



UNIVERSIDADE TECNOLÓGICA FEDERAL DO PARANÁ
DIRETORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA



SERGIO RENATO DALLA COSTA

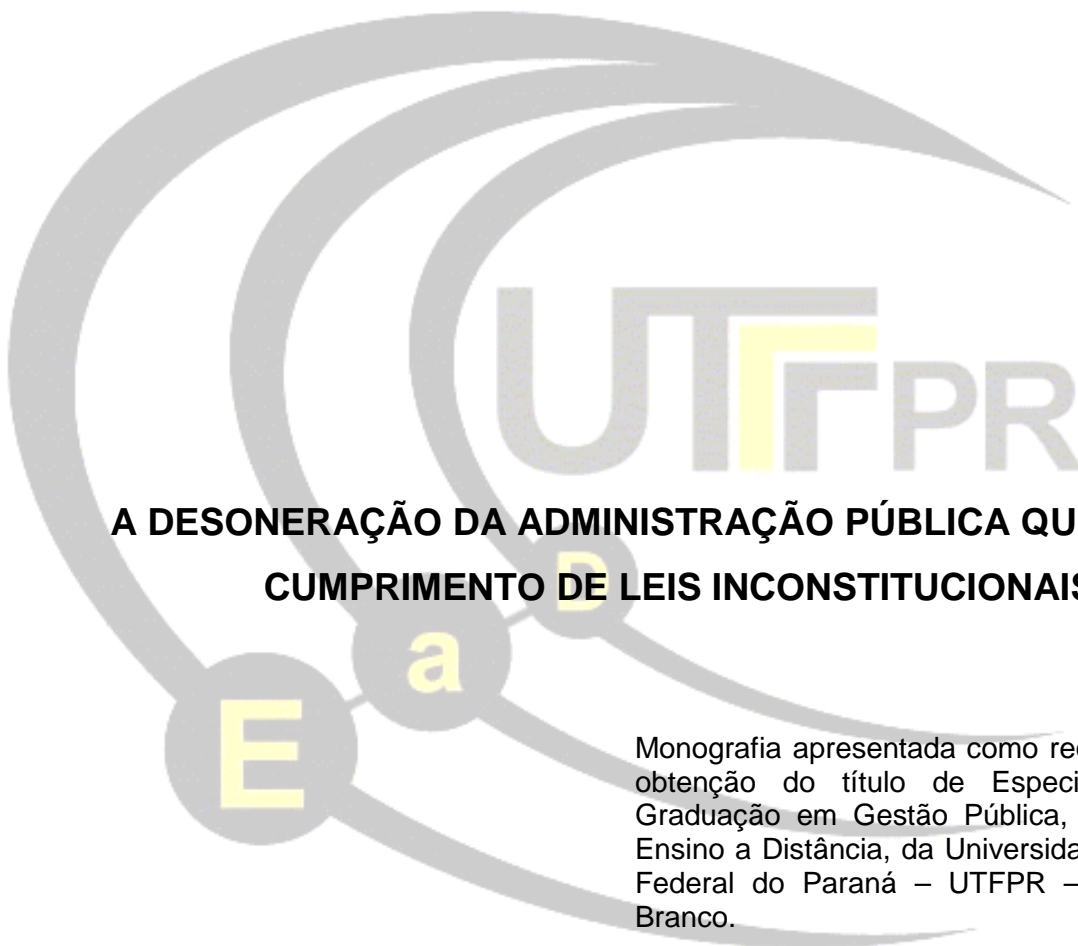
**A DESONERAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUANTO AO
CUMPRIMENTO DE LEIS INCONSTITUCIONAIS**

MONOGRAFIA DE ESPECIALIZAÇÃO

PATO BRANCO

2013

SERGIO RENATO DALLA COSTA



**A DESONERAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUANTO AO
CUMPRIMENTO DE LEIS INCONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista na Pós Graduação em Gestão Pública, Modalidade de Ensino a Distância, da Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR – *Câmpus* Pato Branco.

Orientador: Prof. MSc. Paulo Roberto Pegoraro

EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA

PATO BRANCO

2013



TERMO DE APROVAÇÃO

A Desoneração da Administração Pública quanto ao cumprimento de leis inconstitucionais

por

Sérgio Renato Dalla Costa

Esta monografia foi apresentada às 15 h e 55 min do dia 17 de maio de 2014 como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista no Curso de Especialização em Gestão Pública, Modalidade de Ensino a Distância, da Universidade Tecnológica Federal do Paraná, *Câmpus* Pato Branco. O candidato foi arguido pela Banca Examinadora composta pelos professores abaixo assinados. Após deliberação, a Banca Examinadora considerou o trabalho

Prof. *M.Sc* Paulo Roberto Pegoraro
UTFPR – *Câmpus* Pato Branco
(orientador)

Prof^a. *M.Sc* Ângela Link Saccol
UTFPR – *Câmpus* Pato Branco

Prof. *M.Sc* Augusto Fábio Flores
UTFPR – *Câmpus* Pato Branco

Dedico a Jesus Cristo pela sua constante perseverança
e incansável investimento em nós, simples mortais.
À minha família, meu pilar de proteção e sustentação.

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da vida, pela fé e perseverança para vencer os obstáculos.

Ao meu orientador professor Paulo Roberto Pegoraro, pela sua disponibilidade, interesse e receptividade com que me recebeu e pela prestabilidade com que me ajudou.

Minha gratidão aos professores do curso de Especialização em Gestão Pública, UTFPR, *Campus* Pato Branco, publicistas de alto gabarito e saber, consagrados e hábeis ao exercício ao qual se dispuseram.

Agradeço aos tutores presenciais e à distância que nos auxiliaram no decorrer da pós-graduação, mostrando-se sensíveis e pontuais quando de nossas hesitações.

Ao Município de Arapongas, por seus gestores, que me proporcionaram meios e facilitação ao meu aprimoramento em nível de especialista, cujo retorno que lhes comprometo será de inestimável valia e aplicabilidade.

Enfim, sou grato a todos que contribuíram de forma direta ou indireta para realização desta monografia.

À minha esposa Elza Maria, que soube ser paciente, amorosa e renunciativa, uma vez os momentos de investimento que se faziam necessários junto ao aprofundamento e dedicação que me impingiam os estudos.

“Se eu pudesse fazer que aqueles que comandam aumentassem seus conhecimentos sobre o que devem prescrever, e se aqueles que obedecem encontrassem um novo prazer em obedecer, considerar-me-ia o mais feliz dos mortais.”

(Montesquieu)

RESUMO

COSTA, Sérgio Renato Dalla. A Desoneração da Administração Pública quanto ao Cumprimento de Leis Inconstitucionais. 2013. 50 f. Monografia (Especialização em Gestão Pública). Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Pato Branco, 2013.

Este trabalho teve como temática um estudo do comportamento do Poder Executivo enquanto diante de leis inconstitucionais que lhe são impostas. Buscou-se justificar que a negativa emanada pelo Chefe do Executivo ao cumprimento de normas que lhe obrigam, não é somente um poder mas um dever que lhe impera por força da responsabilidade de resguardar a Constituição Federal, no esforço da preservação de princípios que se harmonizam em defesa da hierarquia e legalidade das normas. Como vem demonstrando a vencedora doutrina, estas ações (ou omissões) emanadas pelo Administrador que se enraízam na história da Administração Pública, não são desarrazoadas, ao contrário, triunfam inclusive no posicionamento de nossos Tribunais Pátrios, mantendo-se preservadas a harmonia e independência dos Poderes, os quais, em comum, caminham pela preservação dos mandamentos constitucionais num Estado Democrático de Direito. Porém, esta interpretação da lei e o direito de negar-se ao cumprimento de normas inconstitucionais que impõe ao Administrador Público não pode ser liberta, sob pena de se extirpar seu mais basilar fundamento. Para tanto, condicionantes são dispostas ao Poder Executivo, inclusive a submissão de seus atos ao Poder Judiciário, a quem compete o controle abstrato de constitucionalidade. Está-se em evidência, pois, a real e legítima postura que se espera de um Gestor Público, dever este de lealdade à ordem e à soberania da Constituição Federal.

Palavras-chave: Administração Pública, Lei inconstitucional, Negativa, Cumprimento.

ABSTRACT

COSTA, Sérgio Renato Dalla. The Discharge of Public Administration as to Compliance with Laws Unconstitutional. 2013. 50 f. Monografia (Especialização em Gestão Pública). Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Pato Branco, 2013.

This work was themed a study of the behavior of the Executive Power while against laws unconstitutional that are imposed. It sought to justify that the negative pronouncement by the Chief Executive to comply with standards that enforce him, it isn't only a power but a duty that reigns it by force of the responsibility of safeguarding the Federal Constitution, in the effort of the preservation of principles that harmonize in defense of hierarchy and legality of standards. As has been demonstrated the winner doctrine, these actions (or omissions) issued by the Administrator that is rooted in the history of Public Administration, are not obviously foolish claims, on the contrary, they are triumphing in positioning of our country courts, maintaining preserved the harmony and independence of Powers which, in common, they go to the preservation of constitutional commandments in a Democratic State of Law. However, this interpretation of the law and the right to deny to the fulfilment of standards unconstitutional that imposes upon the Public Administrator can't be released, under penalty to uproot its most basic foundation. For both, constraints are willing to the Executive Power, including the submission of their acts to the Judiciary, to whom it is incumbent upon the abstract control of constitutionality. It is evident, therefore, the real and legitimate posture that is expected of a Public Manager, duty of loyalty to the order and the sovereignty of the Federal Constitution.

Keywords: Public Administration, Unconstitutional law, Negative, Execution.

