

IDP - BIBLIOTECA

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

Da Impossibilidade de Controle de
Constitucionalidade pelo Poder Executivo

Gerson Gomes Pereira

Brasília - DF

Da Impossibilidade de Controle de Constitucionalidade pelo Poder Executivo

Gerson Gomes Pereira

Orientador: Prof^o Dr. Inocêncio Mártires Coelho

Monografia final de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP para obtenção do título de Especialista em Direito Público – válido nacionalmente, nos termos da Resolução CNE/CES 01/2001 - MEC.

Área de Concentração: Direito Constitucional/Controle de Constitucionalidade.

IDP - Brasília
julho de 2006

COTIDIANO

Patrício, bem nascido e com estudos incompletos, é morador da avenida Nossa Senhora de Fátima, domínios da aristocracia piauiense.

Todos os dias as coisas são assim:

Pela manhã, não vê a manhã, o sono é demorado...

À tarde, que tarde!?. O sol é abrasador.

Quando chega a noite, não existe noite, até que o conhaque suave evapore e lhe devolva as cores da vida.

Na avenida Marechal Castelo Branco, sobe as calçadas; e porque não morreu, é agraciado com um contra-cheque Estadual no fim do mês.

E Patrício não é Burguês!

É só patrício, mais uma vez. (Gerson Gomes Pereira)

Agradeço especialmente aos amigos e companheiros de trabalho, Dr. Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho e Dr. Francisco Alves do Nascimento, pela paciência e pelos esclarecimentos travados durante o convívio em república na cidade de Brasília.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 05 |
| CAPÍTULO 1 | |
| SEPARAÇÃO DOS PODERES | |
| 1.1 A HEGEMONIA DO PODER LEGISLATIVO | 08 |
| 1.2 O PODER JUDICIÁRIO E O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO | 09 |
| CAPÍTULO 2 | |
| CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE | |
| 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA | 16 |
| 2.2 PODER JUDICIÁRIO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DE 1988 | 18 |
| CAPÍTULO 3 | |
| PODER LEGISLATIVO | |
| 3.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REPRESSIVO EXCEPCIONAL | 22 |
| CAPÍTULO 4 | |
| PODER EXECUTIVO | |
| 4.1 CONTROLE REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE | 24 |
| CAPÍTULO 5 | |
| ÓRGÃOS AUTÔNOMOS | |
| 5.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE | 52 |
| CONCLUSÃO | 70 |
| BIBLIOGRAFIA | 77 |

INTRODUÇÃO

O objeto desse estudo é o controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. O tema é abordado tanto no Direito Constitucional como no Direito Administrativo, porquanto envolve a competência do Supremo Tribunal Federal e a legalidade do ato administrativo que afasta a aplicação da lei. Inicialmente, a pesquisa cuida de aspectos genéricos relativo à Separação de Poderes, procurando demonstrar a evolução e apogeu de cada um, nada obstante funcionarem de forma harmônica e independente entre si.

Em verdade, busca-se revelar como, em cada momento da história, por influência de fatores políticos, econômicos e sociais, determinado poder concentrava as decisões e emitia a última palavra.

A hegemonia do Executivo teve seu apogeu durante o absolutismo. Basta lembrar que o Poder Judiciário esteve por muito tempo sob o controle indisfarçado do Poder Político. A história registra que, antes da Idade Moderna, a Justiça não pertencia ao Estado. Na Idade Média, durante o regime feudal, existiam os “senhores jurisdicionais”, que concentravam nos seus territórios as funções de julgar, legislar e executar. No Estado Moderno, o Poder Político dominava o Poder Judiciário, servil e dependente daquele, mormente em virtude de fatores econômicos.

CONSTITUCIONALIDADE PELO PODER EXECUTIVO. Nesse capítulo serão examinados diversos posicionamentos contra e a favor do controle pelo executivo, com incursões jurisprudenciais, legais e doutrinárias.

Ao derradeiro, cuidaremos, no capítulo 5, dos órgãos autônomos e o controle de constitucionalidade por eles efetivado, não esquecendo de revelar os problemas causados com as decisões administrativas favoráveis ao administrado, porquanto o Judiciário brasileiro vem entendendo que falece interesse de agir para a Administração anular atos prolatados por órgãos a ela vinculados.

CAPÍTULO 1

DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

1.1 A HEGEMONIA DO PODER LEGISLATIVO

Como se sabe, o Estado liberal clássico, diante de sua finalidade principal de garantir a liberdade dos cidadãos, foi marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada. A lei não deveria tomar em consideração as diferentes posições sociais, pois o fim era dar tratamento igual às pessoas apenas no sentido formal. Foi esse contexto que levou Montesquieu a dizer que o “juiz não deve ser mais do que a boca da lei”. Também dessa época é a lei que capitulava como crime de prevaricação a não aplicação de lei pelo juiz; bem assim a que instituía o referendo legislativo, quando houvesse, por 3 (três) vezes, disputa sobre o significado da lei. Nesse caso o juiz deveria enviar a questão ao parlamento para dizer qual seria o real significado da lei. O Brasil sofreu influência desse modelo, a saber, na Constituição de 1934.

Nesse particular, traduziu retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tivesse modificado o controle difuso, permitiu que, em sendo declarada a inconstitucionalidade de lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo ou ao interesse nacional, tal lei poderia ser novamente submetida ao Parlamento. Se este a confirmasse por dois terços dos membros de ambas as Casas, tornar-se-ia insubsistente a decisão do Tribunal. Vê-se, pois, que a última palavra era dada pelo Legislativo.

É relevante perceber que, nessa época, quem dizia, em última instância, o conteúdo da lei era o parlamento. O parlamento era considerado a sede da democracia porque formado pelos representantes do povo. A lei deveria ser, ao mesmo tempo, “clarividente e cega” (Montesquieu. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultura, 1973. p. 160).

Dessume-se, pois, que essa intenção teve repercussão sobre o Estado-Juiz, uma vez que de nada adiantaria formatar a atividade do legislador e permitir ao juiz interpretar a lei em face da realidade social. Dizia Montesquieu, então, que o julgamento deveria ser apenas um “texto exato da lei”, pois de outra maneira constituiria “uma opinião particular do juiz” e, dessa forma, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”. Nesse passo, definiu o juiz como a *bouche de la loi* (a boca da lei) e concluiu, no seu célebre “Do espírito das leis”, que os juízes de uma nação não são “mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (Montesquieu. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 160).

Todo esse cenário tem a ver com o histórico da burguesia após a Revolução Francesa. Havia a necessidade de se buscar mecanismos para que sua vontade permanecesse em face da vontade da aristocracia. Aliás, como os magistrados anteriores à Revolução Francesa eram considerados aliados da nobreza e do clero, a burguesia nutria justificada desconfiança em relação aos juizes. Daí mais uma razão para se pretender manter o Judiciário submisso ao Legislativo e destituído de poderes de execução. Logo, para vencer essa resistência criou-se essa ideologia, a lei vale mais do que o rei. Esse princípio da supremacia das leis é a grande novidade do século XIX, sobretudo pela influência nas sociedades futuras.

1.2 O PODER JUDICIÁRIO E O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

O Poder Judiciário esteve por muito tempo sob o controle indisfarçado do Poder Político. A história registra que, antes da Idade Moderna, a Justiça não pertencia ao Estado. Na Idade Média, durante o regime feudal, existiam os “senhores jurisdicionais”, que concentravam nos seus territórios as funções de julgar, legislar e

executar. No Estado Moderno, o Poder Político dominava o Poder Judiciário, servil e dependente daquele, mormente em virtude de fatores econômicos.

Em alguns países, o Poder Judiciário conseguiu manter sua altivez e independência. Cite-se o caso da Inglaterra, cujos magistrados se insurgiram contra práticas despóticas e absolutistas.¹

Na França, diferentemente da Inglaterra, o Poder Político reinou absoluto sem interferência da autoridade judiciária após a Revolução Francesa (1789). Registre-se que até hoje naquele país o Judiciário não é um Poder do Estado, sendo os seus juízes funcionários públicos com o *status* de autoridade. Da Revolução Francesa pode-se extrair conceitos como a forma republicana constitucionalista de governo, o direito codificado e as clássicas liberdades. A influência de Hobbes foi marcante na construção daquele modelo, porquanto defendia o Estado (Leviatã) como criador absoluto do Direito, a fim de garantir a paz social, já que o homem, em estado de natureza, agia como fera, preferindo ceder ao Estado através de um contrato o poder de garantir a segurança das pessoas.

Esse breve esboço histórico registra a fragilidade com que foi forjado o exercício do controle judicial, figurando este Poder mais como controlado do que como controlador. De qualquer modo, a doutrina dos freios e contrapesos nos remete a esse exercício recíproco de controle entre Poderes, o que é salutar porque a separação das

¹ Luiz Flávio Gomes (1997, p.54) retrata alguns fatos da época: "De acordo com a narração de Giner (*História del pensamiento social*), diante das pretensões absolutistas, levantou-se o juiz supremo do reino, Edward Coke, que é um dos constitucionalistas mais importantes anteriores à Revolução americana. Como o Parlamento não era convocado com regularidade, os tribunais ingleses ganharam muita importância como único refúgio para expressar os desejos dos súditos. Coke insistiu na doutrina democrática da supremacia da lei, e afirmou que a lei emanava das decisões dos tribunais, com o que colocava a soberania nas mãos dos juízes e subordinava, até mesmo, a autoridade do rei à *common law* da Inglaterra [...] cabe ao tribunal decidir se uma lei promulgada pelo Parlamento é ou não justa; o mesmo pode-se dizer do rei. A revisão judicial da constitucionalidade das leis e decisões é uma idéia que era comum entre os advogados da época de Coke, em defesa da liberdade contra o absolutismo."

funções estatais não elimina a concepção clássica de que o Estado deve ser observado em seu todo. Apenas há uma divisão de tarefas entre setores especializados, de forma que um complementa as lacunas do outro. Não se deve imaginá-los confrontando-se em detrimento do objetivo maior por que foram idealizados.

Situação curiosa e problemática surgiu como decorrência dos postulados da própria teoria da separação dos poderes. Como para os liberais o que importava era a vontade do povo, não havia como considerar a Lei Magna superior a todas, por isso era possível aplicar uma lei, mesmo que contrária à constituição, porque a lei era a expressão da vontade do povo.

Criou-se, então, a figura do primeiro ministro, que vai gerir a coisa pública. Esse primeiro ministro era escolhido entre os membros do próprio parlamento. Assim, a classe que dominava o parlamento também formava o quadro principal do executivo.

Veio a primeira questão: como ficam as minorias? Se as maiorias fazem as leis e ainda as executam, quem protegerá as minorias? Desse embate, acentuado pela imposição das idéias das maiorias, que não encontravam limites nas vontades da minoria, já que não existia uma Constituição forte capaz de frear o ímpeto da classe dominante, surgiram as primeiras idéias Constitucionalistas.

Pensadores como Hesse, Carl Schmitt, que diziam que era preciso encontrar uma força para a constituição, foram decisivos na elaboração e fortalecimento das Constituições.

Das lições de Ferdinand Lassale se extrai que a Constituição é a soma dos fatores reais de poder que comandam a nação, logo não a reconhece como o simples texto escrito, o qual não tem validade, mas, sim, o conjunto dos poderes: religioso, político, econômico, militar e outros que, efetivamente, comandem um Estado.

Essa noção, porém, não despreza a Constituição escrita, mas apenas condiciona a sua eficácia à identidade com a Constituição real. Dessarte, a Constituição escrita, jurídica, seria apenas a passagem para o papel das reais concepções, aspirações e objetivos da sociedade, conduzida pela ação dos fatores reais de poder, que forma a Constituição real. A constituição não-escrita é formada por um conjunto de costumes, tradições, convenções jurisprudências e partes escritas.

Carl Schmitt, por sua vez, entendia-a como sendo a opção política fundamental, não a Constituição em si, o texto final, o documento produzido, mas sim o ato de escolha, isto é, o ato de vontade de se dar à nação uma nova Constituição.

Assim, a vontade do rei, nas monarquias, e a constituição de uma assembléia constituinte, nas repúblicas, é que seriam Constituição, e não o produto da sua atuação. Dessa forma, apenas a decisão política fundamental seria Constituição, o restante seriam leis constitucionais, apesar de estarem inseridas no Texto Maior.

Ao derradeiro, podemos citar Hans Kelsen, para quem a constituição era uma norma jurídica superior e que funciona como fundamento de validade de todas as demais leis.

Todas essas colaborações serviram para fortalecer o movimento constitucionalista e, assim, “garantir” o respeito aos direitos fundamentais a duras penas inseridos nas Cartas Magnas.

No final da segunda guerra mundial, buscando-se evitar o abuso da vontade das maiorias, as constituições receberam um capítulo de direitos fundamentais, cujo vetor foi a dignidade da pessoa humana. A pessoa deve ser protegida sempre, mesmo contra a vontade das maiorias democráticas.

Era o que hoje muito bem define João Baptista Herkenhoff como sendo “os direitos fundamentais”, isto é, aqueles que o homem possui pelo fato de ser

homem, pela sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir” (HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994. v. 1. cit. p. 30).

Percebe-se, com isso, que já não era mais possível creditar todo o poder ao Legislativo. A inclusão dos direitos fundamentais, bem como dos meios de protegê-los fez surgir a necessidade de um poder equidistante das maiorias e minorias. Respeitá-los agora era questão de ordem, significava o progresso, afinal, era a própria Constituição que estava em jogo e sem ela não havia falar em Estado moderno forte e promotor da igualdade entre os cidadãos. Foi assim que o Poder Judiciário ganhou força e se fez imprescindível.

Hodiernamente o Estado, através do Poder Judiciário, exerce a função jurisdicional, substituindo a atividade privada na composição das lides.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente. A independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, incluindo aí o direito à tutela judicial e o direito ao processo e ao julgamento por um Tribunal independente e imparcial.

A consolidação do Controle de Constitucionalidade nas mãos do Poder Judiciário foi impulsionada com sua incorporação, no direito constitucional americano, em 1803, depois da decisão do *Chief Justice* Marshall no célebre caso *Marbury v. Madison*.

Já era corrente na jurisprudência juízes se julgarem competentes para dizer da constitucionalidade das leis. A competência dos juízes encontrava-se latente no Texto Constitucional, embora o controle de constitucionalidade não fosse contemplado de modo expresso.

Hamilton, nos artigos do *The Federalist*, já sustentava a competência judiciária para a interpretação das leis e que a Constituição deveria ser vista pelos juízes como lei fundamental, com preferência sobre a lei ordinária.

A tese de Marshall acabou por se incorporar definitivamente à experiência constitucional americana. Em síntese, defendia que a Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas normas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura, e como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

O núcleo do modelo americano de fiscalização de constitucionalidade reside, pois, no fato de que qualquer juiz chamado a decidir um caso em que seja relevante uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e, ao invés, aplicar a segunda (é o controle difuso). A funcionalidade do modelo repousa no princípio do *stare decisis*, na força vinculante das decisões judiciais.

