

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

MATHEUS CAETANO GOMES DE OLIVEIRA

**A rejeição de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo: uma
análise a partir do Diálogo Constitucional**

Florianópolis

2018

MATHEUS CAETANO GOMES DE OLIVEIRA

A rejeição de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo: uma análise a partir do Diálogo Constitucional

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador: Professor Doutor José Sérgio da Silva Cristóvam

Florianópolis

2018

Ficha de identificação da obra

A rejeição de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo: uma análise a partir do Diálogo Constitucional / Matheus Caetano Gomes de Oliveira; orientador, José Sérgio da Silva Cristóvam, 2018.
110 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

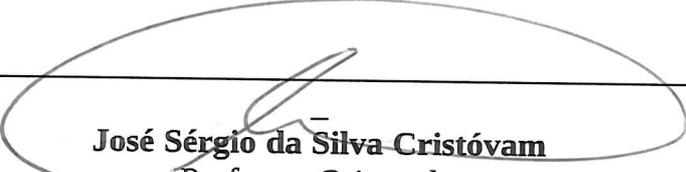
1. Direito. 2. Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade, Poder Executivo, Direito Administrativo. I. Cristóvam, José Sérgio da Silva. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "A rejeição de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo: uma análise a partir do Diálogo Constitucional", elaborado pelo(a) acadêmico(a) "Matheus Caetano Gomes de Oliveira", defendido em **04/12/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 04 de Dezembro de 2018



José Sérgio da Silva Cristóvam
Professor Orientador



Reinaldo Pereira e Silva
Membro de Banca



Rodrigo Sartoti
Membro de Banca

**Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): Matheus Caetano Gomes de Oliveira

RG: 5.575.379

CPF: 073.439.719-48

Matrícula: 14100229

Título do TCC: A rejeição de lei considerada inconstitucional pelo Poder

Executivo: uma análise a partir do Diálogo Constitucional

Orientador: José Sérgio da Silva Cristóvam

Eu, Matheus Caetano Gomes de Oliveira, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 04 de dezembro de 2018.

Matheus Caetano Gomes de Oliveira

MATHEUS CAETANO GOMES DE OLIVEIRA

*“Majority rule
Don't work in mental institutions
Sometimes the smallest softest voice
Carries the grand biggest solutions”
(Idiots Are Taking Over, NOFX).*

*“Who Watches The Watchmen?”
(Watchmen, Alan Moore)*

AGRADECIMENTOS

Se já não foi fácil com vocês, imagina sem!

Agradeço aos meus pais e irmão pela ajuda perene da pré-escola ao nível superior e o faço sabendo que o melhor apoio não é o que torna a vida fácil, mas aquele que empodera e permite o livre crescimento.

Agradeço à Maria Carolina, que me conheceu no ano mais atribulado da minha trajetória acadêmica, fazendo meus dias mais felizes e me mostrando a importância de comemorar os últimos passos dessa jornada. *Habemus OABolo!*

Agradeço aos amigos e colegas que tornaram as aulas (e os intervalos no antigo Bar dos Servidores) mais divertidas, com atenção especial, é claro, para “Esse lado da sala”.

Agradeço ao amigo Pablo Kodama pela parceria e dedicação nos trabalhos da “*equip*” 1517 do Núcleo de Prática Jurídica, especialmente durante meu período pré-OAB (leia-se: inferno na terra).

Agradeço aos servidores e terceirizados que sob sol ou chuva tornam possível o funcionamento desta universidade. Um salve especial à equipe do Restaurante Universitário, sem a qual a graduação de muitos estudantes seria tarefa ainda mais difícil.

Com a certeza de que a diferença entre a relevância e a mediocridade reside na capacidade reflexiva, agradeço aos Professores que, dia após dia, contribuem para a superação do senso comum teórico e para a formação de juristas sob a égide de um pensamento crítico nutrido com densa bibliografia (longe da barbata do “direito facilitado”!). Deixo aqui um obrigado singular para o Professor José Sérgio, por ter, mesmo com a agenda lotada, aceitado meu pedido de orientação de última hora e indicado o caminho para a construção deste texto.

Agradeço à equipe do escritório Cirstóvam & Palmeira que brilhantemente me apresentou a rotina da advocacia. Obrigado pelas lições e por proporcionar o período de maior crescimento profissional da minha graduação.

Por fim, ainda que não queira o papel de estraga-prazeres, me sinto na obrigação de lembrar que a conclusão de um curso de nível superior é menos o resultado das vontades individuais (ou divinas) e mais o produto das condições materiais que subjazem em nossa sociedade. A graduação me mostrou na prática que “pau que bate em Chico não bate em Francisco”. Por conta disso, sou grato pela oportunidade que me foi apresentada, mas fico triste pela constatação de que ela ainda é um privilégio. Agradeço por tudo, mas relembro que “tudo” ainda é para poucos e torço para que um dia seja para muitos, ou melhor: para todos.

RESUMO

A possibilidade de rejeição de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo sem prévio pronunciamento judicial é questão há muito debatida pela doutrina pátria e estrangeira. Trata-se de discussão polêmica que exige a análise de institutos do direito administrativo, do direito constitucional e, inclusive, da teoria política. Destaca-se que o debate acerca da rejeição de lei inconstitucional tem suscitado novas dúvidas, especialmente após a ampliação do rol de legitimados para provocar o controle concentrado de constitucionalidade promovida pela Constituição Cidadã, razão pela qual a sua defesa demanda argumentos inovadores. Diante deste contexto, o objetivo deste trabalho é investigar a viabilidade jurídica da mencionada prerrogativa de rejeição no Direito brasileiro, analisando os argumentos que lhe são favoráveis e desfavoráveis. Ademais, apresenta-se nova reflexão fundamentada na teoria dos diálogos constitucionais, perspectiva que advoga a construção não hegemônica dos sentidos da Constituição a partir de processos dialógicos de interação entre todos os Poderes de Estado e demais atores sociais. Constatou-se que tal prerrogativa encontra justificativas favoráveis numa renovada doutrina administrativista, que a instrumentaliza em favor da concretização dos direitos fundamentais. Por outro lado, verificou-se que a perspectiva dialógica pode oferecer relevante oxigenação à interpretação constitucional excessivamente judicializada, funcionando como novo argumento favorável à hipótese analisada. Por fim, ressalta-se que a rejeição de lei inconstitucional só se compatibiliza com a proposta de interação dialógica e com o próprio ordenamento jurídico quando devidamente limitada, razão pela qual serão descritos alguns critérios e procedimentos que lhe concederão legitimidade.

Palavras-chave: rejeição de lei inconstitucional; Poder Executivo; controle de constitucionalidade; diálogos constitucionais.

ABSTRACT

The possibility of the unconstitutional law's rejection by the government without a judicial statement is a highly debated question. It is a discussion that involves administrative law, constitutional law and even political theory. Especially after the enlargement of the legitimized prerogative to induce the constitutional review by the Constitution of 1988, the debate about the rejection of unconstitutional laws has generated a lot of doubts, and that is why its defense demands new arguments. In this scenario, the point of this work is to investigate the legal possibility of the mentioned prerogative in the Brazilian law, analyzing the favorable arguments and the counter arguments. Also, this study will present a new reflection based on the constitutional dialogue theory, this being a perspective that defends the non-hegemonic construction of the constitutional meanings through an interactive dialogue between the legislature, the executive, the judiciary and the other social players. It was verified that the mentioned prerogative can be justified by a renewed administrative doctrine, that makes it work as an instrument at the service of fundamental rights. On the other hand, it also was verified that the dialogical perspective can offer a breath of fresh air into the overly judicialized constitutional interpretation, working as a new argument in favor of the analyzed hypothesis. Finally, it can be highlighted that the rejection of an unconstitutional law can only be compatibilized with the dialogue perspective and the legal order when it is limited, reason why it will be described some criteria and procedures that can legitimate it.

Keywords: rejection of an unconstitutional law; Government; constitutional review; constitutional dialogue.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	15
1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	15
1.2 A INCONSTITUCIONALIDADE: NULIDADE VS ANULABILIDADE.....	18
1.3 CRITÉRIOS CLASSIFICATÓRIOS.....	23
1.3.1 Órgão fiscalizador: político e jurisdicional.....	24
1.3.2 Momento de Análise: preventivo e repressivo.....	24
1.3.3 Sistemas: difuso, concentrado e misto ou combinado.....	25
1.3.4 Modalidades de fiscalização: abstrata e concreta.....	26
1.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO PODER JUDICIÁRIO.....	27
1.4.1 Controle Concentrado.....	27
1.4.2 Controle Difuso.....	36
1.5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO PODER LEGISLATIVO.....	38
1.6 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO PODER EXECUTIVO.....	39
2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO CONTROLE REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO PODER EXECUTIVO	41
2.1 A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.....	41
2.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA.....	47
2.3 A TESE DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL.....	50
2.4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	54
3. ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS AO CONTROLE REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO PODER EXECUTIVO	61
3.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES.....	61
3.2 A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.....	68
3.3 A SEGURANÇA JURÍDICA.....	73

3.4 A LEGITIMIDADE DO CHEFE DO EXECUTIVO PARA PROPOR ADIN E EXERCER O PODER DE VETO.....	78
4. A REJEIÇÃO DE LEI CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELO PODER EXECUTIVO À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS.....	83
4.1 A CONCENTRAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	84
4.2 ALTERNATIVA AO MONÓLOGO JUDICIAL: A CONSTRUÇÃO DIALÓGICA DOS SENTIDOS DA CONSTITUIÇÃO.....	90
4.3 PROCEDIMENTOS DE LEGITIMAÇÃO DA REJEIÇÃO DE LEI CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELO PODER EXECUTIVO.....	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	100
REFERÊNCIAS.....	104

INTRODUÇÃO

A possibilidade do Poder Executivo descumprir um mandamento legal decorrente do devido processo legislativo, sem a autorização de um pronunciamento judicial prévio, há muito é discutida na doutrina e na jurisprudência brasileira. Trata-se de tema que ultrapassa os limites da dogmática administrativista, englobando institutos e princípios próprios do Direito Constitucional e da Teoria Política.

Discute-se, na presente monografia, a prerrogativa de rejeição pelo Chefe do Executivo – a nível municipal, estadual e federal – de lei plenamente vigente sob o argumento da inconstitucionalidade, examinando sua compatibilidade com a atual Constituição brasileira. De um lado, os defensores da tese, animados pela emergência de um constitucionalismo renovado e afeito à concretização de direitos fundamentais, alegam a supremacia da Constituição como fundamento último a justificar o polêmico expediente. De outra banda, aqueles que rechaçam a possibilidade aqui discutida levantam o argumento da separação de poderes, cujo complexo equilíbrio seria abalado pelo atípico controle de constitucionalidade repressivo administrativo.

Em que pese tratar-se de debate antigo, demandam-se novas investigações. Ocorre que tal possibilidade, outrora referendada pela maioria da doutrina e pela jurisprudência nacional, passou a ser seriamente questionada diante do complexo sistema de fiscalização de constitucionalidade estabelecido pela Constituição de 1988. A inserção do Presidente da República e dos Governadores estaduais no rol de legitimados para provocar um pronunciamento judicial em sede de controle concentrado tem posto em dúvida a possibilidade de rejeição unilateral da obra legislativa pela Administração Pública. Em contrapartida, uma renovada doutrina administrativista apresenta substancial argumentação para justificar o descumprimento de leis inconstitucionais, na medida em que põe tal prerrogativa a serviço dos direitos fundamentais. A Administração Pública não estaria mais apenas adstrita aos mandamentos legislativos, mas teria seu agir orientado direta e precipuamente pela própria Constituição.

Trata-se de importante tema, especialmente considerando a relevância do papel da Administração Pública para a concretização dos direitos fundamentais e a elevação do texto constitucional ao status de norma jurídica, compreendida agora como plenamente vinculante em relação aos poderes constituídos.

Por sua vez, a novidade da presente monografia repousa na apresentação de um novo argumento ao debate, capaz de situar a discussão sobre a rejeição de lei inconstitucional num

pano de fundo maior, marcado pelas tensões entre constitucionalismo e democracia. Ademais, pretende-se demonstrar a importância da construção dialógica da interpretação constitucional, destacando o papel da Administração Pública na definição dos sentidos da Constituição.

Com base nos termos até aqui delineados, é formulado o problema central que o texto monográfico aqui apresentado pretende examinar: cabe à Administração Pública descumprir uma lei plenamente vigente, porém maculada com um vício de inconstitucionalidade ainda não reconhecido pelo Poder Judiciário?

A partir do problema exposto, trabalha-se com quatro hipóteses, sendo uma principal e três secundárias. A hipótese central afirma ser cabível, na atual ordem constitucional brasileira, o descumprimento de leis consideradas inconstitucionais pelo Chefe do Poder Executivo, em âmbito municipal, estadual e federal. A primeira hipótese secundária funda-se na indagação acerca dos argumentos favoráveis à rejeição de lei inconstitucional, afirmando que estes tem o condão de justificar tal prerrogativa. Por sua vez, a segunda hipótese secundária versa sobre os argumentos desfavoráveis ao expediente em debate, afirmando que nenhum deles implica na improcedência total do expediente aqui discutido. Por fim, a terceira hipótese secundária tem fundamento na afirmação de que a prerrogativa de rejeição é desejável considerando o acirramento das tensões entre constitucionalismo e democracia, sendo possível justificá-la a partir da teoria dos diálogos constitucionais.

No que se refere às variáveis consideradas para a verificação das hipóteses apresentadas, destacam-se os mecanismos brasileiros de controle de constitucionalidade, o fenômeno da inconstitucionalidade, os princípios da supremacia da Constituição e da eficiência administrativa, o conceito de juridicidade administrativa, a jurisprudência brasileira, o equilíbrio entre os Poderes, a segurança jurídica, o movimento de expansão do Poder Judiciário e a proposta dialógica da interpretação constitucional.

O objetivo principal deste texto monográfico é demonstrar que a prerrogativa de rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo a nível municipal, estadual e federal é não só compatível com a atual ordem constitucional brasileira, como também desejável no atual cenário marcado pela concentração da interpretação constitucional no Poder Judiciário e pelo empoderamento do Supremo Tribunal Federal.

Na busca por alcançar o objetivo principal, são delineados quatro objetivos específicos. O primeiro objetivo específico compreende a apresentação do atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. O segundo consiste em analisar os argumentos favoráveis ao descumprimento de leis tidas por inconstitucionais pelo Poder Executivo e, ao final, demonstrar que estes podem justificar tal prerrogativa. O terceiro objetivo específico faz

o mesmo em relação aos argumentos desfavoráveis, buscando demonstrar que estes não impedem por completo a rejeição de lei inconstitucional. Por fim, extraídas algumas conclusões acerca da pertinência de cada argumento previamente analisado, busca-se demonstrar a compatibilidade da mencionada prerrogativa com a ordem constitucional brasileira à luz da teoria dialógica da jurisdição constitucional, verificando quais são suas contribuições à democracia brasileira.

O presente trabalho orienta-se pelo método de pesquisa hipotético-dedutivo, assim como faz uso do procedimento de pesquisa bibliográfico. As técnicas utilizadas são a análise documental direta e indireta, respectivamente, de normas legais e de obras científicas acerca do tema discutido, tais como livros, artigos, manuais e teses. Também são consultados informativos jurisprudenciais e notícias.

O texto é dividido em quatro capítulos. Primeiramente, busca-se traçar um panorama sobre o complexo sistema de controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Neste momento, são fixados os fundamentos que servirão à posterior análise dos argumentos favoráveis e desfavoráveis à hipótese em discussão.

No segundo capítulo, são abordados os principais argumentos justificadores da prerrogativa de rejeição de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo. Trata-se de verificar se a supremacia constitucional, o princípio da eficiência administrativa, a tese da nulidade da lei inconstitucional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal corroboram a hipótese aqui discutida.

O terceiro capítulo é voltado para a análise dos argumentos desfavoráveis ao descumprimento administrativo de leis consideradas inconstitucionais. Busca-se analisar se a Separação de Poderes, os princípios da presunção de constitucionalidade das leis e da Segurança Jurídica, assim como a legitimidade dos Governadores de Estado e do Presidente da República para ajuizar ações do controle concentrado de constitucionalidade constituem óbices aptos a afastar a prerrogativa sob análise.

Em seguida, a partir das conclusões extraídas dos capítulos anteriores, pretende-se verificar se a prerrogativa de descumprimento de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo é desejável à luz de uma perspectiva dialógica da jurisdição constitucional. Trata-se de inserir na discussão um novo argumento orientado pela possibilidade de alcançar os sentidos do texto constitucional por meio de um diálogo interorgânico entre as instituições majoritárias e os órgãos jurisdicionais.

Os resultados obtidos nas investigações realizadas nos capítulos 2, 3 e 4 servirão de base para a comparação com as previsões iniciais, a saber: (a) a supremacia constitucional e

demais argumentos favoráveis justificam a prerrogativa sob análise; (b) a separação de poderes e demais argumentos desfavoráveis não impedem o exercício da prerrogativa sob análise; e (c) a perspectiva dialógica da jurisdição constitucional revela a importância do papel das instituições majoritárias na interpretação da Constituição, indicando a possibilidade de, dentro de certos limites (procedimentos de legitimação), operar-se a rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo.

Por fim, ressalta-se que a aprovação da presente monografia não implica na assunção das ideias e das reflexões nela expostas pela instituição de ensino na qual o trabalho foi desenvolvido, pelo professor orientador ou pela banca examinadora.

1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A jurisdição constitucional e, mais precisamente, o controle de constitucionalidade constituem um dos mais relevantes objetos de estudo do ramo do direito constitucional.¹ Fundado na rigidez e supremacia constitucional, o controle de constitucionalidade destaca-se como mecanismo garantidor da coerência interna do ordenamento jurídico, pois abarca, dentre as suas finalidades, a proteção dos direitos fundamentais. Tal importância é maximizada pelo papel de destaque que a Constituição alcançou nos ordenamentos jurídicos modernos, pela expansão do direito constitucional como disciplina autônoma dentro da ciência jurídica e pelo desenvolvimento dimensional dos direitos fundamentais, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

A compatibilidade vertical com a norma constitucional passa a ser considerada na atividade hermenêutica de todo operador jurídico, especialmente diante do fenômeno da constitucionalização do direito. O direito brasileiro encontra-se igualmente inserido neste cenário renovador, particularmente após a promulgação da Constituição de 1988. A Constituição Cidadã elencou uma longa lista de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que criou um complexo sistema de controle de constitucionalidade, o qual é estudado nos tópicos seguintes.

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os fins deste estudo demandam o estabelecimento de um conceito sintético de controle de constitucionalidade, razão pela qual busca-se caracterizá-lo a partir de seus pressupostos e principais finalidades.

¹ Segundo Barroso (2009. p. 3), jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade possuem “[...] uma relação entre gênero e espécie. Jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional”. Todavia, também não é possível identificar o controle de constitucionalidade com sua modalidade judicial, consoante ensinam Dimoulis e Lunardi (2011, p. 340), ao apontarem que o excesso de interesse pelo controle judicial “[...] fez muitos doutrinadores e operadores do direito ignorarem o fato elementar de que a preservação da supremacia constitucional é um dever universal das autoridades estatais e dos cidadãos. Indicativo dessa postura é que encontramos muitos trabalhos doutrinários utilizando a expressão “controle de constitucionalidade” como sinônima do “controle judicial de constitucionalidade”. Na realidade, todas as autoridades estatais devem realizar controle de constitucionalidade (Capítulo I, 1.2.5). Insistem nesse ponto os críticos do controle judicial, defendendo o “constitucionalismo do povo” (popular constitutionalism), que destaca as vantagens do controle abertamente político”.