LISTA DE SIGLAS

Art.	Artigo
BA	Bahia
CF	Constituição Federal
CGR	Consultoria Geral da República
DF	Distrito Federal
GO	Goiás
MS	Mato Grosso do Sul
PR	Paraná
RJ	Rio de Janeiro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 - GRÁFICO DEMONSTRATIVO DA SEPARAÇÃO E HARMONIA DOS PODERES DA UNIÃO	13
FIGURA 2 - PIRÂMIDE DE Kelsen ÀS NORMAS BRASILEIRAS	19

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA – UM BREVE ESTREITAMENTO AO TEMA	11
2 SEPARAÇÃO E INTERDEPENDÊNCIA DOS PODERES	13
2.1 FREIOS E CONTRAPESOS COMO LIMITAÇÃO DO PODER	14
2.2 O PODER EXECUTIVO NO PAPEL PREPONDERANTE EM SUAS FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS	15
3 A HIERARQUIA DAS NORMAS	17
4 PRINCÍPIOS QUE SUSTENTAM O DIREITO DO ADMINISTRADOR RECUSAR-SE AO CUMPRIMENTO DE LEIS INCONSTITUCIONAIS	20
4.1 PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA	21
4.2 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	22
4.3 PRINCÍPIO DA HARMONIA E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES	23
4.4 A INTERPRETAÇÃO CONFORME	24
4.5 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	24
4.6 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA PONDERADO PELA PROPORCIONALIDADE	26
5 A LEGITIMAÇÃO DO PODER EXECUTIVO A ATOS NEGATIVOS À LEGISLAÇÃO	27
6 O ALBERGUE DO JUDICIÁRIO AOS ATOS UNILATERAIS DE OPOSIÇÃO DO PODER EXECUTIVO QUANDO DEFRONTE DE LEIS INCONSTITUCIONAIS	32
7 CONDICIONAMENTOS AO PODER EXECUTIVO QUANDO DE SUA RECUSA AO CUMPRIMENTO DE LEI QUE REPUTA INCONSTITUCIONAL	36
7.1 PRÉVIO PARECER TÉCNICO	37
7.2 DECISÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO	38
7.3. FUNDAMENTAÇÃO	39
7.4 NORMA ESPECÍFICA QUE PUBLICIZE A RECUSA DO EXECUTIVO AO CUMPRIMENTO DA NORMA INCONSTITUCIONAL	40
7.5 PROVOCAÇÃO DE DISCUSSÃO PERANTE O PODER JUDICIÁRIO	

COMO MEDIDA MENOS GRAVOSA E GARANTIDORA DA MÁXIMA EFETIVIDADE	41
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS E SUGESTÕES	43
9 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO - UM BREVE ESTREITAMENTO AO TEMA

Muitos são os atos do Poder Legislativo e Executivo, este no exercício da competência legislativa concorrente, que, ao editarem leis, fazem-nas em total desrespeito às regras constitucionais, com abordagens viciadas e desrespeitosas a métodos e procedimentos, seja quanto à iniciativa, ao formalismo ou ao conteúdo que se opõem ou desacatam normas hierarquicamente superiores. Defronte a imposição destas normativas e, quando postas em vigência, intensa é a dissensão entre os gestores quanto à possibilidade da Administração Pública deixar de cumprilas por entender sua inconstitucionalidade

É custoso ao Administrador Público defrontar-se com determinados atos normativos que lhe envolvam obediência a despeito da convicção de que tais em sua existência afrontam regras e princípios de direito editados constitucionalmente, uma vez que abordados em seus projetos originários de forma viciada e desrespeitosa a métodos e procedimentos legais ou constitucionais, irregulares em sua iniciativa ou ao seu desacertado conteúdo, os quais, em algum momento de sua etapa edilícia, se opuseram ou desacataram normas hierarquicamente superiores.

Embora diante de princípios fundamentais e da segurança jurídica, constantes são as atuações contrárias à supremacia constitucional quando da edição de normas findas, menosprezando a força normativa desta lei máxima.

Não obstante defrontar-se à força impositiva de determinada norma, o Poder Executivo usufrui do direito de negar sua vigência face à nulidade que, desde o nascimento, impera em sua existência. Porém, não basta ao gestor contrapor-se ao atendimento da norma, sendo-lhe imperioso atacá-la, buscando sua desconstituição do mundo jurídico.

Por força disto o objetivo geral da presente monografia é mostrar que normas, mesmo que vigentes e impositivas, podem ser vistas, atendidas ou não, com ressalvas pelo Poder Executivo.

Essa atuação administrativa demonstra maior relevância quando o gestor público pondera os resultados negativos, até mesmo assoladores, que tais normas inconstitucionais imporiam não somente à Administração Pública, mas a toda uma sociedade que lhe confiara administrar. Estaria o gestor público diante do

dever de dar-lhe validade enquanto não desacreditada em sua nulidade, ou lhe seria facultada a inobservância imediata, enquanto uma discussão abre-se sobre sua legalidade e legitimidade?

É diante deste instigante tema que se traça o objetivo específico desta monografia, qual seja, identificar a conduta negativa da Administração Pública quanto a não aceitabilidade de normas que interpreta inconstitucionais, relatando os procedimentos que delimitam este comportamento.

Conquanto diante da força impositiva da norma, o Poder Executivo, ao deparar-se neste específico confronto, tem o direito de negar-se à sua vigência face à nulidade que desde o nascimento impera em sua existência. Porém, não basta ao gestor negar atendimento à norma, sendo-lhe imperioso atacá-la, buscando sua segregação do mundo jurídico.

Ao envolver-se com a leitura será possível observar que os procedimentos metodológicos dirigir-se-ão, à pesquisa aplicada, uma vez a colação de conhecimentos de aplicação prática dirigida à solução de problemas específicos. A forma de abordagem, por sua vez, será qualitativa enquanto diante da interpretação de dados reais, de forma reproduzida, envolvendo a obtenção de dados descritivos, através da pesquisa exploratória.

Diante deste paradoxo e através de aprofundada investigação, porém, não exaustiva, objetiva-se identificar, se legítima ou não, a conduta negativa da Administração Pública quanto a não aceitabilidade de normas que interpreta inconstitucionais, historiando-se não somente a hierarquia das normas e os princípios que as regem mas a colisão de procedimentos administrativos, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que delimitam este comportamento repressivo do gestor público defronte à normativa de nenhuma prestimosidade que lhe impõe ações ou omissões.

Esse objetivo, como visto, será exploratório, visando maior familiaridade com o problema, assumindo a forma de pesquisa bibliográfica. Como mesmo diz o objeto antes delimitado, a forma escolhida será de pesquisa bibliográfica e análise documental, já que será analisado o posicionamento de autores renomados no assunto, assim como de Desembargadores de Tribunais Pátrios e Ministros dos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, quando diante de caso específico.

2 SEPARAÇÃO E INTERDEPENDÊNCIA DOS PODERES

A teoria tripartida da separação dos Poderes proposta pelo aristocrata Charles-Louis de Secondat, versado Montesquieu (1996), traduz-se na divisão dos Poderes do Estado em três grandes e distintas forças representativas: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, os quais, enquanto independentes, revelam-se harmônicos entre si.

A separação dos poderes no Estado Constitucional é entendida como um processo de distribuição e integração racionalizada das diversas funções e órgãos do Estado, com o intuito de limitar as possibilidades de exercício arbitrário do poder e garantir condições para maior eficiência da atuação estatal na defesa e promoção dos direitos fundamentais. (NOVAIS¹, 2004 apud NERY JÚNIOR; NERY, 2009, p. 144).

Através do figura 1, abaixo, é possível sintetizar de forma simples a definição dos Poderes, os quais, enquanto independentes, principiam-se harmônicos entre si:

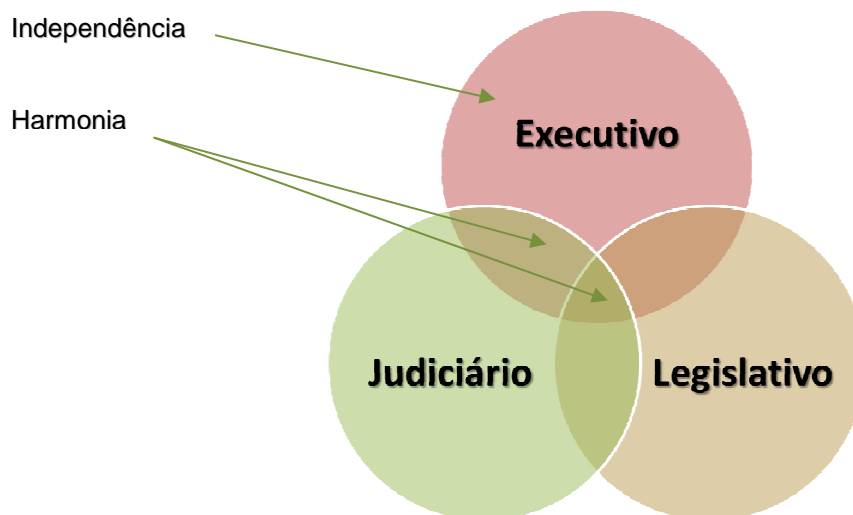


Figura1: Gráfico demonstrativo da separação e harmonia dos Poderes da União

Este conceito é abraçado pela Constituição Federativa Brasileira de 1988 enquanto disciplina em seu Art. 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 2013).

¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

Neste sistema de três poderes, aqueles eleitos representantes legais do povo, postos em forma de um congresso ou parlamento que se condicionam a normatizar direitos e obrigações a serem aplicadas ao governo e sua sociedade, denominam-se Legislativo.

Uma vez trazida ao mundo a normativa pelo Legislativo, sua aplicabilidade e exigência dar-se-á junto ao Poder Executivo, o qual se legitima por seu Administrador Público, também eleito por sufrágio universal, postado a dar impulso às normas, executando-as de modo a atingir os anseios do Ente Público e de seus Administrados.

Esta tripartição de funções do Estado encerra-se no último dos poderes, qual seja, o Poder Judiciário, disposto em formação de juízes, organizados em instâncias, detentores de capacidade e prerrogativas de julgar e fazer cumprir as leis que outrora foram instituídas e postas à obediência pelo Legislativo.

2.1 FREIOS E CONTRAPESOS COMO LIMITAÇÃO DO PODER

Nada mais justificador à Teoria Tripartite de Montesquieu senão a necessidade da limitação entre poderes, numa espécie de freios e contrapesos, característica da independência entre os três poderes do Estado e da organização política liberal, cujo fim nada mais seria senão a delimitação de uma autoridade demasiada poderosa (MONTESQUIEU, 1996).

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Essa ideia de confrontações e resguardos proposta por Montesquieu é posta de forma clara por GASPARETO (2011, p. 38):

Por tais razões, entende-se que quem faz as leis, não pode ser responsável pela aplicação e execução, quem as executa, não pode fazê-las nem julgá-las a aplicação, e quem julga, não pode fazê-las nem executá-las.

Como esclarece Moraes (2007, p. 69) “a Constituição Federal consagra um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um Poder controle os demais e por eles seja controlado.”

Essa ideia de controle e limitações do poder absolutizado advém das respostas historiadas da sociedade, onde se revelaram hórridos exemplos de extrapolação.

Esse critério tem sido observado, desde a Revolução Francesa, pela maioria dos Estados, atendendo ao princípio consagrado pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: “A sociedade na qual não se assegura a garantia dos direitos, nem se determina a separação dos poderes, considera-se desprovida de Constituição” (art. 16). (FACHIN, 2013, p. 203).

Luís Roberto Barroso lembra que a interpretação e observância da Constituição não são 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 (BARROSO, 1996 apud DUTRA JÚNIOR, 2003, p. 212)².

Justamente é essa sistemática de freios e contrapesos vivente entre os Poderes que nos permite chegar ao tema proposto, individualizadamente na premissa do controle do Executivo quanto à função a ser exercida de forma atípica, uma vez defrontar-se com leis que reputa inconstitucionais.