Por força desse princípio, no momento que a Suprema Corte decide a respeito de qualquer questão constitucional, sua decisão é vinculante para todos os demais órgãos judiciais. Basta isso para que a decisão, envolvendo um caso concreto, acabe por adquirir eficácia *erga omnes*. Uma vez desaplicada pela Corte Suprema por inconstitucional, uma lei americana, embora permanecendo *on the books*, é tornada *a dead law*, uma lei morta.

Foi nesse momento que ficou reconhecida a superioridade da constituição sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico. Nos termos predicados, sempre que houver uma lei contrária à constituição, caberá ao Poder Judiciário, porque isso é da natureza da atividade judiciária, recusar a aplicação dessa lei.

Essa atividade de exclusão de uma lei inconstitucional é típica do juiz, ele precisa fazer esse juízo para entregar o bem da vida ao jurisdicionado. E mais, caberia ao Judiciário dar a última palavra sobre a constitucionalidade das normas jurídicas.

Nos Estados Unidos a força jurídica da constituição vai ser reconhecida da mesma forma que na Europa, e pela mesma razão, qual seja, a proteção das minorias.

Vê-se, pois, que a separação dos poderes não é a absorção de um princípio abstrato, não é uma idéia acadêmica. Antes, é o modo como os poderes se relacionam. O que se protege é a relação entre os poderes.

No Brasil, o próprio Supremo Tribunal Federal cravou posição no sentido de que a independência do judiciário constitui cláusula pétrea, já que sem ela o judiciário não poderá desempenhar suas funções (MS 21273 – STF). Com efeito, entendemos que, sendo uma cláusula pétrea a independência dos Poderes e estando o controle abstrato afetado às funções jurisdicionais, constitui usurpação de sua competência o exercício desse controle por qualquer outro órgão, ressalvadas as exceções legais.

CAPÍTULO 2

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A Constituição Imperial de 1824 não tratava do controle jurisdicional de constitucionalidade, mas apenas previa competir ao Poder Legislativo (soberano) zelar pela Constituição. O monitoramento era, portanto, político e, ainda assim, superficial, já que o Imperador possuía ingerência total sobre os demais poderes, detentor que era do Poder Moderador. A Constituição da época tinha dispositivos alteráveis via lei ordinária.

O controle jurisdicional de constitucionalidade passou a ser instituto do direito positivo brasileiro a partir da Constituição Republicana de 1891, que o estabeleceu sob a forma difusa e por exceção, força da influência exercida pela Constituição Americana.

De seguida tivemos a Constituição de 1934, que manteve o controle de constitucionalidade difuso, mas trouxe três inovações: a) a representação de inconstitucionalidade interventiva; b) a regra da reserva de plenário (quorum especial) para decretação da inconstitucionalidade pelos tribunais; c) a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Adiante, sucedeu a Constituição de 1934, de forma autoritária e centralista, a Constituição de 1937 (Estado Novo), considerada um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tivesse modificado o controle difuso, permitiu que, em sendo declarada a inconstitucionalidade de lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo ou ao interesse nacional, tal lei poderia

ser novamente submetida ao Parlamento. Se este a confirmasse por dois terços dos membros de ambas as Casas, tornar-se-ia insubsistente a decisão do Tribunal.

Por sua vez, a Constituição Democrática de 1946 restaurou o sistema de 1934 e, via EC Nº 16/65, trouxe grandes inovações: instituiu o controle abstrato, por meio da ação (ou representação) direta de inconstitucionalidade, contra lei em tese (estadual ou federal), conferindo unicamente ao Procurador-Geral da República a legitimidade ativa; estabeleceu o controle de constitucionalidade pelos tribunais de justiça, competentes para julgar inconstitucionalidade de lei municipal perante a Constituição do Estado; ainda, disciplinou a apreciação de recursos extraordinários por fundamento constitucional.

Ao derradeiro, a Constituição de 1967 não modificou sensivelmente o sistema então existente. Apenas ampliou a representação interventiva, para também 'prover à execução de lei federal'. A EC Nº 1/69 previu: o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da constituição estadual, para fins de intervenção estadual no município e a EC Nº 7/77 introduziu a representação de interpretação de lei/ato normativo federal/estadual junto ao STF, tendo como único legitimado o Procurador-Geral da República. A mesma emenda consagrou a possibilidade de o STF deferir medida cautelar em representação de inconstitucionalidade.

Nota-se, pois, que até então o Procurador-Geral da República era o único legitimado para propor ações com vistas ao controle de constitucionalidade. Esse dado é de suma importância para este trabalho, já que para a maioria esmagadora da doutrina esse é o fundamento para se permitir ao Executivo exercer o controle repressivo de constitucionalidade.

Desse fundamento serviu-se, inclusive, o STF, conforme demonstraremos adiante, antes da Constituição de 1988, para permitir aos Governadores de Estado deixarem de aplicar lei sob o fundamento de inconstitucionalidade.

Vozes na doutrina ainda ecoam tese semelhante, vale dizer, defendem que o Poder Executivo pode deixar de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional, desde que o faça por ato do Chefe do Poder Executivo, por ser a autoridade hierárquica máxima, que seja por ato formal, que proponha a ADI imediatamente e que as razões jurídicas sejam sólidas, sob pena de subversão da atividade administrativa, o que culminaria em crime de responsabilidade.

O Poder Judiciário, a meu sentir, continua sendo o único capaz de exercer o controle de constitucionalidade *in abstracto* no Brasil, aliás, entendo que tal procedimento configura controle em tese, já que o Executivo negaria aplicação à lei no âmbito de toda a Administração, independentemente de processo *in concreto*. Mas, sobre esse assunto, cuidaremos com mais vagar nos próximos capítulos.

2.2 PODER JUDICIÁRIO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DE 1988

A Constituição de 1988 representa importante marco na evolução do controle de constitucionalidade, por haver inovado em numerosos aspectos. Problema que já se detectava muito antes dela era a posição desconfortável que assumia o Procurador-Geral da República ao ter de propor, como único legitimado, representações de inconstitucionalidade das quais discordava, o que o levava, ao final, como '*custos legis*', a opinar pela sua improcedência.

Com a Constituição Federal de 1988 foi ampliado o rol de legitimados à propositura da ADIN (art. 103), dando imensa relevância ao controle *abstracto* e concentrado perante o STF (efeitos '*erga omnes*'); foi instituída a possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), bem como fora mantido o sistema de controle difuso e por exceção (efeitos '*inter partes*'), com reserva de plenário nos tribunais e possibilidade de suspensão da lei impugnada, pelo Senado, nos termos do art. 52, X da CF (efeitos '*erga omnes*').

As medidas cautelares em ADI (art. 102, I, 'p') permaneceram e foi conferido ao Advogado-Geral da União, não mais ao Procurador-Geral da República, face à cisão de suas atribuições, o papel de defensor do ato normativo impugnado, deixando ao PGR a tarefa de 'custos legis', mesmo nos processos de sua iniciativa.

Mais tarde, com a EC n° 3/93 foi instituída a ação declaratória de constitucionalidade de lei/ato federal, de legitimidade igualmente plúrima (art. 103, §4º), impondo natureza ambivalente ao controle concentrado de constitucionalidade. Atualmente, por força da EC n 45, os legitimados para propor ADC são os mesmos da ADIN (Art. 103, caput).

A mesma EC n° 3/93 estabeleceu a arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o STF, que se destina a um controle amplo dos atos do Poder Público, embora subsidiário às demais formas, nos termos da Lei 9.882.

Tanto a ADI como a ADC são regulamentadas pela Lei 9.868/99, que trata de sua configuração e procedimento, esclarece técnicas e efeitos, mas dela não vamos tratar porque foge ao alcance deste trabalho.

Cumprе assinalar que todo o caminho trilhado pelo constitucionalismo brasileiro vem ao encontro da própria rigidez da nossa Carta. O controle de constitucionalidade é uma forma de proteger a rigidez da Carta Magna, cujo conteúdo só pode ser alterado nos termos e modos definidos por ela própria.

A supremacia constitucional é dependente de certa consciência constitucional, de um modo peculiar de cuidar e de compreender a Constituição. Ela reclama a defesa permanente da obra e dos valores adotados pelo Poder Constituinte.

Com efeito, a compreensão da Constituição como norma dotada de superior hierarquia deve passar pela aceitação de que tudo que nela reside constitui norma jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais.

É indispensável, ainda, que a Constituição atribua, expressa ou implicitamente, a um ou mais órgãos, competência para realizar a fiscalização da constitucionalidade. Esse órgão pode exercer função jurisdicional ou política. No Brasil, o controle político é feito tanto pelo Legislativo, através das Comissões de Constituição e Justiça, como pelo Executivo, através do veto do Presidente da República. Mas esse controle, nunca é demais repetir, é controle preventivo, pois o repressivo é exclusivo do Poder Judiciário, ressalvadas as exceções constitucionais.

Uma rara hipótese de controle jurisdicional preventivo é o Mandado de Segurança impetrado por parlamentar, que teria direito líquido e certo de não participar de procedimento legislativo de elaboração de emenda constitucional tendente a abolir cláusula pétrea ou ofensiva a uma limitação formal ao poder de emenda, ou seja, violadora do seu procedimento de elaboração.

Há um precedente no Supremo Tribunal Federal (MS 20257) admitindo controle de constitucionalidade judicial preventivo relativo à violação formal do processo legislativo ordinário.

Essas considerações são feitas apenas para demonstrar que nossa Constituição, atendendo o ideal de harmonia entre os poderes, pré-fixou o momento adequado de controle preventivo ou repressivo de cada um. Aqui, nos deteremos mais ao controle repressivo, porquanto está mais diretamente relacionado ao trabalho.

Por isso, a evolução do controle de constitucionalidade aqui traçada tem como objetivo demonstrar como a doutrina e parte da jurisprudência concluem pela possibilidade de o Executivo afastar lei inconstitucional tomando por pressuposto a

legitimidade para ADI e ADC, o que hodiernamente já não resiste, conforme verificaremos adiante.

CAPÍTULO 3

PODER LEGISLATIVO

3.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REPRESSIVO EXCEPCIONAL

O controle repressivo é predominantemente jurisdicional, sendo dois os critérios utilizados: o difuso e o concentrado.

Excepcionalmente, a Constituição previu duas hipóteses em que o próprio Poder Legislativo realizará essa modalidade de controle: uma é o art. 49, V da Constituição Federal, que dispõe ser “competência do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”; a segunda vem no art. 62 da Constituição Federal, que ocorre quando o Congresso Nacional rejeita medida provisória alegando inconstitucionalidade. Nesse caso também estará exercendo controle de constitucionalidade repressivo, pois se trata de espécie normativa com vigência e eficácia imediata.

A idéia de concentração de todo o Poder de Controle de Constitucionalidade Repressivo, salvo as exceções constantes na própria Carta Magna, nas mãos do Poder Judiciário vem ao encontro da história do constitucionalismo brasileiro. Conforme relatado acima no capítulo atinente à evolução do constitucionalismo, tivemos período em que a última palavra era dada pelo Congresso Nacional, portanto, pelo Poder Legislativo, malgrado já tivesse se manifestado a Corte Maior. Depois, também o Executivo, por não ter legitimidade para ajuizar ADI ou ADC, tinha o poder de afastar a aplicação da lei, ao argumento de ser inconstitucional.

Todo esse período, *data máxima venha*, restou superado com o advento da Constituição de 1988.

Tratando especificamente do Poder Legislativo, calham à fiveleta as considerações do Dr. Renato Chagas Rangel que assim se pronunciou, *verbis*:

“Admitindo-se a efetiva existência de um controle político, seria possível que o Poder Legislativo aprovasse uma Lei para declarar a inconstitucionalidade de outra Lei? Em outros termos, pode o Poder Legislativo declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo com eficácia *ex tunc*?

Não pode o Poder legislativo aprovar uma Lei para declarar a inconstitucionalidade de outra. Admitindo-se, por hipótese, que o Poder Legislativo pudesse declarar a inconstitucionalidade de Leis com eficácia *ex tunc*, qual seria o sentido da legitimação das Mesas da Câmara dos Deputados e Senado Federal para a propositura da ADIN?

Por que a Constituição Federal iria permitir que o Poder Legislativo deflagrasse este controle perante outro Poder, sendo perfeitamente possível fazê-lo internamente? Ademais, quando a Constituição desejou integrar o Poder Legislativo como protagonista no procedimento de controle repressivo de constitucionalidade em tese e com eficácia *ex tunc*, ela o fez expressamente no art. 52, X (suspensão da eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF incidentalmente, sendo que a resolução do Senado Federal tem eficácia *ex tunc*. É a posição de Gilmar Ferreira Mendes, apesar de não ser a da maioria da doutrina)¹.

¹ RANGEL, Renato Chagas. A extensão do controle político de constitucionalidade das leis. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=121>>. Acesso em: 09 mar. 2006.

CAPÍTULO 4

PODER EXECUTIVO

4.1 CONTROLE REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

Cumprir dizer que este tema é pouco debatido na doutrina brasileira. Entre os poucos doutrinadores que cuidaram do assunto, o professor Alexandre de Moraes fez um breve comentário quando sustentou que o “Poder Executivo, assim como os demais Poderes de Estado, está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito Democrático, as normas constitucionais. Dessa forma, não há como exigir-se do chefe do Poder Executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, lícitamente, negar-se cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário”¹.

Na linha esposada, poderá o Chefe do Poder Executivo determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos normativos que considerar inconstitucionais.

Embora sob a égide de outra Constituição, o Supremo Tribunal Federal também enfrentou o tema na Representação n. 980-7, do Estado de São Paulo, da relatoria do então Ministro Moreira Alves, tendo como representante o Procurador-Geral da República e como representado o Governador do Estado de São Paulo. Em voga estava a inconstitucionalidade do Decreto n. 7.864, de 30 de abril de 1964, cujo teor era o seguinte:

“DECRETO N 7.864, DE 30 DE ABRIL DE 1976

“Determina Providências ao não cumprimento de textos argüidos de inconstitucionalidade.

“Paulo Egydio Martins, governador do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais e

¹ Moraes, Alexandre. Direito constitucional – 18 ed, - São Paulo: Atlas, 2005.

“considerando que a jurisprudência tem reconhecido, de maneira constante e uniforme, ser facultado ao Poder Executivo deixar de cumprir os dispositivos civados de inconstitucionalidade;

“Considerando que o art. 22 e seu parágrafo único, da Constituição do Estado (emenda n 2), são bastante claros ao disporem sobre as leis cuja iniciativa é da competência exclusiva do Governador;

“Considerando que é dever do Poder Executivo resguardar essa prerrogativa constitucional.

