

O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis

CRISTIANA DE SANTIS MENDES DE FARIAS MELLO

Procuradora do Distrito Federal, Advogada em Brasília, Graduada pela Universidade de Brasília – UnB, Pós-Graduada pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP, Mestranda pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ.

DOI: 10.11117/22361766.31.01.02

RESUMO: Este artigo busca refutar as principais razões apresentadas por aqueles que defendem estar o Poder Executivo, em regra, obrigado a aplicar leis inconstitucionais antes do pronunciamento judicial.

ABSTRACT: This article aims at rebutting the main reasons presented by those who defend the idea that the Executive Power is, in general, compelled to enforce unconstitutional laws before judicial review.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações preliminares; 2 Argumentos contrários ao descumprimento; 2.1 Princípio da legalidade; 2.2 Existência de outros meios; 2.3 Presunção de constitucionalidade das leis; 2.4 Anulabilidade e modulação dos efeitos da decisão pelo STF; 2.5 Princípio da segurança jurídica; 2.6 Princípio da separação dos Poderes; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O Executivo¹ pode deixar de cumprir uma lei por considerá-la inconstitucional? O tema, instigante, surgiu de casos concretos e desperta discussões. Este estudo limita-se a uma abordagem introdutória, com o objetivo de examinar os argumentos daqueles que advogam contra o descumprimento de leis inconstitucionais pelo Poder Executivo.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Não há unanimidade sobre a possibilidade de a Administração Pública deixar de aplicar uma lei por reputá-la inconstitucional. A questão é polêmica tanto na jurisprudência quanto na doutrina.

1 Poder Executivo, neste trabalho, deve ser entendido unicamente como Administração Pública direta. Não será tratada a possibilidade de as Autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista descumprirem leis inconstitucionais. As expressões “Poder Executivo” e “Administração” ou “Administração Pública” serão empregadas indistintamente, sem rigor teórico, referindo-se sempre à Administração Pública direta.

Até a Constituição de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhecia ser possível ao chefe do Poder Executivo negar cumprimento a uma lei por inconstitucionalidade². Depois da Carta, que ampliou consideravelmente o rol dos legitimados para deflagrar o controle abstrato de constitucionalidade³, a questão voltou à tona. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, como órgão colegiado, ainda não se pronunciou⁴.

Na doutrina, também não há consenso⁵. Muitos negam a possibilidade de o Poder Executivo descumprir a lei em situações ordinárias. Reservam tal prerrogativa a situações excepcionais, em que a aplicação da lei conduz, por exemplo, à prática de crime. Essa é a posição do Professor português Gomes Canotilho⁶. Já Rui Medeiros⁷, retificando o entendimento anterior, defende a possibilidade ordinária de o Executivo descumprir leis inconstitucionais, sob o fundamento de que tal conduta é ínsita à atuação administrativa. Apenas estabelece limitações quanto a quem do Poder Executivo pode descumprir uma lei inconstitucional. Vieira de Andrade⁸, a seu turno, identifica um conflito entre o princípio da supremacia da Constituição e o da legalidade, admitindo o

- 2 A propósito, ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. Ver também o voto do Ministro Victor Nunes Leal, no MS 15.886, que dá um panorama da jurisprudência até a Emenda Constitucional 16/1965. Ver, ainda, o acórdão na Rp 180, de Relatoria do Ministro Moreira Alves, prolatado sob a vigência da Constituição 67/69.
- 3 Art. 103 da CF/1988.
- 4 Não é dado invocar, como se refletisse o entendimento da Corte, o acórdão prolatado na ADIn 1410/MC, em cuja ementa consignou-se “a relevância do fundamento segundo o qual falece competência ao chefe do Poder Executivo para expedir decreto destinado a paralisar a eficácia de ato normativo hierarquicamente superior, como a lei”. Da leitura dos votos proferidos em sede cautelar, constata-se que a questão ora em debate não foi enfrentada, até porque, aparentemente, o Executivo não invocou inconstitucionalidade alguma para deixar de cumprir a lei. Igualmente, não se pode recorrer à decisão do Ministro Gilmar Mendes, exarada no MS 25888/MC/DF, em que se questionou a legitimidade de órgãos não jurisdicionais para se recusarem a aplicar lei considerada inconstitucional. A decisão, além de ser monocrática, não revela posição definitiva sobre o tema. Idênticos fundamentos podem ser opostos às seguintes decisões: MS 26.410/MC, Ministro Ricardo Lewandowski; MS 27.337/MC, Ministro Eros Grau. Em favor do descumprimento de lei inconstitucional, também não é dado citar o voto do Ministro Moreira Alves na MC-ADIn 221, pois consubstancia apenas um *obiter dictum* – ou seja, coisa dita de passagem, de maneira subsidiária – que, apesar de denotar o pensamento de um Ministro, não corresponde necessariamente à posição do Tribunal. No STJ, a 1ª Turma assentou que o “Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional” (REsp 23121, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros). Na mesma linha, a 2ª Turma, em acórdão publicado em 23.10.2009, asseverou que os “chefes dos Poderes Executivos federal, estaduais, distrital e municipais, por tomarem posse com o compromisso de guardar especial observância à Constituição da República (arts. 78 da CR/1988 e 139 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro), podem deixar de cumprir lei que entendam por inconstitucional, ainda que sem manifestação do Judiciário a respeito, decisão esta que vincula toda a Administração Pública a eles subordinada e que importa na assunção dos riscos que decorrem de suas escolhas político-jurídicas” (RMS 24675, Rel. Min. Mauro Campbell Marques).
- 5 Para um apanhado detalhado da doutrina estrangeira, ver MATOS, André Salgado de. *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004; e, ainda, MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. Ver, também, OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 671.
- 6 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 417-418.
- 7 MEDEIROS, Rui. Op. cit., p.150 e ss.
- 8 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

descumprimento das normas em caso de inconstitucionalidade evidente. Nos demais casos, sustenta que o Poder Executivo poderá descumprir apenas leis materialmente inconstitucionais depois de cotejar os prós e os contras da não aplicação, devendo optar pela solução menos onerosa⁹.