2.2 O PODER EXECUTIVO NO PAPEL PREPONDERANTE EM SUAS FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS

Posta de forma sucinta, porém não menos inteligível “a função típica – mas não exclusiva - do Legislativo é legislar, do Executivo é executar as leis e do Judiciário é julgar.” (NERY JÚNIOR; NERY, 2009, p. 157).

Embora estivéssemos diante da assertiva da independência dos poderes, detentores de funções e obrigações típicas delineadas pela carta constitucional do Estado, certo também a construção entre eles de atribuições

² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 387.

atípicas, ou seja, aquelas não exercitadas com preponderância, de forma secundária, traduzindo-se na harmonia que entremeia à vivente independência entre os mesmos.

Essas funções atípicas são o reverso da exclusividade absoluta dos poderes, que permitem a investidura de um Poder sobre o outro, sem contudo invadir competências exclusivas.

Com grande coloquidade Mello (2010, p. 20) expõe que “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.”

Esse preceito é assimilado de forma engendrada por Maciel (1969, p. 6) quando disciplina que “a regra da separação dos poderes se não entende, em boa doutrina, senão no sentido de uma divisão geral, contrabalançada de misturas ocasionais”.

Neste contexto específico ao Poder Executivo, sinonimamente denominado por Administração Pública ou Ente Administrativo, este não somente tem a função de administrar, como também o de legislar e julgar, no exercício das funções atípicas excepcionalmente previstas pelo texto constitucional.

Como afirma Coelho (2009, p. 18) a despeito de estarmos diante da teoria tripartite, da independência e harmonia dos Poderes, o papel preponderante sempre será sempre do Executivo, indiferente da relevância das funções. E isso tem sua justificativa:

Uma resposta simples a essa questão é a de que o Poder Executivo – que a partir de agora passaremos a chamar de governo – é que dispõe dos meios coercitivos do Estado. Embora não crie as regras gerais que balizam a vida dos cidadãos (função legislativa), nem decida sobre a adequação dessas regras aos casos particulares (função judiciária), é o governo que, por meio do seu aparato coercitivo, garante o cumprimento das decisões dos outros poderes e executa as políticas do Estado. (COELHO, 2009, p. 19).

É justamente neste papel preponderante que se justificaria a atipicidade do Poder Executivo, ora governo, quanto a um maior controle da aplicabilidade da lei, por ele reputada inconstitucional, pois, nas palavras de Mello (2010, p. 21) “apenas o monopólio da última palavra em controle de constitucionalidade é, em regra, do Judiciário, não o monopólio da interpretação constitucional”, deixando, pois, em certa distância, a exclusividade absoluta do exercício dos misteres constitucionais.

3 A HIERARQUIA DAS NORMAS

Idealizado pelo jurista e filósofo austríaco Kelsen (1999), a teoria da hierarquia das normas é o ordenamento subordinado de normas jurídicas em forma de uma pirâmide abstrata, onde uma norma superior e mais importante delimita os contornos de validade da inferior.

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. (KELSEN, 1999, p. 271).

Sobre esta hierarquia de normas, traduzidas ao plano brasileiro, Lenza (2009) fez importante explanação:

No direito percebe-se um verdadeiro **escalonamento de normas**, uma constituindo o fundamento de validade de outra, numa **verticalidade hierárquica**. Uma norma, de hierarquia inferior, busca o seu fundamento de validade na norma superior e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional. (LENZA, 2009, p. 27, grifo do autor).

O sistema jurídico no Brasil, visualizado através da Pirâmide de Kelsen tem sua formação na própria Constituição Federal. Nesta, em breve análise, é possível visualizar que o legislador constituinte, ao estabelecer o sistema hierárquico das normas, fez dividi-las em constitucionais, complementares e ordinárias.

As leis constitucionais são as mais importantes, por conterem os elementos estruturais da nação e a definição fundamental dos direitos do homem, considerado como indivíduo e como cidadão. Nesta escala hierárquica das leis, coloca-se bem alto e acima de todas a Constituição Federal. Emanação direta da soberania nacional, submete a Constituição ao seu império todos os órgãos do Estado, discrimina as atribuições dos seus poderes, delinea todas as peças do organismo nacional. Por isso mesmo, deve ser obedecida igualmente pelos súditos e pelos detentores do poder e prepostos do Estado. (MELLO³, 1993 apud VISBRASIL, 2013).

³ MELLO, Ana L. et alii. **Vigilância sanitária de medicamentos e correlatos**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1993.

Normas constitucionais caracterizam-se, segundo Lenza (2007, p. 27) “como fundamento de validade de todo o sistema, determinando-se a obediência a tudo o que for posto pelo Poder Constituinte Originário.”

A Constituição é a expressão normativa de nível máximo o qual regula o ordenamento do Estado, “é rígida e lei suprema do país, à qual todas as outras devem se adequar.” (NERY, 2003, p. 3)

Constituição significa ordem jurídica do Estado e da sociedade. [...] A Constituição num Estado Democrático não estrutura apenas o Estado em sentido estrito mas também o espaço público e o privado, constituindo, assim a sociedade. (NERY JÚNIOR; NERY, 2009, p. 45).

As leis complementares são aquelas “adotadas para regulamentar assuntos específicos, quando expressamente determinado na Constituição da República” (PLANALTO, 2013).

[...] levando-se em conta o fato de nem todas as normas constitucionais terem o mesmo grau de aplicabilidade e a possibilidade de se tornarem imediatamente eficazes, demandam a superveniência de uma lei que lhes confira esses elementos faltantes. Dá-se o nome de lei complementar a essa norma que vem, na verdade, integrar a Constituição. (BASTOS, 1997, p. 356).

Quanto às leis ordinárias, a Constituição fez investir tipicamente o Poder Legislativo da função de legislar, de formular a lei. “A lei ordinária, ou simplesmente lei, é o ato normativo que edita normas gerais e abstratas, ou seja, é o ato legislativo típico.” (BASTOS, 1997, p. 359).

Com bem postado por Kelsen (1999, p. 156), “a produção de normas jurídicas gerais, regulada pela Constituição em sentido material, tem, dentro da ordem jurídica estadual moderna, o caráter de legislação.”

Como se vislumbra desta codificação hierárquica, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma outra norma, esta representativa do fundamento imediato de validade daquela. (KELSEN, 1999, p. 155). Compreendendo-se através da graduação das leis, isso quer dizer que as normas de direito constitucional são supremas, conferindo os elementos estruturais das demais que lhe devem importância para sua validade.

Segundo MELLO (2010, p. 9) “a Constituição está no topo do ordenamento. É o fundamento de validade das demais normas”.

As leis complementares subjazem,

Depois, vêm as leis federais ordinárias; em terceiro lugar, a Constituição Estadual; em seguida, as leis estaduais ordinárias e, por último, as leis municipais. Surgindo conflito entre elas, observar-se-á essa ordem de precedência quanto à sua aplicação. (MELLO⁴, 1993 apud VISBRASIL, 2013)

Nas considerações deste escalonamento, através da Figura 2, abaixo, foi possível tecer uma pirâmide gráfica, conduzindo uma melhor compreensão à adaptação da Pirâmide de Kelsen às normas brasileiras:

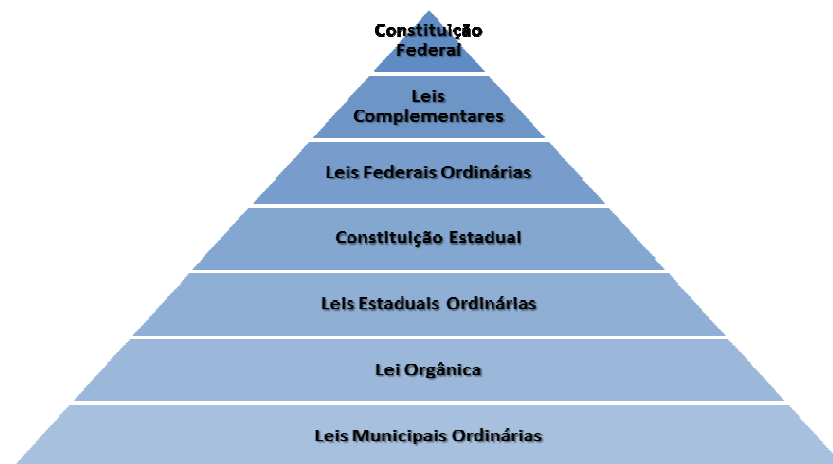


Figura 2 – Pirâmide de Kelsen às normas brasileiras

Assim dispostas, harmonizando-se às palavras de Bastos (1997, p. 383) torna-se simples entender que “normas que fundam outras normas ganham uma posição de superioridade, de preeminência, resultando no fato de as normas subordinadas, as que delas tiram fundamento, não as poderem contrariar” e continua:

Se tal não ocorre, elas deixam de possuir validade em face do ordenamento jurídico. Se é este que diz qual a porta que dá ingresso no seu mundo, no universo do direito, algo que pretenda nele ingressar por uma via transversa simplesmente não terá êxito. [...] A invalidade de qualquer ato jurídico traduz-se numa inaptidão para produzir efeitos de direito, porque não foi produzido quer no que diga respeito à sua forma, quer no que se refira ao seu conteúdo, segundo os ditames fixados pela norma superior. [...] A invalidade jurídica coincide com a inexistência de direito: com o nada jurídico, com a ausência de efeitos, com a nulidade. (BASTOS, 1997, p. 383-384).

⁴ Idem nota 3.

4 PRINCÍPIOS QUE SUSTENTAM O DIREITO DO ADMINISTRADOR RECUSAR-SE AO CUMPRIMENTO DE LEIS INCONSTITUCIONAIS

Como asseverado por Coelho (2009, p. 20), diferentemente do que defendia Montesquieu, o qual tinha o Judiciário como papel fundamental, o Executivo⁵ tem a mais nobre e importante das funções entre os demais Poderes, não porque é mais importante, mas,

Enfim, é o governo que transforma em atos a vontade do Estado, o que é suficiente para fazer dele o poder preponderante sobre todos os demais e exigir dos legisladores um contínuo aperfeiçoamento das normas que regem o funcionamento do Estado e regulam as suas relações com a sociedade, e dos tribunais a constante vigilância da adequação dos atos de governo à legislação, sem o que o poder do governo se tornaria tirânico. (COELHO, 2009, p. 20)

Questão polêmica que se traduz pelo próprio título desta obra, há grande descenso sobre a legalidade do repúdio pelo Poder Executivo a atos normativos que considere inconstitucionais. Porém, importantes argumentos subsumam-se na defesa do Administrador Público quanto ao ato negatório do cumprimento normativo, em especial princípios que regem a Administração Pública.

Segundo Reale (2001, p. 285) “princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional”.

O mesmo autor, com ares de definitividade a desmerecer qualquer incerteza, esgota com clareza a aplicabilidade dos princípios gerais do direito ao gestor público:

O legislador, por conseguinte, é o primeiro a reconhecer que o sistema das leis não é suscetível de cobrir todo o campo da experiência humana, restando sempre grande número de situações imprevistas, algo que era impossível ser vislumbrado sequer pelo legislador no momento da feitura da lei. Para essas lacunas há a possibilidade do recurso aos princípios gerais do direito. (REALE, 2001, p. 285).