“Considerando, finalmente, que oposto voto, por infringência das normas citadas, e caso seja ele rejeitado, impõe-se o não cumprimento das disposições que dela resultarem até que o Poder Judiciário se pronuncie em definitivo sobre o assunto.

“Decreta:

“Artigo 1- Quando dispositivos vetados por infringência do artigo 22 e seu parágrafo único, da Constituição do Estado (emenda n 2), venham a ser promulgados em consequência da rejeição do veto, a Assessoria técnico-legislativa comunicará o fato por ofício;

à Secretaria de Justiça, para as providências judiciais cabíveis por parte da Procuradoria Geral do Estado;

às Secretarias de Estado, a que interessarem os dispositivos, inclusive às autarquias que lhes estejam vinculadas, a fim de que se abstenham da prática de atos que importem na sua execução;

À Procuradoria da Fazenda junto ao Tribunal de Contas, para as providências que couberem nos casos submetidos ao seu exame;

“Artigo 2 – Se no veto houver sido argüida outra inconstitucionalidade, que não a de que trata o artigo anterior, a Assessoria Técnico-Legislativa representará ao Governador.

Artigo 3. Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. “

Apesar de a representação impugnar especificamente o decreto, a solução requeria estudo mais aprofundado sobre a quizila. Isso porque, como bem disse o relator, “a só compatibilidade do decreto em questão com tal faculdade afastará, como é curial, qualquer pretensa inconstitucionalidade da ordem que nela se contém, até porque, sendo lícito ao Executivo recursar-se a cumprir leis inconstitucionais, é claro que não importará a forma como isso seja determinado no âmbito da Administração.

Se pode o Governador, verbalmente ou mediante simples despacho, ordenar a seus Secretários e demais subordinados que não cumpram determinada

lei eivada de vício de inconstitucionalidade, por qual razão não poderia fazê-lo mediante um decreto simplesmente diretivo, como o de que ora se cuida?”

Então arremata: “O ato inconstitucional, ensina tradicionalmente a doutrina, é nulo e irritado. Desde a célebre decisão do Juiz MARSHAL, no caso *Marbury v. Madison*, passando pela lição de Rui Barbosa, assentou-se que, nulo, o ato inconstitucional não obriga, não sendo de se aplicar e que, se aplicado, nula é esta aplicação. Tanto assim, que o efeito da declaração da nulidade retroage “*ex tunc*”, não sendo válidos os atos praticados sob seu império.”

Especificamente entre nós, pacificada estava a doutrina e a jurisprudência, até 1966, no sentido de que não só o Judiciário possuía o poder de verificar a adequação de um ato (e particularmente da lei) à Constituição. A diferença entre o controle judiciário e a verificação por outros Poderes residiria em que o primeiro é definitivo, enquanto o segundo está sujeito a exame posterior pelas Cortes de Justiça.

Com a Emenda Constitucional n. 16, de 26-11-1966, a qual incluiu no texto da Constituição de 1946 (art. 101, inciso I) a alínea “K”, que deu competência ao STF para processar e julgar originariamente a “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República” a doutrina começou a divergir (ver capítulo referente à evolução do controle de constitucionalidade).

Introduzido o controle de constitucionalidade por ação declaratória direta, com legitimação do Procurador Geral da República, houve manifestação no sentido de não poder mais o Executivo negar cumprimento a leis inconstitucionais. Nesse sentido Clénio da Silva Duarte (parecer in r.d.p n. 2, págs. 150;155) e os ministros Prado Kelly, Oscar Saraiva e Gonçalves de Oliveira (mandado de segurança in R.D.P n. 5;234).

O Ministro Gonçalves de Oliveira resume a querela e coloca alguns limites à possibilidade descumprimento da lei. Primeiramente, dispõe que, uma vez

que o Executivo haja sancionado a lei, não pode deixar de cumpri-la. Depois, que somente o Chefe do Poder Executivo, na órbita administrativa, poderia deixar de cumprir a lei. Alerta que, após a Emenda 16 de 1965, não é mais possível deixar o Presidente da República de cumprir a lei, a não ser que a submeta, por intermédio da Procuradoria Geral da República, ao julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Na referida representação, o relator Ministro Moreira Alves chegou a dizer que estava superada a questão em face da Constituição de 1967 e à Emenda n 1, de 1969, que mantiveram a sistemática da ação direta, introduzida pela Emenda n. 16:1966. Conclui assim: “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 morto. Não teve um único momento de validade. Se a lei não chegou a existir (CAIO TÁCITO, R.D.A, 59;346; ALFREDO BUZUID, Da Ação Direta de declaração de inconstitucionalidade, pág. 128), não integra a ordem jurídica. Daí porque a recusa da Administração em observá-la não ofende o princípio da legalidade.”

E finaliza citando PONTES DE MIRANDA “a Administração pode abster-se e dizer porque se abstém, sempre que sua ação dependa de implícita solução à questão prévia da inconstitucionalidade. A decisão administrativa sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade não desconstitui (só a sentença judiciária o faz) mas dá ensejo à abstenção, se e enquanto não sobrevém a decisão judiciária”.

Da leitura atenta dos votos deduz-se que, dentre os argumentos utilizados para a defesa da tese do controle de constitucionalidade pelo executivo estão: a necessidade de ato formal e expresso (no caso, o decreto), como forma de responsabilizar o chefe do executivo; a emanção pelo chefe do Poder Executivo (no caso, o governador); e, principalmente, o objeto do não cumprimento há de ser lei vetada pelo Executivo (no caso, por ofensa à regra de iniciativa do projeto de lei).

Esse fenômeno ocorreu recentemente, mais precisamente no dia 31 de agosto, quando o Congresso Nacional derrubou o veto presidencial à lei que concedeu o reajuste de 15% aos servidores da Câmara e do Senado. A ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) 3599 ajuizada pelo Presidente da República pedia a concessão de uma liminar, ante o risco de recuperação dos recursos liberados para o reajuste.

Outro argumento era a ofensa à competência exclusiva do Presidente da República para a iniciativa da lei de revisão anual da remuneração dos servidores, caracterizando usurpação da competência do Presidente da República, em nítida violação ao princípio da separação dos poderes.

O governo também argumentou que as leis aprovadas pelo Congresso afrontam o princípio da isonomia entre os servidores civis da União, porque os demais servidores teriam recebido reajustes menores. Finalmente, aduziu-se que as leis violam o parágrafo 1º, do artigo 169, da Constituição Federal, porque não existe previsão orçamentária para concessão do reajuste de 15% para os servidores do Congresso.

Infelizmente a ADI perdeu o objeto, em razão de fatos que não cabe aqui discutir. Contudo, uma lição se revela possível extrair. Se o Executivo entendia inconstitucionais as leis, se havia, inclusive, vetado as leis, porque não formalizou ato administrativo determinando o não-cumprimento?

A resposta é simples. Porque só o Poder Judiciário pode retirar os efeitos de uma lei com fundamento em sua inconstitucionalidade, sob pena de crime de responsabilidade, a teor do art. 85, da Constituição Federal, consoante veremos adiante.

Nada obstante as evidências, a tese do ex-Ministro Moreira Alves encontra respaldo na doutrina contemporânea. Corroborando a assertiva feita, Luis Roberto Barroso assim se pronuncia:

“Mas a interpretação da Constituição, ou antes, a observância da Constituição, não é evidentemente monopólio do Poder Judiciário. Também o Executivo tem o poder, e, mais ainda, o dever de impedir que ela seja violada, e deverá abster-se da prática de qualquer ato que importe em desrespeito à Lei Maior. Este entendimento tem a chancela quase absoluta da melhor doutrina, bem como tem sido reiteradamente acolhido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal (BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996).”

Nesse mesmo sentido posicionou-se JOSÉ FREDERICO MARQUES:

“A lei inconstitucional é inconstitucional para todos os Poderes e não apenas para o Judiciário. Este último tem, sem dúvida, a palavra definitiva, pois lhe cabe exercer o controle da legitimidade da lei em face da Constituição. Isso, todavia, não quer dizer que aos demais Poderes seja defeso o exame da validade de uma norma. As autoridades administrativas, o Poder Executivo, quando se deparam com uma lei inconstitucional, têm, da mesma maneira que o Judiciário, de resolver o problema de saber se cumprem a lei ou a Constituição. E, naturalmente, terão de optar pela última (MARQUES, José Frederico, apud BARROSO, op. cit. p. 388)” .

O curioso é que a posição do ex-ministro Moreira Alves, encampada por Luis Roberto Barroso e tantos outros, acena apenas para o caso de abstenção do Poder Executivo, fato que, como veremos mais adiante, no tópico relativo aos órgãos autônomos, como é o caso do Conselho de Contribuintes, não se comprova sem reservas. Só para antecipar, basta lembrar que quando o Conselho determina a correção de um lançamento afastando uma lei por reconhecer sua inconstitucionalidade, tal obrigação é positiva, de fazer, portanto, não uma abstenção como predicava o ex-ministro Moreira Alves.

Uma outra corrente, apenas com fundamento diferente, também sustenta que o Poder Executivo pode deixar de aplicar a lei inconstitucional. Contudo, o

Presidente da República não pode declará-la inconstitucional, porque tal poder compete exclusivamente ao Poder Judiciário. Ademais, afirmam que 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.

É claro que, uma vez que não tem o poder de declarar a inconstitucionalidade, corre o risco de, com o propósito de cumprir a Constituição, inobservar a lei, em caso em que ela deva ser observada.

De tudo se extrai que a solução da demanda sempre partiu de um ponto de vista mais pragmático do que jurídico. Basta ver que o elemento fundamental do problema é a possibilidade ou não de o Executivo, por si só ou por meio do Procurador-Geral da República, levar a questão ao conhecimento do Poder Judiciário.

Sempre que se alterava a Constituição, como foi o caso da EC 16-65, que introduziu a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, automaticamente a polêmica retornava, porquanto apareciam vozes defendendo o controle exclusivo pelo Poder Judiciário.

O ministro Prado Kelly (voto proferido no MS 16003, loc. Cit., pág. 240) chega a afirmar que a tese da exclusividade do controle pelo Poder Judiciário não passa de posição já adotada por W. WILLOUGHBY, no direito americano, conforme trecho abaixo:

“O direito de um funcionário, a quem cabe a execução de uma lei, de recusar o seu cumprimento sob o fundamento de inconstitucionalidade não é tão claro quanto ao de particular obrigado a cumprir a lei. Como orientação geral, parece que um funcionário público, mesmo quando assumir o risco de um processo, ou punição, civil ou criminal, não deveria deixar de cumprir uma lei, mesmo inconstitucional, exceto quando as conseqüências forem graves e irremediáveis, ou muito especialmente, quando o único meio que pode levar o

caso a apreciação judicial para verificação de sua validade é a recusa de sua aplicação”.

Tal assertiva, recheada de pragmatismo foi muito criticada. Argumentava-se que, se tal critério prevalecesse, ter-se-ia de admitir, no direito brasileiro, que ao chefe do Executivo Federal não seria lícito deixar de cumprir lei que se lhe afigure inconstitucional, pois, embora o titular exclusivo da ação direta de declaração de inconstitucionalidade seja o Procurador-Geral da República, este 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.

O mesmo, porém, não ocorreria com os chefes dos executivos Estaduais que não poderiam deixar de cumprir leis federais ou estaduais que se lhes afigurassem inconstitucionais, enquanto não provocassem o Procurador-Geral da República para intentar a ação direta, sendo certo, porém, que se este se recusasse a fazê-lo por entender inexistente a inconstitucionalidade alegada, passariam os Governadores a ter a faculdade de não cumprir as mesmas leis, para que sua recusa ensejasse a submissão da matéria à apreciação do Judiciário, o que implicaria dizer que, afinal, a solução do problema constitucional grave como este ficaria na dependência de um funcionário – que não o Chefe do próprio Poder Executivo, lembre-se que a Procuradoria da República era órgão do Executivo.

No mesmo sentido, mas, agora, à luz da Constituição de 1988 que permite a Governadores e ao Presidente da República deflagrar o controle em tese, nos termos do art. 103, da CF, não só o Procurador-Geral da República, doutrinam outros a impertinência da vedação.

É que os prefeitos, que não têm legitimidade, poderiam se negar à aplicação de Lei inconstitucional, enquanto os Governadores e o Presidente da República estariam obrigados a cumpri-la, numa verdadeira subversão.

Antes de emitir parecer, cabe frisar a importância de se encarar o ordenamento jurídico como um sistema harmônico, sem contradições reais e rigorosamente observado pelo princípio da completude. Nesses termos, a inobservância de vigas estruturantes do sistema, como é a separação de poderes e a presunção de constitucionalidade das normas, implica o desmoronamento d'outros institutos.

Os conseqüências lógicas se perdem em aporias, ou seja, em perguntas sem respostas. Surgem tecnicamente verdadeiras confusões processuais, porquanto passam a figurar no mesmo pólo detentores de direitos e deveres.

De volta ao tema, vejamos o equívoco da premissa acima. Inicialmente é importante dizer que não se deve concluir tema tão relevante partindo-se de fenômeno patológico.

A falta de uniformidade de tratamento entre os entes da federação decorre em parte da inclusão dos Municípios como formadores do Estado Federal em dissonância com a própria natureza do modelo de Estado. Basta ver que os Municípios, malgrado sejam entes políticos, não têm Poder Judiciário. Via de conseqüência não têm Controle de Constitucionalidade em abstrato. Também os litígios envolvendo Municípios não são julgados pela Corte Maior (art. 111, da CF), mesmo envolvendo o princípio federativo.

Os Municípios não têm legitimidade para propor ações visando controle de constitucionalidade, assim como não têm o mesmo tratamento de outros entes da federação, consoante exemplos acima, por opção do constituinte originário.

Uma das explicações possíveis pode ser a colocação do Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição. Como são muitos os Municípios, se fosse ampliado o rol de legitimados do art. 103, da CF para alcançá-los, certamente ficaria prejudicada a fiscalização da Carta Magna em questões de âmbito maior, como as nacionais ou mesmo Estaduais, já que o STF não teria como responder a todas as demandas.

Com isso, quer-se dizer que o modelo federativo subsiste intacto, com todos os seus postulados e teoremas. Se um ou outro país resolve politicamente aparar arestas ou inserir novos pontos, como o Brasil, que incluiu os Municípios como entes políticos, não se pode jamais chegar à conclusão de que outros institutos também foram remodelados, como p. ex: permitir o controle repressivo de constitucionalidade pelo Executivo ao argumento de que o chefe do executivo municipal não tem legitimidade para propor ADI.

Há ainda quem critique a opção da jurisdição única com os seguintes argumentos: 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?

Essa corrente, como salta aos olhos, defende a possibilidade de o Executivo afastar a aplicação da lei por ser inconstitucional. Ressalva apenas que ao Poder Judiciário continua reservado dizer a última palavra sobre a existência, ou não, da inconstitucionalidade, assumindo a Administração Pública o risco de eventual falta de adequação do caso concreto à inconstitucionalidade decorrente da ausência de iniciativa exclusiva do Executivo.