No que diz respeito à análise dos pressupostos do controle de constitucionalidade, Fachin (2015, p. 147) elenca a ideia de Constituição como lei fundamental, a destinação da competência para declarar a inconstitucionalidade das normas ao menos a um órgão, acrescentando, ainda, o fato de a Constituição estar definida em um documento escrito.

Para Dimoulis e Lunardi (2011, p. 68), as condições necessárias ao exercício do controle de constitucionalidade são a organização hierárquica do ordenamento jurídico, de maneira que a norma superior seja protegida e funcione como parâmetro de compatibilidade das normas inferiores; a existência de uma autoridade judicial ou política fiscalizadora e a competência do órgão fiscalizador de proferir decisão final, com força vinculante perante os particulares e demais poderes.

Na visão de Moraes (2012, p. 733), o controle de constitucionalidade liga-se fundamentalmente à proteção dos direitos fundamentais, à rigidez constitucional e à supremacia constitucional, sendo, portanto, indispensável o escalonamento normativo do ordenamento jurídico.²

Segundo Tavares (2012, p. 266), a fiscalização da constitucionalidade das leis encontra fundamento na ideia de rigidez constitucional, sendo necessário, ainda, a existência de uma Constituição em sentido formal.

Já Bonavides (2004, p. 296), partindo da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, descreve como pressuposto do controle de constitucionalidade a rigidez constitucional, ideia da qual deriva a supremacia da Constituição:

“O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma. As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento”.

² Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 1118), a ideia de supremacia constitucional pode ser definida nos seguintes termos: “A primeira e principal característica do direito constitucional reside na sua supremacia hierárquica, no sentido de que as normas constitucionais prevalecem em relação a toda e qualquer forma normativa (incluídas as leis elaboradas pelo Poder Legislativo) e todo e qualquer ato jurídico na esfera interna da ordem estatal. Tal característica corresponde ao postulado da supremacia da Constituição e de que esta é a expressão da vontade de um poder constituinte, já que as normas constitucionais encontram seu fundamento de validade na própria Constituição (razão pela qual se aqui fala em uma autoprímazia normativa), e não em alguma outra fonte normativa que lhes seja externa e superior, do que resulta não apenas a distinção entre direito constitucional e direito ordinário, mas também o postulado da constitucionalidade das leis e atos normativos infraconstitucionais, que não poderão, portanto, estar em desconformidade com a Constituição”.

Ainda com a mesma orientação, Barroso (2012, p. 1) elege a rigidez constitucional e a supremacia da Constituição como premissas fundamentais do controle de constitucionalidade. Entretanto, para o mencionado autor, é fundamental explicar a sua existência a partir da identificação do ordenamento jurídico como sistema, que, como tal, pressupõe ordem e unidade.³ O estado harmônico do sistema, quando rompido por uma imperfeição, deve ser reafirmado por meio de sua correção. Portanto, a restauração da unidade e da ordem no ordenamento jurídico é precisamente o objetivo do mecanismo sob análise.

Ainda quanto ao objetivo essencial do controle de constitucionalidade, Fachin (2015, p. 148), ao apoiar-se nos ensinamentos de Jürgen Habermas, também destaca a manutenção da coerência interna do ordenamento como sua finalidade, somada ao fornecimento de clareza e definição à ordem jurídica.

Todavia, ao lado da manutenção da harmonia e unidade do ordenamento jurídico, o exercício do controle de constitucionalidade ganha uma finalidade concorrente, conforme ensina Chehab (2012, p. 6), ao evidenciar o seu papel na proteção dos direitos fundamentais. Em semelhante sentido, Barroso (2013, p. 70), em debate realizado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 21 de agosto de 2002, com o Professor português Jorge Miranda, aproxima o objetivo da guarda da Constituição com a garantia dos direitos fundamentais:

“É para assegurar a supremacia da Constituição e de suas normas, tanto procedimentais quanto substanciais, que existem os diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade, cuja premissa teórica mais destacada é a supremacia da Constituição. Exerce-se o controle porque a Constituição é suprema, tendo como fundamento de legitimidade, hoje, a busca da realização dos direitos fundamentais”.

Expostas as principais premissas e finalidades do controle de constitucionalidade, pode-se buscar uma definição compatível com os fins deste trabalho. Nesse sentido, Silva (2005, p. 49) conceitua o controle de constitucionalidade como técnica especial, inserida no âmbito da jurisdição constitucional, estabelecida pela própria Constituição para garantir sua supremacia em face das inconstitucionalidades das normas inferiores. Acrescenta-se a tal conceito, a orientação seguida por Moraes (2012, p. 734), ao definir a configuração do

³ Segundo Cristóvam (2016, p. 62): “O termo sistema indica uma totalidade ordenada, um conjunto de entes ligados por uma determinada ordem. [...]. Às qualidades de ordem e unidade, que caracterizam o conceito geral de sistema, são centrais à concepção jurídica específica. Neste sentido, o sistema jurídico pode ser definido como um conjunto de conceitos e institutos jurídicos que se apresentam de forma unitária e ordenada com base em pautas (princípios) fundamentais informadores”.

controle de constitucionalidade a partir da sua função de garantidor dos direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional.

Conforme demonstrado, o controle de constitucionalidade constitui mecanismo de extrema relevância para a preservação da unidade e harmonia do ordenamento, pois possibilita o exame da compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição, ao mesmo tempo em que é orientado pela garantia dos direitos fundamentais, tarefa da qual retira sua legitimidade.

1.2 A INCONSTITUCIONALIDADE: NULIDADE VS ANULABILIDADE

Feitas as considerações preliminares acerca do conceito de controle de constitucionalidade, importa abordar a própria noção de inconstitucionalidade, dando especial atenção às teorias que apontam a sanção decorrente da sua declaração, a saber: as teses da nulidade e da anulabilidade.

Buscando traçar os caracteres gerais da inconstitucionalidade, Mendes e Branco (2012, p. 1421), com apoio no magistério do professor português Jorge Miranda, afirmam que os adjetivos de constitucionalidade/inconstitucionalidade representam uma situação relacional de conformidade/desconformidade de determinado ato perante a Constituição, segundo um juízo de caráter normativo e valorativo. Em sentido semelhante, Tavares (2012, p. 228) também define a inconstitucionalidade a partir de uma perspectiva relacional:

“A inconstitucionalidade legislativa pode ser definida, pois, como a relação que se estabelece, a partir de uma Constituição vigente, entre esta e uma lei, editada sob sua vigência, e que lhe é hierarquicamente inferior, cujos termos, contudo, são incompatíveis, formal ou materialmente, em vista do que o sistema constitucional determina a produção de certos efeitos (sanção) previamente traçados, que podem ser imediatos ou depender de uma provocação (nulidade ou anulabilidade da lei)”.

No que se refere às espécies de inconstitucionalidade, Fachin (2015, p. 148) as classifica como (a) total ou parcial; (b) formal (orgânica) ou material; (c) por ação ou por omissão; (d) originária ou superveniente; (e) antecedente (imediata) ou consequente (derivada); e (f) direta ou indireta. Segundo o mencionado autor, há inconstitucionalidade total quando todo o diploma legal é incompatível com a Constituição; enquanto que a parcial verifica-se quando apenas determinados dispositivos de uma lei são inconstitucionais. A inconstitucionalidade formal ou orgânica é constatada quando o ato normativo tem origem em órgão incompetente ou sem a observância do procedimento previsto no texto constitucional;

já a inconstitucionalidade material deriva da incompatibilidade do conteúdo da lei com o conteúdo da Constituição. A inconstitucionalidade por ação liga-se à produção de um ato normativo, por outro lado a inconstitucionalidade por omissão trata-se de comportamento negativo do agente estatal diante de um comando imperativo da Constituição. A inconstitucionalidade originária é encontrada desde o nascimento da lei, por sua vez, a superveniente ocorre quando o ato normativo torna-se inconstitucional, tal como na substituição da Constituição, na promulgação de emenda constitucional e na mudança de interpretação da norma constitucional. A inconstitucionalidade antecedente identifica-se com a incompatibilidade direta da norma infraconstitucional com a Constituição, enquanto que na consequente ocorre ofensa reflexa, quando, por exemplo, uma norma infraconstitucional retira fundamento de outra norma infraconstitucional, que, por sua vez, é declarada inconstitucional. Por fim, a inconstitucionalidade direta refere-se à incompatibilidade perante norma constitucional expressa, enquanto que na modalidade indireta a contrariedade verifica-se perante norma constitucional implícita, tal como ocorre no caso da regra da proporcionalidade.

Estabelecidos os caracteres gerais da inconstitucionalidade, pode-se adentrar nas teorias que justificam a sanção aplicada quando constatada a contrariedade da norma perante a Constituição. Todavia, antes de analisar qual a sanção decorrente da ofensa ao texto constitucional, importa verificar em qual plano da norma jurídica tal incompatibilidade é encontrada.

O problema supracitado é enunciado por Barroso (2009, p. 12) da seguinte forma: a norma inconstitucional é inexistente, inválida ou ineficaz? Para o mencionado autor, deve-se resolver a questão a partir de categorias que integram a teoria geral do direito, largamente desenvolvidas no âmbito do direito privado. Trata-se da compreensão da norma jurídica como ato jurídico, categoria que comporta a divisão em três distintos planos: a existência, ligada à presença dos elementos constitutivos do ato; a validade, relacionada com a presença dos atributos exigidos pela lei para que o ato seja válido, sem os quais impõem-se a sanção de nulidade ou anulabilidade, a depender do grau de gravidade da violação; e a eficácia, consistente na aptidão do ato para a produção de efeitos. Nessa ordem de ideias, a inconstitucionalidade identifica-se com a ausência dos atributos que concedem validade ao ato jurídico, que não pode ser considerado válido, pois encontra-se em descompasso com uma norma hierarquicamente superior (a Constituição).

Por fim, aborda-se o debate sobre a natureza da sanção decorrente da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo, ou, em outras palavras, da carga de eficácia da

sentença que o declara inconstitucional. Primeiramente, destaca-se que a questão é antiga e remonta à alvorada do próprio controle de constitucionalidade, com a ilustre decisão proferida, em 1803, por John Marshall, *Chief of Justice* da Suprema Corte norte-americana, no caso *Marbury v. Madison*, que viria a inaugurar o controle de constitucionalidade moderno.⁴ A outra vertente do debate encontra origem nas proposições defendidas pelo célebre jurista austríaco Hans Kelsen, no século XX.

Na visão de Barroso (2009, p. 19), as posições antagônicas definidas pelos mencionados autores são resultado dos modelos de controle de constitucionalidade por cada um concebidos. Para John Marshall – fortemente influenciado pela obra “O Federalista”, escrita por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, em 1788 – a norma declarada inconstitucional é inválida, ensejando um vício de origem (nulidade), o que evita a produção de quaisquer efeitos e garante a afirmação da Constituição como suprema. Neste caso, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório, pois afirma um vício existente desde o nascimento da norma, importando, por consequência, em efeitos retroativos (*ex tunc*). Trata-se, portanto, de um modelo que permite aos membros do judiciário realizar a revisão dos atos legislativos (*judicial review*) à luz do texto constitucional.⁵ Por sua vez, Kelsen compreendia o controle de constitucionalidade como uma função constitucional, mais bem definida como “atividade legislativa negativa”, e não como atividade propriamente judicial. Tal posição, influenciada pelo temor em relação ao empoderamento do Judiciário e à expansão das teorias da Escola livre do direito e da Jurisprudência livre (fortes no mundo germânico), defendia a anulabilidade da norma inconstitucional, que mantinha plenos efeitos até a declaração do vício pelo tribunal constitucional, em uma decisão constitutiva negativa, com efeitos prospectivos (*ex nunc*). Kelsen almejava maior submissão do juiz à lei, que deveria aguardar a decisão do tribunal constitucional antes de negar a aplicação de uma norma, garantindo, assim, a primazia do Parlamento.

⁴ Segundo Moraes (2012, p. 744): “A ideia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso Madison versus Marbury (1803), em que o Juiz Marshall da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo”.

⁵ De acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 1002): “O *judicial review*, antes de afirmar o poder do Judiciário de controlar a atividade do Legislativo, fundou-se na supremacia da Constituição sobre as leis, na ideia de que a lei que nega a Constituição é nula, e, mais precisamente, na constatação de que o Judiciário é o intérprete final da Constituição, e assim, por lhe caber pronunciar o sentido da lei, também é dele o poder de dizer se a lei é contrária à Carta Magna. A partir da premissa de que o juiz, para decidir os casos conflitivos, deve analisar a relação da lei com a Constituição, entendeu-se que o juiz americano poderia realizar, incidentalmente, o controle da constitucionalidade. Assim, o poder de afirmação de constitucionalidade e de inconstitucionalidade da lei, nos Estados Unidos, sempre esteve nas mãos do juiz do caso concreto”.

Importa considerar, ainda, que, como observam Mendes e Branco (2012, p. 1556), a doutrina do *judicial review* e a consequente defesa da teoria da nulidade da norma inconstitucional encontraram um ambiente fértil em solo norte-americano graças ao instituto do *stare decisis*, ao possibilitar a total vinculação às decisões da Suprema Corte:

“Ainda que não pertencente ao universo específico da *judicial review*, o instituto do *stare decisis* desonerava os constitucionalistas americanos, pelo menos em parte, de um dever mais aprofundado de fundamentação na espécie. Como esse mecanismo assegura efeito vinculante às decisões das Cortes Superiores, em caso de declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte tinha-se a segurança de que, em princípio, nenhum tribunal haveria de conferir eficácia à norma objeto de censura. Assim, a ausência de mecanismo processual assemelhado à “força de lei” (*Gesetzeskraft*) do Direito alemão não impediu que os autores americanos sustentassem a nulidade da lei inconstitucional”.

O mesmo raciocínio é exposto por Barroso (2009, p. 48), ao demonstrar as circunstâncias que levaram ao desenvolvimento do modelo difuso, próprio do direito norte-americano, e as que motivaram a criação do controle concentrado. Para o autor, os países que seguem a *common law*, por prestigiarem a figura do *stare decisis*, que torna obrigatório, para todos os juízes e tribunais, a vinculação às decisões de um Tribunal Superior, poderiam facilmente justificar a não aplicação da lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte norte-americana, com eficácia *erga omnes*, ainda que em litígio específico. Por sua vez, nas nações de tradição romano-germânica, não havendo tal instituto, a solução foi o desenvolvimento de um órgão próprio para a realização do controle, cujas decisões repercutissem sobre todos com caráter vinculante.

Quanto à recepção das propostas supracitadas no Brasil, Mendes (1998, p. 406) é claro ao afirmar a prevalência da teoria da nulidade da norma inconstitucional, de modo que para grande parte da doutrina nacional, com vase em influências norte-americanas, a atribuição de efeitos, ainda que temporários, à lei inconstitucional importaria na suspensão, mesmo que provisória, da própria Constituição.

Todavia, a relação estabelecida entre as várias categorias classificatórias do controle de constitucionalidade não é plenamente cristalizada, o que levaria ao entendimento de que a decisão é sempre declaratória em sede de controle difuso ou constitutiva quando obra do controle concentrado. Em realidade, como no complexo sistema brasileiro, é plenamente possível a fusão de modelos. Este é o entendimento de Dimoulis e Lunardi (2011, p. 88), ao demonstrar que o controle abstrato sob o modelo austríaco (*kelseniano*), em que pese apresentar-se normalmente com eficácia *erga omnes* e constitutiva (a norma é anulada para

todos desde a decisão), é adotado pelo ordenamento brasileiro com a previsão de declaração de nulidade (eficácia retroativa ou *ex tunc*), somada à possibilidade de modulação temporal em casos excepcionais.

Por sua vez, quanto ao controle difuso e concreto, Moraes (2012, p. 751) afirma que a eficácia da decisão entre as partes do processo é retroativa (*ex tunc*), cabendo excepcionalmente a aplicação da técnica da modulação dos efeitos temporais, e prospectiva (*ex nunc*) em relação ao demais, quando da ampliação dos efeitos da declaração incidental pelo STF por meio de resolução suspensiva editada pelo Senado Federal, conforme previsão do art. 52, X da CRFB/88.⁶

Ademais, o próprio dogma da nulidade não é mais encarado de forma absoluta, uma vez que a doutrina, a jurisprudência e, inclusive, o legislador infraconstitucional têm adotado posições mais temperadas, conforme leciona Barroso (2009, p. 21) ao afirmar que o caráter retroativo da declaração de inconstitucionalidade vem sendo atenuado nas seguintes hipóteses: (a) em âmbito jurisprudencial, a preservação de atos praticados por funcionário público investido em cargo com fundamento em norma posteriormente declarada inconstitucional (em respeito à boa-fé de terceiros e da teoria da aparência); (b) em âmbito doutrinário, a interpretação conforme a Constituição,⁷ a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto,⁸ a declaração de incompatibilidade da norma com a Constituição sem a pronúncia de nulidade,⁹ a declaração de norma ainda constitucional mas em trânsito para a

⁶ Por outro lado, Barroso (2009, p. 130), ressaltando a ausência de consenso na doutrina, afirma que: “[...] embora a matéria ainda suscite ampla controvérsia doutrinária, afigura-se fundada em melhor lógica e em melhores argumentos a atribuição de efeitos *ex tunc* à suspensão do ato normativo pelo Senado”.

⁷ Sobre a regra hermenêutica da interpretação conforme a Constituição, Moraes (2012, p. 797) esclarece que: “A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico. [...] A finalidade, portanto, dessa regra interpretativa é possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional.”

⁸ Por sua vez, entendendo tratar-se de complementação da técnica antecedente, Moraes (2012, p. 800) afirma que: “A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto pode ser utilizada como um mecanismo para atingir-se uma interpretação conforme a Constituição e, dessa forma, preservar-se a constitucionalidade da lei ou do ato normativo, excluindo-se algumas de suas interpretações possíveis. Apesar de a doutrina apontar as diferenças entre a interpretação conforme à Constituição – que consiste em técnica interpretativa – e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – que configura técnica de decisão judicial – entendemos que ambas as hipóteses se completam, de forma que diversas vezes para se atingir uma interpretação conforme a Constituição, o intérprete deverá declarar a inconstitucionalidade de algumas interpretações possíveis do texto legal, sem contudo alterá-lo gramaticalmente”.

⁹ Segundo Tavares (2012, p. 291): “Na técnica do Direito alemão, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade denomina-se, igualmente, declaração de incompatibilidade. Neste caso, o Tribunal não remove a inconstitucionalidade, como o faz na declaração de nulidade. Ocorre quando “é patente a

inconstitucionalidade¹⁰ e o apelo ao legislador;¹¹ e (c) em âmbito legislativo, a previsão do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, que, ao disciplinar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, prevê a excepcional declaração de inconstitucionalidade não retroativa ao início de vigência da lei.

Por sua vez, Tavares (2012, p. 287) também afirma a prevalência do dogma da nulidade, com as devidas flexibilizações aplicadas nos casos de declaração de inconstitucionalidade por omissão, bem como nas situações que demandam a modulação dos efeitos temporais da decisão:

Na realidade, quando a Constituição Federal admite que qualquer magistrado ou Tribunal possa reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei e deixar de aplicá-la ao caso concreto (arts. 97 e 102, III, a, b e c), está pressupondo que a lei inconstitucional é nula e, bem por isso, independe da decisão do STF para poder reconhecer-se sua inconstitucionalidade. Seria um princípio implícito. Essa teoria, contudo, não pode ser adotada como um dogma absoluto e inafastável em qualquer decisão proferida pelo STF. [...] Ademais, a falta de outras alternativas poderia, em muitas situações, compelir o STF a deixar de reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, sob pena de causar maiores distorções constitucionais do que causaria sua permanência (indevida) no sistema jurídico.