Na doutrina brasileira, a posição de que o Executivo pode, de maneira ordinária, descumprir uma lei inconstitucional é acolhida, por exemplo, por Luís Roberto Barroso¹⁰, ao passo que o Ministro Gilmar Mendes¹¹, em sede doutrinária, reputa razoável o entendimento de que o Executivo, ao menos em plano federal e estadual, não pode mais deixar de cumprir uma lei por considerá-la inconstitucional. Assinala, porém, que, quando o controle concentrado não puder ser deflagrado, abre-se a possibilidade de a lei ser legitimamente descumprida.

O legislador, por sua vez, editou a Lei nº 11.941/2009, cujo art. 25 proíbe que os órgãos julgadores de processos administrativos fiscais deixem de aplicar leis por considerá-las inconstitucionais, a não ser em situações específicas¹². Surge, então, a pergunta: será que “cabe à lei ordinária determinar como e até que ponto a Constituição deve ser garantida, a garantia constitucional e a determinação de sua extensão?”¹³. A indagação, como formulada, já evidencia a resposta.

Importantes argumentos concorrem para a tese de que o Executivo mais do que pode – na verdade deve – deixar de aplicar leis inconstitucionais.

O principal deles consiste na supremacia da Constituição. A Constituição está no topo do ordenamento. É o fundamento de validade das demais normas. Disso decorre a nulidade das normas com ela incompatíveis. E mais: a supremacia da Constituição pressupõe a respectiva aptidão para orientar condutas. É preciso que a Constituição seja dotada de o que o Professor Konrad Hesse¹⁴ chamou de “força normativa”. Para tanto, cumpre ao Poder Executivo – um dos principais responsáveis pela ordem constitucional – empenhar-se na

-
- 9 Posição vagamente semelhante é do português André Salgado de Matos, que também entende haver uma colisão de princípios. De um lado, estaria o princípio da supremacia da Constituição; do outro, o da separação entre os Poderes. Para solucionar o impasse, propõe que se recorra à ponderação. MATOS, André Salgado de. *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004.
- 10 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70-71.
- 11 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 312. Posição semelhante é a de Ana Cláudia Nascimento Gomes (GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa no direito português e no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 104, 117 a 119).
- 12 O diploma normativo não parece retratar uma ponderação de princípios, o que em tese poderia ocorrer. Antes, parece ter propósito meramente arrecadatório.
- 13 As palavras são de André Salgado de Matos. Cuida-se de uma afirmação do Autor (e não de uma pergunta) em resposta àqueles que pregam a necessidade de lei para que o Poder Executivo descumpra uma lei por inconstitucionalidade. Id., *ibid.*, p. 281.
- 14 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

conformação da própria conduta à Constituição. Logo, ao deparar-se com uma lei inconstitucional, há de preteri-la, em prol da Carta Maior. Comportamento contrário traduziria verdadeiro desprezo à supremacia desse diploma e contribuiria para o enfraquecimento da respectiva força normativa. Em outros termos, a Administração deverá pautar sua atuação pelo princípio da legalidade constitucional, não lhe sendo dado aplicar a lei e violar a Constituição.

O dogma da nulidade é outro argumento para a defesa do descumprimento de leis inconstitucionais pelo Poder Executivo. A decisão que declara a inconstitucionalidade da lei tem efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage ao momento em que esta foi editada. Assim, o ato nela fundado perde o respectivo fundamento de validade e deve ser invalidado¹⁵, a não ser que esteja protegido por alguma fórmula de preclusão. Se o ato será invalidado, é incoerente obrigar a Administração a praticá-lo¹⁶.

A *interpretação conforme* é o terceiro argumento que reforça a possibilidade de o Poder Executivo recusar-se a descumprir leis inconstitucionais. Mesmo aqueles que sustentam estar o Executivo atrelado à observância de leis inconstitucionais defendem a *interpretação conforme* no âmbito administrativo. Ou seja, aceitam que, se um determinado texto normativo admite duas compreensões – uma conforme a Constituição e outra desconforme –, o Executivo deve afastar o sentido incompatível e observar o consentâneo com a Constituição. A *interpretação conforme* implica o descumprimento em parte da lei, justamente no sentido inconstitucional. Se o descumprimento parcial da lei por inconstitucionalidade é admitido, não há razão para negar o *descumprimento total*, já que a ambas as atividades ostentam idêntica natureza. Excluir sentidos incompatíveis com a Constituição significa controlar a constitucionalidade da lei. Carece de lógica, portanto, conferir tal prerrogativa apenas quando o texto comportar duas interpretações – uma conforme e outra desconforme.

Outro argumento em prol do descumprimento de leis inconstitucionais pelo Executivo refere-se ao direito de resistência, que pode ser tratado sob dois ângulos.

Sob o primeiro, sustenta-se que “até mesmo o particular pode recusar o cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão, deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder”¹⁷. Sob esse ângulo, o argumento não procede. Ao se recusar a observar uma lei por considerá-la inconstitucional, o particular o faz por sua própria *conta*, assumindo os *riscos* de a lei ser constitucional. Diferente é a posição do Executivo, pois o risco não é apenas do agente que

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 432. Vale conferir também p. 441 e ss.

16 MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 212.

17 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 71.

delibera pelo descumprimento da lei, mas de toda a Administração Pública e, em última análise, da sociedade, que suportará, ainda que indiretamente, o ônus proveniente de um juízo equivocadamente de constitucionalidade. A posição do Executivo não pode, portanto, ser equiparada à dos particulares¹⁸.

Sob o segundo ângulo, o argumento procede – cuida-se da impossibilidade de ser legítima a *resistência à resistência*. O raciocínio é o seguinte: não é razoável considerar legítima a resistência dos particulares à conduta do Executivo que seria também legítima – pela óptica de alguns – de aplicar leis inconstitucionais. Ora, ou a aplicação das leis inconstitucionais é legítima, o que impedirá a resistência dos particulares, ou é ilegítima, o que possibilitará a resistência deles. Vale dizer: é incoerente que ambas as condutas sejam qualificadas como legítimas. Apenas uma o será, a saber, a resistência dos particulares, e não a atitude da Administração de observar a lei conflitante com a Constituição¹⁹.