Do ponto de vista da eficácia da medida pouco importa se o Executivo vai deixar de aplicar a lei se omitindo (abstendo-se) ou declarando sua inconstitucionalidade. Isso porque não interessa à Administração a retirada do ordenamento jurídico da lei tida por inconstitucional. Com efeito, se as pessoas jurídicas de direito público, em geral, devem respeito à Constituição tanto quanto os particulares, se o princípio da igualdade e legalidade, este último muito mais rígido para a Administração, deve ser respeitado, mais ainda, se um dos pilares estruturantes do Estado Democrático de Direito é a Separação dos Poderes, onde bem definida está a função de cada poder, sendo a de julgar

as leis exclusiva do Poder Judiciário, não há razão lógica capaz de agasalhar tal faculdade para o Poder Executivo.

Imagine-se que ordem, que segurança jurídica teríamos se cada pessoa, física ou jurídica, resolvesse-se entender, a seu modo, o que era constitucional. Sem dúvida alguma o controle de constitucionalidade giraria ao sabor da compreensão ou pré-compreensão de cada parte envolvida.

Não há negar que, concentrando a última palavra nas mãos do Judiciário, de alguma forma estamos também inclinando as decisões para um lado, naquilo que a doutrina costuma denominar de “Estado Judicial”. Mas isso é extremamente necessário ao sistema, máxime porque temos que criar postulados justificadores das verdades seguintes e garantidores da ordem e segurança jurídica. Ademais, a imparcialidade e o devido processo legal asseguram a equidistância do Poder Judiciário, razão pela qual podemos dizer que a única inclinação do Poder Judiciário é, ou pelo menos deve ser, pela preservação da lei fundamental e conseqüente persecução da Justiça.

Do magistério de Bobbio extraímos lição conclusiva sobre o tema:

“Então diremos que a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento; em outras palavras, é o fundamento de validade de todas as normas do sistema. Portanto, não só a exigência de unidade do ordenamento, mas também a exigência de fundamentar a validade do ordenamento nos induzem a postular a norma fundamental, a qual é, simultaneamente, o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento.

Mas alguém pode perguntar: “E a norma fundamental, sobre o que é que se funda?” Grande parte da hostilidade à admissão da norma fundamental deriva da objeção formulada em tal pergunta. Temos dito várias vezes que a norma fundamental é um pressuposto do ordenamento: ela, num sistema normativo, exerce a mesma função que os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas das quais se deduzem outras, mas que, por sua vez, não são deduzíveis. Os postulados são colocados por convenção ou por uma pretensa evidência

destes; o mesmo se pode dizer da norma fundamental: ela é uma convenção, ou, se quisermos, uma proposição evidente que é posta no vértice do sistema para que a ela se possam reconduzir toda as demais normas. À pergunta “sobre o que ela se funda” deve-se responder que ela não tem fundamento, porque, se tivesse, não seria mais a norma fundamental, mas haveria outra norma superior, da qual ela dependeria. Ficaria sempre aberto o problema do fundamento da nova norma, e esse problema não poderia ser resolvido senão remontando também a outra norma, ou aceitando a nova norma como postulado.²

O Professor e ex-Procurador-Geral da República dr. Inocêncio Mártires Coelho teceu elucidativos ensinamentos sobre a matéria, registrados nos apontamentos de aulas ministradas na pós-graduação em direito Público *lato sensu*³, oportunidade em que criticou a rígida separação de poderes nos moldes tradicionais, porquanto admite a criação do direito também pelo poder Judiciário através da interpretação das leis e da própria constituição, mas elogiou o modelo no que toca à concentração da última palavra nas mãos do Judiciário, máxime pela necessidade de alguém se não para dizer o Justo, para pelo menos dizer o que é jurídico.

Peço vênia, pois, para registrar alguns trechos, senão vejamos:

“O princípio da separação dos poderes é aquele segundo o qual, no Estado de Direito, a *criação* da lei, ou de normas com força de lei – como expressão da vontade geral –, é atividade própria dos órgãos de representação política, a tanto legitimados em eleições livres e periódicas. Aos demais poderes, executivo e judiciário, respectivamente, mas sempre *sub lege*, caberia gerir a coisa pública e resolver as contendas entre os cidadãos ou entre estes e o Estado.

Desrespeitada, por essa forma, a separação dos poderes, cujas funções se distinguem precisamente *em face da lei*, ter-se-ia por comprometida a legitimidade de qualquer sistema político, pelo menos segundo os padrões da célebre *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, em cujo artigo XVI se *decretou* que não teria constituição a

² Norberto, in Teoria do ordenamento jurídico: trad. Maria Celest C. J. Santos – Brasília – Editora Universidade de Brasília, 10 edição, 1999, p. 62-63.

³ Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, curso avançado de direito constitucional, primeira parte, março de 2005-Brasília-DF

sociedade na qual não estivesse assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes:

“Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”.

Mais adiante, continua o renomado mestre, agora comentando sobre a imprescindibilidade de um Poder, no caso do Brasil, do Poder Judiciário, para dar a última palavra acerca de um litígio e principalmente sobre a constitucionalidade das leis:

“Sobre a jurisdição constitucional já se disse praticamente tudo, seja para defendê-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, parece que não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não descobriremos alguma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça.

Se o Estado é a forma por excelência de manifestação do poder político, e a Constituição o seu estatuto fundamental, então onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém terá que arbitrar os inevitáveis conflitos entre os *fatores reais de poder*.

Integram esses embates políticos, obviamente, as permanentes contendas entre o Governo, que precisa implementar seus programas e assim cumprir as promessas de campanha, e a Oposição, que tendo perdido a disputa eleitoral, a todo instante bate às portas da Justiça na esperança de obter a sua ajuda para estorvar a ação governamental, que desde logo denuncia como atentatória aos preceitos da constituição.

Relembrando palavras de Radbruch – de toda a pertinência para esta exposição – diríamos que no âmbito da sociedade política, se ninguém pode dizer o que é *justo*, é preciso que alguém defina, pelo menos, o que é *jurídico*, até porque a esta altura da história parece incogitável abandonar-se o Estado de Direito ou retornar-se à lei do mais forte. Quem decide, afinal, pouco importa, porque essa é uma questão de escolha nos diferentes ordenamentos jurídicos; o importante é que alguém decida por último e que essa decisão seja acatada por todos.⁴

(...)

4

□ Gustav Radbruch. Filosofia do Direito. Coimbra, Arménio Amado, 1961, vol. I, pág.210.

A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juizes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorresse que entre as duas existisse uma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validade superiores; em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários”.

Esta conclusão não supõe de nenhum modo a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Somente significa que o poder do povo é superior a ambos e que onde a vontade da legislatura, declarada em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juizes deverão ser governados pela última de preferência às primeiras. Deverão regular suas decisões pelas normas fundamentais e não pelas que não o são.

Vê-se, pois, que tarefa tão relevante para o Estado Democrático de Direito não pode ficar a cargo do Poder Executivo, porquanto este é órgão diretamente interessado e, conseqüentemente, beneficiário da não-aplicação da lei. O mecanismo do controle da constitucionalidade tem por base o princípio da supremacia da Constituição sobre todas as demais normas integrantes do ordenamento jurídico, decorrendo exatamente deste princípio nuclear a necessidade de compatibilidade vertical entre as normas.

Na atual quadra, sobretudo, em que vários direitos fundamentais reclamam provisão legislativa e vontade política do Executivo para implementá-los, faz-se mister uma atuação mais destacada do Judiciário entre os demais Poderes, a fim, inclusive, de produzir o direito, cujo conteúdo programático está potencializado na Carta Magna, como adverte o Prof. Willis Santiago Guerra Filho (2002, p. 99).

Lembra ainda Santiago Filho (2002, p. 104) que o Judiciário, no Estado Democrático de Direito, tornou-se o espaço adequado para decisões politicamente relevantes, especialmente em razão do recrudescimento da ação coletiva ou de âmbito constitucional (ação civil pública, ação popular), legítimos instrumentos de participação de

grupos animados por interesses econômicos, políticos, culturais e outros. Desenha-se aí um quadro típico da pós-modernidade.

É voz corrente, hodiernamente, a necessidade de o Poder Judiciário incorporar a responsabilidade de exercer maior fiscalização sobre os demais Poderes, como também de definir, sobretudo nas decisões de caráter didático, o caminho a percorrer na definição das políticas públicas, como, por exemplo, quando determina a construção de escola em local preterido pelo gestor de então porque é área de interesse de adversários políticos.

Indagação sempre presente diz respeito à possibilidade de o Judiciário exercer a fiscalização concreta das políticas públicas adotadas pela autoridade administrativa, haja vista que o tema nos remete ao conceito de interesse público e os meios adequados para atingi-lo. Quando se assenta que o controle jurisdicional tem respaldo constitucional e deve ser um instrumento viável à consecução dos princípios fundamentais encartados naquele diploma maior, parece-nos razoável pugnar pela necessária ingerência judicial quando o ato administrativo desmerece o propósito constitucional de efetivação daqueles direitos fundamentais. Nem se diga, em rechaça, que aí se estaria substituindo a valoração do Executivo pela do Judiciário. Não é o enfoque que deve ser dado, mas sim que a atuação administrativa não efetivou a concretização constitucional e cabe ao Judiciário, uma vez que nada lhe escapa ao controle, promovê-la. Tratando-se de agência reguladora, a concreção das políticas públicas pelo Judiciário seria possível quando a agência quedasse inerte, omitindo-se nas suas responsabilidades.⁵

A efetivação de “normas programáticas” depende da iniciativa e participação de todos os Poderes da República, aos quais compete a formulação de políticas

⁵ Sobre o tema, averba o Professor Marçal Justen Filho (2002, p. 590): “Quando se cria uma agência e se lhe deferem determinadas competências, impõe-se-lhe o dever de definir a política pública que adotará. Essa política terá de ser compatível com a disciplina legislativa vigente, precisamente porque se trata de competência discricionária. Ademais disso, a fixação da política pública tem de refletir-se nos atos subseqüentes, de cunho normativo abstrato ou concreto, praticados pela agência. Ou seja, poderá realizar-se o controle judicial também da coerência e da compatibilidade dos atos derivados, em face das políticas públicas escolhidas pela agência”.

públicas consentâneas e a aprovação dos mecanismos institucionais e legais para a respectiva implementação.

A aplicação plena e irrestrita dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, tem se revelado tímida, na medida em que os juízes, afeitos a uma interpretação dogmática, optam por cancelar a linha jurisprudencial das instâncias judiciais superiores, que enfatizam a ausência de leis complementares que regulamentem direitos e prerrogativas constitucionais.

Embora esses direitos fundamentais estejam formalmente inseridos no sistema jurídico, por se tratar alguns de “normas programáticas” segundo a hermenêutica pretoriana, a depender de uma colmatação do seu sentido e conteúdo por regramentos infraconstitucionais, perdem-se, não raro, no vazio. É como se o Poder Público concedesse um direito com uma mão (norma constitucional) e retirasse com a outra (ausência de lei regulamentadora ou lei restritiva do alcance constitucional).⁶

Ao Judiciário, talvez mais do que a qualquer outro Poder, impõe-se a missão constitucional de aprimoramento da eficácia social das normas e, para isso, deverá apartar-se daquela hermenêutica silogística fundada apenas no direito positivo.⁷

⁶ No dizer de José Eduardo Faria (1998, p. 98-99): “Trata-se de uma negação sutil, que costuma se dar por via de uma ‘interpretação dogmática’ do direito, enfatizando-se, por exemplo, a inexistência de leis complementares que regulamentem os direitos e as prerrogativas assegurados pela Constituição. Sem a devida ‘regulamentação’ por meio de uma lei complementar, esses direitos e essas prerrogativas têm vigência formal, mas são materialmente ineficazes. Em termos práticos, servem para conquistar o silêncio, o apoio, a lealdade e a subserviência dos segmentos sociais menos favorecidos, pouco dando em contrapartida, em termos de efetivação de seus direitos humanos e sociais.”

⁷ A esse respeito, ao tratar do formalismo no Judiciário Brasileiro, acentua o Prof. Andreas J. Krell (2002, 71/72): “Talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos Direitos Fundamentais no Brasil seja a atitude ultrapassada de grande parte dos juristas para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no formalismo jurídico que tem dominado gerações de operadores de Direito, especialmente durante o período autoritário. A concepção ‘formalista’ da interpretação jurídica, fruto do jus-positivismo, dá absoluta prevalência às formas com base numa operação meramente lógica, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos da norma legislativa com prejuízo da finalidade perseguida por esta, da realidade social que se encontra por trás das formas e dos conflitos de interesse que se deve dirimir.”

Nesse passo, fica fácil perceber que o controle de constitucionalidade adotado entre nós é o sistema do controle jurisdicional, que deita raízes no constitucionalismo norte-americano (*judicial review*), e que nas precisas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA "é a faculdade que as Constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais" (Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13a ed. São Paulo: Malheiros, 1997). Impossível, pois, o controle de constitucionalidade pelo Executivo.

Acrescente-se que, as Cortes Constitucionais não raro utilizam-se do método tópico-problemático para tomar suas decisões. Por esse método, que usa a conveniência do momento para solucionar certo tema em razão do caráter fragmentário e freqüentemente indeterminado da Constituição e do pluralismo axiológico, que lhe é congênito, a lei fundamental revela-se mais problemática do que sistemática, o que torna natural o apelo às soluções tópicas para remediar a insuficiência das regras clássicas de interpretação e evitar o *non liquet*.

Por mais esse argumento é possível se afastar o controle pelo Executivo, porquanto, apesar de a tópica agredir o sistema, ao colocar a norma em plano secundário, tem como objetivo atender, de forma proporcional e razoável, a regra do possível, buscando, ainda que em sacrifício da técnica, a manutenção da ordem, da segurança e do bem-estar de todos.

No mesmo sentido ensina o professor Alexandre Freitas Câmara "Sendo a função jurisdicional responsável por subsumir a norma abstrata ao caso concreto, já se disse que a sentença é 'a lei do caso concreto'. Ao contrário do Estado-Administração, que é por natureza parcial, sendo diretamente interessado no resultado da atividade que exerce, o Estado-juiz é imparcial, ou seja, é órgão que exerce suas funções sem ter interesse econômico, jurídico ou de outra natureza no resultado do exercício da prestação

jurisdicional, como visto quando da análise do princípio do juiz natural, um dos princípios gerais do Direito Processual.”⁸

Diga-se de passagem que o Direito, segundo a maior parte dos juristas, é um comando, uma ordem. Nenhum sentido teria a publicação de uma lei, obviamente com presunção de constitucionalidade, já que perpassou todo o processo legislativo, se seus destinatários, inclusive a Administração Pública, pudessem descumpri-la.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro discorrendo sobre a função precípua do Executivo, pautada, é obvio, no princípio da legalidade administrativa, assim asseverou:

“na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a idéia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (1996 82) e corresponde ao que já vinha explicito no artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos.