Ressalta-se, por fim, que tal debate não se resume à discussão doutrinária, possuindo grande relevância prática, uma vez que os efeitos da sentença serão retroativos (eficácia *extunc*), caso se entenda que a decisão em debate é declaratória, ou prospectivos (eficácia *ex nunc*), no caso de uma sentença constitutiva, cabendo, ainda, a modulação dos efeitos temporais da decisão, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, consoante previsão do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, 1999b, on-line).

1.3 CRITÉRIOS CLASSIFICATÓRIOS

Há diversos critérios utilizados para a classificação do controle de constitucionalidade, pelos quais são considerados diversos aspectos. Todavia, para os fins desta monografia,

inconstitucionalidade da lei, todavia não se declara a sua nulidade com o intuito de evitar que o Direito antigo substitua aquele declarado inconstitucional, ou até mesmo para evitar o surgimento de um vácuo jurídico”.

¹⁰ Para Tavares (2012, p. 298), o instituto representa “[...] decisão que afasta a inconstitucionalidade, reconhecendo a constitucionalidade da norma, à qual se soma uma espécie de “advertência” judicial, ou, se se quiser, de reconhecimento de uma situação de imperfeição que tende a transformar-se em situação de inconstitucionalidade. Seria o reconhecimento de um processo de inconstitucionalização da norma que a Corte identifica como incompleto, realizando verdadeiro prognóstico de desenvolvimento da compreensão dessa norma”.

¹¹ A respeito do mencionado instituto, Dimoulis e Lunardi (2011, p. 297) conceituam o instituto como “[...] conteúdo de decisão que considera o ato fiscalizado “ainda constitucional”, mas constata que a situação é instável e pode ocorrer a “completa inconstitucionalidade”, convidando o legislador a elaborar, em prazo razoável, nova norma”.

abordar-se-ão as classificações mais utilizadas pela doutrina brasileira, segundo as quais considera-se a natureza do controle ou o órgão fiscalizador responsável, o momento de análise do controle, o tipo de sistema em que o controle é realizado e a modalidade de fiscalização.

1.3.1 Órgão fiscalizador: político e jurisdicional

Quanto à natureza ou quanto ao órgão fiscalizador, o controle de constitucionalidade pode ser classificado como político ou jurisdicional. Segundo Fachin (2015 p. 152), o controle político é exclusivamente realizado por órgãos políticos não dotados de jurisdição, o que ocorre na análise da Comissão de Constituição e Justiça no Congresso Nacional ou na prerrogativa de veto presidencial pelo Chefe do Poder Executivo, consoante o art. 65, parágrafo 1º da CRFB/88. Já o controle jurisdicional cabe aos órgãos integrantes do Poder Judiciário, nos termos do art. 92 da CRFB/88. Ainda, para o autor, há identidade entre as classificações quanto ao órgão fiscalizador e quando ao momento de análise, na medida em que o controle político é realizado de forma preventiva, enquanto que o jurisdicional seria apenas repressivo.

Em semelhante sentido, para Silva (2005, p. 49) o controle político é destinado a órgãos, desta natureza, como ocorre quando tal controle é realizado no âmbito do Poder Legislativo, e o controle jurisdicional está presente nos ordenamentos em que é entregue ao Poder Judiciário a competência para declarar inconstitucional atos e normas do Poder Público com base no texto constitucional. Para o supracitado autor, há, também a possibilidade de um sistema misto, em que convivem o controle político e jurisdicional.

Ainda, para Bonavides (2004, p. 299), o controle de constitucionalidade político pode ser exercido por um corpo político totalmente distinto do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, com vistas a garantir que nenhum dos poderes adquira estado de proeminência sobre os demais; enquanto que o controle de constitucionalidade jurisdicional é presente nas Constituições em que tal função é destinada ao Poder Judiciário.

1.3.2 Momento de Análise: preventivo e repressivo

Quanto ao momento de análise, Fachin (2015, p. 151) leciona que o controle pode ser preventivo (*a priori*, prévio, antecedente), se destinado a impedir que determinado ato normativo seja introduzido no ordenamento jurídico, ou repressivo (*a posteriori*, sucessivo, posterior), quando busca impugnar norma já promulgada.

Seguindo a orientação exposta no tópico anterior, Moraes (2012, p. 743) afirma que é destinado ao Judiciário, em geral, a realização do controle repressivo de constitucionalidade, restando a fiscalização preventiva aos Poderes Executivo e Legislativo, aos quais caberia impedir que norma inconstitucional ganhasse vigência. Todavia, o mencionado autor reconhece hipóteses particulares em que o Legislativo realiza o controle repressivo, como quando da sustação de atos normativos do Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa (art. 49, V da CRFB/88) ou quando da rejeição de medida provisória inconstitucional (art. 62 da CRFB/88).

Por sua vez, Barroso (2009, p. 46) acrescenta hipóteses excepcionais de controle preventivo realizado pelo Poder Judiciário, verificada no manejo de mandado de segurança impetrado por parlamentares contra o processamento de propostas de emendas à Constituição cujo conteúdo viole cláusula pétrea (art. 60, parágrafo 4º da CRFB/88), por se tratar de matéria vedada ao poder constituinte reformador; e de controle repressivo efetuado pelo Poder Executivo, consistente na própria recusa direta em aplicar norma inconstitucional, tema desta monografia.

Por fim, Dimoulis e Lunardi (p. 342, 2011) apontam como hipótese particular de controle repressivo realizado no âmbito do Poder Legislativo a possibilidade de suspensão de atos normativos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário em sede de controle concreto e difuso de constitucionalidade com eficácia meramente *inter partes*, nos termos do art. 52, X da CRFB/88.

1.3.3 Sistemas: difuso, concentrado e misto ou combinado

De acordo com Fachin (2015, p. 152), a classificação segundo o sistema adotado leva em conta o número de órgãos responsáveis pelo exercício do controle de constitucionalidade, sendo inúmeros no caso do difuso, em que todos os órgãos judiciais (de primeiro e de segundo grau e tribunais superiores) o realizam em qualquer tipo de processo. Por outro lado, o controle concentrado é realizado por um órgão jurisdicional único, que, no caso brasileiro, identifica-se com o Supremo Tribunal Federal e, excepcionalmente, os Tribunais de Justiça no âmbito estadual, utilizando as Constituições Estaduais como parâmetro para a fiscalização.

Segundo Barroso (2009, p. 47), o controle difuso, cuja origem encontra-se, assim como a do controle judicial, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison* pela Suprema Corte norte-americana, é adotado pelo ordenamento brasileiro desde a Constituição Republicana de 1891, tendo sido mantido até a Constituição de 1988. Por outro lado, o sistema concentrado,

modelo próprio dos tribunais constitucionais europeus, só foi introduzido no Brasil em 6 de dezembro de 1965, com a Emenda Constitucional nº 16, que estabeleceu a representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, sendo o Procurador-Geral da República o único legitimado.

Ademais, para Dimoulis e Lunardi (2011, p. 78), o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo teria levado ao surgimento de um terceiro sistema de controle de constitucionalidade, designado como misto ou híbrido por abarcar mecanismos de controle concentrados e difusos. Exemplos do sistema misto podem ser encontrados nas Constituições brasileira, mexicana e portuguesa.

Já Tavares (2012, p. 252) rechaça a ideia de um sistema misto, sendo mais preciso falar em um sistema combinado, uma vez que não há propriamente mistura entre sistemas, mas uma convivência harmônica e independente. Assim, convivem o controle difuso e o concreto. O primeiro realizado por todos os juízes e tribunais, inclusive pelo STF ao julgar recursos extraordinários, definindo uma solução para o caso concreto e incidentalmente para a incompatibilidade da norma em relação à Constituição; e o segundo exercido exclusivamente pelo Supremo, que recebe ações diretas e julga tão somente a inconstitucionalidade arguida.

1.3.4 Modalidades de fiscalização: abstrata e concreta

Para Fachin (2015, p. 154), as modalidades de fiscalização abstrata e concreta constituem modos de manifestação do controle de constitucionalidade judicial, que pode concretizar-se pela via da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, com a finalidade primordial de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; ou pela via da exceção, quando o controle é realizado incidentalmente em processo já instaurado, com o objetivo de solucionar conflitos de interesses entre as partes perante qualquer juiz ou tribunal, sendo a finalidade da demanda a resolução da lide propriamente dita e não a declaração de inconstitucionalidade.

Por sua vez, a mesma objeção à tipologia “híbrida” ou “mista” apresentada no tópico anterior, a respeito do controle concentrado e difuso, é encabeçada por Dimoulis e Lunardi (2011, p. 82) no que se refere às modalidades abstrata e concreta de fiscalização. Em outras palavras, os procedimentos no controle de constitucionalidade concreto e abstrato não são fundidos em um *tertium genus*, mas coexistem no mesmo ordenamento jurídico, cada um em seu próprio âmbito de atuação.

1.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO PODER JUDICIÁRIO

A delimitação do controle judicial de constitucionalidade parte da distinção apresentada no tópico 1.3.1, acerca da sua natureza ou do órgão fiscalizador. Dessa maneira, antes de investigar os mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade, importa analisar a legitimidade dos órgãos do Poder Judiciário para o exercício de prerrogativa tão relevante para a democracia brasileira.

Nesse sentido, lecionam Dimoulis e Lunardi (2011, p. 73) que a forma de legitimação é o critério utilizado na classificação quanto ao órgão fiscalizador, uma vez que enquanto o Poder Legislativo e o Poder Executivo retiram sua legitimidade do voto popular (elemento político), o Poder Judiciário a fundamenta na capacidade técnica e independência de seus integrantes (elementos não políticos). Igualmente, os processos decisórios nos órgãos políticos também diferem-se drasticamente daquele concretizado pelos órgãos judiciais, uma vez que aqueles gozam de ampla liberdade e utilizam critérios de oportunidade para decidir e este, ao menos em tese, encontra limites em normas processuais e no dever de fundamentação. Todavia, os mencionados autores alertam que nenhum dos supracitados limites garantem que a atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade não seja, ao menos em alguma medida, também política.

Ultrapassada a questão preliminar a respeito da legitimidade do Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade, abordar-se-ão, nos subitens seguintes, os mecanismos processuais próprios do ordenamento jurídico brasileiro, analisando as modalidades de controle concentrado e difuso.

1.4.1 Controle Concentrado

Segundo Fachin (2015, p. 155), são mecanismos processuais previstos no direito brasileiro para a defesa da Constituição a ação direta de inconstitucionalidade genérica, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação interventiva, a reclamação constitucional, o recurso extraordinário e o mandado de injunção.¹²

¹² Para uma leitura sobre o papel do Mandado de Injunção no controle das omissões inconstitucionais, especialmente após a promulgação da Lei nº 13.300/2016, consultar: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Lei do Mandado de Injunção fortalece controle de omissões inconstitucionais. Conjur, 2017.

Neste momento, não serão abordados o recurso extraordinário, pertinente ao controle difuso, e o mandado de injunção, por tratar-se de remédio constitucional. A ação interventiva, que não é propriamente uma forma de controle de constitucionalidade, também não será estudada. Tal raciocínio é corroborado por Dimoulis e Lunardi (2011, p. 92), ao afirmarem que a representação interventiva não se enquadra topologicamente no estudo das ações do controle concentrado por não se tratar de mecanismo tradicional da fiscalização abstrata. Segundo os autores, seu objeto não é declarar a inconstitucionalidade, mas averiguar a ofensa de requisitos constitucionais que disparam a intervenção.

Feita a delimitação, passa-se ao estudo das quatro ações de maior relevância para o controle judicial concentrado de constitucionalidade. Por tratar-se de um ação “genérica”, abordar-se-á, primeiramente, a ação direta de inconstitucionalidade, servindo seus dados fundamentais de base para a análise dos próximos mecanismos processuais estudados.

A ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) ou ação direta genérica de inconstitucionalidade foi pela primeira vez prevista em 1965 pela EC nº 16, sendo inserida no texto constitucional de 1946. Para Barroso (2009, p. 156), apesar de ter sido chamada de “representação de inconstitucionalidade”, o mencionado mecanismo sempre foi uma ação, que, mesmo não envolvendo interesses individuais ou tutela de direitos subjetivos, provoca o exercício da jurisdição e possui partes, ao menos em um sentido formal.

No que se refere à finalidade da ADIn, Moraes (2012, p. 776) menciona o objetivo de retirar do ordenamento lei ou ato normativo contrário à ordem constitucional, o que consiste na tarefa de “legislador negativo”, não permitindo que o Supremo, ao julgá-la, ultrapasse os fins de exclusão do ato viciado. Ademais, as peculiaridades da ADIn importam na impossibilidade de desistência pela parte autora, tanto do pedido principal quanto da medida cautelar eventualmente requerida.

Quanto à competência para o julgamento da ADIn, Fachin (2015, p. 159) aponta o Supremo Tribunal Federal como responsável pelo controle concentrado, tratando-se de competência originária e exclusiva, nos termos do art. 102, I, “a” da CRFB/88. Ademais, destaca o autor a possibilidade de ADIn em âmbito estadual para impugnar lei ou ato normativo estadual ou municipal, perante o Tribunal de Justiça Estadual e em face da Constituição do respectivo estado.

A respeito da legitimidade, Mendes e Branco (2012, p. 1586) apresenta um extenso rol com fulcro no artigo 103 da CRFB/88, segundo o qual são legitimados para propor a ADIn (a) o Presidente da República; (b) a Mesa do Senado; (c) a Mesa da Câmara dos Deputados; (d) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (e) o

Governador de Estado ou do Distrito Federal; (f) o Procurador-Geral da República; (g) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (h) partido político com representação no Congresso Nacional; e (i) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Segundo o autor, a introdução da representação de inconstitucionalidade em 1965, sob o monopólio de ação do Procurador-Geral da República, único legitimado à época, não gerou impactos significativos no sistema de controle de constitucionalidade, permanecendo a modalidade difusa dominante no ordenamento brasileiro. Por outro lado, a ampla legitimação prevista pela Constituição de 1988 fortaleceu o controle concentrado, que hoje ocupa lugar de destaque no ordenamento pátrio, especialmente considerando sua celeridade processual e a possibilidade de suspensão da eficácia do ato impugnado mediante pedido cautelar.

Outrossim, importante questão é levantada por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 1067) referente ao instituto da pertinência temática, fruto da jurisprudência do STF, segundo o qual os legitimados para a propositura da ADIn dividem-se entre especiais e universais. Nessa linha de ideias, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores e as confederações sindicais e entidades de classe encontram-se obrigados a demonstrar o liame entre o objeto da ADIn e suas finalidades institucionais e âmbito e atuação. Os demais legitimados, considerados pela doutrina como universais, nada precisam comprovar.

Trata-se de construção polêmica que, em certa medida, limita o amplo acesso ao controle concentrado concedido pelo constituinte de 1988¹³. Nessa linha de ideias, Dimoulis e Lunardi (2011, p. 253) criticam o supracitado instituto, por tratar-se de hipótese de “heterorreferência atípica”, configurada a partir da introdução no processo objetivo de regras do processo subjetivo relacionadas à legitimidade *ad causum*. Na visão dos autores, não apreciar uma ADIn por falta de pertinência temática representa uma inversão de prioridades, uma vez que os interesses concretos dos autores ganham maior destaque do que a potencial ofensa objetiva à ordem constitucional. Destaca-se, ainda, o fato de que tal barreira, desenvolvida jurisprudencialmente, chegou a ser concretizada em âmbito legislativo, mais precisamente no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.868/1999, vetado após análise presidencial. Diante do veto, esperava-se que o instituto desapareceria, mas, ainda sim, o STF reafirmou a pertinência temática como decorrência do texto constitucional.

¹³ Para um estudo crítico sobre a tendência do Supremo Tribunal Federal em limitar o amplo acesso ao controle de constitucionalidade, consultar: COSTA; CARVALHO; FARIAS. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. Revista de DireitoGV. V. 12 n. 1, jan-abr, pp. 151-187, 2016.

Em semelhante sentido, Tavares (2012, p. 332) critica a construção jurisprudencial da pertinência temática, por considerá-la sucedâneo do interesse de agir, categoria própria do processo de índole subjetiva, e, portanto, contrária à própria natureza do processo constitucional objetivo.¹⁴ Ademais, tal importação de categorias é ainda mais grave por decorrer de construção jurisprudencial, não havendo previsão no direito positivo.

Quanto ao objeto do controle concentrado de constitucionalidade, Fachin (2015, p. 158) aponta que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nos termos do art. 102, I, “a” da CRFB/88, abrange a emenda constitucional, a lei complementar, ordinária e delegada, a medida provisória, o decreto legislativo, a resolução, o decreto autônomo, a lei estadual e os tratados internacionais; e exclui da análise os projetos de lei e as propostas de emenda constitucional, já revogadas ou municipais em face da Constituição Federal, bem como o direito pré-constitucional.

Além das hipóteses já mencionadas de atos normativos não sindicáveis pela ADIn, Dimoulis e Lunardi (2011, p. 113) acrescentam os atos normativos secundários, tais como os decretos regulamentares, que, subordinados à lei, não podem inovar no ordenamento jurídico e por consequência ofender diretamente a Constituição; os atos que não detêm suficiente caráter normativo, tais como as súmulas comuns e as leis de efeitos concretos; as súmulas vinculantes, que são modificadas por procedimento especial previsto no art. 103-A da CRFB/88; o próprio texto constitucional originário, pois constitui o parâmetro do controle; o dispositivo estadual que só reproduz norma federal, inexistindo utilidade na sua impugnação; e as omissões inconstitucionais fiscalizadas por meio da ADIn por omissão, estudada adiante.

Por sua vez, Barroso (2009, p. 157) afirma a possibilidade do controle de constitucionalidade de normas municipais e estaduais perante a Constituição Estadual, com fulcro no art. 125, parágrafo 2º da CRFB/88, que autoriza sua instituição pelo Poder Constituinte derivado decorrente. Conquanto inexista previsão expressa sobre o órgão julgador da ADIn em plano estadual, a competência originária do Tribunal de Justiça do respectivo estado é decorrência lógica do sistema federativo brasileiro. Outrossim, o supracitado autor expõe a dinâmica do controle simultâneo de constitucionalidade da mesma lei nas esferas federal e estadual, com paradigmas distintos. Nestes casos, a jurisprudência tem entendido pela (a) vinculação do Tribunal do Justiça em relação à decisão do Supremo e (b) suspensão do processo no plano estadual, sempre que o parâmetro do controle estadual for mera reprodução do texto constitucional. Por fim, destaca-se a possibilidade de controle das

¹⁴ A crítica ao instituto da pertinência temática também é desenvolvida por Mendes e Branco (2012, p. 1593) e Bernardes (2004, p. 370).

normas municipais em face da Constituição Federal perante o STF por meio da interposição de recurso extraordinário, nos casos em que a análise do Tribunal de Justiça utilizar como parâmetro norma constitucional estadual que se limite a reproduzir dispositivos da Constituição Federal de reprodução obrigatória.

Ainda, Dimoulis e Lunardi (2011, p. 114) definem o parâmetro de controle a partir das normas que integram o denominado bloco de constitucionalidade, composto pela Constituição Federal, incluindo suas emendas, e pelos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito brasileiro mediante o procedimento previsto pelo art. 5º, parágrafo 3º da CRFB/88.¹⁵ O preâmbulo constitucional não é juridicamente vinculante, não constituindo, portanto, parâmetro para a análise das inconstitucionalidades das normas segundo a jurisprudência do STF.

Por fim, quanto aos efeitos da decisão em sede de ADIn, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 1128) apontam, com fundamento nos artigos 102, parágrafo 2º da CRFB/88 e 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99, a presença de eficácia *erga omnes* e vinculante perante os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal. Por sua vez, Mendes e Branco (2012, p. 1621) destacam a eficácia *ex tunc* da decisão, que retroage desde o nascimento da lei. Todavia, ressaltam os autores que poderá o Tribunal fazer uso da técnica da modulação dos efeitos, restringindo-os para que a decisão só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou momento mais oportuno, desde que respeitado o quórum de dois terços de votação.