Por isso os princípios possuem dimensões peso, paralelamente à dimensão validade das regras. E é no peso dos princípios que se resolverá a eventual colisão na aplicação do caso concreto. (GASPARETTO, 2011, p. 233).

⁵ Em sua obra “Estado, governo e mercado”, COELHO (2009) denomina Executivo como governo.

A importância da sustentação e salvaguarda em princípios, especificadamente enquanto diante de normas que se fulminam pela ilegalidade, trará ao gestor público melhor condicionamento e compreensão de seus atos, em especial quando direcionados à medida de recusa de cumprimento da norma legal.

Como afirma Mello (2010, p. 9) “importantes argumentos concorrem para a tese de que o Executivo mais do que pode – na verdade deve – deixar de aplicar leis inconstitucionais.” Esses princípios, como a seguir expostos, lhe servirão ao fim de justificar e resguardar às investidas daqueles que impõem normas inconstitucionais e lhe exigem o cumprimento.

4.1 PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA

Fundando-se no princípio da legalidade, é poder-dever da Administração Pública controlar e rever seus próprios atos, fulminando-os quando reputados ilegais. “Se a Administração Pública só pode agir dentro da legalidade, é de se considerar que os atos administrativos eivados de ilegalidade devem ser revistos e anulados, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico.” (RAMIN, 2008).

Como firmado por Gasparetto (2001, p. 185),

[...] o princípio da autotutela da Administração garante a esta a possibilidade (ou dever) de desfazer – anular – os atos ilegais e os atos inconstitucionais por ela praticados. Logo, evitar a prática de atos inconstitucionais é uma medida preventiva absolutamente hígida.

“A Administração não pode conviver com a ilegalidade de seu ato, em qualquer de seus aspectos, e é por essa razão que instituem sistemas de controle da ilegalidade do ato administrativo, visando expungir do mundo jurídico o ato ilegal.” (ARAÚJO, 2005, p. 70).

Admitindo a entrada em vigência de uma lei que viola formal ou materialmente a Constituição, isto é, estabelecendo a coexistência do ‘jurídico’ e do ‘antijurídico’, o Estado de direito trai o seu princípio, nega o seu caráter e a sua essência e acende a lanterna verde ao princípio da sua dissolução. (MACIEL, 1969, p. 28).

Neste íterim, ao referenciar Aragão⁶ (1973 apud GASPARETTO, 2001, p. 185), complementa: “sendo lícita ao Executivo a anulação de atos inconstitucionais, mais lícita será a recusa de praticá-los quando previamente constatada a inconstitucionalidade.

4.2 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

O princípio da supremacia constitucional tem sua ênfase na hierarquia das normas, título explorado em capítulo anterior, remetendo-nos ao fundamento de que, para a validade de todo o sistema normativo, inevitável a referência e compatibilidade hierárquica à Constituição, sob pena de nulidade.

Como afirma Mello (2010, p. 9), “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 continua:

Para tanto, cumpre ao Executivo – um dos principais responsáveis pela ordem constitucional – empenhar-se na 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. (MELLO, 2010, p. 9-10)

O Poder Executivo, acima das funções que lhes são típicas, deve prestar obediência e zelo à Lei Máxima, buscando efetivar a validade dos atos que deslocará em suas ações. Esse raciocínio também é asseverado pela doutrina:

Entende-se que, se a Constituição Federal está no vértice do sistema jurídico do País e se administração Pública deve anular seus atos tidos por ilegais, com muito mais razão deve-se negar a aplicação de leis que considerar incompatíveis com a Lei Maior. (ANDRADE, 2011, p. 7)

Inadmissível ao gestor público conviver com determinada lei que sabe desafiar a supremacia constitucional e sobre ela silenciar-se. O princípio da supremacia, dêixis de toda a estrutura de um Estado, lhe advém como um comando,

⁶ ARAGÃO, Orlando Miranda de. Inconstitucionalidade de lei: não aplicação por esse motivo, pelo Poder Executivo. **Revista de Direito Público**. Rio de Janeiro, n. 26, out.-dez. 1973.

imprimindo-lhe a afluência negativa ao seu cumprimento, já que a inconstitucionalidade impera em sua órbita.

4.3 PRINCÍPIO DA HARMONIA E INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES

Dantes, enquanto buscando tornar inteligível as atribuições típicas e atípicas dos poderes do Estado, deparamo-nos com a expressão posta no Art. 2º da Carta Constitucional (BRASIL, 2013), a qual, enquanto albergava a independência dos poderes, traduzia-lhes a harmonia entre si.

Conjunção que extrema o raciocínio albergado por Dutra Júnior (2003, p. 213), “o princípio da harmonia e independência entre os Poderes não impõe ao Executivo a aplicação de lei claramente inconstitucional” já que não há falar-se em monopólio de interpretação.

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. (MELLO, 2010, p. 22)

A maior sustentação do Chefe do Executivo é, sem dúvidas, a Constituição Federal. É através desta norma que o mesmo encontra amparo para o exercício de suas tarefas, norteando-o à legitimação de seus atos, seja através da ação, seja por negativa desta, como a bússola que aponta ao navegador o norte geográfico. Fortificado está ao exercício de suas razões sem contudo invadir a esfera dos demais Poderes do Estado.

E se impõe deveres ao Chefe do Executivo, a própria Constituição, por lógica, há que lhe reconhecer os meios adequados para cumpri-los, entre os quais está, em primeiro lugar, a comparação da lei com os mandamentos constitucionais.

Com efeito, L. C. de MIRANDA LIMA⁷ [...] ressalta que a própria Constituição, em seu art. 78, dispõe que o Presidente da República, ao tomar posse, prestará o compromisso de “cumprir a Constituição” e também “observar as leis”, mas sempre aquela, antes destas, pois isso decorre da

⁷ LIMA, L.C. de Miranda. **Funcionário público – Aposentadoria – Lei Inconstitucional – Poder Executivo**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 81, p. 468.

rigidez de nosso Estatuto Político, que garante sua supremacia. (DUTRA JUNIOR, 2003, p. 213)

4.4 A INTERPRETAÇÃO CONFORME

O Administrador Público deve equilibrar as normas que lhes são postas com o Estatuto Máximo e, quando de sua interpretação conforme a Constituição, poderá reconhecê-las parcialmente ou totalmente inconstitucionais, negando-lhe cumprimento.

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. (MELLO, 2010, p. 10).

Diuturnamente o Chefe do Executivo depara-se com normas infraconstitucionais que lhe envolvem em interpretações dissonantes, relegando-o à dúvida de sua aplicabilidade aos administrados. Ajuizando suas intenções, o caminho a perseguir não deverá ser outro senão aquele que se adequa à norma máxima na hierarquia das leis.

Se assim o faz, enquanto entrincheirado por normas que entendem afrontar a Carta Máxima, o direito lhe valida recusar seu cumprimento em prol daquela que mais se adequa à norma constitucional.

A Interpretação conforme a Constituição denota uma técnica de controle de constitucionalidade e não somente um método de interpretação hermenêutico, estabelecendo que o intérprete ou aplicador do direito, ao se deparar com normas que possuam mais de uma interpretação (polissêmicas ou plurissignificativas), deverá priorizar aquela interpretação que mais se coadune com o texto constitucional. (Silva, 2013).

4.5 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Esculpido como cláusula pétrea na Constituição Federal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de

lei” (BRASIL, 2013), o princípio da legalidade é a submissão do império à suas leis, em sintonia com o dogma democrático “suporta a lei que fizeste”.

A Administração Pública, particularmente, tem direcionada a si a norma constitucional que lhe implica obediência a tal princípio.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]. (BRASIL, 2003).

Como afirma Araújo (2005, p. 51), para o Poder Público, mencionado princípio traduz-se em ‘poderes-deveres’ no sentido de serem “irrelegáveis pelos agentes públicos, que não as podem, portanto, descumprir”, complementando que “a lei é o fundamento da Administração em si mesma e de sua ação”.

Na defesa deste princípio, oposto à liberdade do Gestor Público quanto à negativa do cumprimento de norma inconstitucional, está Maciel (1969, p. 14) ao concluir que “se um ato apresenta todas as exigências formas extrínsecas necessárias à sua validade, é claro que, mesmo eivado de vícios que o tornem anulável, ele subsiste até a declaração contrária feita pelo Legislativo”.

A utilização cega deste princípio não se justifica ao Chefe do Executivo justamente porque, como ensina Mello (2010, p. 12) “se o princípio da legalidade é utilizado par justificar o dever irrestrito de obediência à lei, não pode autorizar o desrespeito à normas Constitucionais”.

Este último posicionamento é adotado pela maior parte dos doutrinadores que se debruçam sobre o assunto:

Os Estados de direito, como o nosso, são dominados pelo princípio da legalidade. Isso significa que a Administração e os administrados só se subordinam à vontade da lei, mas da lei corretamente elaborada. Ora, as leis inconstitucionais não são normas jurídicas atendíveis, pela evidente razão de que colidem com mandamento de uma lei superior, que é a Constituição. Entre o mandamento da lei ordinária e o da Constituição deve ser atendido o desta e não daquela, que lhe é subordinada. Quem descumpre lei inconstitucional não comete ilegalidade, porque está cumprindo a Constituição. (MEIRELES, 2000, p. 698).

“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)” (MELLO, 2010, p. 22).

4.6 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA PONDERADO PELA PROPORCIONALIDADE

Em busca da segurança da norma constitucional, como condição à validade da norma daquela hierarquicamente inferior, o legislador tem a si um processo de harmonia entre a lei ordinária e a norma constitucional. Isso porque, como afirma Maciel (1969, p. 34) “leis que não nascem definitivas, já que discutida sua validade, são incompatíveis com as noções de segurança e ordem.” E continua:

Onde há distinção entre poder constituído e poder constituinte, há uma hierarquia entre norma constitucional e norma legislativa, e se a compatibilização entre as duas não antecede a promulgação desta última, não há ordem, nem paz, nem justiça, mas, ao contrário, instabilidade consentida, conflito institucionalizado, injustiça dirigida. Não há, portanto, Estado de direito. (MACIEL, 1969, P. 35)

Ainda que tal princípio reforce a tese da obrigatoriedade da Administração convalidar atos tidos por viciados em nome da estabilização das relações jurídicas, Gasparetto (2011, p. 235) ressalta sobre a necessidade de se admitir ponderações. Complementa que “a obrigatoriedade do ordenamento é fruto direto da força vinculante das normas que o compõem, ou seja, da legalidade.”

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. (MELLO, 2010, pg. 22).

Essa ponderação encontra força junto ao princípio da proporcionalidade.

