
DOCTRINA

2011

Poder Executivo. Negativa de Aplicação de Lei Supostamente Inconstitucional: Correntes Doutrinárias. Controvérsia.

Miguel Ramos Campos¹

Introdução

A controvérsia quanto à legitimidade do comportamento do Chefe do Poder Executivo em recusar a aplicação de uma lei sem o prévio reconhecimento judicial de sua inconstitucionalidade é assunto que desde o século passado ainda tem dividido a nossa doutrina especializada, reconhecendo-se a existência de posições doutrinárias divergentes sobre esse tema.

Não se tem a pretensão de esgotar o assunto nesta breve exposição. Ao contrário, busca-se fornecer apenas uma sucinta abordagem sobre as premissas dos posicionamentos doutrinários existentes no cenário nacional e uma brevíssima incursão na doutrina lusitana.

A Controvérsia entre os Posicionamentos Doutrinários

Já se perfilhou outrora do entendimento doutrinário de que seria legítimo ao Chefe do Executivo, visualizando a inconstitucionalidade de

¹ Procurador do Estado do Paraná.

uma lei, notadamente em razão de vício em sua iniciativa, negar-lhe cumprimento, em obediência à supremacia das disposições da Constituição da República.

O poder conferido ao gestor máximo da Administração Pública decorreria do entendimento de que todos os agentes públicos têm o dever de atuar em estrita conformidade com as regras definidas pela Constituição da República.

O fundamento que ainda hoje assenta esse entendimento calca-se na jurisprudência do Pretório Excelso, que reconhece que o Poder Executivo não está obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição até que o Poder Judiciário, devidamente provocado, decida a respeito².

Outro fundamento que embasa essa corrente é a de que os atos estatais trazem em si a presunção de “legitimidade”, não sendo possível ao particular recusar o cumprimento do ato legal sem que antes obtenha do Judiciário a declaração de invalidade da norma. No entanto, com a Administração Pública, a situação seria diversa, porque a presunção de legitimidade militaria em favor de seus atos.

Perfilham dessa corrente os doutrinadores Elival da Silva Ramos³, Hely Lopes Meirelles⁴ e Luís Roberto Barroso⁵, destacando, de maneira geral, que nos ordenamentos onde a Constituição estabelece a sanção de nulidade para as leis que a violem, é irrecusável a competência do Poder Executivo de negar cumprimento à lei inconstitucional. Admitem também

² RTJ 2/386; 3/760; RDA 59/339, 76/51, 76/308, 97/116; BDM 11/600 [...].

³ RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 237.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 538.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70-71.

o uso dessa prerrogativa, *cum grano salis*, os juristas lusitanos J.J. Gomes Canotilho⁶ e José Carlos Vieira de Andrade⁷ e a doutrinadora Ana Cláudia Nascimento Gomes⁸, mas apenas – vale o registro – em situações excepcionalíssimas, como será exposto adiante.

Na mesma linha de raciocínio, já se manifestaram Caio Tácito (“*Anulação de leis inconstitucionais*”⁹) e Francisco Campos (“*Direito Constitucional*”¹⁰).

No entanto, essa corrente de pensamento tem sofrido o embate de uma outra que está em ascensão e que defende uma postura diametralmente oposta, inadmitindo que o gestor público máximo, em razão dos instrumentos disponibilizados pela Constituição da República, afaste a vigência de uma norma que entenda ser inconstitucional, uma vez que é do texto constitucional, ainda que de forma implícita, e do confronto entre esse texto e a norma impugnada que deve ser extraída a resposta para a dúvida desse gestor e, uma vez encontrada esta, se pela inconstitucionalidade da norma, convocar-se de pronto o Poder Judiciário para decidir pelo reconhecimento da invalidade da norma e, conseqüentemente, pela possibilidade de negativa de aplicação do ato legislativo, caso não tenha tido oportunidade de vetá-la quando do nascedouro da norma legal.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 417-418.

⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 233.

⁸ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, p. 117-119.

⁹ TÁCITO, Caio. Anulação de leis inconstitucionais: parecer. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 64, p. 366, abr./jun. 1961.