No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que, repetindo preceito de Constituições anteriores, estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados ; para tanto, ela depende de lei. A observância do referido preceito constitucional é garantida por meio de outro direito assegurado pelo mesmo dispositivo, em seu inciso XXXV, e, decorrência do qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou

⁸ Câmara, Alexandre Freitas, in lições de Direito Processual Civil, 7 edição, Volume I, p. 58;59

ameaça de lesão, ainda que a mesma decorra de ato da Administração.”⁹

Aliado a tudo temos que a imparcialidade do Poder Judiciário para julgar e dizer o direito existe exatamente para resolver conflitos entre partes interessadas, ou seja, entre pessoas que, malgrado em lados opostos, se acham igualmente com direitos. Para citar um exemplo, basta pensar que, se tivéssemos a faculdade de dizer se é constitucional ou não uma regra que determina o recolhimento de tributo, seguramente diríamos que são inconstitucionais, pela simples razão de que recolhimento de tributo não nos interessa, causa, por assim dizer, diminuição de nosso patrimônio. É por isso que as normas tributárias são munidas de preceitos secundários denominados “sanção”.

A sanção é uma consequência institucional, organizada, desejada e efetivada por aquele que estabelece o comando.

Diz, textualmente, Austin:

“Um comando (...) é uma expressão de desejo. Mas um comando é distinto das outras expressões de desejo pela seguinte característica: que a parte para a qual é dirigido é passível de um mal sob a ação do outro, no caso de não-satisfação do desejo. Sendo passível de um mal da tua parte, se não satisfaço um desejo que tu exprimes, eu estou vinculado ou obrigado pelo teu comando, ou eu me acho no dever de obedecê-lo (...).

Comando e dever são, por isso, termos correlatos, no sentido de que o significado denotado por um é implicado ou suposto pelo outro. Ou, em outras palavras, onde quer que haja um dever, foi expresso um comando; e onde quer que tenha sido expresso um comando, um dever foi imposto.” (Lect. On Jur., v. I, p. 89, apud Norberto Bobbio, ob. Cit., p. 105).

Nesse diálogo, mais uma vez fica evidente que só o Poder Judiciário, na esteira da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e de vários Tribunais Constitucionais europeus, pode, servindo-se dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os dois de conteúdo similar, efetuar o controle dos atos legislativos.

⁹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, in Direito Administrativo, 15 edição, editora atlas p.67-68

Só se pode afastar a presunção de constitucionalidade da lei após o teste de proporcionalidade. Com efeito, faz-se a ponderação entre os interesses envolvidos no caso. Em primeiro lugar, cumpre verificar qual interesse é perseguido pelo ato legislativo e qual interesse é por este afetado. Deve o intérprete ponderar os interesses na medida do possível, dando preferência ao interesse de maior "peso" segundo as circunstâncias do caso.

Vê-se, pois, que é grande o risco de pré-conceitos ou preferências pessoais a influenciarem indevidamente a solução do caso. O afastamento da presunção de constitucionalidade pelo princípio da razoabilidade contribui, sobremaneira, para redução dessa margem de risco, qualificando, "*a priori*", um dos interesses e exigindo, conseqüentemente, especial qualificação do outro para sua restrição.

Daí a necessidade de o controle da constitucionalidade das leis, concentrado ou difuso, sempre depender de pronunciamento da autoridade jurisdicional competente (CF, art. 102, a; art. 103, § 2º, agora com as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, de acordo com a Emenda nº 3, de 18/03/93 - CF, art. 97; art. 102, III, a, b, c; CPC, arts. 480 a 482; RISTJ, arts. 199 e 200).

Diga-se de passo, a organização sob forma de tribunal do órgão de criação do Direito é não somente a garantia preventiva mais característica da regularidade dos atos a serem realizados, como também a primeira do grupo denominado garantias pessoais. As outras garantias são a responsabilidade penal, disciplinar, assim como a responsabilidade cível do órgão que tenha elaborado um ato irregular.

Também o princípio do devido processo legal, sob o âmbito material, determina a observância pelo legislador e pelo administrador da razoabilidade e da proporcionalidade no exercício do seu poder normativo, ainda que estes princípios não estejam expressamente consignados no texto constitucional, porque decorrência daquele primeiro.

A cada dia ganha mais espaço o Judiciário como Poder Político, na medida que é crescentemente provocado a tornar efetivos os direitos e liberdades constitucionais, tornando-se uma referência impostergável no processo de aperfeiçoamento de um Estado Democrático de Direito. Se outrora o Poder Judiciário quedava-se num plano subalterno, hoje tem repensada sua estratégia para que possa responder aos anseios dos que se encontram à margem das condições materiais mínimas de existência digna.

Ao Executivo não é dado esse papel, aliás, que interesse teria o Poder Executivo, com certeza o maior demandado em ações judiciais no Brasil, em manejar uma ação para atacar determinada lei que já não lhe causa nenhum incômodo, isto é, que não lhe impõe sanção, por ter sido afastada *ex officio*.

Imagine o Poder Executivo afastando por inconstitucionalidade o art. 62, §1º, II, inserido pela EC nº 32 de 2001 (que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro), com isso promovendo o confisco da poupança de milhões de pequenos poupadores como já aconteceu no Brasil; ou mesmo baixando um decreto extinguindo milhares de contratos de trabalho sem o respectivo pagamento dos salários, como aconteceu no Estado do Piauí; sem falar na possibilidade de confisco e desapropriação de patrimônio dos agentes públicos através da figura do “empréstimo compulsório” incidente sobre a folha de pagamento.

Definitivamente, não há falar em segurança jurídica diante de tamanha vulnerabilidade.

Poder-se-ia argumentar com o caso de uma lei flagrantemente inconstitucional. Mas nesse caso, o próprio ordenamento previu as medidas cautelares (art. 102, I, “p”, da CF), meio adequado para se estancar de imediato o perigo.

Nessa toada, extrai-se que não podemos nos apegar, como há muito vem a doutrina se escorando, a argumentos puramente fáticos, isto é, sem nenhum conteúdo jurídico.

Basta ver que o ponto nodal verificado pela corrente que defende a possibilidade de o Executivo afastar a lei foi a ausência de armas para o chefe do poder executivo estadual (antes da Constituição de 1988) e para o chefe do executivo municipal (depois da Constituição de 1988) manejarem o recurso extremo, qual seja, a ação direta de inconstitucionalidade.

Se a mesma análise tivesse sido feita em face da Constituição Federal de 1988, que ampliou consideravelmente o campo de legitimados para propor ADI, inclusive para os Governadores, certamente a conclusão seria outra.

O saudoso professor Hely Lopes Meirelles também deixou sua impressão sobre o tema. Para ele a questão se colocava assim: “quem descumpre lei inconstitucional não comete ilegalidade, porque está cumprindo a Constituição. Ocorre porém, que, como os atos públicos trazem em si a presunção de legitimidade, não cabe ao particular negar-lhes validade por entendimento próprio, sem que antes obtenha do Judiciário a declaração de invalidade. Com a Administração, todavia, a situação é diversa, porque a presunção de legitimidade milita a favor dos atos de todos os agentes do Poder Público. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é não se 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 (decreto, portaria, despacho etc) declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste” (Direito Municipal Brasileiro, 3ª. Ed., Editora Revista dos Tribunais, págs. 843-849).

Concordo plenamente com o mestre, mas desde que estivéssemos diante de um caso concreto cuja solução dependesse do confronto de provas. Diga-se de passagem, que a presunção de que os atos administrativos devem ser considerados

legítimos até que se demonstre o contrário, a bem da continuidade da prestação dos serviços públicos não têm o mesmo peso da presunção de constitucionalidade de que estão protegidas todas as leis.

Basta raciocinar que o próprio Legislativo não pode, após sancionada a lei, declará-la inconstitucional com efeito *ex tunc* através de outra lei, pelos simples fato de que essa não é sua função precípua.

Já o Executivo pode revogar seus atos, porque faz parte de sua função; aliás, os atos regulamentares apenas dão cumprimento às leis, logo, é possível que a presunção de legitimidade do ato administrativo seja afastada de ofício pela própria Administração.

Isso porque à Administração cabe tanto a anulação dos atos ilegais como a revogação de atos válidos e eficazes, quando considerados inconvenientes ou inoportunos aos fins buscados pela Administração. Essa forma de controle endógeno da Administração denomina-se princípio da autotutela.

Ao Poder Judiciário cabe somente a anulação de atos reputados ilegais, conforme pontuado nas Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal. Observe que pela própria súmula a Administração não faz controle de constitucionalidade, mas sim de legalidade, ou seja, para revogar ou anular o ato seu a Administração faz o confronto com a lei, daí o controle ser de legalidade.

Com essas considerações, resta indubitável que, à luz dos princípios da igualdade, da legalidade administrativa, da separação de poderes, este alçado à categoria de subprincípio do Estado de Direito pelo STF e consagrado pela Lei 9.784/99, tanto no seu art. 2º quanto no seu art. 54 e, principalmente, da segurança jurídica, não há como, sob o enfoque da Constituição Federal de 1988, considerar legítimo o afastamento de lei inconstitucional pelo próprio poder Executivo, ainda mais quando o próprio Presidente

da República, nos termos do art. 103, da CF, possui poder para ajuizar pessoalmente ação direta de inconstitucionalidade.

Aliás, a Constituição estabelece em seu artigo 97 a obrigatoriedade de a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público só poder ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal, *in verbis*: "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". Desta forma, "quando a apreciação do caso principal estiver afeto à câmara, turma ou outro órgão parcial do tribunal, o incidente de inconstitucionalidade determinará a suspensão do julgamento para a ouvida do tribunal pleno." (THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 629).

Contudo, alguém pode, como já acontecera, aduzir que o Poder Executivo não pode declarar a inconstitucionalidade, mas pode afastar a aplicação da norma, pois entre a ausência de poder para a declaração de inconstitucionalidade da lei e o dever de cumprir a lei inconstitucional existe distinção fundamental.

De fato existe distinção fundamental. É que, além da ofensa ao devido processo legal, já que o chefe do Executivo, de ofício e unilateralmente, determinará o não-cumprimento da norma, em evidente exercício arbitrário das próprias razões, também ofenderá diretamente a própria Constituição, em seu art. 85, VII, que diz textualmente:

"São crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais"

A meu sentir, constitui crime de responsabilidade o ato do Presidente da República ou outro chefe de Poder Executivo (Dec-lei n 201 de 1967) que autoriza o descumprimento de lei, principalmente se for por considerá-la inconstitucional, além de restar configurada usurpação da função do Poder Judiciário, caracterizada pelo atentado contra o livre exercício do Poder Judiciário (art. 85, II).

Finalmente, demonstrado o equívoco da elaboração de teses baseadas apenas em fatos, resta possível nos assentarmos em premissa verdadeiramente jurídica. Deixemos, pois, de concluir conforme a legitimidade para propositura de ADI ou ADC para fixarmos bases sobre conceitos lógicos, racionais e técnico-jurídicos, quais sejam, sobre os princípios já citados, tais como os da igualdade e harmonia das funções; da separação de poderes; da presunção de constitucionalidade e, principalmente, da segurança jurídica, direito individual qualificado como cláusula pétrea.

Com efeito, pelo princípio da igualdade todos devem respeito às leis, que são presumivelmente constitucionais, máxime, porque a presunção de constitucionalidade não é um mero princípio da interpretação especificamente constitucional, mas uma *regra de bom aviso* usada no controle de constitucionalidade.

Essa presunção acaba operando no âmbito da hermenêutica constitucional, pois a decisão sobre a validade das normas infraconstitucionais exige seu exame em face da Lei Maior. Assim, princípio de tamanha envergadura não pode jamais ser afastado por um dos interessados, como é o caso da Administração. A presunção de constitucionalidade das leis há de ser respeitada por todos igualmente, visto competir apenas ao Poder Judiciário afastá-la.

Adverte Heraldo Garcia Vitta que “Do princípio da supremacia do interesse público sobre o do particular decorre a posição privilegiada do órgão administrativo, nas relações com os particulares. Significa que o Poder Público, nas suas relações com os particulares, dispõe, segundo a lei, de privilégios especiais, existentes para a garantia da atuação de seu mister. Assim, por exemplo, no plano administrativo, o início do processo de ofício, a avocação temporária de competência, o prazo decadencial de cinco anos para anular os atos administrativos (inclusive os que imponham sanções), a possibilidade de decisão, do órgão colegiado, contrária ao pedido recursal do interessado.”¹⁰

¹⁰ Vitta, Heraldo Garcia, in Aspectos da Teoria Geral no Direito Administrativo, Malheiros Editores, p. 60-61

Extrai-se do exposto que a supremacia relatada ocorre somente em relação aos particulares. Daí porque se revela possível a alteração ou modificação unilateral das relações estabelecidas pela Administração com particulares, como p. ex, nos concursos públicos para o provimento de cargos, nas licitações e nos contratos administrativos.

Por isso, não podemos adotar o mesmo pensamento em relação aos atos públicos, ou seja, atos do legislativo e do Judiciário. Em outras palavras, não há presunção de legitimidade de lei em relação ao Executivo, porque o executivo não é particular, mas há, em nome da coerência do sistema e da completude, e harmonia, pelo que o Executivo deve respeitar a presunção de constitucionalidade da lei.

A coerência do ordenamento jurídico consiste na possibilidade de o sistema, no caso de normas contraditórias entre si, conferir legitimidade ao órgão competente para eliminar uma delas; já a completude permite ao intérprete integrar o próprio ordenamento, suprimindo a falta da norma, por exemplo, através da analogia.

Bobbio já dizia:

“Normalmente representa-se a estrutura hierárquica de um ordenamento através de uma pirâmide, donde se falar também de construção em pirâmide do ordenamento jurídico. Nessa pirâmide o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos. Se a olharmos de cima para baixo, veremos uma série de processos de produção jurídica; se olharmos de baixo para cima veremos, ao contrário, uma série de processos de execução jurídica.

Esse duplo processo ascendente e descendente pode ser esclarecido também em duas outras noções características da linguagem jurídica: poder e dever. Enquanto a produção jurídica é a expressão de um poder (originário ou derivado), a execução revela o cumprimento de um dever. Uma norma que atribui a uma pessoa ou órgão o poder de estabelecer normas jurídicas atribui ao mesmo tempo a outras pessoas o dever de obedecer. Poder e dever são dois conceitos correlatos; um não pode ficar sem o outro”¹¹.

¹¹ Bobbio, Norberto, in Teoria do ordenamento jurídico: trad. Maria Celest C. J. Santos – Brasília –

No caso brasileiro, cabe ao Poder Judiciário, com exclusividade, zelar pela coerência do sistema, vale dizer, servir-se do princípio da proporcionalidade para eliminar norma inconstitucional.