Essas razões²⁰, em especial o princípio da supremacia da Constituição, exigem que o Poder Executivo, ao se deparar com uma lei inconstitucional, se recuse a observá-la.

Por outro lado, não subsistem os argumentos contrários à possibilidade de o Executivo descumprir leis inconstitucionais, conforme se passa a expor com dupla cautela: de evitar a falácia do espantalho²¹ e de extrair das advertências meios para aperfeiçoar o agir da Administração.

2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO DESCUMPRIMENTO

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Invoca-se o princípio da legalidade para justificar o dever irrestrito de obediência à lei²². Aqueles que o fazem destacam, sobretudo, a importância do

18 É o que sustenta André Salgado de Matos. Op. cit., p. 304-305.

19 Em sentido contrário, André Salgado de Matos. Op. cit., p. 305.

20 Há ainda o argumento relacionado ao efeito da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal em ADIn e ADC. Ao prever que a decisão em que se declara a constitucionalidade de um preceito vinculará o Poder Executivo, o art. 102, § 2º, da CF/1988 pressupõe que, antes de proferida essa decisão, o Executivo é livre para deixar de aplicar uma lei por inconstitucionalidade. De fato, se, antes da decisão de constitucionalidade, o Executivo fosse obrigado a cumprir todas as leis, ainda as que reputasse inconstitucionais, a previsão de efeito vinculante da decisão de constitucionalidade seria inócua, porquanto, desde a edição da lei, o Executivo estaria vinculado a sua observância irrestrita. (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 71-72)

21 “A falácia do homem de palha (também falácia do espantalho) é um argumento informal baseado na representação enganosa das posições defendidas por um oponente. ‘Armar um homem de palha’ ou ‘tramar um argumento homem de palha’ é criar uma posição que seja fácil de refutar, e em seguida, atribuir essa posição ao adversário. Uma falácia do homem de palha pode ser *de facto* uma técnica de retórica bem-sucedida (isto é, pode conseguir convencer as pessoas) mas, é realmente uma falácia desinformativa porque a argumentação real do oponente não é refutada. O nome da falácia deriva da prática de se usar espantalhos no treinamento de combate. Em tal prática, um ‘homem de palha’ representa o inimigo, e é criado apenas para que possa ser atacado.” (Disponível em: www.wikipedia.com.br)

22 Paulo Otero chega a falar em preferência do princípio da legalidade em detrimento do princípio da constitucionalidade nos casos em que as normas constitucionais carecem de eficácia direta. Op. cit., p. 671.

princípio como conquista histórica, em contraposição ao Estado Absolutista²³. Ressaltam, ainda, o risco da hipertrofia do Poder Executivo.

O argumento não convence. Se o princípio da legalidade é utilizado para justificar o dever irrestrito de obediência à lei, não pode autorizar o desrespeito às normas constitucionais. Hoje se entende que a Administração vincula-se não à legalidade pura e simples, mas ao princípio da legalidade constitucional, também chamado de princípio da juridicidade²⁴. Exige-se o respeito não apenas à lei em sentido estrito, mas ao bloco de legalidade, ao ordenamento como um todo, em cujo topo está a Constituição. Assim, uma lei inconstitucional é uma lei nula, cujo cumprimento não é reclamado pelo princípio da legalidade. Ao contrário, esse princípio, enquanto juridicidade, reclama justamente o descumprimento da lei, já que “aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição”²⁵.

A corroborar a impertinência do princípio da legalidade para forçar o Poder Executivo a cumprir leis inconstitucionais, é de ter presente que, em muitos casos, a inconstitucionalidade decorre do desrespeito à repartição da competência legislativa. Nesse contexto, enquadra-se a seguinte situação: o Executivo vê-se diante de duas leis – x e y. A Lei “x” foi editada por um ente da Federação, por um Município, por exemplo; ao passo que a Lei “y” foi editada pela União. Ambas regulam a mesma hipótese, mas conferem tratamento normativo oposto. O que o Executivo deve fazer? A prevalecer a versão do princípio da legalidade já ultrapassada, o Poder Executivo estaria sempre a violar a lei, se optasse por um ou outro diploma.

Esse exemplo bem demonstra que, especialmente em uma República Federativa, o princípio da legalidade, em sua real e atual extensão, não requer apenas a observância pura e simples da lei ordinária, mas do ordenamento jurídico como um todo e, sobretudo, da Constituição.

Parece haver uma preocupação subjacente ao argumento de que o princípio da legalidade forçaria o Poder Executivo a cumprir leis inconstitucionais – a de que o Executivo, fazendo uso do pretexto da inconstitucionalidade, deixe de cumprir leis constitucionais. De fato, juízos de constitucionalidade dolosamente equivocados consubstanciam uma afronta ao Estado Democrático de Direito. Contudo, esse receio não conduz à proibição de o Executivo descumprir leis inconstitucionais. É incoerente dizer: Executivo, aplique a lei inconstitucional e descumpra a Constituição, pois existe o risco de que você, a pretexto de cumpri-la, acabe por violá-la!

23 KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. As circunscrições impostas pelo estado democrático de direito: a impossibilidade de o chefe do executivo deixar de cumprir as normas por entendê-las inconstitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 994, 22 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8132>>. Acesso em: 10 jun. 2008.

24 A propósito, ver CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Parte geral. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 45 e ss.; e BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 137 e ss.

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

Certamente, reconhecer o poder ou dever de o Executivo descumprir leis inconstitucionais não significa outorgar a ele uma carta de alforria, para que descumpra leis quando lhe convier sob o pretexto da inconstitucionalidade.

De qualquer forma, a advertência há de ser levada a sério, para que sejam identificados meios aptos a evitar que o Executivo manipule o juízo de constitucionalidade. Dois mecanismos podem ser indicados. Um deles, já proposto por parte da doutrina²⁶, é a responsabilização dos agentes que emitem o juízo errôneo de inconstitucionalidade. O outro é a imposição de que, uma vez não observada a lei, o Executivo deflagre imediatamente o controle abstrato de constitucionalidade. Se não tiver legitimidade para fazê-lo, há de provocar quem o tenha. Essa exigência decorre do dever de coerência e lealdade à Constituição, seja em razão da necessidade de excluir a lei inconstitucional o quanto antes do ordenamento jurídico, seja em razão da competência do Poder Judiciário para proferir, em regra, a última palavra sobre a constitucionalidade das leis.