A manutenção do ato administrativo editado com fundamento em lei inconstitucional dependerá de juízo de ponderação, efetuado com observância ao princípio da proporcionalidade, que recomendará a prevalência da segurança jurídica ou de outro princípio constitucional envolvido. (GASPARETTO, 2011, p. 240-241).

5 A LEGITIMAÇÃO DO PODER EXECUTIVO A ATOS NEGATIVOS À LEGISLAÇÃO

A doutrina não é unânime sobre as hipóteses que legitimam o Poder Executivo ao descumprimento de leis supostamente inconstitucionais, pois, como diz Tavares (2008, p. 461), “a possibilidade de a Administração Pública desobedecer a lei, em nome de uma possível inconstitucionalidade, não é incondicionada. Faz-se necessária a presença de certo modelo e a obediência a certos requisitos e limites.”

Para alguns, esta permissão encontra-se em princípios gerais do direito, como em parágrafos anteriores melhor explorados, fincados na própria permissiva constitucional; para outros, tal liberalidade é confluyente com a tipologia da norma, quando diante de enfrentamento a uma comunhão de crime, face à desobediência de uma lei maior ou de tratamento exclusivo, outrora invadido pela lei analisada; outros, mais conservadores, deixam de reservar tal autonomia ao Administrador Público, condicionando a sua prática negativa ao crivo preliminar do Poder Judiciário a quem, por força da Lei Máxima, é outorgado a primazia do controle da constitucionalidade da lei.

De inicial partida, vistas as razões defendidas por alguns juristas e estudiosos da lei, embora em sua minoria, observa-se a ferrenha defesa ao princípio da legalidade, como espeque ao raciocínio da obrigatoriedade de obediência à norma, mesmo que visualizada sua inconstitucionalidade já que, enquanto vigente, perdura sua imposição.

Nesta resistência podemos citar Reale (2000, p. 299) no sentido de que jamais se deve questionar a legalidade da norma, tomando para si a história de Sócrates quando, recusando-se a evadir-se da prisão, subtraindo-se à iníqua pena de morte que lhe fora imposta firmara: “é preciso que os homens bons respeitem as leis más, para que os maus não aprendam a desrespeitar as leis boas.”

Para tais defensores, a oportunidade do Executivo indispor à norma é única, firmada no momento de sua criação, enquanto detentor do poder de discussão e oposição. Isso porque, ao verificar que o projeto contraria o estatuto básico (Constituição Federal), ao Administrador não será facultado, mas imperativo, o exercício do poder de veto. Uma vez não exercitado, tornar-se-ia partícipe da

norma enquanto no dever de sancioná-la e, portanto, insuscetível de reexame até que se pronuncie o Judiciário, único órgão legitimado a tanto (MACIEL, 1969, p. 5).

Embora desta conclusão, fortemente alicerçada no princípio da legalidade, nasça a defesa de demais juristas, a exemplo de Flores⁸ (1949 apud MACIEL, 1969, p. 7-8) e Andrade (2011, p. 8), o raciocínio não pode ser tão exasperado a ponto de visualizar apenas uma única alternativa ao Executivo: cumprir a norma que sancionara até que o Judiciário lhe defina invalidade.

Como é visualizado pelo esboço deste trabalho, o extremado cumprimento do princípio da legalidade não é a mais acertada lição a ser ministrada ao gestor público, mesmo porque este deve firmar-se em demais princípios conjugantes – como alhures discernidos - para justificar seus atos, já que sob seu poder decisório administrativo dependem a Administração Pública e os administrados.

KELSEN (1999) já visualizava o enfrentamento de leis inconstitucionais pelo Poder Executivo, momentos históricos e tortuosos ao gestor público e juristas:

Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. (KELSEN, 1999, p. 188).

Defensora da liberalidade do Poder Executivo e contrário ao argumento citado, Mello (2010, p. 9) deixa claro que “pode-se afirmar que a presunção de constitucionalidade não impõe a observância irrestrita às leis”.

Outra corrente, mais segura, tem defendido não estar liberto o gestor público quando diante de uma ação infirmativa de uma norma jurídica. A licitude deste feito tem como pressuposto o entendimento de que a análise da norma será proposta diante da Corte Suprema Nacional, a qual revogará seus efeitos.

A administração somente estará desobrigada a cumprir determinada lei, por suspeita de inconstitucionalidade, se o efeito da decisão do órgão judicial responsável pela guarda da Constituição e fiscalização das leis, S.T.F., no caso brasileiro, retroagir no tempo, isto é, for (ou haver a possibilidade de vir a ser) *ex tunc*. (TAVARES, 2008, p. 462).

⁸ FLORES, Antônio Carrillo. O Executivo e as leis inconstitucionais. **Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores**. Rio de Janeiro, n. 30, p. 27, 1949.

Nesta ideologia mais preservativa do princípio da legalidade, como dito, já se firmava Kelsen (1999, p. 189), imprimindo a ideia de que enquanto não revogada a lei que o legislado tenha como ilegal, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.

Assim, sua força coercitiva haveria de ser preservada até posicionamento final pela sua revogação pelo detentor da competência legislativa ou por sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, legitimado a tanto.

Essa afirmativa encontra desconforto quando nos deparamos com um Judiciário que atrai a si competências inúmeras, mostrando-se assoberbado em processos e, por isso, estabelecido em posição delicada ao enfrentamento do problema específico da constitucionalidade.

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. (MELLO, 2010, p. 14).

Outro ponto importante para legitimar o Chefe do Executivo em seu descumprimento de leis inconstitucionais viciadas é a morosidade que assola a Corte Suprema brasileira. [...] A Suprema Corte é inundada diariamente por um excesso de causas, o que leva a um atravancamento na solução das lides e questões constitucionais, fazendo com que a pacificação de uma questão constitucional leve um grande período de tempo para ocorrer. (TAVARES, 2008, p. 467).

Nem se compreende, mesmo, que o Chefe do Executivo fosse dar cumprimento a uma lei inconstitucional, cumprimento de efeitos às vezes irremediáveis, para aguardar manifestação demorada pela via judiciária [...] (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 2013).

Masagão⁹ (1974, apud LENS, 1984, p. 33) esclarece o porquê da inaplicabilidade deste posicionamento:

Alguns autores resolvem diferentemente o caso, alegando que o poder executivo deve pressupor a constitucionalidade da lei até que o poder judiciário a negue. Tal solução não satisfaz, porque se o presidente da República reconhece a existência de contradição entre a lei fundamental e o projeto de lei ordinária, deve aplicar a primeira, sob a pena de admitir sua derrogação pela segunda, o que é inconcebível nos países de constituição rígida. (LENZ, 1984, p. 33)

⁹ MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo, Editora Revistas dos Tribunais, 1974, p. 147.

Distante à rijeza dos posicionamentos citados, a maior corrente de constitucionalistas e administrativistas direciona-se no sentido favorável ao Poder Executivo negar-se ao cumprimento de norma que reconheça inconstitucional, descumprindo-a para se curvar à soberania não somente da Lei Máxima mas às de leis hierarquicamente superiores.

O cumprimento de leis inconstitucionais tem suscitado dúvidas e perplexidades na doutrina e na jurisprudência, mas já se firmou o entendimento – a nosso ver, exato – de que o Executivo não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores. (MEIRELLES, 2000, p. 698).

Hoje, a tese de que o Poder Executivo pode e deve negar cumprimento a leis que julgar inconstitucionais, é francamente vitoriosa. (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 2013).

Que os demais poderes da República podem (e devem) interpretar a Constituição é questão colocada fora de dúvidas. A possibilidade de o Estado deixar de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional, aceita majoritariamente após a Constituição Federal de 1988, o comprova. (PINTO, 2005, p. 48).

Como diz Lenz (1984, p. 35) “o Chefe do Poder Executivo pode e deve deixar de cumprir lei que repute inconstitucional, principalmente no caso desta lei acarretar sérios prejuízos à Administração Pública.” Contra ele impera a dificuldade que um ação desse espreque imporá ao Judiciário, uma vez encontrar-se assoberbado de processos.

E nesta esteira, Reis (1994, p. 348) complementa de forma extensiva ser “desde muito, inteiramente sabido que o Poder Executivo não tem obrigação de cumprir lei inconstitucional, porque, no dizer de Carlos Maximiliano¹⁰ ‘uma lei inconstitucional é como se não tivesse existido’”.

É perceptível que este último autor foi mais genérico, distendendo este direito além do Chefe do Administrativo:

Quando se diz que o Poder Executivo não deve acatar norma inconstitucional inserida em lei ou em ato normativo qualquer, este entendimento não se aplica, apenas, ao Chefe do Poder Executivo – Presidente da República, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Prefeito de Município.

Isto porque Poder Executivo é, no caso, expressão abrangente e compreende todos os ocupantes de cargos diretivos, capazes de decidir e aplicar a lei. (REIS, 1994, p. 348).

¹⁰ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à Constituição Brasileira**. 4 ed., v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, p. 153.

Porém, não é preciso ir demasiado longe. É o Chefe do Executivo o responsável constitucionalmente pela guarda da Constituição ao mesmo tempo em que responsabiliza-se pelas consequências de seus atos. Essa prerrogativa é essencial ao próprio Estado de Direito, não obstante mantenha-se a harmonia e interdependência entre os três Poderes.

Soma-se, diferentemente do particular, o Administrador Público tem contra si a responsabilidade do Ente Público e de seus administrados, donde pressupor que sua conduta há de ser tal que derive de um bem maior, característica de um Estado democrático de direito. Está-se, pois, garantindo a eficácia e a efetividade das normas constitucionais e da própria segurança jurídica (CAMPOS, 2011, p. 28).

Essa conduta administrativa, resumida no princípio da supremacia da Constituição, está no sentido de que as normas constitucionais estão hierarquicamente impostas a todos os Poderes do Estado, os quais, em assim respeitando, haverão de preservar desigualdades e prejuízos que a malsinada norma inconstitucional viria afetar.

Ora, nada fundamenta infligir lei inconstitucional. Aliás, não é premissa que a ação do Chefe do Executivo contrário à lei deva necessariamente confrontar-se com a Constituição. Pelo princípio da hierarquia das normas, uma lei é natimorta quando editada desconforme a uma ordenamento maior, seja quanto diante de defeitos, inobservância da técnica ou competência que lhe deformam – vício material -, seja porque expressa uma incompatibilidade de conteúdo – vício formal.

Não obstante, há de convirmos que se uma lei menor confronta uma maior, há inconstitucionalidade, uma vez a norma máxima estatuir o princípio do regramento hierárquico antes discorrido. “A supremacia constitucional se irradia por todas as pessoas e dela não se furtam as instituições do Estado.” (GASPARETTO, 2011, p. 182).

Vale acrescentar, esse desrespeito à Carta Máxima não é somente por ação, mas pode advir pela omissão do Poder Judiciário enquanto na competência que lhe confere para legislar.