Lara dos Anjos de Melo¹² registra interessantes julgados tanto do STF como do STJ sobre a matéria, a saber:

Supremo Tribunal Federal em 1990 - impossibilidade de anulação de lei pelo Executivo.

“O chefe do Poder Executivo Federal fez editar a Medida Provisória 175/90 com o fim de anular o teor das Medidas Provisórias dantes editadas de número 153/90 e 156/90, a qual dispunha em seu artigo 1º que: "Art. 1º. A Medida Provisória 153 de 15 de março de 1990 que define crimes de abuso do Poder Econômico e dá outras providências e a Medida Provisória 156 de 15 de março de 1990 que define crime contra a Fazenda Nacional, estabelecendo penalidades aplicáveis a contribuintes, servidores e terceiro que os pratiquem, publicadas no DOU de 16 de março de 1990 e submetidas de imediato ao Congresso Nacional são declaradas nulas e de nenhuma eficácia”.

A referida situação foi levada ao Supremo Tribunal Federal através da ADIn 221, que em sede de medida cautelar assim decidiu:

"Ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória. Revogação. Pedido de liminar. - por ser a medida provisória ato normativo com força de lei, não é admissível seja retirada do Congresso Nacional a que foi remetida para o efeito de ser, ou não, convertida em lei. - 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. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da

Editora Universidade de Brasília, 10 edição, 1999, p. 50-51

¹² COSTA, Lara dos Anjos de Melo. Controle de constitucionalidade de lei pelo agente administrativo . *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 414, 25 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5625>>. Acesso em: 08 fev. 2006

competência exclusiva do poder judiciário. Os poderes executivo e legislativo, por sua chefia - e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade -, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais". (ADI 221 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Publicação: DJ DATA-22-10-93 PP-22251 EMENT VOL-01722-01 PP-00028 Julgamento: 29/03/1990 - TRIBUNAL PLENO.)"

Adiante, a autora registra mais um precedente, agora do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido em 1993, quando, não só é acolhida a possibilidade de o Executivo negar execução à lei, como tal comportamento é tido como dever precípua do agente executivo. Advirta-se, apenas que, nos termos do art. 102, da Constituição Federal (Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda Constituição) cabe ao Supremo Tribunal dá a última palavra sobre matéria constitucional, pelo que, apenas por amor a dialética, permito-me transcrever o seguinte julgado:

"Ementa

Lei inconstitucional - Poder Executivo - Negativa de eficácia. O poder executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional.

Resp 23121 / go ; Recurso Especial, 1992/0013460-2, fonte dj data:08/11/1993, pg:23521, LEXSTJ vol.:00055 pg:00152, RELATOR MIN. HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096). data da decisão 06/10/1993, Orgão Julgador T1 - primeira turma decisão por unanimidade, dar provimento ao recurso.)"

Ao derradeiro, cumpre dizer que, mesmo havendo teses favoráveis ao controle pelo executivo, não é correto o manejo desse poder. O executivo, para não correr o risco de responder por crime de responsabilidade (art. 85, da CF), prefere ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade, como foi o caso mais recente da ação direta de inconstitucionalidade (med. liminar) 3599, ajuizada pelo Presidente da República em face de leis que autorizavam o reajuste de servidores da Câmara e do Senado.

CAPÍTULO 5

ÓRGÃOS AUTÔNOMOS

5.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Diferentemente do Brasil, há países, como França e Itália, que adotam o sistema da dualidade de jurisdição. O temor aos juizes do antigo regime levou os franceses a criarem o sistema de jurisdição administrativa (contencioso administrativo), que funcionaria paralelo ao sistema de jurisdição comum.

Assim, a solução dos litígios nos quais a Administração Pública fosse parte não podia ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de criar-se subordinação de um Poder a outro.

São dois os sistemas básicos de controle: o sistema do contencioso administrativo e o sistema da unidade de jurisdição.

Como já averbado, o Contencioso Administrativo (sistema de dualidade de jurisdição ou sistema francês) caracteriza-se pelo fato de que, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, o ordenamento contempla uma Justiça Administrativa.

A Justiça Administrativa teria competência sobre litígios específicos, nos quais uma das partes seria necessariamente o Poder Público, daí porque restava mitigada a imparcialidade, já que nesta Justiça o Estado, em tese, era parte e juiz.

Contudo, a organização administrativa brasileira sofreu, nos últimos anos, importante modificação, sobretudo em razão da redefinição do papel que ao Poder Público incumbe desempenhar, fato que possibilitou a criação de órgãos administrativos autônomos com poder de julgamento.

Isso ocorreu porque a Administração Pública precisou diminuir a concentração de funções em mãos do Estado. O Estado necessitava ser menos monopolizador dos serviços ou atividades (como o fim do monopólio estatal em áreas antes tidas como estratégicas), menos burocrático e com isso se preocupar com as funções de caráter gerencial. As alterações promovidas reduziram o *tamanho* do Estado, ou do aparato estatal, com as privatizações (que permitem a assunção de entidades estatais pelo setor privado), a desestatização (com a venda do capital social de empresas estatais), a desregulamentação (com a diminuição da intervenção estatal na ordem econômica), além do incremento de concessões e permissões de serviços públicos.

O denominado Terceiro Setor, que é composto por sociedades paraestatais, tais como as organizações sociais e os serviços sociais autônomos, além de outras pessoas jurídicas, como os entes de cooperação e as entidades de interesse coletivo, é típico exemplo do que estamos a falar.

Estes entes paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, instituídas pela vontade particular e que não integram a Administração indireta; todavia, atuam paralelamente à Administração prestando relevantes serviços de interesse público, e recebendo, por isso, determinados benefícios, a serem estudados oportunamente.

Boaventura assevera ser o Terceiro Setor formado por um “conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam a fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais” (BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, *apud* SLFR, p. 13).

Refletindo o mesmo fenômeno temos as agências reguladoras que são instituições recentemente criadas em nosso ordenamento jurídico. São autarquias criadas pela respectiva Administração direta, por meio de lei, e em razão da função a elas outorgadas possuem natureza de autarquias de regime especial. Como as autarquias, são

peças jurídicas de direito público com capacidade administrativa, aplicando-se a elas todas as regras relativas àquelas entidades.

Possuem como objetivo regular e fiscalizar a execução de serviços públicos (sendo-lhes vedada a exploração de atividades econômicas) pelos concessionários e permissionários que recebem a incumbência de execução de tais serviços. São titulares, conseqüentemente, dos poderes normativo e disciplinar, pois regulamentam a atuação dos delegados e podem aplicar sanções aos entes particulares que, sob concessão ou permissão, infringem as regras de execução impostas, a exemplo das multas. Assim, conclui-se: elas não executam o serviço propriamente, elas o fiscalizam.

Nota-se profunda influência do direito alienígena sobre a legislação brasileira no que toca à importação de mecanismos não-judiciais de resolução de conflitos, invocando-se a necessidade de aprimoramento de mecanismos diversificados de solução das contendas, sobretudo diante da explosão de litigiosidade que hoje assoberba o Judiciário.

Não se pode olvidar, porém, que o Princípio da Universalidade de Jurisdição, que se incorpora aos direitos e garantias fundamentais, é uma decorrência do Princípio da Separação de Poderes, de sorte que o embate com o primeiro pode atingir a dignidade do segundo, princípio fundamental da República. De qualquer forma, o debate envolve, necessariamente, também o Poder Normativo das Agências Reguladoras, donde se vislumbra, espera-se, a compatibilidade do poder regulatório com o ideário de Montesquieu.¹

Com efeito, assim como os Conselhos de Contribuintes, também as agências solucionam conflitos e é possível que, em algum caso, seja necessário afastar a aplicação da lei sob o argumento de inconstitucionalidade.

¹ Há quem pense diferente. É o caso de Marcos Juruena Villela Souto (2001, p.463), para quem, pelo Princípio da Separação de Poderes, o Judiciário não pode "interferir em juízos privativos da entidade legalmente competente para fiscalização e regulação dos setores da economia."

Para agravar a situação, alguns Conselhos, a exemplo do Conselho de Recursos da Previdência Social, não comportam, em seus regimentos, o denominado recurso hierárquico impróprio, o que enfraquece ainda mais a tese daqueles que admitem o afastamento da lei por ordem do Chefe do Executivo. No recurso impróprio, por não ser a autoridade que irá apreciar o recurso, hierarquicamente superior àquela que emitiu o ato recorrido, sua competência deverá estar expressamente delimitada no dispositivo normativo que a fixou.

A norma sistematizadora dos recursos administrativos impróprios, além de designar as autoridades competentes para proferirem as decisões, deverá formalizar o procedimento que será adotado, como a fixação de prazos, especificação de provas cabíveis, quantidade de recursos, sua finalização, etc. A finalização do procedimento do recurso administrativo impróprio depende, naturalmente, de como for sistematizado normativamente.

Assim, no caso do Conselho de Recursos da Previdência Social, como a Lei não previu o recurso hierárquico impróprio, a última palavra será dada pelo próprio Conselho, nada podendo fazer o Ministro de Estado, tampouco o Chefe do Executivo. Exatamente por isso é que o próprio regimento proíbe o afastamento de lei por inconstitucionalidade. Mas os Conselhos, não raro, violam essa regra, o que gera um mal muito grande para a Fazenda Pública, conforme veremos.

Vejamos a Portaria n. 88, de 22 de janeiro de 2004, que cuida do Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS:

“ART. 70. é vedado aos órgãos julgadores do CRPS afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de tratado, acordo internacional, lei, decreto ou ato normativo em vigor, ressalvados os casos em que:

I – já tenha sido declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a

publicação da resolução do Senado Federal que suspender a sua execução;

II – haja decisão judicial, proferida em caso concreto, afastando a aplicação da norma, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República.”

A meu sentir, agências, ditas autônomas e com poder regulamentar e os Conselhos podem fazer o controle de legalidade, assim como a própria Administração Direta, por força do princípio da autotutela, mas jamais o controle de constitucionalidade.

Isso porque o Brasil não adotou o contencioso administrativo. A Lei n. 9.784/99 limita em três as instâncias administrativas, sendo que a recorribilidade das decisões não pode estar sujeita a ônus ou encargos. Por isso, ante a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, desse sistema de controle dos atos da administração, que prevê a *coisa julgada administrativa*, em seu sentido próprio, que não permite revisão pelo poder judiciário, todos os atos da administração, sejam tomados em primeira ou em última instância, são revisíveis pelo judiciário, a teor do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Permitir que esses órgãos autônomos façam o controle de constitucionalidade é, além de usurpar a função do Poder Judiciário, criar um mal para a própria Administração, que não poderá recorrer às vias judiciais caso queira atacar uma decisão com trânsito em julgado no âmbito administrativo favorável ao administrado, conforme vêm decidindo os tribunais do país.

Vamos tomar como exemplo o julgamento feito pelo Conselho de Contribuintes. É certo que há um processo administrativo fiscal, com duas fases, uma não contenciosa (unilateral) e outra contenciosa (bilateral) correspondente a uma série de atos administrativos, praticados pela autoridade competente, com a finalidade de verificar uma situação jurídica existente entre o Fisco e o contribuinte. A segunda fase, que é a que nos interessa diretamente, se inicia, caso ao término da fase oficiosa (não contenciosa), o

contribuinte deixa de efetuar o pagamento da obrigação tributária que lhe foi imposta pelo Fisco. Neste caso, instaura-se a fase contenciosa aonde irá se discutir o lançamento.

É justamente nesta fase que surge a figura do Conselho de Contribuintes, onde serão apreciados os recursos para reexame da matéria decidida pelo órgão de primeiro grau, uma vez ser ele um órgão superior a todos os demais do Ministério da Fazenda.

Para Rodrigo Pereira de Mello ele é um órgão administrativo com funções jurisdicionais contenciosas, subordinado à Constituição, às leis, decretos e portarias ministeriais devendo, dentro do que lhe compete, pronunciar-se pela correta aplicação da legislação tributária federal.²

Na visão de LÍDIA MARIA LOPES RODRIGUES RIBAS, a expressão processo administrativo tributário é usada para especificar "o conjunto dos atos administrativos desenvolvidos pela manifestação da Administração e do contribuinte a respeito da relação jurídica tributária para solução das controvérsias sobre questões pertinentes aos tributos, no âmbito da esfera administrativa" (RIBAS, Lídia M. L. Rodrigues. *Processo Administrativo Tributário*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2003).

Nesta segunda fase é que começa o problema, pois o que realmente queremos indagar e resolver, porquanto seja o objeto principal deste trabalho, é saber se as autoridades da administração fazendária, quando exercem atividade tipicamente judicante no âmbito da apreciação de lides fiscais, podem, de forma positiva, e não como uma mera abstenção, exercer controle de constitucionalidade.

Para os que defendem a possibilidade de afastamento da lei inconstitucional dois são os fundamentos: o primeiro, capitaneado pelo ilustre Pontes de Miranda, ensina que "*Quando o órgão tem de agir, dependendo a sua ação de implícita*

² MELLO, Rodrigo Pereira de. *Conselho de contribuintes e recurso hierárquico*. Disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/cerh.htm> Acesso em: 03 dez de 2001

solução à questão prévia da inconstitucionalidade, ou da ilegalidade, pode ele abster-se, e dizer por que se abstém."³; e o segundo, constante do próprio texto constitucional no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal (que trata do contraditório e da ampla defesa), porquanto deve ser aplicado sem quaisquer restrições ao processo administrativo, o que permitiria ao Conselho de Contribuintes (órgão do executivo) deixar de aplicar lei que lhe pareça inconstitucional.

É nesta mesma linha a argumentação de EDUARDO DOMINGOS BOTALLO, *in verbis*:

“Acho absurdo que se diga que um Conselho de Contribuintes ou um Tribunal de Impostos e Taxas pode julgar o ato de autoridade administrativa desconforme com a portaria, a portaria desconforme com a ordem de serviço, a ordem de serviço desconforme com o regulamento, mas não pode dizer que o regulamento está contra a lei, e, o que é pior, não pode dizer que a lei está contra a Constituição.”⁴

Esse também é o pensamento do professor WLADIMIR NOVAES MARTINEZ, *in verbis*:

“Nomeado para exercer o cargo de julgador, o servidor deixa de subordinar-se funcionalmente ao seu superior, devendo obediência apenas à lei, conforme ele a conceber. Não terá de ficar ao lado da Administração ou do contribuinte, mas da Constituição Federal.”⁵

Esses argumentos, diga-se de passagem, são os mesmos predicados na histórica Representação n. 980-7, a cujos comentários remeto o leitor para o capítulo IV, permitindo-me apenas transcrever a ementa do julgado:

Ementa:

É constitucional decreto de chefe de poder executivo estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à constituição de 1967*. 2ªed. p. 624.

