes da promulgação de referida Emenda, não havia um meio célere e com efeitos gerais para o Judiciário avaliar a constitucio-

[58] *RTJ* 41/674-675.
[59] *RTJ* 41/688.

nalidade de leis. Isso justificava a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade pela administração. Mas, continua o ministro, a partir do momento em que a Constituição prevê esse meio de acesso direto e rápido às decisões do Supremo, não há mais por que reconhecer a competência da administração suspender, por inconstitucionalidade, a execução das leis. Por isso, concluiu o ministro Nunes Leal, que:

> Com a nova interpretação, baseada na EC 16, a que estou aderindo após madura reflexão, resulta que a lei, até ser declarada inconstitucional pelo Judiciário, será obrigatória, não só para os particulares, como também para os poderes do Estado, o que confere ao regime de legalidade uma eficácia prática proporcionada à sua projeção teórica.[60]

O ministro Carlos Medeiros acompanhou esse entendimento e também salientou que ao Poder Executivo não é dado revogar leis. Por isso, o que lhe cabe, "segundo o compromisso constitucional, é observá-las e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução".[61] De forma semelhante, o ministro Evandro Lins e Silva pontou que, após a edição da Emenda Constitucional nº 16/1965, a atribuição de julgar a constitucionalidade de leis e sancioná-las cabe ao STF, pois, desde então "o presidente da República dispõe de pronta solução, pela própria Constituição, fazendo submeter ao Supremo Tribunal a arguição de inconstitucionalidade, através do Procurador-Geral da República".[62] Já o ministro Gonçalves de Oliveira argumentou que, uma vez sancionada a lei, não é mais dado ao presidente da República, nem a qualquer outro funcionário da administração, descumpri-la. Afirmou então que "em princípio, a regra é que, sancionando o Presidente a lei, ele supre quaisquer deficiências do trânsito, nas normas legislativas. Teve o momento que a Constituição lhe consagrou para dizer se a proposição era constitucional ou inconstitucional. Se nesse momento não usou seu poder, parece claro que se dá o consenso pelo Executivo de que a norma seja constitucional".[63] Esse

---

[60] *RTJ* 41/677.
[61] *RTJ* 41/679.
[62] *RTJ* 41/689.
[63] *RTJ* 41/691. O ministro Oscar Saraiva construiu argumento semelhante no julgamento do recurso no MS 16.003/DF. Foi, nessa ocasião, contraditado pelo ministro Prado Kelly, que observou que, no caso analisado, o presidente havia vetado o dispositivo questionado, mas dito veto foi derrubado pelo Congresso. A esse respeito, disse então o ministro Oscar Saraiva que "se o Presidente, no veto, é vencido pelo Poder Legislativo, que rejeita o veto, então sobrepõe-se à competência do Legislativo a possibilidade de o Executivo reexaminar, no caso concreto, aquilo em que foi repelido no veto" (RMS 16.003/DF, pleno, rel. min. Prado Kelly, j. 30-11-1966).

entendimento foi compartilhado pelo ministro Vilas Boas, para quem admitir a possibilidade de órgãos administrativos rejeitarem aplicação a leis consideradas inconstitucionais levaria a um caos institucional.[64] Com base nessas considerações, acompanhou o voto do relator, ministro Vitor Nunes Leal.

A divergência a esse respeito foi aberta pelo ministro Cândido Motta Filho, que baseou seu voto na ideia de que o poder de descumprir leis inconstitucionais se funda no maior valor das normas Constitucionais e no interesse público em que seja prontamente sanado o vício de inconstitucionalidade. No mesmo sentido, o ministro Aliomar Baleeiro apontou, em divergência ao voto do relator, que não "há razão para que se tire ao Presidente da República um direito que é legítimo em relação a qualquer particular".[65] Salientou ainda, esse ministro, os riscos políticos que estariam envolvidos nessa operação, pois, se a inconstitucionalidade pronunciada pelo chefe do Executivo não fosse confirmada pelo Judiciário, o detentor do mandato presidencial estaria sujeito ao processo de *impeachment*. Por fim, utilizando a conhecida fórmula do direito norte-americano, afirmou dito ministro que as leis inconstitucionais são como se não existissem. Por isso, diante da alternativa de cumprir leis, descumprindo a constituição, ou cumprir essa, em detrimento daquelas, deve o Executivo privilegiar o texto constitucional.[66] Esse também foi o fundamento do voto do ministro Prado Kelly, para quem se "o poder público ou a autoridade pública é chamada a escolher entre a Constituição e a lei, não lhe é dado sobrepor a lei à Constituição".[67] Esse entendimento foi reafirmado pelo ministro Luiz Gallotti.