A ação declaratória de constitucionalidade (ADC), introduzida no sistema brasileiro pela Emenda Constitucional nº 3 de 1993, pode ser considerada, segundo Fachin (2015 p. 171), como mecanismo processual do controle abstrato, concentrado e repressivo, disparado perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos dos arts. 102, I, “a” e 103, parágrafo 2º da CRFB/88.

Preliminarmente, deve-se destacar que, apesar de ter gerado algumas controvérsias, a EC nº 3/1993 já teve sua constitucionalidade incidentalmente declarada pelo plenário do STF, assim como a aplicabilidade imediata da ADC, independente de lei que regulamente seu

¹⁵ Importa considerar, ainda, que os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito brasileiro sem a observância do procedimento previsto pelo art. 5º, parágrafo 3º da CRFB/88 (próprio das emendas constitucionais) podem servir de parâmetro para o denominado “controle de convencionalidade”. Trata-se da atribuição de suprallegalidade ao direito internacional dos direitos humanos, tal como restou assentado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, em 2008. Para uma análise detalhada deste mecanismo de fiscalização de legitimidade da lei ordinária em face das normas de direito internacional consultar: MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme et al (Org.). Controle de convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. Cap. 2. p. 58-85.

procedimento.¹⁶ Já no que se refere à previsão de ADC em âmbito estadual, há dúvidas significativas e uma divisão entre os estudiosos do tema. Segundo Moraes (2012, p. 810), parte da doutrina, capitaneada por José Afonso da Silva, entende que a mencionada possibilidade é inconstitucional, não podendo o Estado inovar diante da ausência de previsão na Constituição Federal. Por sua vez, o restante da doutrina, tal como defende Nagib Slaibi Filho, entende autorizado ao Poder Constituinte derivado decorrente a criação da ADC em âmbito estadual, desde que mantido o paradigma estabelecido na CRFB/88.

Quanto à finalidade da ADC, Tavares (2012, p. 345) afirma que tal ação tem como objetivo a confirmação da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal, cuja legitimidade encontra-se contestada. Trata-se de eliminar incertezas no âmbito executivo e judiciário acerca da compatibilidade de uma norma com o texto constitucional. Ademais, o mencionado autor, com fundamento no magistério de Celso Bastos, destaca o fundamento democrático da ADC, consistente na manutenção da segurança jurídica e na garantia do cumprimento das leis pelo Poder Executivo, que pode recusar a aplicação de norma fruto do processo legislativo democrático sob o argumento de inconstitucionalidade.

No que se refere à legitimidade para ajuizar a ADC, destaca-se que os mesmos apontamentos feitos sobre a legitimidade para a propositura da ADIn são aqui repetidos, uma vez que os legitimados são os mesmos. Todavia, nem sempre foi assim, consoante demonstram Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 1113) ao lembrarem que o artigo 103 da CRFB/88, alterado pela EC nº 3/1993, estabelecia originariamente o seguinte rol de legitimados para a ADC: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. Entretanto, diante das críticas à restrição da legitimidade, especialmente quando cotejada com o amplo rol da ADIn, foi promulgada a EC nº 45/2004 que, dentre outras alterações, ampliou o número de legitimados.

Importa considerar, ainda quanto à legitimidade, requisito especial exigido no tocante à ADC consistente na demonstração de ocorrência de controvérsia judicial sobre a constitucionalidade da norma objeto de análise. Segundo Mendes e Branco (2012, p. 1632),

¹⁶ Sarlete, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 1116) explicam a discussão lembrando que: “[...] a EC 3, que criou a ação declaratória de constitucionalidade, foi objeto da ADIn 913, em que se alegou que a ação, em virtude dos efeitos vinculantes de sua decisão, impediria a discussão da constitucionalidade das normas infraconstitucionais perante os juízes e tribunais ordinários, além de violar a separação dos Poderes, o acesso ao Poder Judiciário, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal. Esta ação de inconstitucionalidade não foi conhecida por se entender que a autora – a Associação dos Magistrados Brasileiros – não teria legitimidade, por falta de pertinência temática, para propor a ação. Entretanto, na ADC 1, tais questões foram analisadas em sede de Questão de Ordem, chegando-se à conclusão de que nenhuma das objeções, quanto à constitucionalidade da ação, possuía procedência. Na verdade, a decisão proferida na ADC 1, além de definir a legitimidade da nova ação, desenhou o seu procedimento, antecipando várias das normas que, mais tarde, surgiram com a Lei 9.868/1999”.

trata-se de espécie de legitimação para agir *in concreto*, que, embora desprovida de previsão expressa, é inerente às ações declaratórias de cunho positivo. Tal requisito reside na demonstração de um estado de incertezas que afeta a presunção de constitucionalidade da lei, podendo ser demonstrado a partir de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária.

Quanto ao objeto da demanda, Barroso (2009, p. 234) leciona que seu pedido consiste no reconhecimento da constitucionalidade de norma infraconstitucional de âmbito federal (a norma estadual não constitui objeto de ADC perante o STF), consoante previsão expressa do art.102, I, “a”, e parágrafo 2º da CRFB/88. Destaca o autor que as espécies normativas sindicáveis por meio de ADC são as mesmas estudadas no caso da ADIn genérica.

Por fim, no que se refere aos efeitos da sentença em sede de ADC, Moraes (2012, p. 818) leciona que as decisões de procedência ou improcedência, desde que versem sobre o mérito, possuem eficácia vinculante, *ex tunc* e *erga omnes*, atingindo os demais órgãos do Judiciário e do Executivo. Ademais, importa considerar o caráter dúplice da ADC, uma vez que se por um lado a procedência do pedido importa na afirmação de constitucionalidade, a improcedência do mesmo significa a declaração de inconstitucionalidade. Ainda, ressalta o autor que existem duas outras possibilidades: (a) a decisão parcialmente procedente, em que apenas uma parcela da norma é declarada inconstitucional; e (b) a decisão procedente com base na técnica da interpretação conforme a Constituição, importando na vinculação de tal interpretação em relação aos demais órgãos judiciais e executivos.

Quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), sua origem é descrita por Fachin (2015, p. 165) como inspiração do constituinte de 1988 no art. 283 do texto constitucional português de 1976.¹⁷ Ainda segundo o autor, a ADO, prevista no art. 103, I a IX e parágrafos 1º, 2º e 3º da CRFB/88, pode ser classificada como mecanismo pertinente ao controle abstrato, concentrado e repressivo, que será exercido perante o STF.

Como exposto, a competência para o julgamento da ADO é do Supremo Tribunal Federal, nos mesmos termos já explanados quando da análise da ADIn genérica. Todavia, importante questão é levantada por Barroso (2009, p. 253) ao tratar da possibilidade do controle das omissões inconstitucionais no âmbito estadual:

¹⁷ O artigo 283 da Constituição Portuguesa de 1976 assim dispõem: “Inconstitucionalidade por omissão 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”. (PORTUGAL, 1976).

“Sua instituição harmoniza-se com a autonomia reconhecida ao Estado em matéria de auto-organização e autogoverno, desde que observado o modelo federal. Em favor da tese há também a ideia acima enunciada da unicidade do fenômeno da inconstitucionalidade, de modo que, existindo a previsão de representação de inconstitucionalidade, em seu âmbito deve ser compreendido o reconhecimento da omissão violadora da Constituição. Sem mencionar que a declaração de inconstitucionalidade por omissão, que se resolve em mera comunicação ao órgão omissor, é um *minus* em relação à declaração de inconstitucionalidade por ação, que paralisa a eficácia da norma”.

No que se refere à finalidade almejada pela ADO, Tavares (2012, p. 338) destaca que o constituinte brasileiro teve uma preocupação incomum em sua época, buscando um remédio para a inércia do Poder Legislativo frente às normas constitucionais que demandam concretização infraconstitucional. Assim, a ADO funciona como instrumento de garantia de eficácia plena das normas constitucionais.

Os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão encontram-se, segundo Moraes (2012, p. 808), dispostos na legislação infraconstitucional, mais precisamente nos arts. 12-A até 12-H da Lei nº 9.868/1999, tratando-se do mesmo rol previsto para a ADIn genérica (art. 103 da CRFB/88).

Acerca do objeto da ADO, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 1250) esclarecem que a omissão impugnada não deriva apenas da inércia do Poder Legislativo, podendo alcançar a omissão da prática de atos pelos órgãos de natureza administrativa. Em outras palavras, tutela-se a ausência não apenas de atos normativos primários, mas, igualmente, dos atos normativos secundários cuja inexistência afrontam comandos constitucionais. Ademais, para os autores, até atos desprovidos de caráter normativo, como no caso da falta de prestação fático-administrativa, podem ensejar a omissão inconstitucional.

Importante consideração sobre o objeto da ADO é feita por Mendes e Branco (2012, p. 1732) na abordagem das omissões parciais no manejo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Para os autores, o atendimento incompleto do comando constitucional enseja o controle de constitucionalidade pela via da ADO, ainda que a inconstitucionalidade consista na incompletude da norma.¹⁸

No mesmo sentido Dimoulis e Lunardi (2011, p. 132) afirmam que o termo omissão parcial, adotado pela Lei nº 9.868/1999 (art. 12-F, parágrafo 1º) e utilizado pela doutrina e pela jurisprudência, pode fornecer uma falsa impressão acerca da inconstitucionalidade analisada. Ocorre que a parcialidade da omissão é vista sob a ótica do legislador, que omitiu-se em certo grau ao concretizar no plano infraconstitucional os mandamentos da Constituição.

¹⁸ No mesmo sentido Fachin (2015, p. 166), Barroso (2009, p. 266) e outros.

Todavia, na análise da constitucionalidade, não se avalia o aspecto quantitativo ou grau de descumprimento dos deveres legislativos, uma vez que a omissão será total em relação a determinados sujeitos e situações. Em outras palavras, a omissão inconstitucional, ao afrontar o texto constitucional, sempre será total.

Por fim, os efeitos da decisão em sede de ADO são descritos por Fachin (2015, p. 170) a partir de duas hipóteses: (a) quando a omissão decorre de ausência de ato normativo, gerando a mera ciência ao Poder competente; e (b) quando a omissão é imputada a órgão administrativo, importando no estabelecimento de prazo estipulado pelo tribunal para que tome as providências necessárias à solução da inconstitucionalidade.

O último mecanismo processual próprio do controle concentrado de constitucionalidade aqui abordado consiste na arguição de descumprimento de preceito fundamental. Na lição de Moraes (2012, p. 819) trata-se de instituto previsto pelo constituinte de 1988 em norma de eficácia limitada, uma vez que o art. 102 parágrafo 1º da CRFB/88 entrega à lei infraconstitucional a tarefa de regulamentar seu procedimento. Por sua vez, a Lei nº 9.822/1999 estabeleceu: (a) o STF como órgão competente para julgamento; (b) legitimidade ativa nos termos da ADIn; (c) objeto consistente em (c.1) evitar lesão a preceito fundamental, decorrente de ato do Poder Público, (c.2) reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e (c.3) resolver controvérsia constitucional com fundamento relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal,¹⁹ incluídos os anteriores à Constituição, excluindo a impugnação de súmulas vinculantes; (d) subsidiariedade da ADPF em relação às demais mecanismos processuais de semelhante finalidade, o que gera a possibilidade de recebimento pelo STF da ADPF como ADIn, quando esta for possível; (e) eficácia da decisão *erga omnes* e vinculante, com possibilidade de modulação dos efeitos temporais.

Por fim, sendo o escopo da ADPF o de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo 1º da CRFB/88 e art. 1º da Lei nº 9.882/1999), importa considerar a definição do conceito de preceito fundamental.

Para Barroso (2009, p. 287), preceito fundamental é conceito que designa um conjunto de disposições constitucionais, mais comumente princípios e eventualmente regras, desprovido de definição precisa. Todavia, é possível identificar seu conteúdo a partir da noção de que a violação de determinadas normas constitucionais gera consequências mais graves do

¹⁹ Para o autor, tal hipótese é classificada como “Arguição de descumprimento de preceito fundamental por equiparação” e representa uma manobra do legislador infraconstitucional para ampliar o escopo definido pelo texto constitucional, uma vez que às mencionadas controvérsias não se adequam ao conceito de preceito fundamental (MORAES, 2012, p. 825).

que outras. Assim, em que pese não ser possível afirmar a existência de hierarquia entre normas constitucionais, é possível distinguir normas de caráter material e formal, e, dentre as normas materialmente constitucionais, aquelas que se destacam por sua natureza estrutural ou axiológica. Portanto, seria possível identificar os preceitos fundamentais com (a) os princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º); (b) os direitos fundamentais, de caráter individual, coletivo, político e social; (c) as cláusulas pétreas, conforme o art. 60, parágrafo 4º da CRFB/88; e (d) os princípios constitucionais sensíveis, estabelecidos no art. 34, VII da CRFB/88. Ressalva o autor que não se trata de rol taxativo, mas de parâmetro para a análise do cabimento da ADPF.

1.4.2 Controle Difuso

Segundo Barroso (2009, p. 89), o controle difuso, *incidenter tantum*, incidental, por via de defesa ou de exceção ou simplesmente sistema americano existe no direito brasileiro desde a Constituição Republicana de 1891, configurando, ao contrário do modelo concentrado, a única possibilidade que tem o cidadão comum de provocar a análise da constitucionalidade de uma norma. É acessível ao autor, ao réu e ao Ministério Público no desempenho normal da função judicial, em qualquer grau de jurisdição e perante qualquer juiz ou tribunal,²⁰ que, de ofício, também poderão arguir a inconstitucionalidade da norma. Tal mecanismo pressupõe, portanto, a existência de um litígio a ser resolvido com norma cuja constitucionalidade é questionada, de maneira que o deslinde da questão dependa da afirmação e incidência de tal norma ou da declaração de sua inconstitucionalidade, sendo negada a aplicação no caso concreto.

Quanto ao objeto do controle difuso Moraes (2012, p. 744) afirma não se tratar da controvérsia posta no caso concreto, mas sim de questão prévia a sua resolução, consistindo em normas e atos em desacordo com a Constituição. Trata-se da obtenção pelo interessado da declaração de inconstitucionalidade da lei que incidi na lide por ele integrada, de modo que o afastamento da norma limita-se às partes, não atingindo terceiros.

²⁰ A respeito da cláusula de reserva de plenário e da competência do juiz singular na análise da constitucionalidade das leis, Mendes e Branco (2012, p. 1522) lecionam que: “A exigência de maioria absoluta dos votos para a declaração de inconstitucionalidade de leis pelos tribunais, introduzida pela Carta de 1934 (art. 179) e reproduzida nas subsequentes (CF de 1937, art. 96; CF de 1946, art. 200; CF de 1967/69, art. 116; CF de 1988, art. 97), ensejou polêmica sobre a possibilidade de o juiz singular pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade. Prevaleceu, todavia, o entendimento que afirmava a competência do juiz singular para apreciar a controvérsia constitucional”. No mesmo sentido, Moraes, (2012, p. 748).

Importante questão acerca do objeto e do parâmetro do controle difuso é levantada por Mendes e Branco (2012, p. 1530) ao tratarem da problemática do direito pré-constitucional. Ocorre que, ao contrário do controle concentrado, em que apenas a Constituição atual funciona como parâmetro, o controle difuso é realizado em face da Constituição vigente quando da edição da lei ou ato normativo impugnado, aplicando-se, igualmente, as regras sobre quórum especial (CF, art. 97) e suspensão da lei pelo Senado Federal (CF, art. 52, X). O autor discute, ainda, o controle do direito pré-constitucional em face da Constituição atual, controvérsia para a qual cabe solução mais simples, consistente na aplicação dos princípios de direito intertemporal, sem importar na análise de constitucionalidade propriamente dita. Nestes casos, não incidem os artigos 97 e 52, X da CRFB/88.

No que se refere aos efeitos da decisão em sede de controle difuso e concreto, Dimoulis e Lunardi (2011, p. 303) afirmam a eficácia *inter partes* e *ex tunc*, cabendo a modulação temporal nos casos de relevante interesse público, tal como no controle abstrato. Por outro lado, Barroso (2009, p. 129) destaca a possibilidade de extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle incidental, quando tratar-se de decisão do STF, ao julgar processos de sua competência originária, recursos ordinários constitucionais e, mais comumente, recursos extraordinários. Trata-se de previsão contida no art. 52, X da CRFB/88, que possibilita ao Senado Federal, após ser comunicado da decisão do pleno do STF por maioria absoluta, suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional com efeitos *erga omnes*. Em que pese tratar-se de matéria controversa, a doutrina tem entendido que a atuação do Senado é (a) discricionária, de caráter político e sem prazo; (b) cabível apenas em sede de controle difuso, e jamais quando o STF manifestar-se no exercício do controle concentrado; (c) apta a alcançar atos normativos dos três níveis da federação; (d) detentora de efeitos *ex tunc*.²¹ Todavia, para o autor, seguindo a posição de Gilmar Ferreira Mendes, após o desenvolvimento do controle concentrado a partir de 1965, a função do Senado no controle de constitucionalidade tornou-se anacrônica, razão pela qual defende a tese de que a decisão do pleno do Supremo deve ter os mesmos efeitos, independente de tratar-se de controle difuso ou concentrado.²²

²¹ Conforme citado no tópico 1.2, há autores que afirmam a eficácia *ex nunc* da resolução suspensiva do Senado Federal, tal como Moraes (2012, p. 751).

²² Nesse sentido, destaca-se decisão recente do STF que gerou discussões sobre a potencial mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88. Trata-se das ADIns nº 3.470 e 3.406, que abordaram a proibição da extração, industrialização, comercialização e distribuição de amianto. Na oportunidade, o Pleno declarou incidentalmente a inconstitucionalidade de determinadas normas. O acórdão não foi publicado até o momento. Para mais detalhes consultar “A teoria da abstrativização no controle difuso - O artigo 52, inciso X, da Constituição Federal sofreu mutação constitucional?”, (CAVALCANTE, Bruno R., 2018, on-line). Disponível

Em sentido semelhante, Moraes (2012, p. 750) também defende a superação da necessidade do dispositivo contido no art. 52, X da CRFB/88, destacando a possibilidade do Supremo Tribunal Federal editar súmula vinculante sobre a validade, a interpretação e a eficácia da norma declarada inconstitucional em sede de controle difuso.

Por fim, Tavares (2012, p. 254) ressalta a importância do controle difuso na defesa de direitos e garantias fundamentais a partir da classificação dos modelos de constitucionalidade segundo sua tendência ideológica. Ocorre que o exercício do controle de constitucionalidade pode ser orientado tanto pela tutela de direitos fundamentais como pela estabilidade do governo. Assim, enquanto o controle concentrado e abstrato, realizado em processo de índole objetiva, ocupa-se em geral com circunstâncias de governabilidade (com efeitos quantitativamente superiores, atingindo toda a sociedade); o controle difuso e concreto, realizado em processo de caráter subjetivo, orienta-se pela proteção dos direitos fundamentais (com efeitos qualitativamente superiores, porém *inter partes*).

1.5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO PODER LEGISLATIVO

Na lição de Dimoulis e Lunardi (2011, p. 342), o papel do Poder Legislativo no controle de constitucionalidade é desempenhado em duas hipóteses: (a) na resolução suspensiva do Senado Federal, prevista no art. 52, X da CRFB/88 e já analisada no tópico anterior; e (b) no processo legislativo, preventivamente, por intermédio da análise das Comissões de Constituição e Justiça (CCJ), consoante previsão do art. 58 da CRFB/88. Quanto à segunda hipótese, ressaltam os autores que o Poder Legislativo também exerce o papel de guarda da Constituição e do devido processo legislativo, fiscalizando permanentemente seus próprios atos, sob um juízo de caráter político. Nesse sentido, a análise pela CCJ, comissão de caráter permanente, funciona como etapa do processo legislativo sem a qual o projeto não pode ser definitivamente apreciado e votado. Cabe à comissão, constatada qualquer inconstitucionalidade, opinar pelo arquivamento do projeto ou por sua alteração.