Sobre a inconstitucionalidade da norma, seja por ação ou omissão do Estado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal através de brilhante relatoria do Ministro Celso Mello quando do julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1439-DF:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

[...]

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. [...] (BRASIL, 1996).

O Executivo, não está condicionado às amarras da imutabilidade, não podendo conformar-se alheio a normas que se reproduzem inconstitucionais. É ele o guardião da Constituição e, por isso, deve conscientizar-se de que não há monopólio de sua interpretação, embora caiba ao Judiciário a palavra derradeira.

6 O ALBERGUE DO JUDICIÁRIO AOS ATOS UNILATERAIS DE OPOSIÇÃO DO PODER EXECUTIVO QUANDO DEFRENTE DE LEIS INCONSTITUCIONAIS

Diante deste panorama de princípios e teses doutrinárias, é fundamental imiscuirmo-nos na questão posta em prática e, nesta esteira, grande colaboração encerram nossas jurisprudências, as quais expõem as condições, casos e requisitos do comportamento aceito pelos Tribunais Pátrios até o momento.

Como já visto, adotando a teoria de Montesquieu o poder constituinte legitimou ao Poder Judiciário, como uma medida de freios e contrapesos, à competência sobre a definição da constitucionalidade ou não de leis. Ao Supremo Tribunal Federal – STF adviria o direito quanto à interpretação de normas (leis

federais e estaduais) contrárias à Constituição Federal (Art. 102, I, a, da CF)¹¹, como também aos Tribunais de Justiça, quanto ao controle da constitucionalidade de leis de natureza municipal em afronta à própria constituição do estado federativo ou à leis orgânicas municipais.

À análise dessa normativa, em princípio, ao difundirmos a tese favorável à negativa de cumprimento da lei inconstitucional pelo Poder Executivo, pairam dúvidas sobre a existência de invasão às competências do Poder Judiciário, que, como dito, a este incumbe tal grandiosa tarefa por força constitucional.

Porém, há tempos essa hesitação tem perdido espaço frente às pacificações de entendimento emanadas pelos Tribunais de Justiça Estaduais, Superior Tribunal de Justiça – STJ e Supremo Tribunal Federal - STF, órgão máximo do Poder Judiciário. Em suas razões de decisão são unânimes no sentido de que a permissiva ao Poder Executivo em negar cumprimento à norma inconstitucional não se trata de ato declaratório mas de uma ação interpretativa a ser relegada à apreciação posterior do Judiciário. Esse posicionamento foi endossado pela doutrina:

[...] deixar de aplicar determinados atos ou leis com base na sua inconstitucionalidade, não se quer dizer que assim serão declarados pela autoridade administrativa competente, eis que somente o Tribunal de Justiça dos Estados e o Supremo Tribunal Federal, dentro de suas esferas de competência, possuem esse poder [...] (NERY, 2003, p. 16).

Uma atroz discussão aforrenhou-se junto ao STF arrazoada pela negativa de cumprimento pelo Presidente da República de Lei Federal que efetivava interinos sem concurso e, por isso, inconstitucional. Antes, porém, havia-lhe vetado os artigos que questionava, muito embora tenha-lhe rejeitado o Congresso Nacional. Através de votos proferidos pelos Ministro em julgamento de Mandado de Segurança n. 15.886-DF, é possível vislumbrar um resumo dessa percepção jurisprudencial de nossos Tribunais Pátrios:

Ministro Carlos Medeiros: [...] Se o Poder Judiciário não é super-Poder, mas se encontra no mesmo nível dos demais Poderes, nada impede que o

¹¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. (BRASIL, 2013).

Executivo e o Legislativo, no campo de sua competência, apreciem a norma legal, deixando de aplicá-la, quando a julgarem inconstitucional.

Isso porque, a lei inconstitucional é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum momento de validade.

[...]

Ministro Adalício Nogueira: [...] Não posso confundir interpretação com declaração. Mas ninguém poderá recusar ao Presidente da República o direito de interpretar uma lei e, desde que a julgue inconstitucional, negar aplicação aos seus dispositivos. [...] O que ele não poderá fazer é declarar a inconstitucionalidade, porque a competência para isso é privativa do Poder Judiciário. (BRASIL, 1967, p. 688).

Mesmo historiado anteriormente à Constituição Federal de 1988, esse posicionamento é atualmente sustentado de forma compreensível pela doutrina, donde basilaram-se as novas jurisprudências:

[...] existe diferença entre declarar a inconstitucionalidade e simplesmente deixar de cumpri-la. O fato de decidir pelo descumprimento de norma reputada inconstitucional não faz do Executivo um usurpador da função recebida constitucionalmente. Isto porque ao Judiciário caberá, sempre e em definitivo, declarar a inconstitucionalidade da lei. O que estaria obstado, segundo esta tese, seria apenas a execução da lei, já que ao Executivo coube zelar pelo seu fiel cumprimento. (SOARES, 2002, p. 231).

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. (MELLO, 2010, p. 22).

O ato legislativo é o querer expresso na legislatura, ao passo que a Constituição é o querer expresso pelo povo. À este cabe a supremacia; se o ato legislativo o contradiz, irrito será: não é lei. Um ato inconstitucional não é lei, não confere direito; não estabelece deveres; não cria proteção; não institui cargos. É juridicamente considerado, como se nunca tivesse existido. (BRASIL, 2003).

Essa admissão jurisprudencial defronte a atual Constituição encontra-se na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 221–DF, demonstrando que os Ministros do STF mantêm posicionamento quanto à possibilidade do Executivo deixar de cumprir norma inconstitucional:

Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legislação 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. (BRASIL, 1995, p. 331).

Esse caminho também é o mesmo engendrado pelo STJ quando do julgamento do Recurso Especial n. 23121-1/GO, ementando unanimemente que “o Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional”. (BRASIL, 2013).

Neste importante episódio do STJ, histórico foi o voto do Relator Ministro Humberto Gomes de Barros:

Tenho comigo a convicção de que é lícito ao Executivo negar execução a lei que a, seu ver, não se coaduna com o sistema constitucional. Com efeito, o ordenamento jurídico tem como ápice a Constituição Federal. Qualquer preceito, de qualquer origem ou hierarquia há que se ajustar ao sistema constitucional. Lei inconstitucional é nula. Não pode obrigar. Diante de ato legislativo em que percebe ilegalidade a Administração coloca-se na alternativa:
a) Executa a lei, desprezando a Constituição;
b) Homenageia a Constituição, desconhecendo o preceito legal. Parece-me que esta última opção é a correta.
[...]
Quando negou execução ao disposto que lhe pareceu inconstitucional, o Estado, através dos atos impugnados pelos impetrantes, mostrou-se zeloso com o primado da Constituição. (BRASIL, 2013).

No mesmo julgamento, o Ministro Milton Pereira do STJ, referenciando brilhante exposição constante em peça recursal, fez tornar firme que “as leis e atos inconstitucionais não obrigam a Administração, que pode negar-lhes aplicação e que a eiva da inconstitucionalidade impede a aquisição de qualquer direito”. E foi além: reconheceu o poder-dever do Executivo não ser cúmplice da violação da Constituição (BRASIL, 2013).

Num dos mais recentes trabalhos em que o STJ se debruçou sobre o tema situa-se o Recurso Especial n. 24.675/RJ onde se destaca:

Os Chefes dos Poderes Executivos federal, estaduais, distrital e municipais, por tomarem posse com o compromisso de guardar especial observância à Constituição da República [...] 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. (BRASIL, 2010, p. 97)

Tribunais de Justiça Estaduais são constantemente chamados a pacificar adversidades similares, porém, enquanto diante de normas municipais que

desrespeitam a hierarquia de leis estaduais, leis orgânicas municipais ou a própria Constituição do Estado.

É neste específico que merece destaque e transcrição recentíssimo julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

É possível ao Chefe do Executivo deixar de cumprir leis que repute inconstitucionais, desde que acione o controle abstrato de constitucionalidade ou solicite que o faça quem detém legitimidade para tanto. Esse, sem sombra de dúvida, o melhor procedimento a ser adotado em casos como o presente para evitar juízos equivocados de constitucionalidade, pois se harmoniza com o dever de coerência e lealdade que deve ter o Chefe do Executivo com a Constituição, quer em razão da necessidade de se excluir do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais, quer em razão do monopólio do Poder Judiciário para proferir a última palavra acerca da constitucionalidade das leis. (BRASIL, 2013).

De importante argumento, embora não sendo propósito deste estudo, uma vez perfilado o caminho da recusa pelo Poder Executivo, face à nulidade que se aglutina à norma, há que se considerar, como regra geral, que tal terá efeitos '*ex tunc*', ou seja, retroagirá à data de sua exteriorização. Não obstante, tal declaração é legitimada ao Poder Judiciário, a quem compete o ato declaratório quanto à inconstitucionalidade da norma e seus efeitos no tempo.

7 CONDICIONAMENTOS AO PODER EXECUTIVO QUANDO DE SUA RECUSA AO CUMPRIMENTO DE LEI QUE REPUTA INCONSTITUCIONAL

Embora positivada na jurisprudência a ação do Chefe do Executivo à negativa de cumprimento de normas inconstitucionais, “a possibilidade de a Administração Pública desobedecer a lei, em nome de uma possível inconstitucionalidade, não é incondicionada. Faz-se necessária a presença de certo modelo e a obediência a certos requisitos e limites.” (TAVARES, 2008, p. 461)

Face à gravidade da decisão negatória de cumprimento à norma inconstitucional, a despeito de a grande maioria dos doutrinadores e Tribunais Pátrios serem favoráveis a tal ação ou omissão pela Administração Pública, os mesmos fixam condições à condução desta liberalidade pelo Chefe do Poder

Executivo, a quem compete zelar pelo exercício constitucional de suas competências.

A não aplicação de lei reputada inconstitucional pelo Poder Executivo é medida máxima extraordinária e deve ser condicionada a requisitos para que o Administrador Público reserve-se na legalidade de seus atos.

Através de análises à jurisprudência e doutrina, foi possível, embora de forma não exaustiva, enumerar pressupostos essenciais que, se conjugados, atingem respaldo e segurança à deliberações dos Chefes do Executivo, os quais passamos a analisar nos tópicos a seguir.

7.1 PRÉVIO PARECER TÉCNICO

Concerne-se que o Administrador Público é formado de órgãos técnicos que lhe defendem não somente suas prerrogativas, mas lhes assistem em seus posicionamentos extremados, a exemplo da negativa de cumprimento de determinada lei que lhe é imposta. Imperioso, pois, que ao agente especializado na matéria, seja previamente exigido posicionamento expresso a dar lastro em suas decisões justamente porque “o juízo de inconstitucionalidade flagrante não está ao alvedrio do agente, mas do advogado público.” (DUTRA JÚNIOR, 2003, p. 214).