O segundo precedente em que houve uma análise aprofundada acerca do tema aqui debatido foi a Representação de inconstitucionalidade nº 980/SP, relatada pelo ministro Moreira Alves. A doutrina constitucional contemporânea cita tal precedente à exaustão.[68] Contudo, essa análise é superficial e não enfrenta todos os argumentos desenvolvidos pelos ministros que par-

[64] *RTJ* 41/692.
[65] *RTJ* 41/684.
[66] De forma semelhante, mas no julgamento do MS 16.003/DF, de 30-11-1966, o ministro Eloy Rocha reconheceu que a função de julgar a constitucionalidade de leis compete "nos termos da Constituição, tão só ao terceiro Poder, o Poder Judiciário. Mas, entre a ausência de poder para a declaração de inconstitucionalidade da lei e o dever de cumprir a lei inconstitucional, existe distinção fundamental. O presidente da República, o Poder Executivo, não é obrigado a cumprir a lei inconstitucional".
[67] *RTJ* 41/687.
[68] Nesse sentido, ver: Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 70; Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 236.

ticiparam desse julgamento. Para melhor compreendê-la, é necessário antes de tudo compreender seu contexto. E a questão de fundo era singela. O então governador, Paulo Egídio Martins, editou o Decreto nº 7.864/1976, no qual, considerando a jurisprudência que permite ao "Poder Executivo deixar de cumprir os dispositivos eivados de inconstitucionalidade",[69] e tendo em vista a possibilidade de um projeto de lei vetado pelo governador vir a ser promulgado pela Assembleia Legislativa, determinava a comunicação imediata às Secretarias de Estado "a que interessam os dispositivos, inclusive às autarquias que lhe estejam vinculadas, a fim de que se abstenham da prática de atos que importem na sua execução" (art. 1, II, do Decreto estadual nº 7.864/1976). Dita norma antevia, portanto, a possibilidade da rejeição de veto oposto pelo governador a projetos de lei que desrespeitassem a regra da iniciativa exclusiva do Poder Executivo em dadas matérias. Se tais vetos fossem derrubados, os órgãos do Estado seriam imediatamente comunicados para que a aplicação da lei fosse suspensa. Em sua argumentação, que foi acolhida pela Procuradoria da República, disse a Assembleia Legislativa que "em momento posterior à ultimação do processo legislativo, isto é, depois de promulgada a lei, não cabe, constitucionalmente, ao Executivo recusar-se a cumprir a lei por supô-la inconstitucional".[70] A informação prestada pelo governador do Estado de São Paulo dizia que:

> O princípio da legalidade, que norteia a administração, não é infringido quando se nega cumprimento à lei substancial ou formalmente inconstitucional, porque tal ato, embora emanado do Poder Legislativo, é apenas formalmente lei. Tem feição de lei, mas não a eficácia necessária à formação de direitos subjetivos; não chegou a viver, porque nasceu morta. Não teve um único momento de validade. Se a lei não chegou a existir, não integra a ordem jurídica. Daí porque a recusa da Administração em observá-la não ofende o princípio da legalidade.[71]

O parecer da Procuradoria da República enfrentou dois pontos. Primeiro, observa que, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 7/1977, a Constituição previa instrumento liminar e preventivo para a suspensão da execução de leis flagrantemente inconstitucionais até o julgamento definiti-

[69] Texto do referido Decreto nº 7.864/1976.
[70] Rp. 980/SP, pleno, rel. min. Moreira Alves, j. 21-11-1979, fls. 103.
[71] Rp. 980/SP, fls. 109.

vo da Representação de inconstitucionalidade. A consequência tirada dessa constatação pelo representante do Ministério Público é a impossibilidade de o chefe do Poder Executivo suspender a execução de leis que considere inconstitucionais.[72]