2.2 EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS

Outro argumento invocado é a suposta existência de meios alternativos ao descumprimento da lei inconstitucional. Aponta-se que estariam à disposição do Poder Executivo a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade, a suspensão da aplicação da lei e o veto. Enfatiza-se também a possibilidade de o particular impugnar judicialmente a aplicação da lei inconstitucional. Logo, em observância ao princípio da proporcionalidade, sob a perspectiva da necessidade, o Executivo não poderia deixar de aplicar uma lei por reputá-la inconstitucional.

Como ressaltado, com advento da Constituição de 1988, houve expressiva ampliação do rol dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, em que passaram a figurar os chefes do Poder Executivo Federal e do Poder Executivo Estadual. Assim, para muitos, não faz sentido que o Poder Executivo, embora disponha de um meio apto e eficaz para obter um pronunciamento liminar do Judiciário, simplesmente tenha a prerrogativa, com os riscos a ela inerentes, de descumprir leis por reputá-las inconstitucionais²⁷. Tal conduta apenas seria consentânea com a separação entre os Poderes quando se tratasse do Poder Executivo Municipal, cujo chefe não dispõe de legitimidade para acionar o controle abstrato.

É preciso ter presente, contudo, que a decisão judicial em controle abstrato não é tão célere quanto se imagina, pois o Supremo Tribunal Federal, órgão do

26 A título ilustrativo, vale conferir Rui Medeiros, *Op. cit.*, p. 267; e André Salgado de Matos. *Op. cit.*, p. 448.

27 Aliás, ainda em 1966, a possibilidade de o Presidente da República, por meio do Procurador-Geral, deflagrar o controle de constitucionalidade abstrato foi a razão que levou o Ministro Víctor Nunes Leal, em voto vencido prolatado no MS 15.886, a glosar ato do chefe do Executivo Federal, que deixava de cumprir uma determinada lei por considerá-la inconstitucional.

Poder Judiciário incumbido não só do controle abstrato de constitucionalidade das leis, mas do julgamento de numerosas ações e recursos²⁸, enfrenta uma avalanche de processos. Para se ter uma ideia apenas do controle abstrato de constitucionalidade, desde 1988, foram ajuizadas mais de 4.300 ações diretas de inconstitucionalidade, isso fora as ações diretas de constitucionalidade, as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, as arguições de descumprimento de preceito fundamental e os recursos extraordinários interpostos em processos abstratos de outros Tribunais. A par da sobrecarga enfrentada, que, por si só, evidencia a impossibilidade de imediato pronunciamento judicial, vale lembrar que as ações diretas têm um trâmite a seguir, como prevê a Lei nº 9.868/1999.

O outro meio alternativo à prática do ato em descumprimento à lei inconstitucional seria a suspensão da conduta pelo Executivo e a imediata provocação do Judiciário. Adotando essa opção, o Poder Executivo não descumpriria a lei nem a Constituição²⁹.

Não é dado concordar com o argumento, porquanto diferir a aplicação, seja da lei seja da Constituição, significa descumpri-la. De fato, “desaplicar significa simplesmente não aplicar e quem suspende não aplica”³⁰. Ocorrem, ainda, situações em que suspender equivale simplesmente a recusar a aplicação³¹. Seria o caso, por exemplo, de uma lei que introduzisse adicional a ser percebido por servidores no mês “x”. Se o Executivo deixar de inserir a verba na folha de pagamento do mês “x”, estará simplesmente descumprindo a lei.

É inegável, porém, que a suspensão da aplicação da lei, em alguns casos, pode mostrar-se mais conveniente do que a prática de ato em descumprimento a ela³². A conveniência decorre do risco de erro no juízo de constitucionalidade feito pelo Executivo. A suspensão equivaleria a um descumprimento mais leve e estaria reservada a casos de inconstitucionalidade duvidosa, desde que não houvesse prejuízo imediato aos interessados.

Seja como for, fato é que a suspensão da prática do ato não é alternativa à inobservância da lei inconstitucional, pois representa, em si, descumprimento – a depender do caso, mais brando – da lei inconstitucional. Portanto, embora possa repercutir no modo pelo qual o Executivo deve descumprir a lei inconstitucional – se deve suspender a aplicação da lei ou praticar o ato em contrariedade ao que nela contido –, o argumento não é apto a impedir que o Executivo se recuse a aplicar leis inconstitucionais.

Aponta-se ainda o veto como alternativa ao descumprimento da lei inconstitucional. O raciocínio é o seguinte: o chefe do Poder Executivo dispõe do

28 A extensão do art. 102 da CF/1988 bem demonstra o quão são numerosas as competências do Supremo Tribunal Federal.

29 É o que sustenta Gehard Hoffman (Die Verwaltung) apud MATOS, André Salgado de. Op. cit., p. 201 e 202.

30 F. Ossenbuhl em *Normenkontrolle*, 397, apud MATOS, André Salgado de. Op. cit., p. 205.

31 Bachof chama atenção para esse ponto, conforme notícia André Salgado de Matos. Op. cit., p. 205.

32 Em sentido contrário, ver MATOS, André Salgado de. Op. cit., p. 208.

poder de veto para insurgir-se contra a lei inconstitucional. Esse seria o momento próprio para manifestar sua repulsa. Uma vez sancionada a lei ou derrubado o veto, o Poder Executivo é obrigado a observá-la. Admitir o descumprimento de uma lei promulgada equivaleria a permitir veto intempestivo ou autorizar inobservância da derrubada do veto³³.

O argumento, que está relacionado ao princípio da separação dos Poderes sob a perspectiva Legislativo/Executivo, não subsiste. Tenha-se presente, por exemplo, a edição de lei por ente federativo diverso, caso em que o chefe do Poder Executivo não pôde insurgir-se. Mesmo fora dessa hipótese, a ausência de veto não tem o condão de tornar a lei constitucional ou obrigar o Executivo a respeitar a lei e desrespeitar a Constituição³⁴. Por outro lado, se a lei é inconstitucional, o veto não deveria ter sido rejeitado. A conduta equivocada do Legislativo de derrubá-lo não se sobrepõe à força normativa da Constituição. Assim, o veto também não serve de sucedâneo ao descumprimento da lei.