Por sua vez, Barroso (2009, p. 72) acrescenta (a) a revogação com efeitos *ex nunc* da lei inconstitucional, sem importar na declaração de inconstitucionalidade por ato legislativo; (b) a propositura de ação direta por órgãos do Legislativo, consoante determina o art. 103, incisos II, III e IV da CRFB/88; (c) a aprovação de emenda constitucional superadora da

interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 60 da CRFB/88; (d) o juízo prévio acerca das medidas provisórias pelo Congresso Nacional, especialmente no que se refere aos temas excluídos de seu âmbito, nos termos do art. 62, parágrafos 1º e 5º da CRFB/88; (e) a sustação de ato normativo do Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, conforme o art. 49 V da CRFB/88; e (f) a rejeição do veto do chefe do Executivo, quando o Congresso Nacional, em sessão conjunta por maioria absoluta e voto secreto, derruba a impugnação presidencial, convertendo o projeto em lei, nos termos do art. 66, parágrafos 4º, 5º e 7º da CRFB/88.

1.6 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO PODER EXECUTIVO

Por fim, o controle de constitucionalidade realizado no âmbito do Poder Executivo divide-se, segundo Dimoulis e Lunardi (2011, p. 347), em duas modalidades: (a) a preventiva, consistente na já mencionada prerrogativa de veto no processo legislativo; e (b) e a repressiva, identificada na rejeição de norma considerada inconstitucional pelo Executivo, sem a manifestação do Judiciário, o que consiste no tema central desta monografia. Por sua vez, Barroso (2009, p. 72) acrescenta a possibilidade de propositura de ação direta, pelo Presidente da República e por Governador de Estado, tal como previsto no art. 103, I e V da CRFB/88.

No que se refere ao veto presidencial, importa considerar a classificação proposta por Tavares (2012, p. 248), que diferencia o veto jurídico, em que existe análise de constitucionalidade, do veto político, motivado por critérios de conveniência e oportunidade:

“Assim, se os motivos do controle fossem políticos, ele não poderia ser um controle de constitucionalidade. Este é sempre técnico-jurídico [...]. O veto jurídico é um veto técnico, apoiado na suposta inconstitucionalidade do projeto de lei com a Constituição. O veto político é um controle meramente político, jamais um controle de constitucionalidade. O primeiro é exemplo do que aqui se chama de controle político, porque realizado por órgão político, o Chefe do Executivo. O segundo tipo não representa nenhum controle de constitucionalidade e não é objeto de estudo neste momento”.

Por sua vez, Mendes e Branco (2012, p. 1214) esclarecem que o veto presidencial deve ser expresso e motivado na inconstitucionalidade do projeto de lei (veto jurídico) ou na ofensa ao interesse público (veto político). Ademais, pode ser total ou parcial, situação em que jamais poderá recair sobre palavra específica, devendo atacar texto integral de artigo, parágrafo, inciso ou alínea, o que garante a integridade do teor da norma. Por fim, ressalta-se

que o veto não é absoluto, uma vez que, como exposto no tópico anterior, pode o Congresso proceder à derrubada do veto por votação da maioria absoluta dos senadores e deputados.

Por outro lado, a problemática da rejeição da aplicação de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo é posta por Moraes (2012, p. 736) da seguinte maneira:

O Poder Executivo, assim como os demais Poderes de Estado, está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito Democrático, as normas constitucionais. Dessa forma, não há como exigir-se do chefe do Poder Executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, lícitamente, negar-se ao cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário.

Todavia, a questão gera intensos debates em âmbito doutrinário e jurisprudencial, dividindo autores quanto a sua constitucionalidade. Na doutrina, entre aqueles que defendem tal possibilidade, destacam-se Luís Roberto Barroso, André Ramos Tavares, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, Miguel Reale, Clèmerson Merlin Clève, Gustavo Binbenbajt e Hely Lopes Meirelles. Por outro lado, posições desfavoráveis ou restritivas ao exercício do controle de constitucionalidade repressivo pelo Poder Executivo são encontradas nos magistérios de Gilmar Ferreira Mendes, Zeno Veloso, J. J. Gomes Canotilho e Jorge de Miranda.

No capítulo seguinte, a questão será analisada à luz dos argumentos favoráveis, considerando a supremacia da Constituição, o princípio da eficiência administrativa, a tese da nulidade da lei inconstitucional, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO CONTROLE REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO PODER EXECUTIVO

Parte significativa da doutrina brasileira e, inclusive, internacional, defende a possibilidade da rejeição administrativa de lei vigente com fundamento na alegação de sua inconstitucionalidade. A discussão é antiga, de maneira que diversos argumentos favoráveis foram suscitados ao longo do tempo, dentre os quais se destacam os princípios da supremacia da Constituição e da eficiência administrativa,²³ a adoção do dogma da nulidade da lei inconstitucional e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Tais considerações são analisadas em seguida, buscando demonstrar a possibilidade da prerrogativa em análise.

2.1 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Como exposto no primeiro capítulo, a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional guardam intrínseca ligação com a ideia de sistema e, conseqüentemente, com o controle de constitucionalidade compreendido como mecanismo garantidor de coerência interna. Portanto, busca-se examinar a ideia de supremacia da Constituição, articulando-a com a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade, com o objetivo de verificar se tal instituto corrobora a possibilidade de rejeição de leis inconstitucionais pelo Poder Executivo.

A concepção do ordenamento jurídico na qualidade de sistema encontra importante contribuição no pensamento de Hans Kelsen, para o qual é relevante a ideia de construção escalonada do ordenamento. Ao estudar a contribuição do jurista austríaco, Cristóvam (2016, p. 71) afirma que na obra *kelseniana* o direito apresenta-se como conjunto de normas ordenadas a partir de uma relação de adequação a um sistema. Nesse sentido, adequada é a norma válida, compreendida como aquela criada em respeito ao procedimento previsto em

²³ Ao longo desta monografia, são feitas inúmeras referências a princípios constitucionais, tais como a supremacia constitucional, a eficiência administrativa, a segurança jurídica, a separação de poderes etc. Embora a análise da estrutura ou da função dos princípios constitucionais não esteja entre os objetivos do presente trabalho, impõe-se a apresentação de um breve conceito operacional, o que é feito a partir do paradigma neoconstitucionalista. Nesse sentido, destaca-se que a leitura oferecida pelo positivismo jurídico concebe uma função subsidiária aos princípios, aliada à baixa normatividade das constituições e ao dogma da completude do ordenamento jurídico. Todavia, a partir da crítica do constitucionalismo contemporâneo, orientada por uma teoria material da Constituição, a normatividade dos princípios constitucionais pode ser consolidada. Assim, com esteio na proposta neoconstitucionalista, operou-se a transição da baixa normatividade dos princípios gerais do Direito, própria do positivismo jurídico, para a força normativa e vinculante dos princípios constitucionais, que passam a ser entendidos como normas que fundamentam todo o ordenamento jurídico, na medida em que lhe fornecem racionalidade sistêmica e integralidade (CRISTÓVAM, 2016, pp. 88-89). É justamente esta visão que anima o presente texto monográfico, de modo que as menções ao conceito de “princípio constitucional” importam na assunção, ao menos em certa medida, da orientação neoconstitucionalista, especialmente no que se refere à normatividade e ao caráter basilar dos princípios frente ao ordenamento jurídico.

norma superior, que, por sua vez, retira sua validade de outra norma superior. Tal dinâmica se repete até a denominada “norma hipotética fundamental”, que, sendo pressuposta pelo próprio ordenamento, não retira sua validade de qualquer outra.

A teoria *kelseniana* da construção escalonada do ordenamento é recepcionada na obra de Norberto Bobbio. Para o autor italiano, todavia, a derivação de uma norma hipotética fundamental responde ao questionamento acerca da unidade do ordenamento, da relação de cada norma com o todo. Por outro lado, a definição do ordenamento jurídico como sistema – compreendido como um conjunto de entes entre os quais há determinada ordem – aponta não apenas para a relação dos componentes com o todo, mas destes entre si (BOBBIO, 1995, p. 71). Em outras palavras, enquanto a unidade encontra-se na derivação das normas de uma mesma fonte autorizadora, o que se resolve a partir da ideia de norma hipotética fundamental; a compreensão sistemática do ordenamento pressupõe uma relação de coerência entre todos os seus componentes.

Nesse sentido, Bobbio (1995, p. 81) apresenta três concepções de sistema no direito, sendo a mais relevante, para os fins deste trabalho, aquela segundo a qual em um sistema jurídico não podem coexistir normas incompatíveis entre si, impondo, por conseguinte, a exclusão das incompatibilidades (antinomias).

Por outro lado, é certo que as normas constitucionais ocupam lugar de destaque no ordenamento jurídico moderno, de maneira que, por suas características próprias, a incompatibilidade da legislação infraconstitucional em relação à Constituição demanda explicação mais detalhada do que aquela resultante dos critérios para solução de antinomias. Por sua vez, o caráter peculiar das normas constitucionais reside justamente na Supremacia da Constituição e na rigidez constitucional.

Segundo Silva (2005, p. 46), a supremacia da Constituição, circunstância decorrente da rigidez constitucional, consiste no fato de que todas as autoridades recebem poderes e competências do texto constitucional, exercendo-os nos termos estabelecidos pelo constituinte, ao passo que todas as demais normas retiram dele seu fundamento de validade.

De acordo com Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 1), a supremacia constitucional justifica a circunstância pela qual somente serão válidos os atos dos poderes constituídos quando compatíveis com a Constituição. Tal instituto encontra fundamento em duas razões: (a) a relevância de seu conteúdo e (b) a sua origem. Quanto ao primeiro fundamento, de índole objetiva, destacam-se a previsão dos direitos fundamentais e a disciplina da organização do Estado, na qual se opera a distribuição de competências e o estabelecimento de limites para a atuação dos poderes estatais. Já o segundo fundamento, de fundo genético,

representa a tradução da relação hierárquica existente entre o poder constituinte, plenamente soberano, e os poderes constituídos, que atuam em conformidade com os desígnios constitucionais.

Em semelhante sentido, para Bulos (2015, p. 130) são reflexos da supremacia constitucional na ordem jurídica, dentre outros, os princípios: (a) da defesa da Constituição, pelo que se impõe a existência de mecanismos garantidores da superioridade hierárquica das normas constitucionais sob as demais, tal como o controle de constitucionalidade; e (b) da rigidez constitucional, pelo o qual se distingue a simples elaboração de leis pelo legislador ordinário da dificultosa e solene reforma do texto constitucional.

Pelo o até aqui exposto, percebe-se que a norma constitucional, possuindo caracteres próprios em relação às demais espécies normativas, requer soluções específicas para as ofensas veiculadas por atos normativos infraconstitucionais, como ocorre com o controle de constitucionalidade. Nesse sentido, Barroso (2010, p. 104) constata a superioridade jurídica da Constituição perante as demais normas, o que gera a invalidade do ato jurídico que com ela for incompatível, bem como demanda, para assegurar tal supremacia, os mecanismos da jurisdição constitucional e, em especial, o controle de constitucionalidade.

Exposta a relação intrínseca existente entre a ideia de supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade, importa considerar o reflexo deste instituto na corroboração da hipótese aqui analisada, consistente na possibilidade do exercício do controle de repressivo pelo Poder Executivo.

A rejeição de leis inconstitucionais pelo poder Executivo é definida por Gomes (2007, p. 10) como ato administrativo de não-aplicação de lei motivada por sua incompatibilidade com o texto constitucional. Segundo a autora, o expediente levado a cabo pela autoridade administrativa encontra fundamento na supremacia da Constituição, ao mesmo tempo em que importa na ruptura com o princípio da estrita legalidade.

Por sua vez, Lenza (2014, p. 264) identifica a utilização da supremacia da Constituição como fundamento para a rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo a partir da promulgação da Constituição de 1988. Como exposto no primeiro capítulo, a EC nº 16/1965 introduziu o controle concentrado no direito brasileiro, estabelecendo como único legitimado ativo o Procurador-Geral da República. Assim durante a vigência das Constituições de 1946 e 1967/1969, a doutrina e jurisprudência justificavam a possibilidade do Chefe do Poder Executivo rejeitar a aplicação de lei inconstitucional a partir da ausência de competência para provocar o Poder Judiciário e discutir a constitucionalidade da norma em questão. Todavia, com a Constituição Cidadã, tal justificativa perdeu força, uma vez que

Governadores e Presidente da República foram incluídos no rol de legitimados para ensejar o controle concentrado. A partir de então, a supremacia Constitucional passou a ser o argumento central utilizado pelos defensores da supracitada tese.

Com posicionamento abertamente favorável à possibilidade aqui analisada, Barroso (1990, p. 393) afirma que a supremacia constitucional irradia sobre todos os particulares e instituições estatais, exigindo de todos os poderes da República a guarda da Constituição, o que inclui o Executivo na atividade administrativa. Ademais, conclui o autor, que, por força do princípio sob análise, a interpretação da Constituição não configura monopólio do Judiciário – ainda que a este caiba a palavra final sobre o assunto –, mas constitui poder-dever do Executivo, possibilitando que a lei cuja aplicação resulte em afronta ao texto constitucional seja rechaçada

Por sua vez, Dimoulis e Lunardi (2012, p. 342) advogam o exercício do controle de constitucionalidade repressivo pelo Executivo afirmando que o ordenamento brasileiro adota o princípio da supremacia constitucional, não havendo supremacia legislativa ou judicial. Por tal razão, o poder-dever de guardar a Constituição é destinado a todos os Poderes de Estado, cada um no âmbito de suas competências. Trata-se de uma concepção “universalista” de controle de constitucionalidade, que garante ao Executivo a possibilidade de rejeitar a aplicação de lei que considere inconstitucional.

Em semelhante sentido, Medeiros (1999, p. 168), ao analisar a rejeição de leis inconstitucionais à luz do texto constitucional português, afirma que admitir a tese da eficácia obrigatória da lei inconstitucional até que um Tribunal Constitucional assim a declare significa conceber a Constituição como norma cuja eficácia só alcança a atividade legislativa e, de maneira correlata, a jurisdicional no exercício do controle de constitucionalidade. Segundo o autor, tal entendimento não se adequa à Constituição portuguesa, que expressamente subordina a ação administrativa aos ditames constitucionais. Pode-se falar, portanto, em um princípio da “vinculação da Administração à Constituição”, pelo o qual a autoridade administrativa, orientada pela constitucionalização do direito administrativo, é chamada a contribuir ativamente na concretização das normas constitucionais.

Ainda sob o mesmo fundamento, Cristóvam (2015, p. 255) enquadra o problema aqui posto como atuação *contra legem* da Administração Pública, que, a partir de uma dimensão de juridicidade administrativa, justifica-se pela supremacia da Constituição e pela lógica hierárquica que orienta o ordenamento jurídico.

Por fim, destaca-se o magistério de Binenbojm (2008, p. 175), que, à luz da ideia de juridicidade administrativa, admite o repúdio à lei inconstitucional tanto pelo Executivo como

pelos demais Poderes no exercício das funções administrativas. Para o autor, a atividade administrativa encontra fundamento direto e precípuo no texto constitucional, razão pela qual a Administração Pública deve figurar como intérprete e executora da Constituição, possibilitando, conseqüentemente, a rejeição de leis que considere inconstitucionais, sem necessitar de pronunciamento prévio do Poder Judiciário.

Como pode-se perceber a partir dos posicionamentos favoráveis à rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo, a doutrina tem enxergado uma vinculação direta entre o texto constitucional e a atividade administrativa, concedendo à legalidade um papel relevante, porém secundário quando comparado aquele exercido pela Constituição.

Nessa linha de ideias, importa considerar, igualmente, a evolução doutrinária no âmbito do direito administrativo, no que se refere ao fenômeno da constitucionalização e à ideia de juridicidade administrativa. Portanto, busca-se, a partir de uma renovada doutrina administrativista constitucionalizada, angariar argumentos que corroborem a hipótese aqui discutida.

Primeiramente, a questão posta em debate pode ser analisada a partir da relação estabelecida entre o direito constitucional e o direito administrativo. De acordo com Baptista e Capecchi (2016, p. 1940), é possível identificar uma relação pendular de dominância entre os dois campos do direito público, gerando, em determinados momentos, a sobreposição de uma disciplina sobre a outra. Diante desse panorama, os autores procuram ressignificar tal relação, identificando uma dependência recíproca entre as promessas constitucionais e a concretização instrumental administrativa.

Outrossim, o papel hermenêutico e instrumental da Administração Pública em face da Constituição é reforçado por Baptista e Capecchi (2016, p. 1945) ao afirmarem que:

“[...] parece importante chamar atenção para a dependência que a realização do projeto constitucional tem de sua absorção pelo Estado administrativo. Como, em grande parte, a Constituição se realiza para o cidadão pela via da Administração Pública, as leituras e interpretações que a Administração Pública faz do texto constitucional passam a ser fundamentais para o próprio direito constitucional. É ali, nesse campo cotidiano e comezinho, das relações triviais do cidadão com o Estado, que o fenômeno constitucional acaba sendo percebido. Aos estudiosos de ambas as matérias não é dado ignorar tal realidade.”

O estabelecimento de uma relação simbiótica entre os ramos do direito público alinha-se à proposta em discussão, na medida em que a burocracia estatal oferece as ferramentas para trazer à realidade as promessas do texto constitucional. Em outras palavras, o sucesso do

projeto constitucional depende, de certo modo, da atuação administrativa, razão pela qual justifica-se a atribuição do papel de intérprete da Constituição à Administração Pública.

Por sua vez, a concepção de direito público fundada na interdependência entre matérias constitucionais e administrativas é reforçada pelo fenômeno da constitucionalização do direito administrativo.

Quanto à constitucionalização do direito, de Binbenojm (2008, p. 63), afirma tratar-se de processo de incorporação em sede constitucional de questões antes regulamentadas pelo legislador ordinário e, especialmente, de filtragem constitucional de todo o ordenamento, que passa a ser interpretado a partir de lentes constitucionais, evitando, assim, o descompasso com a lei suprema.

Consoante o magistério de Barroso (2005, p. 12), a ideia de constitucionalização do direito representa um efeito expansivo das normas constitucionais, que, irradiando sobre todo o ordenamento jurídico, condicionam a validade e o sentido das demais normas. Ademais, afirma o autor que o supracitado efeito repercute na esfera de atuação da Administração Pública ao (a) limitar a discricionariedade; (b) impor deveres de atuação; e (c) fundamentar a aplicação direta da Constituição à revelia do legislador ordinário.

Quanto aos resultados da incidência deste fenômeno especificamente no ramo do direito administrativo, Cristóvam (2015, p. 250) destaca o movimento de substituição da legalidade pelo próprio texto constitucional na qualidade de orientação máxima da atuação administrativa. Segundo o autor, o papel de destaque antes exercido de forma onipotente pela lei em face da Administração Pública é deslocado em direção à normatividade constitucional, que passa a incidir diretamente sobre o agir administrativo, justificando-o e legitimando-o.

Em sentido semelhante ao que aqui articulado, Cademartori e Oliveira (2016, p. 174) afirmam a vinculação da Administração Pública ao texto constitucional como consequência da constitucionalização do direito administrativo, indicando, por conseguinte, a possibilidade do gestor público rechaçar a aplicação de lei inconstitucional com fundamento na Constituição:

“Portanto, como consequência da constitucionalização do direito administrativo, o gestor público encontra-se vinculado não apenas à lei *stricto sensu*, mas diretamente às normas constitucionais, em caráter não só formal mas principalmente substancial [...]. Todavia, deve-se estar atendo ao fato de que não parece certo cogitar a possibilidade de descumprir norma positivada a pretexto de melhor atendimento às finalidades constitucionalmente estabelecidas (a menos que seja norma inconstitucional)”.