Dito precedente foi relatado pelo ministro Moreira Alves. Em seu voto, a primeira observação a respeito do tema aqui analisado é uma constatação histórica: antes da criação da Representação de inconstitucionalidade, a jurisprudência do Supremo acolheu a tese que defende a não obrigatoriedade de o Poder Executivo dar cumprimento a leis que considere inconstitucionais. Contudo, observa-se, há também vozes, como as de Alfredo Buzaid e Oscar Saraiva, que contestaram essa conclusão. Na visão deles "essa opção (cumprir a Constituição ou a lei que a infringia) não existia para os componentes do Poder executivo, tendo em vista o respeito à separação entre os Poderes".[73] Segundo o mesmo voto, uma corrente intermediária a esse respeito foi esboçada com a criação da Representação de inconstitucionalidade pela Emenda constitucional nº 16/1965. Nesse sentido, admitia-se que, antes de referida Emenda, o Executivo deixasse de aplicar leis inconstitucionais. Após, essa prerrogativa teria desaparecido. Essa ideia foi defendida, por exemplo, pelo ministro Prado Kelly. Os argumentos do ministro Moreira Alves intentaram desconstruir essa última conclusão. O primeiro deles afirma que não basta constatar que, se fosse dado aos funcionários públicos deixar de descumprir a lei, a segurança jurídica seria comprometida. Esse argumento, denominado pelo ministro Moreira Alves de "puramente pragmático", não tem valor quando a questão envolve princípios constitucionais de extrema gravidade, tais quais a supremacia da Constituição à separação dos Poderes.[74] É preciso achar um fundamento jurídico para solucionar esse impasse. Afinal, se dito critério pragmático fosse levado às últimas consequências, teríamos de admitir que o presidente da República não poderia deixar de cumprir leis que se lhe afigurassem inconstitucionais. Isso porque, segundo a argumentação do ministro, apesar de o presidente não ser um dos legitimados para propor a Representação de inconstitucionalidade, o chefe da

[72] Nesse sentido, lemos em tal parecer que: "Se anteriormente à Emenda Constitucional n. 7/77 o ato do Representado (no caso, o Governador) já não devesse merecer compaixão em seu exame, atualmente ele se apresenta sem nenhuma justificativa na sua previsão de erigir a ilegalidade em legalidade, determinando o não cumprimento daquilo que foi determinado cumprir de acordo com a própria Constituição" (Rp. 980/SP, fls. 116).
[73] Rp. 980/SP, fls. 122.
[74] Cf., para uma visão contemporânea da ideia de separação dos poderes: ACKERMAN, Bruce. The new separation of Powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 634-725, 2000; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

Procuradoria da República "é funcionário demissível *ad nutum* daquele, que disporia, portanto, sempre de meio para, afinal, obter a manifestação do judiciário sobre a constitucionalidade, ou não, de uma lei".[75] Mas, como esse raciocínio não seria igualmente aplicável aos governadores estaduais, a estes seria dada a prerrogativa de suspender a aplicação de leis inconstitucionais, desde que a provocação por eles dirigida ao procurador-geral não fosse atendida. Feitas essas considerações, concluiu o ministro:

> 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?[76]

Em um primeiro momento esse voto foi acompanhado pelos ministros Décio Miranda e Soares Muñoz. Apesar de concordar com o entendimento do relator acerca da possibilidade de o chefe do Executivo deixar de aplicar leis inconstitucionais, o ministro Leitão Abreu apresentou outras considerações. Todas elas giram em torno da constatação de que, no caso analisado, o decreto do Executivo se dirigia contra a possibilidade de aprovação de um projeto de lei tido como inconstitucional. Não havia ainda, portanto, lei em sentido formal cuja aplicação pudesse ser negada. Afigurava o governador, tão somente, a possibilidade de seu veto a um projeto de lei ser derrubado pelo Legislativo e, com seu decreto, antecipava que as consequências de tal norma seriam suspensas pelos órgãos que compõem o Poder Executivo. Concluiu então o ministro Leitão de Abreu que isso equivale "a dizer que, com o veto, se adverte o órgão legislativo que a sua não manutenção acarretará o descumprimento pela Administração, do dispositivo vetado. Em termos claros, declara-se, no preceito cuja constitucionalidade se examina: ou a Assembleia Legislativa rejeita o veto ou a lei não será cumprida".[77] Além de interferir na independência do Legislativo, isso desconsidera a importância e a solenidade do processo

[75] Rp. 980/SP, fls. 124.
[76] Rp. 980/SP, fls. 125.
[77] Rp. 980/SP, fls. 132.

legislativo, assim como a possibilidade de a derrubada do veto sanar o vício de inconstitucionalidade antes manifestado. Por tudo isso, o ministro Leitão de Abreu reconheceu a inconstitucionalidade do referido Decreto estadual.