Por fim, também não prevalece o argumento de que a não aplicação de lei inconstitucional seria medida desnecessária, dada a faculdade de o prejudicado impugnar judicialmente a aplicação da lei inconstitucional. Essa proposta é falha por três motivos: Um, porque transfere indevidamente ao particular o pesado ônus de recorrer ao Judiciário – um desestímulo que pode levar à perpetuação da inconstitucionalidade. Dois, porque não é salvo-conduto para o descumprimento da Constituição a possibilidade de o particular recorrer ao Judiciário. Três, porque não soluciona os casos em que os particulares beneficiam-se da lei inconstitucional, situação em que não levarão a questão ao crivo do Poder Judiciário, eternizando-se a inconstitucionalidade³⁵.

Vê-se, portanto, que os meios arrolados não consubstanciam alternativas ao descumprimento da lei inconstitucional pelo Poder Executivo. Logo, não podem ser utilizados para impor a observância cega à pseudolei.

2.3 PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Alguns autores invocam a presunção de constitucionalidade seja para negar, seja para restringir a possibilidade de o Executivo descumprir leis inconstitucionais³⁶. Sustentam que o princípio da constitucionalidade das leis

33 Nessa linha, foi o voto de improviso do Ministro Gonçalves de Oliveira no julgamento do MS 15886, ocorrido em 1966. O Ministro integrou a corrente vencida. Acabou por prevalecer o entendimento de que o Executivo poderia descumprir leis que reputasse inconstitucionais.

34 Tanto é assim que a sanção não é óbice a que o Executivo que a após – Federal ou Estadual – ajuíze ação direta de inconstitucionalidade. Pacífica é a jurisprudência do STF a propósito do tema (ADIn 1070-MC; ADIn 2113).

35 Rui Medeiros chama a atenção, ainda, para o fato de que “o argumento, se levado às últimas consequências, obrigaria também a excluir o autocontrole da legalidade da actuação administrativa nos demais casos de antinomias normativas”. Ressalta, ainda, que o argumento ignora “um princípio elementar de economia processual, e, como se isso não bastasse, esquece que a solução jurisdicional é uma solução tardia e uma justiça tardia degenera, frequentemente [...], uma ausência de justiça” (Op. cit., p. 206).

36 Nessa linha, por exemplo, é o pensamento de Fritz Ossenbuhl (Normenkontrolle durch die Verwaltung, p. 402 e ss.), que representa boa parte da doutrina alemã, como esclarece Rui Medeiros (Op. cit., p. 225).

é consequência do Estado Democrático de Direito, no qual se presume que os órgãos legitimados para as deliberações majoritárias agem em sintonia com a Constituição. Partem da premissa de que a decisão do legislador está correta e não pode ser recusada por uma opinião ainda mais falível, como a da Administração.

A questão da presunção da constitucionalidade das leis³⁷ vincula-se ao princípio da separação entre os Poderes, sob a perspectiva da relação Executivo/Legislativo. O tema é relevante, por também se relacionar ao princípio constitucional da democracia, do qual se extrai a legitimidade dos representantes, diretamente, eleitos pelo povo para o bom exercício da função legislativa. Há, assim, nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto, “uma forte presunção em favor da correção das decisões majoritárias”³⁸.

Ainda que seja forte, trata-se apenas de presunção relativa, e não de ficção, pois há muito foi superado o mito da lei infalível. Para o Poder Judiciário, a consequência dessa presunção é a necessidade de ampla fundamentação para declarar a inconstitucionalidade das leis. Para o Poder Executivo, a consequência é idêntica. A presunção impõe o dever de deferência para com as deliberações legislativas, mas tal deferência não é absoluta. Vale dizer: não leva à aplicação cega da lei, em descumprimento à Constituição³⁹. Antes, impõe que o Executivo seja cauteloso ao se recusar a aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional e se desincumba a contento do ônus argumentativo⁴⁰, declinando de forma específica e, de preferência com respaldo técnico (parecer da consultoria jurídica), os motivos pelos quais reputa a lei inconstitucional. Caso a lei seja resultante da derrubada de veto, o ônus será ainda mais intenso, pois o Executivo deverá rebater eventuais argumentos deduzidos pelo Parlamento para a não manutenção do veto⁴¹.

Portanto, pode-se afirmar que a presunção de constitucionalidade não impõe a observância irrestrita às leis, mas determina cautelas que o Executivo deverá adotar quando deixar de aplicar leis em observância à Constituição.

-
- 37 André Salgado de Matos põe em cheque a própria subsistência da presunção (Op. cit., p. 273 e 274).
- 38 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- 39 Aliás, se a presunção fosse tão vigorosa, não se permitiria aos particulares o descumprimento de leis inconstitucionais.
- 40 Nessa linha, ver MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 266.
- 41 Justamente em vista do ônus argumentativo imposto ao Executivo, não é dado concordar com o acórdão do STF prolatado na Representação de Inconstitucionalidade nº 980, em que placitou decreto do chefe do Poder Executivo Estadual que determinava o descumprimento de leis vetadas por inconstitucionalidade. De fato, o chefe do Executivo não só pode como deve determinar que seus subalternos deixem de cumprir leis inconstitucionais. O vício do decreto em questão é outro – tem a ver com o desrespeito ao ônus argumentativo imposto pela presunção de constitucionalidade das leis, do qual não havia se desincumbido a contento o Executivo, que determinou o descumprimento de todas as leis que fossem precedidas de veto por vício de iniciativa, ou seja, de leis futuras, sem se ater às leis em concreto, sem declinar os motivos específicos pelos quais entendia não subsistir a derrubada dos vetos. Afinal, como bem ponderou o Ministro Décio Miranda, que integrou a corrente vencida, “o Poder Executivo não pode [...] ficar antecipadamente surdo às razões que o Poder Legislativo adote para rejeitar o veto”.