⁴ BOTALLO, Eduardo Domingos. *Procedimento Administrativo Tributário*. São Paulo: RT, 1977

⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Procedimento Fiscal Previdenciário in Processo Administrativo Fiscal*. São Paulo: Dialética, 1998, v. 3, pág. 259

abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do poder executivo. Constitucionalidade do decreto n. 7.864, de 30 de abril de 1976, do governador do Estado de São Paulo. Representação julgada improcedente.

(Rp980/SP- SÃO PAULO REPRESENTAÇÃO
Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Publicação: DJ DATA-
19-09-80 PG-07202 EMENT VOL-01184-01 PG-00100 RTJ
VOL-00096-03PG-00496 Julgamento: 21/11/1979 -
TRIBUNAL PLENO)".

No sentido que defendemos, juristas acenam que na esfera administrativa não é possível analisar a inconstitucionalidade de determinada lei, suscitada pelo contribuinte, pois, neste caso, haveria interferência de um Poder (Executivo) no âmbito de competência de outro (Poder Judiciário), restando ferido o princípio da harmonia e da separação dos poderes.

Nessa esteira, Zeno Veloso ensina que "Permitir que este poder, *ex propria auctoritate*, cancele a eficácia de norma jurídica, porque reputa contrária à Constituição, é consagrar tese perigosíssima, que pode pôr em risco a democracia, num País em desenvolvimento, como o nosso, com tantas e tão graves limitações e carências, com uma vocação histórica – e até o momento incontrolável – para o autoritarismo, com um executivo verdadeiramente formidável e imperial, significando o princípio da divisão de poderes quase uma letra morta no texto Magno."⁶

E continua o citado autor dizendo mais tarde que "Além do mais, não podemos esquecer que há a presunção da constitucionalidade das leis, embora não seja absoluta, mas *juris tantum*. Esta presunção só pode ser infirmada por decisão do Poder Judiciário, e, ressalte-se: tratando-se de tribunal, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade pode ser declarada (CF, art.97)."

Com efeito, pelas mesmas razões já expostas até aqui, concluímos que o chefe do Executivo não pode afastar a lei inconstitucional, pois só possui

⁶ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2ª ed. p. 322 e 323

legitimidade para questionar a validade da norma, cabendo aos agentes públicos a ele subordinados representar, alertando para a existência de norma supostamente inconstitucional, jamais decidir contra ela, ou pior ainda, declará-la inconstitucional.

Ademais, se entendermos que os órgãos autônomos e as agências reguladoras continuam vinculadas ao Ente federativo, não podem ir além do Chefe do Executivo. Logo, como não têm poder de veto, não podem afastar a presunção de validade das leis.

De novo cabe aqui lembrar o princípio da completude do ordenamento jurídico. O sistema não é assentado em contradições. Se admitíssemos a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por órgão administrativo, o Estado, por qualquer de seus órgãos, não poderia recorrer ao Judiciário, porque lhe faleceria interesse de agir.

Acrescente-se que se o particular se submete à apreciação de um caso perante os órgãos da Administração, seja adotando a solução dada pela autoridade singular, seja obtendo a seu favor uma decisão favorável por parte do Conselho de Contribuintes, não pode, depois, sofrer uma execução fiscal pelo fato de a Fazenda simplesmente desconhecer o que ficara decidido na fase administrativa, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da coisa julgada administrativa pró-administrado, máxime em razão de sua força vinculante, de observância obrigatória pela administração.

Há um binômio que integra o interesse de agir: *necessidade e adequação*, ou seja, só haverá o interesse de agir quando houver a necessidade de ingressar com uma ação para conseguir o que se deseja e quando houver adequação da ação (ação própria para o pedido). Essa condição de julgamento do mérito impede o conhecimento da ação contra coisa julgada pró-administrado.

Nesse passo, exsurge claro que a parte passiva principal jamais será o contribuinte, porque para tanto não tem legitimidade, na medida que não pode ser

responsabilizado pela decisão cujo anulamento é pleiteado pela Fazenda, autora. Em outras palavras, não pode ser parte porque não resistiu à pretensão do autor. Nem pode satisfazê-la. Também haverá ilegitimidade passiva porquanto no caso de uma decisão de um Conselho de Contribuintes que desatende a uma pretensão da Fazenda Pública só o próprio colegiado pode ser responsabilizado por tal desatendimento.

O contribuinte nada fez, nem deixou de fazer, que possa colocá-lo na condição de réu. Ele pediu fosse julgada improcedente a ação fiscal. Foi atendido. A Fazenda pediu ao Conselho de Contribuintes que julgasse improcedente o recurso. Foi desatendida. Responsável pelo ato que não atendeu, vale dizer, pela decisão que julgou procedente o recurso e, em consequência, improcedente a ação fiscal, só pode ser o Conselho de Contribuintes.

Vejamos o caso hipotético de um mandado de segurança. Sendo a autoridade coatora um servidor do Conselho de Contribuintes ou da Câmara Superior de Recursos Fiscais, ou mesmo o Ministro de Estado, em caso de recurso hierárquico impróprio, porquanto são os representantes do órgão federal que decidiu de forma favorável ao contribuinte, quem defenderia o ato impugnado pela Fazenda Pública, seria a mesma, representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, com isso cumulando a representação processual em nome do Conselho de Contribuintes (impetrado), e do outro lado funcionando como impetrante do mandado de segurança.

Tal confusão se dá em razão de o Conselho de Contribuintes e a Câmara Superior de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda serem verdadeiros órgãos do ente político "União", que expede ato administrativo em nome dessa pessoa política. Em outras palavras, apesar de serem órgãos autônomos, continuam vinculados à entidade federativa.

Exatamente por isso é que os Tribunais, inclusive o STJ, vêm encarando esse fenômeno como algo teratológico, devendo ser afastado pelo Poder Judiciário, haja vista a ilegitimidade de parte, nos termos do artigo 267, VI, do CPC, diante

da confusão processual. Na verdade, embora não produza maiores conseqüências práticas, melhor se me afigura a extinção do processo, sem resolução de mérito por ausência de interesse de agir.

Correto é, portanto, o entendimento adotado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região ao decidir que “o princípio geral de Direito Administrativo que prescreve ter a administração o poder e o dever de rever seus atos, seja para revogar os inconvenientes, seja para anular os viciados, cede passo aos princípios específicos que regem o Direito Tributário.” (Trecho do voto do relator, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, na AMS nº 73.262-CE, julgada em 02.10.2001). O referido julgado porta a seguinte ementa:

“TRIBUTÁRIO. REVISÃO DE LANÇAMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. COISA JULGADA. PRECLUSÃO. ERRO DE DIREITO.

Transitada em julgado a decisão que, em processo administrativo, acatou a defesa do contribuinte e declarou a inexistência da obrigação, extingue-se o crédito (pretenso) tributário, nos termos do art. 156, IX, do CTN;

Somente em casos de erro de fato é possível a revisão do lançamento, nos termos do art. 149, do CTN, mediante a lavratura de outro lançamento, dando início a novo processo administrativo, sempre que não haja se consumado a decadência.

Impossibilidade do aproveitamento do processo administrativo anterior já findo, com decisão transitada em julgado;

Apelo provido.”

Nessa mesma linha é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consoante transcrição contida na parte final da declaração de voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento do MS nº 6.737 – DF, rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 10.04.2002. Boletim de Direito Administrativo, Editora NDJ nº 8, agosto de 2004, pág. 956.

Essa importante restrição do Superior Tribunal de Justiça quanto ao cabimento do recurso hierárquico ficou bem clara no acórdão em cuja ementa se vê:

“I – A competência ministerial para controlar os atos da administração pressupõe a existência de algo descontrolado, não incide nas hipóteses em que o órgão controlado se conteve no âmbito de sua competência e do devido processo legal.

II – O controle do Ministro da Fazenda (Arts. 19 e 20 do DL 200/67) sobre os acórdãos dos conselhos de contribuintes tem como escopo e limite o reparo de nulidades. Não é lícito ao Ministro cassar tais decisões, sob o argumento de que o colegiado errou na interpretação da Lei.

III – As decisões do conselho de contribuintes, quando não recorridas, tornam-se definitivas, cumprindo à Administração, de ofício, “exonerar o sujeito passivo dos gravames decorrentes do litígio”. (Dec. 70.235/72, art. 45).

IV – Ao dar curso a apelo contra decisão definitiva de conselho de contribuintes, o Ministro da Fazenda põe em risco direito líquido e certo do beneficiário da decisão recorrida.” (STJ, Primeira Seção, MS nº 8.810 – DF, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 13.08.2003, ementa transcrita no Parecer PGFN/CRJ nº 1087/2004, RDDT nº 109, outubro de 2004, pág. 132/133).

Além dessa confusão processual que pode levar, em alguns casos, a extinção do processo, anote-se que o Código Tributário Nacional, em seu artigo 156, IX, previu uma exceção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV) quando considerou extinto o crédito tributário no caso de “decisão administrativa irreformável”.

É como se a própria Constituição Federal tivesse delegado à norma geral o tratamento de assuntos como “crédito” tributário, nos termos do artigo 146, III, “b”. Esse fenômeno é possível, e pode vir cravado tanto em leis infraconstitucionais como na própria Constituição, isto é, a Constituição pode delegar a limitação como pode ela própria tomar partido, senão vejamos o que diz o art. 217, da CF:

“Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

§1 O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.”

Em nível infraconstitucional, a legislação que trata do *habeas data* estabelece requisito nesse sentido. Antes de disciplinar o processo de *habeas data* na lei 9.507, nos arts. 2º a 4º o legislador cuidou do requerimento a ser feito pelo interessado “ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados”; e ao tratar da petição inicial da ação, no art. 8º, preceitua que ela seja instruída com a prova da recusa em atender a tal requerimento sob pena de indeferir-la o juiz *in limine*, art. 10, *caput*. É certo que não se exige manifestação expressa do órgão ou entidade: basta ao impetrante provar que se escoou o prazo legal sem decisão sobre o requerimento, o que caracterizará renúncia tácita.

O Superior Tribunal de Justiça já, inclusive, pacificou a questão em seu enunciado de Súmula n. 2, senão vejamos: “Não cabe *habeas data* (Constituição Federal, artigo 5º, LXXII, a) se não houver recusa de informações por parte da autoridade administrativa.”

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 652,-D, *caput*, também dedicou-se ao assunto:

“Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou sindicato da categoria.”

Vê-se, pois, que não se trata de ofensa à inafastabilidade da jurisdição, que é, inclusive, direito fundamental (art. 5º., XXXV,CF), mais ainda, verdadeira cláusula pétrea, consoante acentua o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello:

A cláusula do judicial review, cuja gênese reside no texto da própria Constituição da República, rompe – ao viabilizar a invocação da tutela jurisdicional do Estado – qualquer círculo de imunidade que vise a afastar, numa comunidade

estatal concreta, o predomínio da lei e do direito sobre a arbitrariedade do Poder Público.

Trata-se, sim, de mero acréscimo de condição da ação, que se não obedecido culminará na extinção do processo sem resolução de mérito, a teor do art. 267, VI, do CPC.

É isso que ocorre com as decisões administrativas favoráveis aos administrados prolatadas pelos Conselhos. O crédito tributário resta extinto e via de consequência falece interesse de agir para a Fazenda Pública para pleitear a intervenção do Judiciário.

Quando essa decisão é proferida com fundamento na inconstitucionalidade da lei, com relação ao caso concreto decidido, nada mais pode fazer a Fazenda, que é quem ao final vai suportar os ônus.

Esse é um problema decorrente da anomalia que é o controle de constitucionalidade pelo Executivo e órgãos autônomos. A quebra de postulados, como é a Separação de Poderes e a presunção de constitucionalidade das leis, aliada ao desrespeito às suas consequências lógico-jurídicas, termina por criar uma entropia no sistema jurídico, fulminando, via de consequência, com a ordem interna e com a segurança jurídica.

Aliás, vale aqui refutar a idéia de que o Poder Executivo poderia afastar a lei inconstitucional por ser um ato nulo, e ato nulo não gera direitos, podendo ser afastado até por particulares, diga lá pelo Chefe do Executivo, que age em nome do interesse coletivo.

Não há dúvida de que o Código Civil considera nulo o ato jurídico, quando for ilícito ou impossível o seu objeto (art. 145, II CC) e quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito (art. 145, V CC).

O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo. A nulidade pode ser alegada por qualquer interessado e pelo Ministério Público e deve ser reconhecida de ofício pelo juiz.

A nulidade consiste em que um ato, que pretende ser um ato jurídico e, em especial, um ato estatal, não o é objetivamente, por ser irregular, ou por não satisfazer às condições prescritas por uma norma jurídica de escalão superior. No ato nulo falta um caráter jurídico. Se houvesse tal necessidade, não estaríamos lidando com nulidade, mas com anulabilidade.

A Constituição Federal limitou o poder de examinar qualquer ato pretensamente jurídico e decidir quanto à sua regularidade, reservando tal poder para certas instâncias do Poder Judiciário, atuantes em certas condições, afastando a regra geral de que a qualquer pessoa, seja ela autoridade pública ou simples sujeito, é dado examinar, em quaisquer circunstâncias, a regularidade do ato nulo, declará-lo irregular e, em consequência, tratá-lo como algo não válido, não obrigatório.

É razoável defender que os atos dos particulares e os das autoridades não têm o mesmo peso quanto ao controle. Não se pode considerar nulo *a priori* qualquer ato emanado de autoridade incompetente, ou composta de maneira irregular ou, ainda, mediante processo irregular.

O princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro, principalmente, em se tratando da Jurisdição Constitucional. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social igualmente relevante, conforme já esposado linhas atrás.

Nesse sentido é o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, *in verbis*:

“O princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social⁷. Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um quorum especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Nos termos do art. 27 da n.º Lei 9.868, de 1999, o Supremo Tribunal poderá proferir, em tese, uma das seguintes decisões:

a) declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*);

b) declarar a inconstitucionalidade, com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*) e, eventualmente;

c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se opere a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade = restrição de efeitos).

Assim, tendo em vista razões de segurança jurídica, o Tribunal poderá afirmar a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*. Nessa hipótese, a decisão de inconstitucionalidade eliminará a lei do ordenamento jurídico a partir do trânsito em julgado da decisão (cessação da ultra-atividade da lei / hipótese “a”).

Outra hipótese (hipótese “b”) expressamente prevista no art. 27 diz respeito à declaração de inconstitucionalidade com eficácia a partir de um dado momento no futuro (declaração de inconstitucionalidade com efeito “*pro futuro*”). Nesse caso, a lei reconhecida como inconstitucional, tendo em vista fortes razões de segurança jurídica ou de interesse social, continuará a ser aplicada dentro do prazo fixado pelo Tribunal. A eliminação da lei declarada inconstitucional do ordenamento submete-se a um termo pré-fixo. Considerando que o legislador não fixou o limite temporal para a aplicação

7

. Cf., a propósito do direito português, MEDEIROS, *op. cit.*, p. 716.

excepcional da lei inconstitucional, caberá ao próprio Tribunal essa definição.”⁸

Nesses termos, fica evidente a possibilidade de manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, fato que, como se viu, permite tanto o convívio com uma norma já declarada inconstitucional (inconstitucionalidade progressiva), como a postergação de seus efeitos.