Tal conclusão foi refutada pelo ministro Moreira Alves, para quem se "é válido ao Chefe do Executivo recusar-se a cumprir lei inconstitucional, pode fazê-lo no caso concreto, ou declarar que o fará em hipóteses futuras".[78] Contudo, com base nas considerações do ministro Leitão de Abreu, o ministro Décio Miranda alterou seu voto e o ministro Xavier Albuquerque, no voto decisivo de tal julgamento, acompanhou o relator, mas não sem observar que o Decreto em análise representava "sob a delicada perspectiva do relacionamento entre os Poderes, raro exemplar de mau gosto político".[79]

Esses são os precedentes do Supremo que apresentam maior relevância para essa matéria. Mas a conclusão que se extrai de sua leitura é preocupante. A primeira delas é metodológica. É perceptível que, ao analisar esse tema, os ministros que integravam tal Tribunal, seja os que votaram a favor seja os que se opuseram à possibilidade aventada, não apresentaram fundamentos sólidos para sua argumentação. O resultado disso é que a discussão e a fundamentação desses precedentes é fluida e insegura. Mais grave é que a utilização acrítica desses julgamentos faz parecer que o posicionamento do Supremo a esse respeito foi tranquilo e conclusivo. Não foi, como o demonstram as discussões dos votos antes analisados. Na verdade, se há algo de conclusivo que se extrai da análise desses precedentes é que a orientação firmada pelo Supremo foi circunstancial, quase ocasional. Basta constatar os quóruns apertados das votações e a insegurança dos ministros que aderiram a cada um dos lados, quando não mudando o entendimento no decorrer do julgamento, para concluir que a possibilidade de a administração pública negar aplicação a leis que considere inconstitucionais ainda é um tema aberto e que merece reflexão. Foi o que procurei fazer neste estudo.

5. Conclusões

Como dito no início deste trabalho, o percurso da argumentação aqui desenvolvida foi estruturado com clareza. O primeiro item buscou demons-

[78] Rp. 980/SP, fls. 135.
[79] Rp. 980/SP, fls. 135.

trar que, em sua concepção original, o exercício do controle de constitucionalidade era uma faculdade, ou dever, atribuído unicamente aos órgãos que integram a estrutura judiciária. Como também foi aqui observado, diversos autores de conhecida reputação no meio jurídico endossaram essa ideia. Contudo, na jurisprudência do STF prevaleceu a opinião contrária: admitiu-se, inclusive em Súmulas de jurisprudência dominante, que os órgãos integrantes da administração pública poderiam negar aplicação a leis que considerem inconstitucionais. Apesar de combatida, essa concepção era razoavelmente fundamentada na limitação da legitimação para o exercício do controle de constitucionalidade na ordem constitucional precedente.

Todavia, com o advento da nova Constituição da República e com a ampliação dos legitimados para a arguição de inconstitucionalidade na via principal, novos problemas surgiram. Alguns autores e uma nova corrente de pensamento buscaram então argumentar a favor da possibilidade de a administração pública exercer a função de controle de constitucionalidade. Como foi observado no segundo item deste trabalho, tais argumentos não resistem a uma leitura mais atenta. A conclusão a que se chegou nesse ponto da argumentação foi então que não há fundamentos convincentes que possam sustentar tal abertura da função de controle de constitucionalidade.

As conclusões a que chega este trabalho são igualmente claras. A primeira e mais óbvia delas é que parece necessário que, não só a doutrina, mas também os integrantes do Poder Judiciário examinem a questão tratada neste artigo com um pouco mais de atenção. No âmbito doutrinário observa-se o surgimento de uma iniciativa, ainda tímida, nesse sentido.[80] Contudo, o Judiciário brasileiro parece ainda não ter atentado para todos os problemas ocasionados pela atribuição da competência de controle de constitucionalidade aos órgãos que integram a administração pública. Hoje o STF tem uma oportunidade de ouro para tanto: no julgamento do Recurso Extraordinário nº 628.075/RG, relator ministro Joaquim Barbosa, foi reconhecida a repercussão geral da possibilidade de os estados destinatários de mercadorias beneficiadas por incentivos fiscais nos estados de origem negarem vigência às leis destes entes federados que tenham instituído o benefício em questão.