¹⁰ CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

Sara Meinberg S. de Andrade Duarte¹¹, em trabalho monográfico, cita decisão judicial, da lavra do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gonçalves de Oliveira, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 15.886, que valida com perfeição o entendimento que atualmente é minoritário, do qual, contudo, comungamos. Confira-se o teor do julgado:

A lei é iniciada e votada pelo Congresso Nacional, depois sobe à sanção. Se o Presidente da República, o Governador do Estado ou Prefeito sanciona a lei, parece claro que nem ele nem qualquer funcionário administrativo poderá descumpri-la, sob o fundamento de que é inconstitucional. O momento preciso para repudiar a lei seria o da sanção. O Poder Executivo oporia o veto, então a lei voltaria ao Congresso, às Assembléias ou às Câmaras Municipais, e seria mantida ou não a proposição com o voto qualificado. Este é o nosso regime constitucional.

Portanto, em princípio, a regra é que, sancionando o Presidente da República a lei, ele supre quaisquer deficiências de 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 de seu poder, parece claro que dá-se o consenso pelo Executivo de que a norma seja constitucional. Se o Presidente, no entanto, veta a proposição, ela volta, no caso de lei federal, ao Congresso que, por maioria altamente qualificada de dois terços, manterá ou não o veto. Se mantiver, temos uma lei que o Presidente da República é obrigado a observar, nos termos da Constituição. Este é o princípio do nosso direito constitucional. Às vezes, como no caso de que se trata, há uma questão intercorrente. É que o Presidente veta a lei e o seu veto é rejeitado pelo Congresso Nacional. Surge a questão: o Poder Executivo, o Presidente da República pode opor-se ao cumprimento da lei? Entendo que a lei poderia ser levada ao

¹¹ DUARTE, Sara Meinberg Schmidt de Andrade. **Possibilidade de os Estados-membros editarem, no âmbito da competência legislativa concorrente, lei que afronte normas gerais nacionais que estejam em desconformidade com a Constituição da República, ainda que a inconstitucionalidade das normas gerais não tenha sido reconhecida pelo Poder Judiciário.** Minas Gerais. 2003. 36-37 f. Monografia (especialização em Poder Legislativo) – Instituto de Educação Continuada, Pontifícia Universidade Católica.

conhecimento do Supremo Tribunal Federal, através da Procuradoria-Geral da República. Mas reconheço que essa não é a doutrina corrente.

Aqueles que perfilham do entendimento majoritário, isto é, pela possibilidade de o Chefe do Executivo negar aplicação a uma lei supostamente inconstitucional, apresentam algumas situações que em princípio não seriam respondidas, pelo menos de maneira satisfatória, pela corrente divergente [a minoritária].

Uma dessas situações, em que ainda não há uma resposta razoável para a indagação, seria a seguinte: entre o lapso da vigência de uma lei, que em regra é a partir de sua publicação no Diário Oficial, até a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário ou até a sua suspensão cautelar, seria lícito ao Chefe do Executivo negar cumprimento à norma legal, para evitar graves prejuízos, por exemplo, às finanças e à atuação administrativa do Poder Público?¹² Para a corrente minoritária, a resposta é negativa. Para a doutrina lusitana, anteriormente citada, a resposta seria positiva, sendo essa situação uma das poucas que autorizariam o comportamento não ordinário do Executivo.

É bem verdade que muitas são as implicações decorrentes do cumprimento de uma lei com suspeita de inconstitucionalidade, podendo haver a criação de graves embaraços não só financeiros, mas também administrativos e até políticos. No entanto, não se pode afastar a incidência de um princípio constitucional, que é a presunção da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, ao argumento de estar se defendendo a Constituição, utilizando-se, para tanto, da alegação de que a provável demora na resposta do Tribunal, em controle concentrado, por exemplo, autorizaria a adoção pelo gestor públicos de um comportamento que, a nosso sentir, é inconstitucional. Não se pode cumprir ou deixar de cumprir a Constituição ou o seu arcabouço

¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*

principiológico, de acordo com os percalços processuais ou burocráticos encontrados pela Administração Pública. Ao agir assim, o administrador público acabaria violando, como gizado acima, um outro princípio constitucional, o da força normativa da Constituição¹³.