2.4 ANULABILIDADE E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PELO STF

Outro argumento utilizado diz respeito à consequência do fato de a lei ser inconstitucional. Na Áustria, a lei inconstitucional é anulável, por isso a decisão que reconhece o vício tem natureza constitutiva negativa com efeitos *ex nunc*. Ou seja, até o momento em que é decretada a inconstitucionalidade da lei, *todos estão obrigados a cumpri-la*. A anulabilidade é, assim, utilizada como argumento contrário à possibilidade de o Executivo se recusar a aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional⁴².

O argumento mostra-se estranho à realidade brasileira, em que prevalece o dogma da nulidade das leis inconstitucionais, inspirado na antiga doutrina americana, segundo a qual a lei inconstitucional deve ser considerada como se jamais tivesse existido. A lei que afronta a Constituição é, portanto, nula desde o nascimento e apenas é assim declarada pelo Poder Judiciário, cuja decisão, por isso, tem efeito *ex tunc*. Logo, os atos administrativos respaldados na lei inconstitucional devem ser invalidados.

O dogma da nulidade, contudo, não é absoluto, como evidencia o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir em que momento ela terá eficácia⁴³. Nesse contexto, no cenário brasileiro, o argumento da anulabilidade poderia ser reformulado nos seguintes termos: se o Supremo Tribunal Federal pode determinar o momento em que a lei inconstitucional não terá mais eficácia, não é dado ao Poder Executivo deixar de aplicá-la, sob pena de tornar inócua posterior decisão do STF que fixe um momento futuro para que a decisão de inconstitucionalidade produza efeitos⁴⁴.

O argumento, embora interessante, não prospera. Para chegar a tal conclusão, é preciso ter presente a razão de ser do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, qual seja, a existência de colisão entre normas constitucionais⁴⁵. A modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade justifica-se apenas para evitar um dano ainda maior a algum princípio constitucional. Não se trata de prestigiar a lei em detrimento da Constituição, mas de proteger a própria Constituição.

Há casos em que excluir a lei inconstitucional do ordenamento jurídico com efeitos *ex tunc* resultará em grave violação à própria Constituição, notadamente ao princípio da segurança jurídica. São casos de colisão entre duas normas igualmente constitucionais. De um lado, a norma constitucional violada pela lei viciada, a reclamar a declaração de inconstitucionalidade com

42 André Salgado de Matos relaciona autores italianos, alemães e portugueses que endossam esse argumento (Op. cit., p. 240 e ss.).

43 Antes da previsão legislativa, o Supremo Tribunal Federal já mitigava a teoria da nulidade da lei inconstitucional, o que ocorreu, por exemplo, no RE 122202/MG. Sobre o tema, vale conferir o acórdão prolatado pelo STF no AI-AgRg 582.280, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

44 É o que defende Ana Cláudia Nascimento Gomes (Op. cit., p. 129).

45 A propósito, ver MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1204 e 1205.

efeitos *ex tunc*; do outro, o princípio da segurança jurídica ou outro princípio constitucional importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante, a demandar a proteção das situações jurídicas consolidadas sob a égide da lei inconstitucional. Para solucionar o conflito, o Tribunal se valerá da ponderação, ou seja, à luz do caso concreto, emprestará maior peso a uma ou a outra norma, mediante concessões recíprocas na medida do possível, com o objetivo de harmonizá-las⁴⁶.

Longe de priorizar a lei em detrimento da Constituição, a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade concretiza o respeito à Constituição e não pode, por isso, ser invocada para proibir o Executivo de descumprir leis inconstitucionais.

Aliás, muitas vezes, a modulação dos efeitos é necessária, justamente, em razão do cumprimento pela Administração Pública de leis inconstitucionais, o que leva à consolidação de situações que demandam proteção, em observância ao princípio da segurança jurídica. É o caso, por exemplo, do cumprimento de leis que, ao disciplinarem o provimento de cargos, elegem critérios adicionais para efeitos de classificação dos candidatos, em desrespeito à regra do concurso público, contida no art. 37, inciso II, da Constituição. Após anos nos cargos, consolida-se para os servidores uma situação, que, em tese, pode merecer proteção. Se a Administração tivesse descumprido a lei inconstitucional, não haveria colisão entre a regra constitucional do concurso público e o princípio da segurança jurídica. Por consequência, o citado art. 37 seria respeitado em toda sua extensão⁴⁷.

Vê-se, portanto, que a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não tem o condão de impor ou autorizar o Executivo a descumprir a Constituição em prol da lei inconstitucional.

2.5 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica constitui outro argumento invocado contra a possibilidade de o Executivo descumprir leis inconstitucionais. O argumento pode ser tratado sob três ângulos.

46 A propósito da ponderação, vale conferir as lições do Professor Inocêncio Mártires Coelho em obra conjunta: *Idem*, p. 107 e 108.

47 Essa questão está em julgamento no STF (ADIn 2949). Conforme o Informativo nº 481, parte da Corte posicionava-se a favor da modulação dos efeitos da decisão quando surgiu uma questão processual – saber se, uma vez não atingido o *quorum* a que alude o art. 27 da Lei nº 9.886/1999, é possível aguardar o voto do Ministro que estava ausente na sessão. Há outro caso (ADIn 2791), cujo julgamento no STF encerrou-se recentemente, em que também não haveria colisão de normas constitucionais se a Administração Pública tivesse descumprido a norma inconstitucional. Cuidava-se de lei estadual que incluiu os serventuários da justiça não remunerados pelo erário no regime de previdência próprio dos servidores públicos estaduais de cargo efetivo. Quando da declaração de inconstitucionalidade do preceito, havia pessoas aposentadas, o que levou o Ministro Gilmar Mendes, relator, a esclarecer, em sede de embargos declaratórios, que a decisão não seria aplicável aos aposentados e àqueles que já tivessem cumprido os requisitos legais para a aposentadoria. Todavia, o Tribunal, por maioria, não modulou os efeitos da decisão por motivo processual.

O primeiro, examinado no tópico *Existência de outros meios*, liga-se, na verdade, à suspensão pelo Executivo da prática do ato que concretize a lei inconstitucional. Nessa situação, ao invés de praticar o ato à margem da lei tida como inconstitucional, o Executivo se abstém de praticá-lo e provoca o Poder Judiciário. Tal conduta, para alguns autores⁴⁸, seria obstada pelo princípio da segurança jurídica, na medida em que resultaria na inércia da Administração. Essa argumentação, contudo, não subsiste. A suspensão da prática do ato pela Administração não significa, necessariamente, paralisação da atividade administrativa, pois, ao demorar em demasia o pronunciamento jurisdicional, basta que o Executivo pratique o ato.