A par dos problemas federativo e tributário que se encontram em questão em referido julgamento, está claro que o posicionamento que o Supremo

[80] Em recente trabalho publicado na *Revista CEJ*, Flávio da Silva Andrade procurou trilhar esse caminho: Cf. ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. *Revista CEJ*, Brasília, ano XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011.

venha a tomar depende da análise prévia da seguinte questão: é possível admitir que, sob a égide da Constituição Federal de 1988, chefes do Poder Executivo estadual declarem incidentalmente a inconstitucionalidade de leis e atos normativos editados por outros estados? Observe-se que, apesar de incidental, dita declaração de inconstitucionalidade teria efeitos gerais no estado que eventualmente tenha adotado essa medida. Afinal, bastará uma portaria para que toda a fiscalização tributária desses entes federados considere ilegítimo, por inconstitucional, o benefício concedido no estado de origem. Essa sim é uma consequência complexa e extremamente relevante que, como se percebe, está intimamente ligada à argumentação desenvolvida neste estudo. A resposta a ela, que decorre de toda a argumentação desenvolvida nos itens precedentes, é mais evidente: hoje, a eventual inconstitucionalidade de leis não é um fundamento legítimo para que a eficácia de quaisquer leis ou atos normativos seja suspensa pela exclusiva iniciativa dos chefes da administração pública estadual, municipal ou da União.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The new separation of Powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 634-725, 2000.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *Oxford University Press*, v. 5, n. 4, p. 572-581, 2005.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. *Revista CEJ*, Brasília, ano XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011.

ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ARAÚJO, Nadja Aparecida Silva de. Atuação do Poder Executivo no controle de constitucionalidade: notas de uma interpretação sistemática do direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 158, p. 249-297, abr./jun. 2003.

BARBOSA, Rui. *Os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893.

_____. Ainda o caso Wandenkolk: Sessão de 14 de agosto de 1893. In: _____. *Obras completas de Rui Barbosa*: visita à terra natal e discursos parlamentares. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, v. 20, t. 1, 1948.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the limits of constitutional adjudication*: deconstructing balancing and judicial activism. Heidelberg: Springer, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

_____. *La pregiudizialitá costituzionale nel processo civile*. Milão: Giuffrè, 1957.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

COOLEY, Thomas. *A treatise on the constitutional limitations*. Boston: Little Brown, 1903.

CHRYSSOGONOS, Kostas. *Verfassungsgerichtbarkeit und Gesetzgebung*: zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normenkontrole. Berlim: Duncker und Humblot, 1987.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 170, p. 18-40, out./dez. 1987.

GUSY, Christoph. *Parlamentarischer gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*. Berlim: Dunckler und Humbold, 1985.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. Efeitos do julgamento e coisa julgada em Ações Declaratórias de constitucionalidade: ativismo judicial não declarado. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Direito fundamental à constitucionalidade: difusão e objetividade. *Revista CEJ, Brasília*, n. 54, p. 100-107, jul./set. 2011.

_____. *Interpretação conforme a Constituição*: conceito, técnicas e efeitos. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, e outros escritos sobre a coisa julgada. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia J. Villeneuve, 1857.

PRÜMM, Hans Paul. *Verfassung und Methodik*. Berlim: Duncker und Humblot, 1977.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional nº 3 de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Seleções Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 17-38, jul. 1997.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. t. 6.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *A inconstitucionalidade das leis*: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal, 1891-1898*: defesa das liberdades civis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht:* Stellung, Verfahren, Entschaidungen. Munique: Verlag C. H. Beck, 2010.

SCHLINK, Bernhard. The journey into activism. *Cardozo Law Review*, n. 17, 1996.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STERN, Klaus. *Verfassungsgericht und Gesetzgeber*. Düsseldorf: Westdeutsche Verlag, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: _____. *Direito administrativo econômico*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SANTOS, Jair Lima. O TCU e os controles estatal e social da administração pública. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 33, n. 94, p. 13-47, out./dez. 2002.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Editora Ática, 2000.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University press, 1999.

TROPER, Michel. The logic of justification of Judicial Review. *Oxford University Press*, v. 1, n. 1, p. 99-121, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. *Lua Nova*, São Paulo, n. 42, p. 53-97, 1997.

VITA, Álvaro. *A justiça igualitária e seus críticos.* São Paulo: Martins Fontes: 2007.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAGREBELKY, Gustavo. La giustizia costituzionale. Milão: Il Mullino, 1988.