Sobre a força normativa da Constituição, são esclarecedoras as ponderações de Konrad Hesse¹⁴. Confira-se:

Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, e que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade.

Esse mesmo princípio também ampara – curiosamente – a corrente que defende a possibilidade de negativa de vigência, pois como a Constituição está no topo do ordenamento, sendo, portanto, o fundamento de validade das demais normas, aquelas que forem incompatíveis com a Constituição são nulas ou, segundo o magistério de Themístocles Brandão Cavalcanti, inexistentes¹⁵. Nessa esteira, se o Chefe do Executivo se deparasse com uma lei inconstitucional, poderia facilmente desatendê-la em obediência à Carta Magna. Agir de maneira diferente traduziria, ao ver da corrente majoritária, verdadeiro desprezo à supremacia do texto

¹³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

¹⁴ *Ibid.*, p. 24.

¹⁵ CAVALVANTI, Themístocles Brandão. **Do Controle da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 183.

constitucional e contribuiria para o enfraquecimento da respectiva força normativa da Carta Magna.

No entanto, esse raciocínio perde vigor quando se analisa o controle concentrado de constitucionalidade das leis, pois um dos efeitos do reconhecimento judicial da invalidade de uma norma legal é a retroatividade da declaração que constata o vício.

Logo, ainda que houvesse demora na resposta judicial à pretensão da Administração Pública, haveria [como regra] a concessão de efeito *ex tunc* à decisão proferida pela Corte Judiciária.

Embora não seja esse o tema deste ensaio, lembra-se, apenas, que no sistema brasileiro convivem dois tipos de controle de constitucionalidade das leis, o preventivo e o repressivo, sendo este difuso ou concentrado, regulado pelas Leis Federais nº 5.869/73, 9.868 e 9.882, ambas de 1999, tendo as decisões definitivas – no controle concentrado brasileiro –, como regra, o efeito *ex tunc* e que somente pela maioria qualificada de 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal seria possível a concessão do efeito *ex nunc*.

No controle preventivo, como bem esclarece Alexandre de Moraes¹⁶, objetiva-se impedir que uma norma inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico. No controle concentrado, realizado pelo Judiciário, busca-se retirar do mundo jurídico, ou apenas entre as partes demandantes, uma lei ou ato normativo contrário ao texto constitucional.

Não se pode deixar de citar também os esclarecimentos sempre oportunos de Pedro Lenza¹⁷, citados por Flávio da Silva Andrade¹⁸, que destaca a existência de duas hipóteses em que o controle repressivo é

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 642-643.

¹⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 96.

¹⁸ 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.

realizado excepcionalmente pelo Poder Legislativo. A primeira seria aquela prevista no artigo 49, inciso VI, da Constituição Federal, que estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. A segunda é encontrada no artigo 62 da Carta Constitucional de 1988 que dá respaldo ao Congresso Nacional para rejeitar medida provisória por entendê-la inconstitucional.

O Princípio da Presunção da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos

O princípio da presunção da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, decorrentes do princípio constitucional da Separação e da Independência dos Poderes ou, como preferem alguns, das funções do Estado. Segundo esse princípio, a lei deve ser considerada como constitucional até que o órgão ou tribunal indicado na Carta Magna reconheça a sua inconstitucionalidade e defina os seus efeitos.

Segundo o magistério de Carlos Alberto Lúcio Bittencourt¹⁹: “A lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei [...] e é para todos os efeitos. [...] Submete a seu império tôdas as relações jurídicas a que visa disciplinar e conserva plena e íntegra aquela *fôrça formal* que a torna *irrefragável* [...]”.

Para José Adércio Leite Sampaio²⁰, a inconstitucionalidade de uma lei somente deve ser declarada pelo tribunal ou pelo órgão competente em casos de grave incompatibilidade entre a norma legal e a Constituição, devendo-se aplicar, sempre que possível, a interpretação que mais atenda

¹⁹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 95-96.