Na mesma linha de ideias, Binenbojm (2009, p. 70) afirma que do processo de constitucionalização do direito administrativo resulta a transformação da legalidade administrativa em “juridicidade administrativa”, representando a vinculação direta da Administração ao texto constitucional. Trata-se do deslocamento da lei como fundamento derradeiro da atividade administrativa para o complexo sistema de juridicidade construído a partir da Constituição, no qual a legalidade é apenas um dos princípios. Segundo tal raciocínio, justifica-se a atuação administrativa (a) sem a mediação legislativa; (b) para além da mediação legislativa; e, inclusive, (c) contra normas legais (atuação *contra legem*), desde que encontre fundamento e limites nas normas constitucionais.

Todo o renovado arcabouço teórico administrativista aqui exposto evidencia a vinculação da Administração Pública à Constituição, atuando aquela como vetor do projeto por esta estabelecido. Ressalta-se, portanto, a possibilidade de justificar a hipótese aqui analisada não apenas com base na teoria constitucional, mas, igualmente, a partir de uma leitura constitucionalizada do direito administrativo. Dessa forma, devendo funcionar como burocracia sensível às promessas constitucionais, é fundamental que Administração Pública, para concretizar tais promessas, possa interpretar a Constituição fazendo valer sua supremacia sobre todo o ordenamento.

2.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Conforme demonstrado no tópico antecedente, não somente a teoria constitucional, mas também uma renovada doutrina administrativista constitucionalizada pode oferecer respostas sobre o exercício do controle repressivo de constitucionalidade pelo Poder Executivo. Nesse sentido, a já mencionada ascensão da Constituição frente à legalidade administrativa insere-se, segundo, Binenbojm (2009, p. 131) em um contexto maior de crise da lei, que, a partir da defesa dos direitos fundamentais e da supremacia constitucional, justifica a atuação *contra legem* da Administração Pública diante de um comando legislativo inconstitucional. Assim, busca-se investigar os reflexos do princípio da eficiência administrativa sob a questão posta em debate.

De acordo com o magistério de Hely Lopes Meirelles (2015, p. 105), o princípio da eficiência administrativa demanda o exercício das funções administrativas com presteza, perfeição e rendimento funcional, obrigando o Administrador a desempenhar suas atividades buscando resultados razoáveis na prossecução do interesse público.

Já para Di Pietro (2014, p. 84), o princípio em análise pode ser considerado sob a ótica da atuação do agente administrativo, esperando deste o melhor desempenho possível; e a partir da organização da própria Administração Pública, que deverá ser estruturada visando, igualmente, os melhores resultados na prestação do serviço público.

No magistério de Carvalho Filho (2014, p. 37), o princípio da eficiência é definido a partir de um núcleo fundamental de busca pela produtividade, economicidade e racionalidade nos gastos públicos, o que resultaria na prestação de serviços com presteza, rendimento funcional, celeridade, qualidade, desburocratização e flexibilização.

Segundo Miragem (2011, p. 39), o princípio da eficiência administrativa, não sendo obra do constituinte originário de 1988, constitui a materialização da reforma estatal promovida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que inseriu um imperativo de conduta eficiente à Administração Pública. Para o autor, a inserção da eficiência entre os princípios informadores da atuação administrativa representa a adoção de um modelo gerencial de Administração Pública, cujos caracteres retiram-se do contraste com o modelo anterior: a administração burocrática, que, ao superar o paradigma patrimonialista que confundia o público e o privado, seria marcada por um agir lento, custoso, rígido e autorreferente. Nesse sentido, a perspectiva gerencial seria, dentre outras características, voltada ao atendimento dos interesses dos administrados (e não mais autorreferenciada) e controlada sob a ótica do melhor resultado (e não mais por um controle rígido procedimental).

Por outro lado, a introdução do princípio da eficiência na ordem constitucional da Administração Pública não se operou sem controvérsias. Consoante expõe Di Pietro (2014, p. 84) ao mencionar às tensões existentes entre os princípios da eficiência e da legalidade. Por sua vez, na obra de Marcelino Junior (2009, p. 184) também são encontradas duras críticas à adoção do princípio da eficiência administrativa, cuja inserção no texto constitucional teria se operado de maneira acrítica e à revelia de um denso debate nacional. Para mencionado autor, corre-se o risco de deixar a eficiência vincular os demais princípios norteadores do agir administrativo, submetendo todas as práticas da Administração Pública à lógica de uma relação custo-benefício e legitimando juridicamente um discurso defendido pelo “eficientismo-economicista neoliberal”.

Todavia, Cristóvam (2015, p. 292) alerta para a ausência de identificação total entre o princípio da eficiência e o modelo administrativo gerencial e, igualmente, uma faceta neoliberal da Administração Pública, ainda que uma aproximação entre tais conceitos possa ser realizada. Para o autor, é possível conceber o supracitado princípio a partir de duas perspectivas: (a) da racionalidade e otimização dos recursos públicos; e (b) da melhor

satisfação dos resultados almejados. Em ambas as perspectivas, o supracitado princípio desempenha papel instrumental na persecução dos direitos fundamentais.

Somando-se à supremacia da Constituição, verifica-se que os imperativos decorrentes do princípio da eficiência administrativa também podem justificar a atuação *contra legem* do Poder Executivo. Nesse sentido, Binenbojm (2008, p. 190) afirma a existência de precedente no Tribunal de Contas da União - TCU em que se operou a convalidação de contrato administrativo de prestação de serviços incompatível com determinados dispositivos da Lei de Licitações à luz do princípio da eficiência e em detrimento da legalidade.

Em sentido semelhante, Cristóvam (2015, p. 257) advoga a prevalência do princípio da eficiência administrativa sob a legalidade nas excepcionais situações em que o Administrador depara-se com leis restritivas de direitos fundamentais do administrado ou definidoras de procedimentos burocráticos que geram obstáculos ao agir administrativo. Ressalta-se que tais propostas não representam a submissão da legalidade ao princípio da Eficiência, mas buscam garantir a prevalência excepcional desta sobre aquela, sobretudo quando diante de leis restritivas de direitos fundamentais.

Nessa linha de ideias, demonstrado que, em casos excepcionais, o ordenamento jurídico pátrio corrobora a atividade *contra legem* da Administração Pública com fundamento no princípio da eficiência administrativa, especialmente como vetor da defesa dos direitos fundamentais, busca-se analisar a incidência desta lógica na hipótese em apreço. Trata-se de verificar se a busca pela eficiência corrobora a rejeição de lei incompatível com o texto constitucional.

A aproximação entre o princípio da eficiência e a rejeição de leis inconstitucionais é feita por Kuster (2016, p. 243) a partir da análise do processo administrativo fiscal brasileiro. Para o autor, uma vez compreendida a eficiência como imperativo de melhor resultado dos serviços públicos aliado ao melhor aproveitamento dos recursos governamentais, não se justifica a aplicação pelo Fisco de lei considerada inconstitucional em posicionamento prévio do Supremo Tribunal Federal cuja decisão não operou efeitos vinculantes sobre os demais poderes.

A concepção do princípio da eficiência administrativa apresentada alinha-se ao raciocínio até aqui exposto, na medida em que é desarrazoado obrigar o Administrado (mais especificamente o contribuinte no exemplo acima) a demandar judicialmente a anulação do ato administrativo fundamentado em lei inconstitucional, sempre que houver decisão, ainda que não vinculante, no STF indicando a incompatibilidade da norma impugnada com o texto constitucional.

Tal compreensão corrobora a hipótese sob análise uma vez que obrigar o Administrador a aplicar lei inconstitucional, que será posteriormente questionada judicialmente, parece não ser o uso mais racional da máquina pública em termos de resultados e manejo de recursos. Por óbvio, não se está justificando o afastamento da legalidade administrativa frente ao imperativo de eficiência. Todavia, advoga-se sua utilização como argumento acessório à supremacia constitucional. Em outras palavras, constatada uma ofensa à Constituição, e em especial a restrição a direitos fundamentais, a negativa de aplicação de lei inconstitucional fundada no grau hierárquico superior das normas constitucionais é reforçada pelo princípio da eficiência administrativa.

2.3 A TESE DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL

Conforme exposto no primeiro capítulo, no que se refere à sanção imposta à lei declarada inconstitucional, prevalece no âmbito jurisprudencial e doutrinário brasileiro a tese da nulidade. Nesse sentido, a incompatibilidade com a Constituição é vício que atinge a norma inconstitucional em sua origem, limitando-se a decisão que a constate a declarar mácula já constituída. Em outras palavras, a inconstitucionalidade é situação jurídica preexistente à sua declaração pelo Poder Judiciário. Assim, busca-se verificar os impactos da adoção do dogma da nulidade em face da possibilidade de rejeição de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo.

Em resumo, a tese da nulidade pode ser definida partir da noção de que a norma inconstitucional é nula e, portanto, destituída de qualquer eficácia jurídica, de maneira que o pronunciamento do vício retroage à sua origem, alcançando os atos pretéritos que nela encontraram fundamento (MORAES, 2012, p. 788).

Por outro lado, para Ramos (1994, p. 89), a sanção de nulidade não tem propriamente efeito retroativo, pois apenas opera um acerto de uma nulidade absoluta já existente. Em outras palavras, a declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário importaria apenas em uma sanção (invalidade absoluta) já imposta pelo próprio ordenamento quando do nascimento da lei contrária ao texto constitucional, para que lhe privar de efeitos *ab initio*. Trata-se da denominada nulidade da norma inconstitucional de pleno direito.

Por sua vez, a tese da anulabilidade afirma a regularidade da edição de lei até o seu reconhecimento como inconstitucional, de maneira que, a partir da ideia de presunção de constitucionalidade, sua aplicação gera efeitos que não podem ser afastados. Nesta concepção,

portanto, a lei inconstitucional é anulável, tendo a declaração de inconstitucionalidade caráter constitutivo e efeitos prospectivos (MENDES, 1998, p. 412).

Na doutrina de Dimoulis e Lunardi (2011, p. 86), a questão é posta sob a ótica da carga de eficácia preponderante e o alcance temporal da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de determinada norma. Segundo os autores, com base nos ensinamentos de Pontes de Miranda, a carga de eficácia de uma decisão constitui a projeção em âmbito processual da pretensão à tutela jurídica; podendo ser declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva lato sensu. A discussão em tela resume-se em saber se a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia declaratória, e, portanto, proclama a existência de um vício desde o nascimento da norma, impondo efeito retroativo (*ex tunc*); ou constitutiva negativa, e assim atinge a norma impugnada apenas a partir do pronunciamento judicial, criando uma situação jurídica nova e com efeito prospectivo (*ex nunc*).

Segundo Ramos (1994, p. 99), as características do modelo de controle de constitucionalidade vigente oferecem indicativos a respeito da sanção adotada pelo ordenamento em face da lei inconstitucional. Nesse sentido, afirmando a invalidade de pleno direito da norma inconstitucional, constata o autor que a nulidade demanda o controle incidental, isolado ou combinado com o controle pela via principal; já que de outra forma todos os juízes estariam obrigados a aplicar a lei inválida até o pronunciamento em sede de controle concentrado. Por sua vez, a anulabilidade, por resultar em invalidação prospectiva, demanda o controle concentrado, pois o amplo contingente de destinatários da norma legal exige, para a invalidação de alguns efeitos e manutenção temporária de outros, a decisão unitária e com eficácia erga omnes pela Corte Constitucional. Ressalta o autor, ainda, que “[...] as categorias de sanção de inconstitucionalidade são incompatíveis entre si [...], em face das características excludentes dessas duas categorias” (RAMOS, 1994, p. 101).

Por sua vez, Mendes (1999, p. 413), após apontar uma tentativa de adoção jurisprudencial da doutrina *kelseniana* em direção à tese da anulabilidade da lei inconstitucional, constata a definitiva fixação do dogma da nulidade pelo Supremo Tribunal Federal. A conclusão do pretório excelso consolida o entendimento segundo o qual a sanção de anulabilidade é incompatível com o status superior do texto constitucional, uma vez que o reconhecimento, mesmo que temporário, da validade de lei inconstitucional ofenderia o princípio da supremacia da Constituição. O autor chega a afirmar a existência de um princípio, com hierarquia constitucional, da nulidade da lei inconstitucional.

Em semelhante sentido, Clève (1995, p. 163) aponta a superação da discussão acerca dos efeitos decorrentes da decisão de inconstitucionalidade no direito brasileiro, se retroativos

(*ex tunc*) ou prospectivos (*ex nunc*). Tendo o modelo pátrio de controle de constitucionalidade sido fortemente influenciado pelo direito norte-americano, firmou-se a tese da nulidade da lei inconstitucional, de modo que, independentemente de tratar-se de fiscalização difusa ou concentrada, a sanção aplicada à norma impugnada será a nulidade.

Igualmente, destaca-se o magistério de Ramos (1994, p. 111), ao afirmar que a nulidade como sanção da lei inconstitucional foi tese que prevaleceu no direito brasileiro em decorrência da adoção inicial do modelo incidental de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, a posterior introdução do sistema concentrado pela via principal por meio da EC nº 16/1965 não teve o condão de alterar a índole já estabelecida do ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, conforme explicado, as categorias sancionatórias são mutuamente excludentes.

Por fim, a respeito da modulação dos efeitos temporais do pronunciamento de inconstitucionalidade, fenômeno denominado por Barroso (2009, p. 20) como “atenuação do dogma da nulidade”, pode-se concluir que seus impactos não são significativos para a hipótese aqui analisada. Explica-se: seja qual for a teoria adotada pelo ordenamento brasileiro, impõe-se a existência de certo temperamento para resguardar situações particulares, de maneira a fazer o reconhecimento da inconstitucionalidade retroagir ou avançar conforme as circunstâncias do caso concreto. Este é o entendimento encontrado no magistério de Sarlete, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 1155), que afirmam a necessidade de modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, independentemente do caráter declaratório ou constitutivo do pronunciamento.

Definidas as premissas que fundamentam as duas concepções, as consequências da adoção de cada teoria e a prevalência da tese da nulidade da lei inconstitucional, importa verificar como a doutrina tem enxergado os seus impactos em face da rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo.

Segundo o magistério de Clève (1995, p.165), apenas a tese da nulidade da lei inconstitucional justifica a recusa da Administração Pública em aplicar lei considerada inconstitucional, sem prejuízo de posterior análise judicial. Na visão do autor, ao adotar a anulabilidade como sanção da norma inconstitucional, impõe-se a observância obrigatória por todos os destinatários da norma – aí incluído o Executivo – até o pronunciamento da inconstitucionalidade pelo órgão competente.

Em sentido semelhante, Ramos (1994, p. 237) deriva a possibilidade de rejeição de lei inconstitucional do sistema sancionatório adotado pelo ordenamento brasileiro:

“Se a sanção prevista para a lei viciada é a da anulabilidade, negando-se à decisão judicial anulatória efeitos retroativos, não há como pretender o Executivo eximir-se do dever de cumprir o ato legislativo. Afinal, embora passível de invalidação ex nunc, a lei inconstitucional dispõe, nessa hipótese, de validade provisória, incidindo imperativamente até que sobrevenha a sua anulação pelo órgão de controle. Ainda nesse sistema sancionatório, contudo, se é admitida certa eficácia retroativa à decisão anulatória parece-nos que, em princípio, se deve reconhecer à Administração a faculdade de recusar à lei inconstitucional, porquanto, desse modo, estará sendo resguardado o patrimônio público, evitando-se a consumação de situações irreversíveis, mesmo com o advento da anulação do ato legislativo pelo órgão de controle”.

Por outro lado, Ramos (1994, p. 238) é enfático ao estabelecer a possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional quando da adoção da tese da nulidade, tratando-se de competência irrecusável do Poder Executivo, que também se encontra submetido à Constituição. Na visão do autor, a negativa de aplicação consiste tão somente no reconhecimento pela Administração Pública do fato da norma ser completamente destituída de eficácia desde seu nascimento em decorrência da sanção de nulidade. Ademais, o pronunciamento executivo não vincula terceiros, de maneira que os administrados poderiam livremente discutir a constitucionalidade da norma cuja aplicação foi afastada.

Por sua vez, em investigação acerca das prerrogativas do Poder Executivo em âmbito municipal, Meirelles (1998, p. 514) advoga o descumprimento pelo Poder Executivo das leis contrárias à Constituição ou à lei hierarquicamente superior. Afirma o autor que o Estado de Direito não é dominado pelo princípio da legalidade, de maneira que tanto os administrados como os administradores submetem-se apenas às leis regularmente elaboradas. Todavia, os atos públicos são dotados de presunção de legitimidade, o que afasta a possibilidade de um particular negar a aplicação da lei antes que o Judiciário assim determine. Por outro lado, o inverso ocorre com a Administração Pública, em favor de quem milita a presunção de legitimidade. Nesta linha de raciocínio, tanto o Legislativo como o Executivo praticam atos presumidamente legítimos, podendo o segundo negar, por ato formal e expreso, a aplicação dos atos legislativos.

Ademais, ressalta-se que, acolhida a sanção da nulidade, o Poder Executivo não só pode como deve recusar a aplicação de lei por ele reputada como inconstitucional, tratando-se, conforme o magistério de Ramos (1994, p. 247), de um poder-dever de descumprimento da norma que ofenda o texto constitucional. Portanto, percebe-se que a adoção da tese da nulidade da lei inconstitucional corrobora o exercício do controle de constitucionalidade repressivo pelo Executivo.

2.4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Apresentados os principais argumentos teóricos favoráveis à rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo, importa considerar o posicionamento da jurisprudência brasileira sobre o tema em questão. Portanto, busca-se verificar se há uma orientação definida no âmbito do Supremo Tribunal Federal e se ela corrobora a hipótese aqui analisada.

Parcela significativa da doutrina afirma que a possibilidade da Administração Pública recusar a aplicação de lei considerada inconstitucional encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Todavia, é consenso que os posicionamentos mais contundentes do STF acerca da matéria em debate ocorreram antes da vigência da Constituição de 1988.

Nesse sentido, Mendes (1998, p. 311) identifica a consolidação da orientação jurisprudencial favorável à hipótese sob análise em momento anterior à Constituição Cidadã. Segundo o autor, até a introdução do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado com a EC nº 16/1965, tal possibilidade era plenamente referendada, sendo legítima a rejeição de lei inconstitucional. Por sua vez, na vigência da Constituição de 1967/69 – já existindo o controle concentrado –, o STF reconheceu a possibilidade do Poder Executivo estadual determinar, por meio de decreto, a não aplicação de lei promulgada pela assembleia estadual a partir da rejeição do veto executivo fundamentado no vício de iniciativa. Trata-se da Representação de Inconstitucionalidade nº 980/SP, que será mais adiante analisada.

Com semelhante entendimento, Barroso (1990, p. 395) afirma que a ausência de vinculação do Poder Executivo ao cumprimento de normas inconstitucionais encontra respaldo jurisprudencial antigo, fazendo referência ao MS nº 4.211/PB de 1957, de relatoria do Min. Cândido Motta Filho, em que o STF discutiu a recusa do Executivo paraibano em aplicar lei estadual que concedia aumento de vencimentos a servidores públicos, sob o argumento da inconstitucionalidade.

Com efeito, impõe-se a análise dos argumentos levantados nas decisões anteriores à Constituição Cidadã, para verificar sua compatibilidade com a nova ordem constitucional, especialmente no que se refere à ampliação do rol de legitimados para promover o controle concentrado de constitucionalidade.