A não aplicação das leis ou atos normativos pela autoridade administrativa, não se pode dar como algo rotineiro e sem critérios, obviamente. Somente após a caracterização da inconstitucionalidade e demonstrando-se ser necessária a prática para garantir-se o cumprimento da Constituição, sempre com base na segurança jurídica, é aceitável. (NERY, 2003, p. 19)

Como visto, atos de envergadura como a recusa do cumprimento de normas pelo Gestor Público cingem-se à segurança de uma parecer jurídico prévio.

O procedimento administrativo dá voz a uma série de personagens que atuam de forma colaborativa para a formação de uma decisão administrativa, abrindo-se espaço até mesmo para a participação dos administrados. Por este ângulo é que merece ser dada uma nova leitura do papel do parecer jurídico e, por consequência, da advocacia estatal. Assim, da função meramente opinativa, de auxiliar da formação da vontade estatal a ser emanada, passa a ser também um dos protagonistas de sua formação mediante a tarefa técnica específica do controle de legalidade. (BLIACHERIS, 2013).

Segundo Gasparetto (2011, p. 195), “o Chefe do Poder Executivo, em regra, dispõe de equipe técnica – especialmente assessoria jurídica – hábil a emitir parecer opinando sobre a existência ou não do vício. Logo, razoável se exija este prévio parecer técnico.”

7.2 DECISÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO

Ao seguir o caminho do descumprimento de norma inconstitucional é preciso que tal não seja realizado de forma genérica ou desorganizada. Como destacado por Soares (2002, p. 241) o “descumprimento de norma reputada inconstitucional deveria provir de decisão do chefe do Poder Executivo”. E não muito distantes outros doutrinadores:

Não há como sustentar a legitimidade para a prática do ato de determinar a não aplicação a outro agente que não aquele que está no comando da Administração Pública e a quem está afeta a possibilidade de veto ou sanção de projetos de lei, bem como a expedição de atos normativos de observância geral e obrigatória: o Chefe do Poder Executivo. (NERY, 3003, p. 20).

[...] a determinação para-não aplicação de lei inconstitucional deve emanar, por sua gravidade, do Chefe do Poder Executivo, a quem compete zelar pelo exercício constitucional de suas competências. (Dutra Júnior, 2003, p. 214).

“Isso significa, em síntese, que não está franqueado a todo e qualquer servidor ou agente da Administração Pública descumprir lei que lhe pareça inconstitucional.” (TAVARES, 2008, p. 464). Pelo princípio da segurança jurídica, não é acertado ao gestor público abster-se ou conformar-se com norma inconstitucional que lhe é imposta indiligentemente.

Porém, a conduta reparadora da estabilidade não é legitimada senão ao Chefe Maior do Executivo, uma vez ser ele o árbitro inicial da conveniência, necessidade, utilidade e oportunidade de seu exercício. (BRASIL, 1995, p. 346)

O ordenamento jurídico, contudo, tem por ideal justamente a estabilidade nas relações jurídicas. Desta forma, a melhor alternativa é possibilitar tão somente ao Chefe do Executivo a recusa de aplicação da inconstitucional. (GASPARETTO, 2011, p. 194).

Precisamente complementado por Borges (BRASIL, 2013) “sempre que um funcionário subordinado vislumbrar o vício de inconstitucionalidade legislativa deverá propor a submissão da matéria ao titular do Poder, até para fins de uniformidade da ação administrativa.”

7.3 DECISÃO FUNDAMENTADA

Motivo, no ato administrativo, tem enfoque diferente e mais importante que no ato jurídico privado: deve ser existente, sob pena de nulidade, e configurar o suporte fático do ato, pelo impulso de vontade do agente, em decorrência do binômio evento (ou situação) mais interesse público in concreto, para a realização da prática e operante deste. (ARAÚJO, 2005, p. 68).

“No ordenamento brasileiro atual todas as decisões devem expor as razões que levam à emissão do ato administrativo em virtude de comando constitucional expresso” (SOARES, 2002, p. 242). Ou seja, é essencial ao Chefe do Executivo, num Estado Democrático de Direito, “ao negar cumprimento a uma lei inconstitucional, justifique seu ato” (MEIRELLES, 2000, p. 699).

[...] com base na inconstitucionalidade da lei, visando garantir o interesse público e a constitucionalidade, legitima a não aplicação daquele instituto normativo por essa Autoridade Administrativa [...] desde que devidamente fundamentada a inconstitucionalidade, com bases sólidas e juridicamente seguras. (NERY, 2003, p. 20)

Vê-se, aqui, a regra do princípio da motivação dos atos administrativos, no sentido de que se exige do Administrador explicitar os fatos e os direitos assim como a logicidade destes argumentos que o levaram à negação do cumprimento de determinada norma, “pois motivo e finalidade são condições intrínsecas da validade do ato.” (ARAÚJO, 2005, p. 70).

“A regra geral é a obrigatoriedade da motivação, pra que a atuação ética do administrador fique demonstrada pela exposição dos motivos do ato e para garantir o próprio acesso ao Judiciário.” (MEIRELLES, 1999, p. 181).

“Não tem lampejo lógico a aplicação de uma lei entendida como inconstitucional, desde que, fundada autoridade administrativa em razoável argumentação.” (BRASIL, 2013).

Assim, exige-se da Administração Pública, quando do descumprimento de lei passível de inconstitucionalidade, que demonstre o porquê da sua ação desvinculada da lei (TAVARES, 2008, p. 464).

7.4 NORMA ESPECÍFICA QUE FORMALIZE E PUBLICIZE A RECUSA DO EXECUTIVO AO CUMPRIMENTO DA NORMA INCONSTITUCIONAL

É de se ter por certo que a recusa do Chefe do Poder Executivo quanto ao cumprimento de determinada norma não é finda diante da derivação de prévio estudo e de eloquente e expressa fundamentação. Atentando-se ao princípio da publicidade dos atos, é preciso que o gestor público torne pública sua decisão após devidamente formalizada, contribuindo ao conhecimento não somente dos interessados, mas da Administração Pública e dos administrados.

Este ato de publicizar opera-se através dos atos normativos de que dispõe o Administrador, observando que tal deverá atingir efeito interno e externo ao Ente Público. É neste pensamento que Dutra Júnior (2003, p. 200) conclui que “os atos ou omissões que configurem recusa ao cumprimento de lei inconstitucional devem ser precedidas de decreto.”

[...] o Executivo não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores. (...) não se há negar ao Chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expreso (decreto, portaria, despacho, etc.) declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste. (MEIRELLES, Hely Lopes, 2000, p. 698-699)

Importante é que este comando do Chefe do Poder Executivo se dê de forma pública, a possibilitar o conhecimento pelos particulares, administrados e outras esferas públicas, principalmente aquelas que possam exercer o controle de conduta desse Poder, seja em termos jurídicos ou não. (NERY, 2003, p. 23)

É justamente essa formalização que torna segura a conduta do Administrador, distanciando-lhe de responsabilidades. Da sua ausência, como afirma Bergue (2010, p. 78) “decorrem a assimetria de informação, a ineficiência operativa, a sobreposição de atividades, a incerteza, a descontinuidade, a absoluta ausência de previsibilidade, etc.” Não é este o interesse do Poder Executivo, mesmo porque,

ao buscar defender e fazer imperar a Constituição Federal deve, antes de tudo, primar pelos princípios nela insculpidos.

7.5 PROVOCAÇÃO DE DISCUSSÃO PERANTE O PODER JUDICIÁRIO COMO MEDIDA MENOS GRAVOSA E GARANTIDORA DA MÁXIMA EFETIVIDADE

Completado vinte e cinco anos em outubro de 1988, a Constituição Federal e as emendas que lhe prosseguiram fizeram introduzir importantes alterações no ordenamento jurídico brasileiro quanto à discussão de normativas compreendidas inconstitucionais até então não vistas pelos juristas que se debruçavam sobre o tema. Neste específico, o constituinte fez ampliar o leque de legitimados a discutir normas tidas por inconstitucional perante o Judiciário.

Em complemento, através da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999¹², o legislador passou a dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, conferindo ao legitimado, cautelarmente, o direito quanto à suspensão da indigitada norma.

Por sua vez, a Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999¹³ legislou sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o qual tem como objeto não somente evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, mas quando diante de relevante fundamento de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Diante deste panorama normativo, não seria razoável ao Administrador Público tão somente recusar-se a cumprir lei que reputa inconstitucional, aquietando-se em provocar junto ao Poder Judiciário com o objetivo de estabelecer um ponto final sobre a celeuma normativa.

¹² BRASIL. **Lei Federal n. 9.869, de 10 de novembro de 1999**. Planalto, Brasília - DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em 12 nov. 2013.

¹³ BRASIL. **Lei Federal n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Planalto, Brasília - DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em 12 nov. 2013.

As decisões dos Tribunais, além de serem decisões finais, seriam uma forma de contribuir para a racionalização do debate político e para que algumas questões tradicionalmente resolvidas no campo das disputas de poder sejam tratadas, enfim, como questões de justiça. (PINTO, 2010, p. 46).

É por acertado asseverar que não compete exclusivamente ao Judiciário, mas a todos os Poderes da República, o exame da constitucionalidade das leis, muito embora àquele é sujeitado o seu controle final. Essa é a sua mais alta prerrogativa. (BRASIL, 1967, p. 678).

[...] a recusa só é sustentável se aplicação imediata da norma puder gerar danos irreparáveis ao ente público, e desde que, de imediato, seja ajuizada ação direta, justificando-se a negativa de execução da lei [...] (DUTRA JÚNIOR, 2003, p. 215)

Muitos julgados reconheceram a possibilidade de o Executivo se abster de cumprir a lei reputada inconstitucional, dado o fato de, ao lado desse comportamento, ter tomado as providências para que o Judiciário (órgão competente para o exame da constitucionalidade) conhecesse da matéria e a declarasse expressamente. (SOARES, 2002, p. 242)

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. (MELLO, 2010, p. 21)

O essencial é que o prefeito, ao negar cumprimento a uma lei inconstitucional, justifique seu ato e ingresse no Judiciário, se for titular de ação, para obter o pronunciamento de inconstitucionalidade pelo Poder que tem competência para fazê-lo. (MEIRELLES, 2000, p. 699)

Posto desta forma, é forçoso convir ser possível ao Chefe do Executivo deixar de cumprir leis que repute inconstitucionais, porém, condição lhe é imposta de que acione o controle abstrato de constitucionalidade ou solicite que o faça quem detém legitimidade para tanto.

Importante a epílogo o Tribunal de Justiça do Paraná afixou sobre o tema:

Esse, sem sombra de dúvida, o melhor procedimento a ser adotado em casos como o presente para evitar juízos equivocados de constitucionalidade, pois se harmoniza com o dever de coerência e lealdade que deve ter o Chefe do Executivo com a Constituição, quer em razão da necessidade de se excluir do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais, quer em razão do monopólio do Poder Judiciário para proferir a última palavra acerca da constitucionalidade das leis. (BRASIL, 2013).