O segundo ângulo de enfoque do princípio da segurança jurídica diz respeito ao risco de arbítrio por parte do Poder Executivo. Sustenta-se que uma das funções essenciais do princípio da legalidade é vincular a atuação do Estado, de forma a proporcionar previsibilidade aos cidadãos. Admitir que o Executivo descumpra a lei sob o argumento da inconstitucionalidade seria como lhe fornecer uma válvula de escape – toda vez que não quisesse cumprir a lei, bastaria se valer do pretexto da inconstitucionalidade. Esse argumento também foi examinado no tópico *Princípio da legalidade*. Como foi dito, cremos que o risco existe, mas não se mostra suficiente para impor que o Executivo observe leis inconstitucionais em violação à Constituição. Seria como dizer: *Executivo, descumpra a Constituição, pois temos medo de que, a pretexto de cumpri-la, você acabe por violá-la ao deixar de aplicar leis constitucionais*. A premissa não sustenta a conclusão.

O terceiro ângulo cuida da segurança jurídica enquanto proteção às expectativas dos particulares. Os cidadãos presumem que os órgãos legitimados para as deliberações majoritárias ajam de acordo com a Constituição. Editada a lei, criam a expectativa de que a norma será aplicada. A recusa da Administração em assim proceder, além de frustrar as esperanças, traz um quadro de incerteza, de suspense, dado o risco de erro no juízo de constitucionalidade. Como se não bastasse, há também a possibilidade de divergências no âmbito da Administração, que não está vocacionada a aferir a constitucionalidade das leis.

Realmente, o fato de o Executivo descumprir leis inconstitucionais leva a certo grau de insegurança jurídica⁴⁹. Todavia, isso é ínsito às ordens jurídicas que consagram o controle de constitucionalidade das leis e, sobretudo, que adotam o dogma da *nulidade*. De qualquer forma, a precaução referida anteriormente – de impor ao Executivo que deflagre o controle de constitucionalidade abstrato – é apta a reduzir a insegurança, pois minimiza, ao menos no plano temporal, os efeitos de eventual erro no juízo de constitucionalidade.

Os cidadãos não podem aguardar, por outro lado, que normas inconstitucionais sejam definitivamente aplicadas. Podem esperar apenas que as

48 Essa é a posição de D. Rönitz, manifestada em “Nochmals”, apud MATOS, André Salgado de. Op. cit., p. 233 (nota de rodapé 842).

49 Nessa linha, é o entendimento de Rui Medeiros (Op. cit., p. 226) e de André Salgado de Matos (Op. cit., p. 236).

normas não padeçam de inconstitucionalidade⁵⁰. Por conseguinte, a postura do Executivo de colocar leis inconstitucionais em segundo plano vai ao encontro das expectativas legítimas dos cidadãos. E mais: o cumprimento de leis inconstitucionais pelo Executivo é que leva à insegurança jurídica, pois os atos administrativos que nelas se fundarem deverão ser invalidados⁵¹.

Quanto às divergências no âmbito da Administração acerca da constitucionalidade da norma, a preocupação com a insegurança procede. Imaginem dois policiais encarregados de uma blitz agindo a sua própria maneira. Um deles apreende o veículo por considerar desatendida determinada exigência constante de lei que, na visão dele, policial, foi invalidamente revogada. O outro não o apreende por considerar válida a revogação da exigência. Esse seria um quadro de total descompasso, de anarquia administrativa. Embora procedente, o argumento, mais uma vez, não conduz à conclusão de estar o Executivo obrigado a descumprir a Constituição em prol da lei ordinária. Repercuta, isso sim, na definição do agente competente para exercer o crivo de constitucionalidade da norma. Para garantir a uniformidade de entendimento, basta reservar a deliberação ao cume do Executivo⁵².

O princípio da segurança jurídica não serve, portanto, de fundamento para impor ao Executivo a observância de leis inconstitucionais. Ao contrário, corrobora o entendimento de que esse Poder não só pode como deve deixar de cumprir leis inconstitucionais.

2.6 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos Poderes revela-se talvez o principal argumento daqueles que negam ou limitam a possibilidade de o Executivo descumprir uma lei por considerá-la inconstitucional. O princípio é invocado sob dupla perspectiva: da relação Executivo/Legislativo e da relação Executivo/Judiciário.

Sob o ângulo Executivo/Legislativo, o argumento não procede, como demonstrado nos tópicos *Existência de outros meios*, na parte atinente ao veto, e *Presunção de constitucionalidade das leis*.

Cumprido examiná-lo, então, ante a relação Executivo/Judiciário. Aqueles que o invocam sustentam que, por força do princípio da tipicidade constitucional das competências, estas devem ser reconhecidas de forma ordinária apenas aos órgãos a que foram confiadas. Assim, como a fiscalização de constitucionalidade

50 MATOS, André Salgado de. Op. cit., p. 237.

51 Salvo se estiver protegido por alguma fórmula de preclusão. A propósito, vale conferir o acórdão do RE 466.546-8, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o parecer de CLÉVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 17, 1997, e a obra de BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 165 e 166.

52 A questão perpassa a capacidade institucional dos agentes. Sobre o tema, ver SUSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. University of Chicago Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper nº 28.

das leis compete ao Poder Judiciário, atribuir a legitimidade ordinária de rejeitar leis inconstitucionais ao Poder Executivo afrontaria o princípio da separação dos Poderes⁵³.

O argumento não procede.

Apenas o monopólio da última palavra em controle de constitucionalidade é, em regra⁵⁴, do Judiciário, não o monopólio da interpretação constitucional⁵⁵.