²⁰ SAMPAIO, J. A. L. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 210-211.

ao sistema constitucional na busca da preservação da validade do ato legislativo em face da Constituição. E é assim, porque, em princípio, todos os órgãos do Estado agem ou devem agir em conformidade com a Constituição, na busca da realização do bem comum. No mesmo sentido é o magistério de Juarez Freitas²¹.

Portanto, a observância pelo intérprete do princípio em exame significa o respeito não só aos atos legislativos, mas principalmente à Constituição, devendo-se presumir como válidas as leis e os atos normativos emanados do Poder Legislativo até decisão em contrário, do Poder Judiciário. Como se vê, os atos legislativos são protegidos pela Constituição porque, em última análise, representam a vontade do povo.

Em decorrência desse princípio, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo só deve ser declarada em casos de manifesta desarmonia entre a norma legal e a Constituição, devendo-se aplicar, sempre que possível, a interpretação que mais se adéque ao sistema constitucional, buscando-se a preservação da validade da norma [interpretação conforme a Constituição].

O princípio da presunção de constitucionalidade dos atos legislativos teve sua existência reforçada com a entrada em vigor da Constituição de 1988, uma vez que ampliou a legitimidade ativa para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que foi reforçado com a Emenda Constitucional nº 45/2004, considerando o elenco de autores legitimados para o manejo da Ação Declaratória de Constitucionalidade, pois, até em então, era pacífico, senão, ao menos, amajoritário²², o entendimento favorável à livre possibilidade de o Executivo negar aplicação a uma lei que a seu juízo entendesse como inconstitucional.

²¹ FREITAS, Juarez. **A Interpretação sistemática do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 218-221.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REP. n.º 980/SP – REPRESENTAÇÃO. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 21 nov. 1979.

No entanto, com a outorga constitucional da prerrogativa do Chefe do Executivo para o ajuizamento da Ação Direta ou de Ação Declaratória de Constitucionalidade, esta perante o Supremo Tribunal Federal, e, mais ainda, do requerer a concessão de uma medida para imediata suspensão dos efeitos da norma impugnada, que para alguns constitucionalistas contraria o próprio sentido do princípio em exame, a linha de entendimento que defendia a possibilidade de o Executivo deixar de aplicar uma norma com suspeita de inconstitucionalidade sofreu duro golpe, pois teve início a discussão sobre a licitude do comportamento do Chefe do Executivo em desatender a uma norma legal, permanecendo inerte, utilizando-se da estratégia de não aplicação da norma legal ao argumento de sua inconstitucionalidade, toda vez que uma lei ou um dispositivo legal deixasse de atender aos seus interesses.

Os Fundamentos da Corrente minoritária

É fato inconteste que todo o agente público deve pautar a sua conduta em consonância com as disposições da Constituição, mas é certo também que por princípio constitucional todas as leis são presumidamente constitucionais até que o órgão ou tribunal indicado pela Constituição decida de maneira contrária. Claro que a presunção de constitucionalidade é relativa, daí porque a própria Constituição indicou quais os agentes e os órgãos públicos, bem como as entidades arroladas no artigo 103 do diploma constitucional, que detêm a possibilidade de impugnar, mediante o instrumento processual adequado, a validade da norma ou de buscar a confirmação da ausência de qualquer vício nela.

Isso significa que somente mediante a utilização dos mecanismos postos pela própria Carta Magna é que se torna possível o desatendimento de uma norma legal. Não fosse assim, haveria a quebra, a nosso sentir, dos alicerces do Estado de Direito, da segurança jurídica e da autonomia do Legislativo, já que esse Poder ficaria à mercê do Executivo, na exata medida em que as leis discutidas e votadas pelos parlamentares poderiam

ser tranquilamente descumpridas pelo Chefe do Executivo sempre que as reputasse, segundo a sua valoração pessoal ou política, como inconstitucionais.

Essa “liberdade” do administrador público não pode mais ser tolerada diante do atual panorama constitucional.

Segundo o magistério de Gilmar Ferreira Mendes²³, Ministro da Suprema Corte Brasileira, a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo descumprir uma lei ao argumento de sua inconstitucionalidade só seria admissível se não houvesse meios eficazes e suficientes postos pelo ordenamento jurídico para o resguardo do seu entendimento.