Não distante está o Tribunal de Justiça da Bahia:

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 e uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, licitamente, negar-se cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário. (BRASIL, 2013).

Deduz-se que, ser imperioso ao Chefe Maior a decisão negativa de cumprimento quando defrontado com norma contrária ao Estatuto Máximo. Na conformidade de poder-dever, essa ação (ou omissão) está mais para uma ato de auto execução a uma faculdade. É alicerçar-se no primado do Estado Democrático de Direito em defesa de uma Carta Constitucional rígida e laudável.

Não obstante, como suporte ao princípio da segurança jurídica, “o julgamento da constitucionalidade da lei, para o contínuo fortalecimento dos pilares da República e para garantia da harmonia e independência dos Poderes, deve ficar a cargo do Poder Judiciário.” (ANDRADE, 2008, p. 33).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS E SUGESTÕES

Ao contrário dos particulares, os atos estatais trazem em si a presunção de legitimidade. “Certamente, reconhecer o poder ou dever de o Executivo descumprir leis inconstitucionais não significa outorgar a ele uma carta de alforria a princípios, permitindo que se descumpra leis quando lhe convier sob o pretexto da inconstitucionalidade” (MELLO, 2010, p. 13).

Embora defenda-se a resistência à legislação quando empreendida no universo jurídico de forma desacertada, uma vez vista sob o prisma de sua constitucionalidade, igualmente deve-se resguardar mecanismos impositivos ao Administrador quando resistente a tais normas, a exemplo da imediata deflagração por este do controle da inconstitucionalidade de lei diante do Poder Judiciário, órgão legitimado a tanto. Isso porque é primazia do Poder Judiciário a derradeira palavra sobre a conformidade da discutida lei com nosso Estatuto Maior, pois aos Tribunais de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, por força deste diploma legal, situa-se a exclusividade da competência e o direito à derradeira palavra.

Não está, pois, a Administração Pública liberta em seus atos quanto ao poder-direito de recusa de cumprimento de normas inconstitucionais: ações lhe exigem como condicionantes à exarcação deste ultimato, ou seja, que seja precedido de prévio parecer técnico, pronunciado pelo Chefe Maior em decisão fundamentada e publicizada através de norma específica, com posterior provocação do Judiciário a fim de pontuar, em última análise a sua inconstitucionalidade.

9 CONCLUSÃO

Em nosso Estado de Direito atual, não é legítimo ao Executivo conformar-se ao um papel secundário quando postado como intérprete e defensor da Constituição, não obstante respeite a competência típica ao Judiciário, diante da tripartição constitucional dos Poderes. Sua prerrogativa vai além do simples papel de executor da norma. Cumpre-lhe zelar a Carta Máxima, a quem fez juramento de defendê-la.

Mister depreender que está se transmudando uma nova forma de fiscalização pelo Poder Executivo que nada mais se traduz, a que tantos chamam, de 'democratização da jurisdição constitucional' como um método de investida a normas inconstitucionais de aparente validade jurídica.

As ações do Executivo enquanto confronta uma norma contrária ao Estatuto Máximo faz concluir, portanto, não haver invasão ou desrespeito ao pressuposto constitucional da harmonia e a independência dos poderes, pois, trata-se de um dogma inescusável a existência entre os mesmos de uma forma de cooperação, porque todos estão, acima de tudo, sob a égide da norma maior. É justamente neste amplo e complexo quadro administrativo do Estado moderno que se finca esta forma de cooperação, que se traduz na vigilância da Constituição (BRASIL, 2013, p. 681).

É por essa sentinela que princípios basilares do direito passam a dar sustentação ao Poder Executivo questionar leis que virem destoar o confronto da hierarquia das normas, pois flagrante será sua inconstitucionalidade. Essa afronta justifica-se diante de uma norma inconstitucional que nada mais é do que uma lei

morta, nula de pleno direito. Esta natimorta lei não pode resultar efeitos e, se as produziu, serão restaurados ao estado em que antes se encontrava.

Fonte de uma corrente forte de doutrina e jurisprudência, o descumprimento de norma inconstitucional pelo Poder Executivo não é mais uma faculdade, mas um dever, principalmente, quando distante de alternativas que lhe socorrem de forma cautelar e instantânea nos meios judiciais.

Depreende-se que Administrador Público tem a si vinculados o dever de lealdade e fiscalização aos valores constitucionais. Uma norma que lhes contrariam deve ser recebida como natimorta, a qual não lhe assiste convalescer, sob pena de agir contrário ao juramento de obediência e fidelidade à Constituição Federal.

Precisa-se, neste caminho, a atuação de um gestor público cauteloso e preocupado em evitar profundas ruínas não somente ao Ente Público mas ao administrado, frente aos resultados danosos que o prolongamento de uma pretensa norma eivada de ilegalidade e vícios poderia resultar.

Porém, embora legítima a recusa do Chefe do Executivo frente a dispositivo que interpreta contrário à lei fundamental, é dever imposto, por força da defesa e juramento à Constituição, provocar o Judiciário, órgão legitimado ao controle da constitucionalidade, na sistemática dos freios e contrapesos, e diante deste sustentar sua tese, em busca de uma pacificação justa e legitimada à oposição de uma norma que lhe represente inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Pareceres da Advocacia Geral da União**. Parecer n. H-184 – CGR, 7 mai. 1965. Fonte: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=6505&ID_SITE=>. Acesso em: 13 nov. 2013.

ANDRADE, Flávio da Silva. Reflexões sobre a possibilidade de controle repressivo ou posterior da constitucionalidade de uma lei pelo Poder Executivo: pode a Administração Pública deixar de cumprir uma lei por reputá-la inconstitucional? **Revista do Tribunal Regional da 1ª Região**. Brasília, v. 20, n. 8, p. 31-37, ago. 2008.

_____. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XV, v. 52, p. 6-11, jan.-mar. 2011.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. 1267p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18 ed., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. 497p.

BERGUE, Sandro Trecastró. **Comportamento organizacional**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2010, 114p.

BLIACHERIS, Marcos Weiss. A Advocacia Geral da União e o controle dos atos administrativos. **Revista Areópago Jurídico**. Mirassol, ano 2, ed. 7, jul.-set, 2009. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao7/advocacia%20publica%20-%20bliacheris.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 23121-1/GO**, Primeira Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 1993. Fonte:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199200134602&dt_publicacao=08-11-1993&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 14 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 221-DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 1995. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília, v. 151, p. 329-654, fev. 1995.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.439-DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 1996. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília, v. 185, p. 794-814, mai. 1996.

_____. _____. Mandado de Segurança n. 15.886-DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Victor Nunes. Brasília, DF, 1967. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília, v. 41, p. 669-705, set. 1967.

_____. _____. Recurso em Mandado de Segurança n. 24.675/RJ. Segunda Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 2009. **Direito Público**. Porto Alegre, Ano VII, v. 31, p. 97, jan.-fev. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Mandado de Segurança n. 29998-3/2006**. Segunda Seção Cível. Relatora: Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges. Campo Grande - MS, 9 ago. 2004. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3962968/mandado-de-seguranca-ms-12772/inteiro-teor-12049784>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado d Bahia. **Apelação Cível n. 29998-3/2006**. Primeira Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Maria da Purificação da Silva. Salvador - BA, 28 out. 2009. Disponível em: <<http://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7270945/apelacao-apl-2999832006-ba-29998-3-2006/inteiro-teor-15042354>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Mandado de Segurança n. 830.155-5**. Órgão Especial. Relator: Desembargador Xisto Pereira. Curitiba, PR, 20 mai. 2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11472209/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-830155-5#integra_11472209>. Acesso em: 15 nov. 2013.

CAMPOS, Miguel Ramos. Poder Executivo. Negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional: correntes doutrinárias. Controvérsia. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011.

COELHO, Ricardo Corrêa. **Estado, governo e mercado**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2009, 114p.

DUTRA JÚNIOR, José Cardoso. Recusa ao cumprimento, pelo chefe do executivo estadual ou distrital, de lei manifestamente inconstitucional: limites e possibilidades numa perspectiva atual. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Distrito Federal/Procuradoria Geral do Distrito Federal**. Brasília, v. 1, n. 37, p. 197-217, 2003.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 6 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 672p.

GASPARETTO, Patrick Roberto. **A Administração Pública frente à lei inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 271p.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed., São Paulo. Trad. João Baptista Machado. Martins Fontes, 1999. 271p.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Pode o chefe do Poder Executivo se recusar a aplicar lei inconstitucional? (Exceção ao princípio da supremacia do Poder Judiciário?). **Estudos Jurídicos**. São Leopoldo, Ano XVII, n. 41, p. 29-35, 1984.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13 ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 926p.

MACIEL, Cleveland. **A lei inconstitucional e o Poder Executivo**. Rio de Janeiro: Gráfica Editora Aurora Ltda., 1969, 39p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24 Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1999. 749p.

_____. **Direito municipal brasileiro**. 12 Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2000. 872p.

MELLO, Cristina de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o descumprimento de leis inconstitucionais: uma breve análise dos argumentos desfavoráveis. **Direito Público**. Porto Alegre, Ano VII, v. 31, p. 7-24, jan.-fev. 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis / Montesquieu**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 851p.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7 ed. atual. até a EC nº 55/07. São Paulo: Atlas, 2007. 2976p.

NERY, Cristiane da Costa. **A aplicabilidade de norma inconstitucional pelo Poder Executivo Municipal**. 2003. 25 f. Monografia (Pós-Graduação em Advocacia Municipal). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2 ed. ver., amp. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 1533p.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade. **Direito Público**. Porto Alegre, Ano VII, v. 31, p. 25-57, jan.-fev. 2010.

PLANALTO. **Leis Complementares**. Portal da Legislação, Governo Federal. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-complementares-1>>. Acesso em: 3 nov. 2013.

RAMIM, Aurea. **Curso de direito administrativo**. Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br/.../Curso_de_Direto_Administrativo__Aurea_Ramim.doc>. Acesso em: 3 nov. 2013.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. 357p.

REIS, Palhares Moreira. O Executivo ante uma lei inconstitucional. **Boletim Legislativo ADCOAS**. 1994. v. 1, Ano XXVIII, p. 348-349, jan. 1994.

RICCITELLI, Antônio. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. rev. Barueri, SP: Manole, 2007. 137p.

SILVA, Danielle Tavares da. **Princípio da interpretação conforme a Constituição**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 set. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29092&seo=1>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

SOARES, Lucécia Martins. Poder Executivo e inconstitucionalidade das leis. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, Ano 10, v. 39, p. 225-250, abr.-jun. 2002.

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

VISBRASIL. **Tipos e hierarquias dos atos legais**. Disponível em: <<http://www.qualityteste.com.br/biblioteca/Tiposehierarquiadosatoslegais.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2013.