O descumprimento de leis inconstitucionais mostra-se inerente às funções do Poder Executivo, pois, na condição de aplicador do Direito, caberá a ele a escolha do diploma normativo aplicável – a lei ordinária ou a Constituição⁵⁶. “A consideração da constituição no processo interpretativo emerge como verdadeira fatalidade lógica”⁵⁷. Ao afastar a lei inconstitucional, o Executivo estará atuando nos limites de suas funções. É claro que não poderá “declarar” a inconstitucionalidade de lei que nada tenha a ver com sua atividade. A afirmação de que a lei é viciada há de ocorrer no exercício das atribuições administrativas, há de ser essencial ao correto desempenho das funções administrativas⁵⁸, sob pena de, aí sim, haver violação ao princípio da separação dos Poderes.

Aliás, em reconhecimento à competência do Poder Judiciário para se pronunciar em última instância sobre a constitucionalidade das leis, é imperioso que o Executivo, depois de descumprir a lei, deflagre o controle de constitucionalidade abstrato ou provoque quem tenha legitimidade para fazê-lo. Se a lei é inconstitucional, compete ao Executivo, por dever de coerência e de proteção à Constituição, adotar as providências para que seja extirpada o quanto antes do ordenamento jurídico⁵⁹.

53 GOMES, Ana Cláudia Nascimento. Op. cit., p. 101 e ss.

54 Em regra, porque há a possibilidade de o pronunciamento do Judiciário ser superado por meio de emenda à Constituição, caso em que a decisão judicial não encerrará a última palavra em tema de interpretação constitucional. Há, é certo, a possibilidade de a emenda ser declarada inconstitucional, caso conflite com as limitações formais ou materiais previstas no art. 60 da CF/1988.

55 Aliás, vale ressaltar que o chefe do Poder Executivo é um intérprete qualificado da Constituição, fonte imediata de seu poder. Tanto é que detém legitimidade para propor derrogações graves ao regime de liberdades além de poder deflagrar o controle jurisdicional de constitucionalidade. No ponto, é importante ter presente ainda a advertência de Peter Häberle, de que “como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação constitucional” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 15). Sobre a tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição no contexto da fiscalização administrativa de constitucionalidade, vale conferir o magistério de Rui Medeiros (Op. cit., p. 178 e ss.).

56 Ante as características próprias do Estado Federal, em que há repartição das competências legislativas, o conflito entre a Constituição e o diploma infraconstitucional poderá surgir sob a forma de conflito entre a lei federal/distrital/estadual/municipal, competindo ao Executivo a escolha do Diploma aplicável. A argumentação é idêntica à utilizada no célebre caso Marbury X Madison para justificar o dever do Judiciário de exercer o controle de constitucionalidade das leis.

57 A afirmação é de André Salgado de Matos (Op. cit., p. 192).

58 Aplica-se, por analogia, a regra de bom aviso destinada aos juízes no controle difuso de constitucionalidade, segundo a qual o Poder Judiciário apenas deve se pronunciar “em face de um ‘caso concreto’, para cuja decisão seja mister o exame da constitucionalidade da lei aplicável à espécie” (BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. p. 112).

59 Vale lembrar que os agentes públicos em geral e o chefe do Poder Executivo em particular juraram a defesa da Constituição.

CONCLUSÃO

Há, portanto, importantes argumentos que concorrem para o dever do Poder Executivo de descumprir leis inconstitucionais – o princípio da supremacia da Constituição, o dogma da nulidade, a interpretação conforme e, sob certo ângulo, o direito de resistência.

Por outro lado, como foi visto:

- o princípio da legalidade não justifica o dever irrestrito de obediência à lei, na medida em que a Administração não está vinculada à legalidade pura e simples, mas sim à legalidade constitucional (juridicidade);
- a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade, a suspensão da aplicação da lei inconstitucional, o veto e a possibilidade de o particular recorrer ao Poder Judiciário não são opções viáveis a ponto de respaldarem a aplicação de leis inconstitucionais pelo Executivo;
- a presunção de constitucionalidade das leis, ainda que forte, é relativa. Impõe à Administração Pública o dever de *deferência* para com as deliberações legislativas e de argumentação, e não o cumprimento cego da lei em detrimento da Constituição que a todos indistintamente submete;
- a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade também não autoriza, tampouco impõe, o Executivo a descumprir a Constituição em prol da lei inconstitucional. A razão de ser da modulação é a existência de colisão entre normas constitucionais. Não se trata de prestigiar a lei em detrimento da Constituição, mas de proteger a própria Constituição. Se a Administração não cumprisse a lei inconstitucional, a colisão de normas nem surgiria, deixando de haver espaço para a modulação;
- o princípio da segurança jurídica não obriga o Executivo a aplicar leis inconstitucionais; porque não existe expectativa legítima de as normas inconstitucionais serem definitivamente aplicadas, mas sim de não serem sequer editadas; porque o cumprimento de leis inconstitucionais pelo Executivo também leva à insegurança jurídica, pois os atos administrativos nelas fundados deverão ser invalidados; porque basta reservar o exercício do crivo de constitucionalidade às esferas superiores da Administração, para reduzir o grau de insegurança resultante de divergências interpretativas nos mais diversos escalões; e
- o princípio da separação do Poderes não socorre a tese segundo a qual o Executivo deve aplicar leis inconstitucionais. O descumprimento de leis inconstitucionais é inerente às funções do Poder Executivo, que, ao observar o Direito, deve escolher o diploma normativo

pertinente – a lei ordinária ou a Constituição. Isso não significa violação à competência do Poder Judiciário, ao qual, em regra, cabe o monopólio da última palavra em controle de constitucionalidade, e não o monopólio da interpretação constitucional.

Para evitar juízos levianos de constitucionalidade e melhor concretizar a Constituição, cumpre ao Executivo acionar o controle abstrato de constitucionalidade tão logo deixe de aplicar a lei inconstitucional. Se não tiver legitimidade para fazê-lo, deverá provocar quem a tenha. Essa obrigação a ele é inerente, decorrendo do dever de coerência e lealdade maior à Constituição.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Parte geral. Salvador: JusPodivm, 2008.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *Revista Trimestral de Direito Público* 17/1997. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa no direito português e no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. As circunscrições impostas pelo estado democrático de direito: a impossibilidade de o chefe do executivo deixar de cumprir as normas por entendê-las inconstitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 994, 22 mar. 2006.
- MATOS, André Salgado de. *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SUSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. University of Chicago Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper n. 28.