A atual Carta Republicana, como gizado alhures, prevê instrumentos adequados e eficazes para esse mister, como as ações diretas, conjugadas com a possibilidade de concessão da medida cautelar, que, a nosso sentir, não contraria o sentido do princípio da presunção da constitucionalidade das leis, pois a decisão final no controle de constitucionalidade terá como regra efeito *ex tunc*, não sendo mais, portanto, razoável admitir a manutenção da vetusta prerrogativa do Executivo ante o novo quadro constitucional. Milita desse entendimento o consagrado jurista Zeno Veloso²⁴. Esse publicista ainda vai além, pois deixa antever que a postura do Executivo, de negar a aplicação de uma lei, por entendê-la como inconstitucional, sem qualquer respaldo do Judiciário, faria com que esse Poder, a quem cabe, por competência constitucional, a função jurisdicional, bem como a defesa da Constituição, aguardasse provocação para se manifestar acerca da [in] constitucionalidade da lei, enquanto o Chefe do Poder Executivo poderia fazê-lo de ofício²⁵.

²³ MENDES. **Jurisdição constitucional**: na Alemanha Paulo: Saraiva, 19, p. 135.

²⁴ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: conforme as Leis n.º 9.868 de 10/11/99 e n.º 9.882 de 03/12/99. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, -328.

²⁵ Ibid.

Inteira razão possui esse doutrinador, pois em Estados democráticos como o nosso, a relação criada entre a lei e a Constituição é de mútua confiança. Em situações em que a lei é questionada, a Constituição dá a ela o benefício da dúvida, de modo que se a interpretação do diploma legal permitir que as suas disposições possam ser interpretadas de maneira válida, ou seja, como constitucionais, deve assim fazê-lo o intérprete em respeito à vontade popular e em obediência ao princípio constitucional da presunção de constitucionalidade dos atos legais, da força normativa e da conformidade funcional²⁶.

Aliás, é uniforme o entendimento da corrente doutrinária exposta [minoritária] de que a recusa à aplicação da lei, pelo Chefe do Poder Executivo, sempre foi tolerada, à medida que o ordenamento não apresentava uma solução satisfatória para a questão.

Contudo, a partir da Constituição de 1988 e tendo em conta à ampliação, como visto, da legitimidade para propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou de uma Declaratória de Constitucionalidade, tornou-se inevitável o reconhecimento da usurpação, pelo Executivo, de uma função constitucionalmente atribuída ao Judiciário, quando o Chefe daquele Poder determina a não aplicação de uma norma legal ao argumento de conter ela vícios que a tornem inconstitucional.

Alberto Xavier²⁷ segue essa linha de entendimento quando destaca que diante do atual panorama constitucional não é mais tolerável admitir-se a negativa de aplicação pura e simples de uma lei por entendê-la ser detentora de vício de inconstitucionalidade.

Comunga-se da ideia de que a manutenção do entendimento majoritário, ante o novo quadro constitucional, traz insegurança jurídica,

²⁶ Novelino, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 79.

²⁷ XAVIER, Alberto. **Princípios do processo administrativo e judicial tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 82.

porque as leis poderiam ser, em tese, “licitamente” descumpridas, sob o fundamento da inconstitucionalidade, toda vez que o Executivo se sentisse “incomodado” com as suas disposições.

Nessa esteira, parece ser mais adequada e razoável, notadamente em obediência à principiologia que informa o nosso atual sistema constitucional, a de que o administrador público máximo só pode negar aplicação de uma lei que entenda colidente com o texto constitucional, recusando-se, portanto, a executá-la, após obter um pronunciamento, ainda que cautelar, do órgão jurisdicional competente e pelos instrumentos constitucionais adequados. Essa pelo menos deveria ser a regra. Em outras palavras, enquanto não houvesse uma manifestação seja do Supremo Tribunal Federal, seja do Tribunal de Justiça local, não seria possível ao Chefe do Executivo determinar aos órgãos da Administração Pública a não aplicação de uma norma legal que, a seu ver, fosse inconstitucional.