Daí, resta simplório concluir que a regra geral de que ato nulo não gera direito não pode autorizar o afastamento da presunção de constitucionalidade das leis.

Ao lume do exposto, conclui-se que nem o Chefe do Executivo, tampouco os órgãos colegiados, tais como Conselho de Contribuinte, Conselho de Recursos da Previdência Social, Agências Reguladoras etc., podem, sob pena de praticarem um dos fatos descritos nos arts. 85, da CF, no Decreto-lei 201/67, ou no art. 319, do Código Penal Brasileiro, negar cumprimento a lei alegando ser inconstitucional.

Afastadas estão, definitivamente, as seguintes soluções:

a) o chefe do executivo pode autorizar formalmente, desde que haja vetado projeto de lei. Não pode, porque o momento apropriado para exercer o controle já foi superado, que é o do veto (art. 66, § 1, da CF), constituindo verdadeira usurpação de poder o desrespeito à presunção de constitucionalidade das leis. Aliás, não fosse assim e a Constituição teria previsto a legitimação do Presidente apenas em face de Emendas Constitucionais, pois são as únicas espécies legislativas que não se submetem a sanção ou veto do Presidente (art. 60, § 3, da CF);

b) lei inconstitucional é ato nulo e portanto, não gera direitos. Não procede, pois a presunção de constitucionalidade não pode ser afastada por quem não tem poder para tanto. No Brasil, só o STF tem esse poder, por força do art. 102, *caput*, da Constituição Federal, por ser seu Guardião. Ademais, sob a vigilância dos princípios da

⁸ Mendes, Gilmar Ferreira, 1955- Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha – 5. ed.- São Paulo: Saraiva, 2005 – p. 395.

proporcionalidade e da segurança jurídica é possível ao STF manipular os efeitos da declaração, mitigando os efeitos da nulidade absoluta;

c) também em razão da ampliação do rol dos legitimados para propositura das ações constitucionais que visem o controle (art. 103, CF), restou sepultada a tese esposada na histórica representação n 980-7.

CONCLUSÃO

Alfim, cumpre dizer que nossa pesquisa cuidou da hegemonia de cada poder como forma de mostrar a evolução e preponderância em dado momento. No que toca ao Legislativo, lembro mais uma vez as palavras de Montesquieu, que sintetizou o tema dizendo que o julgamento deveria ser apenas um “texto exato da lei”, pois de outra maneira constituiria “uma opinião particular do juiz” e, dessa forma, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”.

Nesse passo, definiu o juiz como a *bouche de la loi* (a boca da lei) e concluiu, no seu célebre “Do espírito das leis”, que os juízes de uma nação não são “mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (Montesquieu. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultura, 1973. p. 160).

Aliás, como os magistrados anteriores à Revolução Francesa eram considerados aliados da nobreza e do clero, a burguesia nutria justificada desconfiança em relação aos juízes. Daí mais uma razão para se pretender manter o Judiciário submisso ao Legislativo e destituído de poderes de execução.

Logo, para vencer essa resistência criou-se essa ideologia, a lei vale mais do que o rei. Assim, como o Judiciário fazia apenas uma constatação, uma operação meramente aritmética, em verdade a última palavra era dada pelo Legislativo e foi assim que manteve sua hegemonia.

No tocante ao Judiciário, um pequeno recuo na história nos mostra a fragilidade com que foi forjado o exercício do controle judicial, figurando este Poder mais como controlado do que como controlador.

De qualquer modo, a doutrina dos freios e contrapesos nos remete a esse exercício recíproco de controle entre Poderes, o que é salutar porque a separação das funções estatais não elimina a concepção clássica de que o Estado deve ser observado em seu todo. No final da segunda guerra mundial, buscando-se evitar o abuso da vontade das maiorias, as constituições receberam um capítulo de direitos fundamentais, cujo vetor foi a proibição à reforma da dignidade da pessoa humana. A pessoa deve ser protegida sempre, mesmo contra a vontade das maiorias democráticas.

A inclusão dos direitos fundamentais, bem como dos meios de protegê-los fez surgir a necessidade de um poder equidistante das maiorias e minorias. Com efeito, estando a própria Constituição em jogo e sem ela não havia falar em Estado moderno forte e promotor da igualdade entre os cidadãos, ganhou força e se fez imprescindível o Poder Judiciário.

Finalmente, veio a consolidação do Controle de Constitucionalidade nas mãos do Poder Judiciário, impulsionada com a incorporação no direito constitucional americano, em 1803, com a decisão do *Chief Justice* Marshall no célebre caso *Marbury v. Madison*.

A funcionalidade do modelo repousa no princípio do *stare decisis*, na força vinculante das decisões judiciais. Por força desse princípio, no momento que a Suprema Corte decide a respeito de qualquer questão constitucional, sua decisão é vinculante para todos os demais órgãos judiciais. Basta isso para que a decisão, envolvendo um caso concreto, acabe por adquirir eficácia *erga omnes*. Uma vez desaplicada pela Corte Suprema por inconstitucional, uma lei americana, embora permanecendo *on the books*, é tornada *a dead law*, uma lei morta. Nesse passo, restava consolidada a era do Poder Judiciário.

No Brasil, ao menos três momentos devem ser destacados em nossa história recente, os quais são fatores de direito positivo capazes de influenciar na

argumentação desenvolvida para enfrentar a questão da possibilidade de controle de constitucionalidade da lei pelo agente administrativo.

Em breve retrospectiva, pode-se citar, primeiramente, a emenda constitucional 16, de 1965, na Constituição de 1946, quando surge o que se chama de controle abstrato das normas estaduais e federais. Contudo, naquele momento, apenas o Procurador-Geral da República era legitimado para a propositura da ação. Adiante, em 1977, com a emenda constitucional de nº 7 na Constituição de 1967, foi introduzida, juntamente com a já existente representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei, a qual visava impedir a proliferação de demandas com o assentamento da interpretação pelo Supremo.

Ainda com essa emenda, foi disciplinada a possibilidade de concessão de pedido de cautelar em sede de representação de inconstitucionalidade. Segue-se que, em 1988, com a promulgação da Constituição atual, o espectro dos legitimados para propositura da ADIn foi sensivelmente ampliado, outorgando-se competência, inclusive, para os chefes dos executivos federal e estadual.

Mas faltava algo. A Constituição tinha de prever, expressa ou implicitamente, a um ou mais órgãos, competência para realizar a fiscalização da constitucionalidade.

Esse órgão poderia exercer função jurisdicional ou política. No Brasil, o controle político foi legado tanto ao Legislativo, através das Comissões de Constituição e Justiça, quanto ao Executivo, através do veto do Presidente da República. Mas esse controle, nunca é demais repetir, é controle preventivo, pois o repressivo foi reservado exclusivamente ao Poder Judiciário.

Essas considerações são feitas apenas para demonstrar que nossa Constituição, atendendo ao ideal de harmonia entre os poderes, pré-fixou o momento adequado de controle preventivo ou repressivo de cada um.

Também a evolução do controle de constitucionalidade aqui traçada tem como objetivo demonstrar como a doutrina e parte da jurisprudência sustentavam e alguns ainda sustentam a possibilidade de o Executivo afastar lei inconstitucional tomando por pressuposto a legitimidade para ADI e ADC, o que hodiernamente já não resiste, malgrado o histórico precedente do STF, ainda que sob a égide de outra Constituição (Representação n. 980-7, do Estado de São Paulo, da relatoria do então Ministro Moreira Alves, tendo como representante o Procurador-Geral da República e como representado o Governador do Estado de São Paulo. Em voga estava a inconstitucionalidade do Decreto n. 7.864, de 30 de abril de 1964).

Como já demonstrado, da leitura atenta dos votos do citado precedente, deduz-se que, dentre os argumentos utilizados para a defesa da tese do controle de constitucionalidade pelo executivo estão: a necessidade de ato formal e expreso (no caso, o decreto), como forma de responsabilizar o chefe do executivo; a emanção pelo chefe do Poder Executivo (no caso, o governador); e, principalmente, o objeto do não cumprimento há de ser lei vetada pelo Executivo (no caso, por ofensa à regra de iniciativa do projeto de lei).

Esse fenômeno ocorreu recentemente, mais precisamente no dia 31 de agosto, quando o Congresso Nacional derrubou o veto presidencial à lei que concedeu o reajuste de 15% aos servidores da Câmara e do Senado. A ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) 3599, ajuizada pelo Presidente da República pedia a concessão de uma liminar, ante o risco de recuperação dos recursos liberado para o reajuste.

Infelizmente a ADI perdeu o objeto, em razão de fatos que não cabe aqui discutir. Contudo, uma lição se revela possível extrair. Se o Executivo entendia inconstitucionais as leis, se havia, inclusive, vetado-as, por que não formalizou ato administrativo determinando o não-cumprimento?

A resposta é simples. Porque só o Poder Judiciário pode retirar os efeitos de uma lei com fundamento em sua inconstitucionalidade, sob pena de crime de responsabilidade, a teor do art. 85, da Constituição Federal, consoante veremos adiante.

Houve quem defendesse a mesma tese, apenas com fundamento diferente. Sustentou-se que o Poder Executivo podia deixar de aplicar a lei inconstitucional. Contudo, o Presidente da República não podia declará-la inconstitucional, porque tal poder compete exclusivamente ao Poder Judiciário.

Outros ainda questionam porque essa 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, por que 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?

É que, além da ofensa ao devido processo legal, já que o Chefe do Executivo, de ofício e unilateralmente, determinará o não-cumprimento da norma, em evidente exercício arbitrário das próprias razões, também ofenderá diretamente a própria Constituição, em seu art. 85, VII, que diz textualmente:

“São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais”

Finalmente, após demonstrar o equívoco das teses baseadas apenas em fatos, justificamos nosso posicionamento escorado em premissa verdadeiramente jurídica. Preferimos conceitos lógicos, racionais e técnico-jurídicos, tais como da igualdade e harmonia das funções; separação de poderes; presunção de constitucionalidade e, principalmente, segurança jurídica, direito individual qualificado como cláusula pétrea.

Com efeito, pelo princípio da igualdade todos devem respeito às leis, que são presumivelmente constitucionais, máxime, porque a presunção de

constitucionalidade não é um mero princípio da interpretação especificamente constitucional, mas uma *regra de bom aviso* usada no controle de constitucionalidade.

Não podemos, pois, dar aos atos públicos, ou seja, atos do Legislativo e do Judiciário, o mesmo tratamento destinado aos atos privados. Em outras palavras, não há presunção de legitimidade de lei em relação ao Executivo, porque o executivo não é particular, mas há, em nome da coerência do sistema e da completude e harmonia, pelo que o Executivo deve respeitar a presunção de constitucionalidade da lei.

No caso brasileiro, cabe ao Poder Judiciário, com exclusividade, zelar pela coerência do sistema, vale dizer, servir-se do princípio da proporcionalidade para eliminar norma inconstitucional.

Noutro giro, agora falando dos órgãos autônomos e das agências reguladoras, que também enfrentam essa problemática, porquanto proferem julgamentos, concluímos que podem fazer o controle de legalidade, assim como a própria Administração Direta, por força do princípio da autotutela, mas jamais o controle de constitucionalidade, visto que o Brasil não adotou o sistema do contencioso administrativo (art. 5º, XXXV, da CF).

Outrossim, em razão do princípio da completude do ordenamento jurídico, que não admite contradições reais, o ordenamento há que ser interpretado conglobadamente. Se admitíssemos a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por órgão administrativo, o Estado, por qualquer de seus órgãos, não poderia recorrer ao Judiciário, porque lhe faleceria interesse de agir.

Lembremos o caso hipotético de um mandado de segurança. Sendo a autoridade coatora um servidor do Conselho de Contribuintes ou da Câmara Superior de Recursos Fiscais, ou mesmo o Ministro de Estado, quem defenderia os atos deles em caso de MS impetrado pela Fazenda Pública, seria a mesma, representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, com isso cumulando a representação processual em nome do Conselho

de Contribuintes (impetrado), e do outro lado funcionando como impetrante do mandado de segurança.

Em arremate, há que ser dito que, em um Estado que se diz democrático de direito, há que ser exigido do Judiciário uma postura mais ativa diante dos demais Poderes. Aquela concepção clássica de que o juiz é apenas *la bouche de la loi*, em posição subalterna, não mais se coaduna com as novas vertentes constitucionais, mormente pelo monopólio jurisdicional que lhe é assegurado. Aliás, ao Judiciário não só é conferida a possibilidade de, quando provocado, dar o enquadramento jurídico a quaisquer comportamentos no seio social, partidos do Estado ou não, como também lhe é exigida uma resposta, com fundamentação, diante de toda postulação, visto que no sistema jurídico brasileiro é vedado o *non liquet*.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Procedimento Administrativo Tributário**. São Paulo: RT, 1977.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **lições de Direito Processual Civil**, 7 edição, Volume I.

COSTA, Lara dos Anjos de Melo. **Controle de constitucionalidade de lei pelo agente administrativo**. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 414, 25 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5625>>. Acesso em: 08 fev. 2006

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 15 edição, editora Atlas.

_____ **Direito Municipal Brasileiro**, 3ª. Ed., Editora Revista dos Tribunais.

FARIA, José Eduardo et alii(Org.). **O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: Notas para uma avaliação da Justiça Brasileira**, in **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**, São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. A dimensão da Magistratura no Estado constitucional e democrático de direito. São Paulo: RT, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. Curso de direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994.

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP, curso avançado de direito constitucional, primeira parte, março de 2005-Brasília-DF.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Procedimento Fiscal Previdenciário in Processo Administrativo Fiscal. São Paulo: Dialética, 1998.

MEIRELLES, Hely. Direito Administrativo Brasileiro. 26.ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Rodrigo Pereira de. Conselho de contribuintes e recurso hierárquico. Disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/ccrh.htm> Acesso em: 03 dez de 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira, 1955- Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha – 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Pontes de. Defesa, guarda e rigidez das constituições. Revista de Direito Administrativo.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. O Espírito das Leis. Tradução de Jean Melville, São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____ Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultura, 1973.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

_____ Direito constitucional – 18 ed. - São Paulo: Atlas, 2005

NORBERTO, Bobbio, in Teoria do ordenamento jurídico: trad. Maria Celest C. J. Santos – Brasília – Editora Universidade de Brasília, 10 edição, 1999.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade: Conceitos, Sistemas e Efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____ Curso de Direito Constitucional Positivo. 13a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização, privatização, concessões e terceirizações. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

VITTA, Heraldo Garcia, in Aspectos da Teoria Geral no Direito Administrativo, Malheiros Editores.