Dentre os julgados mencionados pelos estudiosos do tema, ganha relevo a Representação de Inconstitucionalidade nº 980/SP, de relatoria do Min. Moreira Alves, julgada pelo tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal, em 21 de novembro de 1979. Segundo Ramos (1994, p. 238), a Rep. nº 980/SP consolidou, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência favorável à rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo.

Tal expediente foi identificado na supracitada decisão como autêntico “poder-dever” da Administração Pública, em respeito ao princípio da supremacia da Constituição.

Na oportunidade, foi julgado constitucional o Decreto Estadual paulista nº 7.846/1976, que determinou aos órgãos subordinados à chefia do executivo estadual que recusassem a aplicação de dispositivos legais vetados por vício de iniciativa durante o processo legislativo. Buscava o Governador Paulo Egydio Martins impor a abstenção da Administração do Estado de São Paulo em face de normas impugnadas por veto governamental fundado na ausência de iniciativa exclusiva do Poder Executivo, mas ainda sim promulgadas por meio de decreto legislativo após a rejeição do veto pela Assembleia Legislativa.

As considerações iniciais do Decreto merecem destaque, pois fazem menção à jurisprudência favorável à rejeição de lei inconstitucional. Ademais, o texto do Decreto é expresso ao estabelecer o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário como condição resolutive da sua vigência:

“PAULO EGYDIO MARTINS, GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, no uso de suas atribuições legais, e Considerando que a jurisprudência tem reconhecido, de maneira constante e uniforme, ser facultado ao Poder Executivo deixar de cumprir os dispositivos eivados de inconstitucionalidade; Considerando que o artigo 22 e seu parágrafo único, da Constituição do Estado (Emenda nº 2), são bastante claros ao disporem sobre as leis cuja iniciativa e da competência exclusiva do Governador; Considerando que e dever do Poder Executivo resguardar essa prerrogativa constitucional; Considerando, finalmente, que oposto veto, por infringência das normas citadas, e caso seja ele rejeitado, impõe-se o não cumprimento das disposições que dele resultarem até que o Poder Judiciário se pronuncie em definitivo sobre o assunto, Decreta: [...]”. (São Paulo, 1976, on-line).

Por sua vez, o primeiro artigo do diploma legal define o escopo de sua incidência:

“Artigo 1.º - Quando dispositivos vetados por infringência do Artigo 22 e seu parágrafo único, da Constituição do Estado (Emenda n. 2), venham a ser promulgados em consequência da rejeição de veto, a Assessoria Técnico-Legislativa comunicará o fato por ofício: I - à Secretaria da Justiça, para as providências judiciais cabíveis por parte da Procuradoria Geral do Estado; II - às Secretarias de Estado, a que interessarem os dispositivos, inclusive às autarquias que lhes estejam vinculadas, a fim de que se abstenham da prática de atos que importem na sua execução; III - à Procuradoria da Fazenda junto ao Tribunal de Contas, para as providências que couberem nos casos submetidos ao seu exame”. (São Paulo, 1976, on-line).

A supracitada Representação de Inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, por solicitação da presidência da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Todavia, o pleito foi julgado improcedente, sendo fixada a tese vencedora de que

cabe ao Poder Executivo à recusa de aplicação de lei quando em defesa da Constituição. Nesse sentido, destaca-se o voto do Ministro relator:

“Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que pode o Chefe do Poder Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que se lhe afigure inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento a lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos Poderes do Estado para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado?” (BRASIL, 1979, on-line).

Todavia, ressalta-se que o próprio voto resguarda a prerrogativa do Poder Judiciário de conceder a palavra final quanto a potencial inconstitucionalidade da norma rejeitada:

“De qualquer sorte, é certo que ao Poder Judiciário continua reservado dizer a última palavra sobre a existência, ou não, da inconstitucionalidade, assumindo a Administração Pública o risco de eventual falta de adequação do caso concreto à inconstitucionalidade decorrente da ausência de iniciativa exclusiva do Executivo”. (BRASIL, 1979, on-line).

Por outro lado, no MS n.º 14.557/SP, de relatoria do Min. Cândido Mota Filho, julgado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, em 23 de junho de 1965, destaca-se a problemática do caráter manifesto do vício de inconstitucionalidade como condição para a validade da rejeição da lei pelo Poder Executivo. A ementa do acórdão citado deixa claro que apenas diante de “evidente inconstitucionalidade”, pode (e, acrescenta-se, igualmente, deve) recusar a aplicação de lei inconstitucional (BRASIL, 1965, p. 335).

Todavia, se por um lado ganha-se em segurança jurídica ao condicionar a validade do descumprimento de lei inconstitucional à clareza do vício, por outro tal medida esbarra na difícil tarefa, como afirma Cristóvam (2015, p. 255), de definir o conceito de lei “manifestamente inconstitucional”.

A mesma questão é levantada por Ramos (1994, p. 239), que adota posição mais temperada, afirmando que, sob um ponto de vista pragmático, deve o chefe do Executivo limitar-se à recusa nos casos de flagrante inconstitucionalidade, para evitar acusações de ter cometido crime de responsabilidade.²⁴ Entretanto, ressalva o autor que tal afirmação apenas tem validade em termos pragmáticos, destacando que o Chefe do Poder Executivo tem o poder-dever de rejeitar a aplicação de lei incompatível com a Constituição.

²⁴Nesse sentido, segundo Corralo (2015, p. 39), não configura crime de responsabilidade o descumprimento de lei considerada inconstitucional em âmbito municipal, sendo afasta a incidência do art. 1º, XIV do Decreto-Lei nº 201/1967, pois a conduta típica é incompatível com a recusa do Chefe do Poder Executivo municipal.

Já na vigência da Constituição de 1988, merece análise mais detalhada o pronunciamento do pleno do STF ao apreciar medida cautelar no âmbito da ADIn nº 221/DF, em 29 de março de 1990, com relatoria do Min. Moreira Alves. A ementa do julgado é clara ao mencionar a discussão em debate:

“[...] Em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de leis posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia — e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade —, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais” (BRASIL, p. 331, 1990).

Como exposto, a mencionada decisão ressalta que a ampliação do rol de legitimados para provocar o controle concentrado gera fundadas dúvidas acerca da constitucionalidade da rejeição de lei pelo Poder Executivo. Semelhante questionamento é levantado por Ramos (1994, p. 240) e Mendes (1998, p. 312). O primeiro, com posição mais moderada, admite a recusa de aplicação até que sobrevenha decisão em sede cautelar do Poder Judiciário; e o segundo, com entendimento mais radical, rechaça a hipótese aqui analisada, ao menos nos planos estadual e federal. Ambos os autores fundamentam a discussão na mencionada ampliação do rol de legitimados, argumento que será analisado adiante.

Entretanto, segundo Barroso (2009, p. 69), a decisão da medida cautelar na ADIn nº 221/DF apenas tangenciou o tema da rejeição de lei pelo Poder Executivo, constituindo, tão somente, “*obter dictum*” do acórdão, pois apenas complementa o raciocínio acerca da derrubada de medidas provisórias, sob o argumento de inconstitucionalidade, por ato da mesma natureza praticado pelo Chefe do Executivo federal.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça foi mais contundente ao afirmar a possibilidade de rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo na vigência da Constituição Cidadã. Trata-se do REsp nº 23.121/GO, julgado em 06 de outubro de 1993, com relatoria do Min. Humberto Gomes de Barros. Na oportunidade, o ministro relator defende a prerrogativa do Executivo, que estaria justificada pelo primado da Constituição sobre as leis (BRASIL, 1993, on-line).

Diante dos precedentes analisados, verifica-se que a controvérsia repousa na ampliação do rol de legitimados para ajuizar ações no controle concentrado de constitucionalidade. A partir de tal constatação, pode-se verificar que, em âmbito

jurisprudencial, o grande obstáculo à rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo parece ser a ausência de posicionamento acerca da legitimidade de Governadores e Presidente da República para provocar o exame judicial de constitucionalidade. Ressalta-se que, nessa linha argumentativa, nada é mencionado quanto aos Prefeitos²⁵ ou quanto aos Governadores e Presidente no que se refere ao direito pré-constitucional.²⁶

Nesse exato sentido, Mendes (1997, p. 18) afirma que a possibilidade do Chefe do Poder Executivo recusar a aplicação de lei inconstitucional passou a ser questionada diante da ampliação do rol de legitimados para provocar o controle concentrado de constitucionalidade promovida pela Constituição de 1988. Para os defensores desta tese, deveriam os Governadores e o Presidente da República, agora legitimados, ao invés de repudiar unilateralmente determinada lei, impugná-la judicialmente, requerendo, inclusive, a sua imediata suspensão em sede de medida cautelar.

Todavia, como ressalta Barroso (2009, p. 71), o principal argumento utilizado na vigência das Constituições anteriores não era a ausência de legitimidade para provocar o controle judicial de constitucionalidade, mas sim a supremacia constitucional, o que justificaria a manutenção da prerrogativa em debate mesmo após a Constituição Cidadã.

Com efeito, se a jurisprudência brasileira, por não apresentar precedente na vigência da Constituição de 1988, não justifica por si só a atual viabilidade jurídica da prerrogativa de rejeição, ao menos revela qual o argumento central utilizado sob a égide da ordem constitucional anterior. Assim, os julgados mencionados neste capítulo corroboram a hipótese principal desde que seja afirmada a manutenção da supremacia da Constituição como argumento fundamental para o descumprimento de lei inconstitucional.

Igualmente, importa considerar a jurisprudência do Supremo quanto à possibilidade de órgão com natureza administrativa rejeitar a aplicação de leis sob um juízo de constitucionalidade. Nesse sentido, merece destaque o recente posicionamento do STF na Petição nº 4.656/PB julgada em 19 de dezembro de 2016, com relatoria da Min. Presidente Cármen Lúcia. Com tal decisão, o Supremo afirmou a possibilidade do Conselho Nacional de Justiça não aplicar lei que considere inconstitucional. Da ementa do julgado colhe-se o entendimento acerca da competência do mencionado órgão:

²⁵ Ressalta-se que a supracitada controvérsia será abordada em seguida, no terceiro capítulo desta monografia (item 3.4).

²⁶ A questão é posta pelo magistério de Mendes (1998, p.312): “Como o controle abstrato de normas não abrange as leis pré-constitucionais, não seria razoável que o Executivo se viesse compelido a aplicar a lei que considerasse incompatível com nova ordem constitucional, se não pudesse de outra possibilidade de provocar um pronunciamento jurisdicional sobre a matéria”.

“PETIÇÃO. LEI N. 8.223/2007 DA PARAÍBA. CRIAÇÃO LEGAL DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL (ART. 5º DA LEI N. 82.231/2007 DA PARAÍBA): ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO DETERMINADA. AÇÃO ANULATÓRIA: ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. PETIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE

[...]

3. Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expreso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros dos Conselho” (BRASIL, 2017, on-line).

A decisão dialoga com a hipótese em debate ao possibilitar que órgãos administrativos autônomos, tais como o CNJ e o CNMP, recusem a aplicação de lei considerada inconstitucional. Ademais, o voto da relatora retira parte de sua fundamentação do magistério de Hely Lopes Meirelles, já citado anteriormente, acerca da rejeição de lei inconstitucional pelo chefe do Poder Executivo, fazendo a seguinte ressalva:

“Embora o enfoque desse entendimento dirija-se à atuação do Chefe do Poder Executivo, parecem ser suas premissas aplicáveis aos órgãos administrativos autônomos, constitucionalmente incumbidos da relevante tarefa de controlar a validade dos atos administrativos, sendo exemplo o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça” (BRASIL, 2017, p. 19).

Ademais, há referência expressa à teoria da “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” desenvolvida pelo jurista alemão Peter Häberle, advogando a expansão dos legitimados para interpretar o texto constitucional. Tal posicionamento, igualmente, corrobora a hipótese aqui analisada, por incentivar a atividade hermenêutica para além do Poder Judiciário.

Por fim, a decisão é cristalina ao evidenciar que não se trata de efetivo exercício do controle de constitucionalidade, capaz de excluir do ordenamento a norma impugnada, que só ocorre com o pronunciamento do órgão jurisdicional competente. Em realidade, o CNJ, por ser órgão estatal sem a mencionada competência, apenas restringe a aplicação da norma, sem fulminá-la do ordenamento.

Tal entendimento foi reafirmado de maneira contundente pela Min. Cármen Lúcia, presidente do STF e do CNJ, bem como relatora do julgado supracitado, na 266ª Sessão Ordinária do Conselho. Na oportunidade, a ministra afirmou:

“O CNJ foi criado como órgão administrativo. Não é órgão judicial, não exerce jurisdição e não declara inconstitucionalidade de norma nenhuma. Qualquer coisa além disso é exorbitância das atribuições constitucionais do Conselho. Simples assim”(ROCHA, 2018, on-line).

Com base na importação do supracitado raciocínio para a discussão em tela, pode-se conjecturar que o Poder Executivo e, de maneira mais ampla, a Administração Pública não exercem de fato o controle repressivo de constitucionalidade, pois seus pronunciamentos não implicam no afastamento da norma, mas tão somente da sua não aplicação pelo Poder Público. Assim, a rejeição de lei considerada inconstitucional não seria propriamente modalidade de controle repressivo de constitucionalidade.

Todavia, levando em conta as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, importa trazer à discussão, igualmente, os argumentos desfavoráveis utilizados por aqueles que rechaçam a possibilidade do descumprimento de lei inconstitucional considerada inconstitucional pelo Poder Executivo. No capítulo seguinte, a questão será analisada à luz dos argumentos desfavoráveis, considerando os princípios da separação de poderes, da eficiência administrativa, da segurança jurídica, bem como a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade e de opor seu veto às leis.

3. ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS AO CONTROLE REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO PODER EXECUTIVO

Contraopondo-se ao apresentado no capítulo anterior, diversos autores têm demonstrado receio em referendar a rejeição de lei pelo Poder Executivo com fundamento na alegação de inconstitucionalidade. Dentre os argumentos desfavoráveis utilizados para rechaçar tal prerrogativa, merecem destaque os princípios da separação de poderes, da presunção de constitucionalidade das leis e da segurança jurídica, assim como a legitimidade do Chefe do Poder Executivo para propor ações diretas de inconstitucionalidade e exercer o poder de veto no processo legislativo. Tais considerações são aqui analisadas, buscando demonstrar que nenhuma delas importa no afastamento total da prerrogativa em análise.

3.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES

Como exposto no primeiro capítulo, o desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade brasileiro gerou um complexo sistema de garantia da Constituição, especialmente considerando a adoção de características oriundas dos modelos americano e europeu. Nesse sentido, a guarda do texto constitucional, exercida precipuamente na atividade jurisdicional, impacta significativamente a relação entre os poderes, especialmente no que se refere ao empoderamento do Judiciário frente às instituições majoritárias. Portanto, busca-se investigar em que medida a separação de poderes justifica a refutação da possibilidade de rejeição de leis inconstitucionais pelo Poder Executivo.

Segundo Fachin (2015, p. 41), a ideia de separação de poderes insere-se no âmbito no constitucionalismo liberal clássico, desenvolvido durante o século XVIII e defendido pelas revoluções norte-americana e francesa. Tal movimento foi fortemente influenciado pelas obras de John Locke, Montesquieu, Rousseau, Thomas Jefferson e dos federalistas. Buscava-se, portanto, limitar o poder político e resguardar direitos individuais por meio da divisão dos poderes estatais (influência francesa) e da organização federativa do Estado (influência norte-americana).

No mesmo sentido, Clève (1993, p. 22) destaca a adoção da teoria da separação de poderes pela burguesia em ascensão como forma de reestruturar o poder político e contê-lo numa redoma de legalidade. Muito embora Montesquieu, o principal defensor da tese, não fosse de fato um membro da burguesia, mas sim um aristocrata francês, sua obra “O Espírito das Leis” foi endossada pela classe ascendente. Assim, o texto que advogava o exercício

moderado do poder político pelo Príncipe absoluto passou a fundamentar a ação revolucionária burguesa para a tomada e contenção do poder político.

Quanto ao referencial teórico da teoria da separação dos poderes, Silva (2005, p. 109) destaca as contribuições de Aristóteles, John Locke, Rousseau, e, em especial, de Montesquieu, responsável por mais bem defini-la e estruturá-la como hoje é conhecida. Tal teoria foi materializada nas constituições das ex-colônias norte-americanas e na Constituição Federal dos Estados Unidos em 1787.²⁷ Ademais, ganhou status de dogma constitucional com a Revolução francesa, sendo positivada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como elemento indispensável à garantia dos direitos fundamentais nela expressos.

Por outro lado, consoante os ensinamentos de Moraes (2012, p. 429), o Direito Constitucional contemporâneo abraçou a supracitada teoria com determinadas atualizações, de modo a evitar excessiva rigidez e incompatibilidades com o novo papel do Estado na sociedade. Atualmente, prefere-se o vocábulo “funções estatais”, uma vez que não há propriamente divisão do poder soberano – que permanece uno –, mas tão somente divisão de tarefas entre órgãos independentes e autônomos que as exercem com soberania. Ademais, a mera tripartição monolítica das funções de Estado não garante por si só a proteção dos direitos fundamentais, sendo necessário instituir mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, constituindo um sistema de freios e contrapesos.

Ambas as considerações expostas acima encontram respaldo na doutrina pátria. Nesse sentido, Clève (1993, p. 27) alerta para a real intenção dos teóricos liberais clássicos, que não buscavam atomizar o poder político – uno, indivisível e de titularidade popular –, mas sim repartir tarefas estatais entre distintos órgãos autônomos denominados poderes. Em outras palavras, a expressão “poder” na teoria da Separação de Poderes representa tão somente uma função ou órgão estatal autônomo.

Igualmente, o temperamento do dogma em debate é abordado por Bonavides (2000, p. 141) ao expor a emergência de técnicas de controle, no âmbito do moderno constitucionalismo, que objetivaram corrigir o rigor excessivo da teoria da separação de poderes. Nesse sentido, destaca-se o sistema freios e contrapesos como a mais conhecida forma de equilíbrio entre os poderes, da qual resulta a presença do Executivo no âmbito legislativo (sanção, veto e lei delegada) e judiciário (indulto e nomeação de membros do

²⁷ De acordo com Clève (1993, p. 24): “A Constituição de Massachusetts, de 1780, foi pioneira neste particular. Como, igualmente, a de Virgínia, de 1776. Logo a seguir, às demais Constituições dos novos Estados americanos concluíram por, igualmente, consagrar o princípio, inclusive a Constituição Federal de 1787. Na França a ‘Declaração dos direitos do homem e do cidadão’, de 26 de agosto de 1789, chegou ao exagero de afirmar (art. 16), que ‘toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição’. A Constituição de 1731 não deixou de contemplar o referido princípio”.

Poder Judiciário), do Legislativo na órbita executiva (rejeição do veto e apreciação de indicações para o desempenho de altos cargos) e judiciária (hipóteses de julgamento político, tal como o *impeachment*), e do Judiciário na esfera executiva (organização do quadro de servidores e controle da legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos) e legislativa (estabelecimento de regulamentos internos e o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos). Em resumo, a técnica dos freios e contrapesos proporciona a atribuição de funções alheias (atípicas) ao âmbito usual das competências de cada poder, possibilitando o controle mútuo entre os órgãos autônomos.

Em semelhante sentido, Barroso (2010, p. 175) compreende a independência orgânica e a especialização funcional como corolários do princípio da separação de poderes. Enquanto esta pressupõe a titularidade de competências privativas, aquela demanda, dentre outros requisitos, a atribuição de funções típicas e atípicas, que operam como linha de defesa frente a potenciais interferências dos demais poderes.