Enfatiza-se o caráter salutar da adoção desse entendimento, na exata medida em que o Chefe do Poder Executivo pode propor, em controle repressivo, o imediato ajuizamento uma Ação de Inconstitucionalidade ou uma Declaratória de Constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal ou da Corte de Justiça local, para a pacificação da controvérsia existente.

O princípio constitucional da presunção de constitucionalidade dos atos legais faz com que não só o administrador público como também o aplicador judicial busque no texto constitucional regras que estabeleçam as áreas de competência privativa dos demais poderes. Contudo, quando o texto e o sistema normativo não fornecerem resposta segura sobre as áreas de competência privativa dos órgãos de direção política, o Poder Judiciário deve ser convocado para estabelecer esses limites, por meio dos critérios definidos pela Constituição.

Não há mais lugar, assim, para o vetusto argumento de que a demora na solução da ação constitucional poderia ocasionar severos prejuízos à Administração Pública, notadamente de ordem financeira.

A Lei Federal nº 9868/99²⁸, nos artigos 10 e 12, estabelece trâmite abreviado para as ações diretas com requerimento cautelar, *verbis*:

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

[...]

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Mas, por mais célere que seja o trâmite da ação de inconstitucionalidade, com pedido cautelar, não se desconhece a realidade de que ainda assim existe um lapso temporal entre a propositura e o eventual deferimento da cautelar. A dúvida é se durante esse período, para salvaguardar o princípio da supremacia da Constituição e o próprio Erário, poderia o Chefe do Executivo determinar a não aplicação da norma legal.

No entanto, mesmo nessa situação, que por óbvio não se desconhece, como bem destacado em artigo científico da lavra da exímia Procuradora do Distrito Federal, Cristiana de Santis Mendes de Farias Mello²⁹, crê-se que ainda assim deveria se tutelar o respeito ao ato legislativo, salvo evidente erro grosseiro ou com escancarada demonstração de vício material ou formal no diploma legislativo.

²⁸ BRASIL. **Lei n.º 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

²⁹ MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. **O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis**. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/798/667>>. Acessado em 07.Jul.2011.

Afinal, a regra no atual panorama constitucional, a nosso ver, é a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, e, portanto, o afastamento da aplicação de uma norma legal exige a declaração judicial de sua inconstitucionalidade, com todas as consequências procedimentais advindas dessa situação. Ao agir dessa maneira, crê-se que se reduziriam em muito os juízos de constitucionalidade arguidos pelo Executivo, muitas vezes baseados em interesses não vinculados ao bem geral, com grave afronta ao Estado Democrático de Direito³⁰.

Tanto é o respeito da Constituição da República a uma norma legal que a Carta Magna impôs, como requisito de validade da decisão que vier a reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma legal, o atendimento da cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal de 1988³¹, que determina que: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

Consequência dessa cláusula constitucional é que os Tribunais pátrios somente poderão declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, seja pelo controle difuso ou concentrado, por meio de sua composição plenária, ou seja, pela maioria absoluta de seus Membros ou pela maioria absoluta dos Membros de seu órgão especial.

O desrespeito à cláusula de reserva de plenário pelos órgãos fracionários dos Tribunais brasileiros já levou o Supremo Tribunal Federal, em razão de jurisprudência consolidada, a editar a Súmula Vinculante nº 10³², publicada no Diário Oficial da União, de 27/06/2008, p. 1, vazada com o seguinte teor: “Viola a cláusula de reserva de plenário [CRFB, art.

³⁰ *Idem.*

³¹ BRASIL. Constituição [1988]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 10.

97] a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

A Súmula 10 do Supremo Tribunal Federal tem objetivos bem definidos: primeiro, a determinação para que seja respeitada a cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade de uma norma; segundo, a de que no ordenamento jurídico brasileiro a negativa de vigência de uma lei só pode ocorrer mediante a declaração jurisdicional de inconstitucionalidade em controle de constitucionalidade.

Significa dizer, portanto, que o ato inconstitucional, não sendo declarado como tal pelo Tribunal constitucionalmente habilitado, deve continuar a gerar seus efeitos.

Sobre o tema, são esclarecedoras as ponderações apresentadas por Lucécia Martins Soares³³. Confira-se:

[...] se o Poder Executivo teria a faculdade de descumprir lei por ele reputada inconstitucional –, vários são os problemas que daí emergem. O raciocínio, caso aplicássemos o silogismo lógico, seria o que segue: se à Administração só é permitido fazer ou deixar de fazer o que está expressamente autorizado por lei, se é próprio da sua função emitir comandos complementares à lei, como seria possível desta se distanciar para, inclusive, questionar acerca de sua constitucionalidade?

A maior parte dos doutrinadores que sobre o assunto já se manifestaram e que defendem a possibilidade do descumprimento de norma inconstitucional pelo Poder Executivo sustenta suas teses na hierarquia existente entre a Constituição e o texto de lei infraconstitucional. [...]. Alguns autores resolvem diferentemente o caso, alegando que o Poder Executivo deve pressupor a constitucionalidade da lei, até que o Poder Judiciário a negue. Tal solução não satisfaz, porque se o Presidente da República reconhece a existência da contradição entre a lei fundamental e o projeto de lei ordinária, deve aplicar a primeira, sob pena de admitir sua derrogação pela segunda, o que é inconcebível nos países de constituição rígida. Usará, pois, do poder de vetar os projetos, que lhe confere a Constituição, no art. 81, IV.

³³ SOARES, Lucécia Martins. Poder Executivo e Inconstitucionalidade de Leis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. RT 2002, n. 39.

[...]

Se na prática o descumprimento sempre foi aceito, não tanto por sua justificativa jurídica, mas sim pela pragmática, agora o ordenamento jurídico passou a prever uma solução para se resolver o problema sem se colocarem em risco o Estado de direito e a separação dos poderes, qual seja: a proposição de ação direta de inconstitucionalidade para ver retirada do sistema jurídico uma lei reputada inconstitucional, mas pelo órgão competente para fazê-lo.

Enfim, é oportuno o registro feito pelo professor André Ramos Tavares³⁴ sobre a evolução histórica da prerrogativa do Executivo em negar cumprimento à normal legal quando constata a sua inconstitucionalidade:

Na evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, uma argumentação contrária à aceitação do controle de constitucionalidade pelo Executivo, fora do Judiciário, passou a firmar-se após a EC 16/65, justamente porque a partir desta ter-se-ia uma tarefa específica e exclusiva nesse sentido, atribuída ao S.T.F.. Posteriormente, passou-se a admitir o controle pelo Executivo, especialmente porque a legitimidade para alcançar o S.T.F. era apenas do Procurador-Geral da República, o que não permitia a adoção dessa medida pelo Executivo. Por fim, com a Constituição de 1988, volta-se, em geral, às teses mais restritivas, exatamente pelo alargamento de legitimidade ativa que esta promove, ao admitir o Chefe do Executivo federal e dos Executivos estaduais [...]

Conclusão

Como se vê, a controvérsia sobre a licitude do comportamento do Chefe do Poder Executivo em recusar a aplicação de uma lei sem o prévio reconhecimento jurisdicional de sua inconstitucionalidade ainda está longe de ser apaziguada. Em alguns momentos, pode-se verificar que o fundamento

³⁴ TAVARES, André Ramos. **O tratamento da Lei Inconstitucional pelo Poder Executivo**. Boletim do Legislativo, v. 40, p. 460-468, 2008.

tanto para o cumprimento como para o descumprimento das normas legais é o mesmo, variando o entendimento das correntes doutrinárias expostas de acordo com a óptica de suas premissas.

No entanto, o que importa é a compreensão da Constituição como norma fundamental, de observância obrigatória por todos os agentes públicos e por todos os entes da Federação.

É evidente que as normas infraconstitucionais não podem estar em desarmonia com os valores e as disposições da Carta Magna. Mas essa conclusão não autoriza o Chefe do Executivo, a seu talante, negar a aplicação de uma norma legal.

Se antes da Constituição da República, de 1988, era admissível ao gestor público, sem qualquer embaraço, negar o cumprimento de uma lei, após a Constituição de 88, essa prerrogativa passou a sofrer questionamentos quanto ao seu cabimento.

De toda sorte, a postura majoritária, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, ainda é pela possibilidade de o Chefe do Executivo recusar a aplicação de uma lei se entendê-la como inconstitucional e isso sem a prévia manifestação judicial. Ao agir dessa maneira, pensa essa corrente [majoritária] estar garantindo a eficácia e a efetividade das normas constitucionais e da própria segurança jurídica.

Em arremate, é oportuno transcrever a citação feita por Elival da Silva Ramos³⁵ que, de certa forma, atende, como “meio termo”, às duas correntes doutrinárias sobre o tema, *verbis*:

Nessas hipóteses, parece-nos razoável admitir que o Chefe do Executivo pode recusar-se a cumprir a lei *sub judice* apenas até o julgamento do pedido de medida cautelar, por ele próprio formulado. Se o Pretório Excelso acolher o pedido, a execução da lei doravante estará suspensa por força de concessão da medida cautelar, com eficácia *erga omnes*. Se ao contrário, o rejeitar, estará recusando o

³⁵ RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994, 237.

fumus boni iuris da arguição ou os danos que a execução temporária da lei possa provocar (*periculum in mora*), juízo esse que deve ser acatado pelo Chefe do Poder Executivo requerente.

Como se vê, a proposta de que somente em situações realmente excepcionais, a exemplo do entendimento defendido pela doutrina lusitana, como no caso de uma lei com flagrante e incontestável vício de iniciativa, é que se poderia admitir a recusa ao seu cumprimento, e isso durante o período entre o ajuizamento da ação constitucional e a resposta, ainda que cautelar, do Judiciário. Enquanto não proposta a ação, o dever do gestor público máximo e dos demais agentes públicos seria pelo cumprimento da norma.

Tem-se, enfim e em conclusão, que diante do atual panorama constitucional, o cumprimento ou não de uma norma legal, com suspeita de vício de inconstitucionalidade, deve, como regra, ficar a cargo do Poder Judiciário.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais..** Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada.** Editora Saraiva, 3. ed.

BARROSO, Luís Roberto. **30 controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso. O controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos municipais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 10, 1977.

BATISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINEMBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro:Forense, 1968.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Lei Federal nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º art. 102 da Constituição Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 10.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REP. nº 980/SP – REPRESENTAÇÃO. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 21 nov. 1979.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAVALVANTI, Themístocles Brandão. **Do Controle da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

COOK JUNIOR, Peter John Arrowsmith. A Recusa a aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 136, p. 355-359, out./dez. 1997.

DUARTE, Sara Meinberg Schmidt de Andrade. **Possibilidade de os Estados-membros editarem, no âmbito da competência legislativa concorrente, lei que afronte normas gerais nacionais que estejam em desconformidade com a Constituição da República, ainda que a inconstitucionalidade das normas gerais não tenha sido reconhecida pelo Poder Judiciário.** Minas Gerais. 2003. 36-37 f. Monografia (especialização em Poder Legislativo) – Instituto de Educação Continuada, Pontifícia Universidade Católica.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação sistemática do Direito.** 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 7. ed. São Paulo: Atual, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. **O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis.** Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/798/667>>. Acessado em 07.jul.2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 1999.

- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Estudos de Direito Constitucional**. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Altas, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed., São Paulo: Editora Método, 2009.
- RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SAMPAIO, J. A. L. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SANTOS, Daniela Saraiva Lacerda. O Princípio da Proporcionalidade. In: PEIXINHO, Manoel Messias e outros (Org.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- SOARES, Lucécia Martins. Poder Executivo e Inconstitucionalidade de Leis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Revista dos Tribunais, 2002, n. 39.
- TÁCITO, Caio. Anulação de leis inconstitucionais: parecer. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 64, p. 366, abr./jun.1961.
- TAVARES, André Ramos. O tratamento da Lei Inconstitucional pelo Poder Executivo. **Boletim do Legislativo**, v. 40, p. 460-468, 2008.
- VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade: conforme as Leis nº 9.868 de 10/11/99 e nº 9.882 de 03/12/99**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- XAVIER, Alberto. **Princípios do processo administrativo e judicial tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.