A respeito do supracitado sistema de freios e contrapesos, também denominado “*checks and balances*”, Dimoulis e Lunardi (2011, p. 314), também destacam o papel das denominadas funções atípicas para alcançar o equilíbrio entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário:

“A separação dos poderes não impõe a plena independência das autoridades estatais. Ao invés de promover o isolacionismo da especialização funcional (“cada poder exerce sua função”), a separação de poderes prevê mecanismos para o controle mútuo dos poderes, mediante a fiscalização e as interferências recíprocas. Cada poder pode fiscalizar as decisões dos demais para evitar abusos. É a lógica dos freios e contrapesos (*checks and balances*), que está presente em todas as Constituições e cria mecanismos de interação entre os poderes. Para alcançar isso sofrem limitações as regras de especialização funcional de cada poder e de sua independência pessoal em relação aos demais. Uma das relativizações da especialização funcional é a fiscalização da constitucionalidade das leis pelo Judiciário”.

Posicionamento crítico à tradicional concepção da técnica dos freios e contrapesos é encontrado no magistério de Leite (2017, p. 243), segundo o qual, usualmente, o sistema de freios e contrapesos encontra fundamento em uma perspectiva combativa desenvolvida para evitar interferências ilegítimas dos poderes entre si. Nesse sentido, o desenho institucional contemporâneo busca munir cada um dos poderes com armas capazes de rechaçar eventuais ataques às suas áreas de competência. Tal percepção das relações institucionais entre os órgãos autônomos pressupõe o combate ao invés da cooperação, podendo constituir obstáculo à proposta dialógica que será analisada no quarto capítulo.

Com efeito, é possível identificar o núcleo da teoria da separação de poderes, consoante o magistério de Barroso (2010, p. 175), a partir de dois aspectos principais: (a) a divisão das funções estatais em órgãos diversos e (b) a previsão de mecanismos de controle recíproco entre estes órgãos, objetivando resguardar a população de eventual arbítrio decorrente da concentração de competências.

Quanto à presença da teoria no direito brasileiro, Fachin (2015, p. 204) ressalta que o modelo de tripartição de poderes não só foi incorporado desde a Constituição de 1824, como alcançou o patamar de princípio fundamental, consoante previsão do artigo 2º da CRFB/88.²⁸ Ainda, destaca o autor que, na ordem constitucional pátria, ao Legislativo é destinada a atividade legiferante, ao Judiciário a jurisdicional e ao Executivo a administrativa, constituindo estas funções típicas de cada poder. Por outro lado, aos três poderes também são destinadas funções atípicas, de maneira que, em determinadas situações, o Legislativo será chamado a julgar (como no *impeachment*), o Executivo a legislar (a exemplo das medidas provisórias e leis delegadas) e o Judiciário a administrar (o que ocorre na nomeação de seus servidores públicos).

Conforme mencionado, o artigo 2º da CRFB/88 positiva a tripartição de poderes no direito brasileiro, estabelecendo entre eles uma relação de “independência” e “harmonia”. De acordo com SILVA (p. 110, 2005) ao afirmar a independência dos poderes, o constituinte procurou (a) afastar as interferências na investidura e na permanência de pessoas nos órgãos dos poderes; (b) garantir o livre exercício das atribuições próprias de cada poder; e (c) resguardar a livre organização dos serviços por cada poder prestado, nos termos da Constituição e das normas infraconstitucionais. Por outro lado, a relação de harmonia entre os poderes pressupõe: (a) o respeito às prerrogativas que cada um possui; e (b) a relativização da divisão de funções e da independência, uma vez que determinadas interferências são necessárias para o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, evitando, assim, o potencial arbítrio de um poder em face dos demais e dos governados.

Tamanha a relevância do mencionado princípio na ordem constitucional brasileira, que o Constituinte pátrio tratou de revesti-lo sob o manto das cláusulas pétreas, consoante previsão do art. 60, parágrafo 4º, III da CRFB/88. Nesse sentido, Tavares (2012, p. 78) leciona que o mencionado instituto identifica preceitos constitucionais que, afastados da área de atuação do poder constituinte derivado, não podem sofrer alterações restritivas por

²⁸ “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Emendas Constitucionais. Portanto, é vedada qualquer deliberação parlamentar tendente a abolir o princípio da separação dos poderes.

Delineados os contornos da teoria da separação de poderes, passa-se abordar a maneira pela qual a jurisdição constitucional e mais precisamente o controle de constitucionalidade apresentam-se como *locus* de tensão entre o Judiciário e os órgãos majoritários. Para tanto, importa considerar o desenvolvimento da fiscalização constitucional em escrutínio da legitimidade do exame judicial de constitucionalidade e do papel do Judiciário como intérprete autêntico da Constituição.

Nesse sentido, é necessário refletir sobre a evolução da jurisdição constitucional e de seus impactos na dinâmica entre os Poderes de Estado. Conforme exposto no primeiro capítulo, o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade foi fundado na supremacia da Constituição, na vinculação dos Poderes Legislativo e Executivo ao texto constitucional e no papel fiscalizador do Poder Judiciário (*judicial review*), que, embora sem qualquer previsão normativa, foi amplamente aceito pela jurisprudência estadunidense.

A *judicial review* norte-americana encontra, segundo Leite (2017, p. 12), fundamento na argumentação exposta por Alexander Hamilton e John Jay na obra “*Federalist Papers*” (1787-1788), segundo a qual: (a) a Constituição é a expressão máxima da vontade popular que constitui a ordem política; (b) em consequência disso, todos os Poderes a ela se submetem; (c) assim, é nula a lei que contrarie o texto constitucional (dogma da nulidade), pois não estão acessíveis ao legislador os temas tratados pela deliberação constituinte; e, portanto, (d) ao Poder Judiciário, responsável por interpretar todas as leis, cabe intermediar o povo e os órgãos majoritários (eleitos), cuja vontade, por vezes temporária, não pode sobrepor-se à vontade originária consagrada na Constituição.

Verifica-se, portanto, que, em última análise, o controle de constitucionalidade não é palco de tensões apenas entre os poderes constituídos, mas igualmente entre a democracia, ao menos em sob a visão do princípio majoritário, e o constitucionalismo, representado pela retirada de determinados temas sensíveis da esfera de deliberação ordinária legislativa.

Na linha de raciocínio exposta acima, a justificativa para o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário é, segundo Leite (2017, p. 16), a suposta fragilidade deste frente aos demais Poderes. Diante disso, indaga-se: se ao Judiciário cabe conter as afrontas dos órgãos majoritários ao texto constitucional e, portanto, à vontade popular constituinte, a quem cabe analisar as transgressões por ele cometidas?²⁹ Segundo os autores

²⁹ A problemática é antiga e remonta ao questionamento socrático na obra platônica “A República”, em que uma sociedade equilibrada é descrita a partir da divisão em classes, dentre as quais encontra-se a dos guardiões. No

federalistas, com apoio nas lições de Montesquieu, o Judiciário, na qualidade de poder menos robusto, é o legítimo fiscalizador da constitucionalidade dos atos legislativos e executivos, uma vez que sua fragilidade institucional oferece menos riscos à democracia.

Tal modelo não é isento de críticas. Segundo o magistério de Dimoulis e Lunardi (2011, p. 324), é possível desassociar a supremacia constitucional da fixação unilateral dos sentidos da Constituição pelo Poder Judiciário. Em sentido semelhante, Leite (2017, p. 17) afirma que da superioridade das constituições escritas e rígidas não decorre naturalmente a competência judicial para a sua proteção. Tal conclusão é alcançada a partir de três argumentos: (a) a escolha do órgão fiscalizador tem natureza política; (b) o texto constitucional é limite não apenas para a atuação legislativa e executiva, mas igualmente para o Judiciário; e (c) o intenso debate acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional afasta a existência de uma pretensa decorrência lógica da supremacia da Constituição.

Finalmente, analisadas as disputas entre o Judiciário e os órgãos majoritários, que podem ser consideradas como reflexo institucional da tensão entre democracia e constitucionalismo, passa-se a examinar os argumentos desfavoráveis à hipótese de rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo cujo fundamento repousa no sistema de freios e contrapesos e no pretense papel natural do Judiciário na fiscalização de constitucionalidade.

Ao analisar o argumento da separação de poderes, Mello (2010, p. 20) identifica o seguinte raciocínio utilizado pelos autores que rejeitam a hipótese em debate:

“Aqueles que o invocam sustentam que, por força do princípio da tipicidade constitucional das competências, estas devem ser reconhecidas de forma ordinária apenas aos órgãos a que foram confiadas. Assim, como a fiscalização de constitucionalidade das leis compete ao Poder Judiciário, atribuir a legitimidade ordinária de rejeitar leis inconstitucionais ao Poder Executivo afrontaria o princípio da separação dos Poderes”.

Igualmente, Laurentis (2012, p. 137) rechaça a hipótese em análise utilizando, como um dos fundamentos de sua conclusão, o princípio da separação de poderes. Nesse sentido, com apoio na lição de Alfredo Buzaid, deve-se rejeitar a possibilidade da Administração Pública analisar a constitucionalidade de leis sob pena de permitir seu empoderamento desmedido em face do Legislativo e ofender o equilíbrio estabelecido na repartição das funções de Estado.

diálogo, Sócrates indaga sobre quem fiscalizará aqueles que a todos fiscalizam. Modernamente, a mesma questão é desenvolvida no romance gráfico *Watchmen*, de Alan Moore e Dave Gibbons (1986-1987), e imortalizada na célebre frase “*Who watchesthewatchmen?*”, em tradução livre: “Quem vigia os vigilantes?”

Com mesma orientação, destaca-se a exposição de Kaufmann (2012, p. 220), segundo a qual:

“Atende-se melhor ao interesse público quando cada poder exerce determinadas funções que lhe foram conferidas constitucionalmente. O princípio da separação de poderes traz como corolário a especialização: percebe-se, assim, que a função jurisdicional no Brasil é confiada exclusivamente ao Poder Judiciário. O controle recíproco entre os poderes deve se desenvolver com equilíbrio e sem ameaçar a desestabilidade do sistema. Não se pode olvidar que interferências indevidas de um poder em outro desestruturam totalmente o fundamento da divisão de funções e do estabelecimento de competências. Se ao Executivo fosse concedida a permissão para deixar de cumprir uma lei, as conseqüências seriam muito mais graves do que uma eventual injustiça no caso concreto: tornaria letra morta o texto constitucional, [...]”

Por fim, embora tenha adotado posição intermediária na discussão em tela, Ramos (1994, p. 241) alerta que o descumprimento da lei pelo Poder Executivo pode resultar em uma crise institucional, na medida em que desprestigia o Legislativo. Ademais, para o autor, é o Poder Judiciário que figura como árbitro da controvérsia, pois foi o poder ao qual o texto constitucional atribui a competência para aplicar o direito.

À guisa de conclusão, ressalta-se que diversas considerações já foram feitas acerca dos questionamentos do papel “natural” do Judiciário como fiscal da constitucionalidade das leis e atos normativos. Por outro lado, é preciso destacar, ainda, posicionamento favorável à hipótese sob análise e que não visualiza qualquer contrariedade com o princípio da separação de poderes, tal como encontra-se na obra de Medeiros (1999, p. 224):

“[...] nos nossos dias, a ideia de controlo, fiscalização e também coordenação recíprocos tornou-se o centro de gravidade do princípio da separação de poderes. Assim, constituindo a função administrativa uma função estadual autónoma ao lado da função legislativa e sendo os órgãos administrativos órgãos do Estado e não servos do legislador, o reconhecimento de uma competência administrativa de controlo da constitucionalidade das leis harmoniza-se, coerentemente, com o significado constitucional actual da teoria da separação entre o poder legislativo e o poder administrativo [...]”

Ao mesmo modo, Barroso (2009, p. 69) advoga a ausência de monopólio na aplicação da Constituição, possibilitando que todos os Poderes de Estado realizem a atividade hermenêutica, ainda que ao Judiciário seja dada a “palavra final”. Em semelhante sentido, Dimoulis e Lunardi (2011, p. 325) defendem a equivalência institucional dos fiscais da Constituição, por entenderem que a orientação básica do princípio da separação de poderes indica a necessidade de uma pluralidade de intérpretes, contribuindo para a manutenção de múltiplos e recíprocos controles.

Pelo exposto, verifica-se que o controle de constitucionalidade é palco de tensões entre os Poderes de Estado. Embora a narrativa tradicional conceda ao Judiciário o papel de autêntico intérprete da Constituição e fiscalizador dos demais Poderes, tem-se que mesmo esta atribuição de competência (a) é uma escolha política e (b) resulta em significativos conflitos. Ou seja, o monólogo judiciário acerca dos sentidos do texto constitucional não isenta a ordem política das tensões no âmbito da separação de poderes. Pelo contrário, em tempos de empoderamento das cortes constitucionais, tal atividade passa a ser duramente contestada.

Portanto, o argumento da separação de poderes não afasta necessariamente a hipótese em análise, pois a dinâmica entre o Executivo e o Judiciário permanece acirrada ainda que seja vedado ao primeiro recusar a aplicação de lei antes do pronunciamento do segundo. A hipótese em debate, ao invés de comprometer o equilíbrio almejado pelo sistema de freios e contrapesos, contribui para seu fortalecimento na medida em que evita a concentração da atividade hermenêutica do texto constitucional e consequentemente do poder político. Não se trata de conceder ao Executivo a prerrogativa da “última palavra”, própria do Judiciário, mas tão somente de possibilitar, dentro de certos limites, a multiplicidade de intérpretes da Constituição, o que enseja o diálogo institucional e reforça a separação de poderes.

3.2 A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

A exposição anterior demonstra que o controle de constitucionalidade é terreno fértil para o desenvolvimento de tensões entre os Poderes de Estado. Neste tópico, busca-se examinar um reflexo da problemática anterior: a presunção de constitucionalidade dos atos normativos do Legislativo. Trata-se de verificar se o mencionado princípio, por importar em uma presunção relativa defesa da permanência da lei no ordenamento, constitui óbice à hipótese aqui discutida.

Segundo Campos (2011, p. 18), o princípio da presunção de constitucionalidade, decorrência direta da adoção do sistema de separação de poderes, indica a necessidade de considerar as normas devidamente elaboradas pelo Legislativo como constitucionais até que um órgão ou tribunal competente declare sua desconformidade com a Constituição.

Tal problemática também é abordada por Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 390), para os quais o princípio da presunção de constitucionalidade impõe que se presuma certo grau de conformidade das normas infraconstitucionais perante a Constituição. Fala-se apenas em determinado grau, pois se trata de presunção *iuris tantum* ou relativa, passível de ser afastada desde que o intérprete arque com um ônus argumentativo maior do que o presente na

atividade hermenêutica comum. A dúvida, portanto, milita em favor da lei (*in dubio pro legislatore*). Ressalta-se, ainda, que, ao retirar fundamento da democracia e da separação de poderes, o princípio em análise vincula todos os intérpretes da Constituição – não se limitando à atividade hermenêutica jurisdicional –, na busca pela preservação das escolhas legislativas.

Em sentido semelhante, Barroso (2010, p. 301) afirma a vinculação de todos os Poderes de Estado à presunção de constitucionalidade, entendida como um dos princípios instrumentais da interpretação constitucional:

“Em um Estado constitucional de direito, os três Poderes interpretam a Constituição. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, por sua vez, tanto normativa como concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Constituição, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes”.

O princípio em debate encontra íntima ligação com a técnica da interpretação conforme a Constituição. Segundo Moraes (2012, p. 797), é justamente a presunção de constitucionalidade das leis, que, aliada à supremacia da Constituição, impõe ao intérprete da norma legal que conceda preferência ao sentido que mais se adeque ao texto constitucional. Em outras palavras, ao deparar-se com uma norma polissêmica – e só estas ensejam a aplicação da técnica da interpretação conforme – deve o hermeneuta esforçar-se para encontrar o sentido conforme a Constituição, evitando a declaração de sua inconstitucionalidade e o seu afastamento do ordenamento jurídico.

Os reflexos práticos deste princípio no âmbito do Poder Judiciário são inúmeros, mas não constituem o objeto da discussão em tela. Somente a título ilustrativo, destacam-se os apontamentos de Mendes e Branco (2012, p. 1526), segundo os quais, com respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis impõe à cláusula de reserva de plenário aos tribunais que julguem a compatibilidade das normas e atos normativos com a Constituição. Trata-se da previsão contida no art. 97 da CRFB/88, pela qual é exigida a manifestação da maioria absoluta dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade. Ademais, a presunção de constitucionalidade só é elidida pela manifestação do plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que em controle

incidental, momento a partir do qual poderão os órgãos parciais dos tribunais seguir a orientação estabelecida sem necessidade de submeter a discussão aos seus próprios plenários.

Por outro lado, a presunção de constitucionalidade das leis também incide na atividade do Poder Executivo, que, como já exposto, também exerce o papel de intérprete constitucional. Diante disso, dois posicionamentos são encontrados na doutrina: (a) o que restringe ou rechaça o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública e (b) aquele para o qual a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos não configura óbice rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo.

Quanto aos posicionamentos contrários à hipótese em debate, destaca-se a análise de Campos (2011, p. 22), segundo a qual a adoção do princípio da Presunção de Constitucionalidade implica numa relação de mútua confiança entre o texto legislativo e o constitucional. Assim, este “benefício da dúvida”, fundamentado no respeito à vontade popular – que em última análise é a responsável pela criação das leis –, advoga a interpretação da norma legal como válida pelo Poder Executivo, até que sobrevenha pronunciamento judicial em sentido contrário. Para o autor, a antecipação da recusa pelo administrador só era possível antes da CRFB/88, momento em que o rol de legitimados para propor as ações do controle concentrado limitava-se ao Procurador-Geral da República. Atualmente, recusar o cumprimento de lei por entendê-la inconstitucional seria o mesmo que “usurpar” a competência do Judiciário.

Entendimento similar é encontrado na obra de Veloso (2000, p. 328), que aponta um interessante paradoxo trazido pela possibilidade do Chefe do Poder Executivo rejeitar a aplicação de lei sob um juízo de inconstitucionalidade: enquanto este poderia fazê-lo de ofício, sem o aval de uma decisão judicial, o Poder Judiciário, executor da função jurisdicional e responsável pela defesa da Constituição, deveria aguardar uma provocação para analisar a compatibilidade da norma com a Constituição. Em outras palavras, trata-se de estranho arranjo institucional, pois por força do princípio da inércia, a recusa administrativa ataca a presunção de constitucionalidade com mais rapidez que o próprio Judiciário.

Nesta linha de entendimento, a recusa da aplicação da norma inconstitucional dependeria de um pronunciamento judicial, mesmo que cautelar, especialmente considerando a ampliação do rol de legitimados para provocar o controle concentrado de constitucionalidade. Este é o entendimento de Campos (2011, p. 24), para o qual nem mesmo durante o período de tramitação da ADIn, após seu ajuizamento e antes da apreciação da medida cautelar, poderia o Chefe do Poder Executivo recusar-se a aplicar uma lei.

De maneira semelhante. Araújo (2002, p. 292) advoga a impossibilidade de, no Estado de Direito, o Poder Executivo desobedecer a um comando legislativo sob a alegação de sua inconstitucionalidade. Tal proibição deriva da adoção do princípio da presunção *juris tantum* da veracidade e legitimidade dos atos do Poder Público que, confere eficácia à norma inconstitucional. Ressalta a autora, todavia, que o convívio com a norma inconstitucional é temporário, pois caberá sua impugnação via ADIn ou incidentalmente.

Ao mesmo modo, Andrade (2011, p. 8) destaca que a possibilidade do Chefe do Poder Executivo rejeitar a aplicação da norma vigente, diante da presunção de constitucionalidade que recobre a lei regularmente promulgada, implica em interferência nas funções legislativas e usurpação do papel do Judiciário, que, para o autor, detém o monopólio da fiscalização de constitucionalidade. Assim, em face da aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça e da sanção executiva (ausência de veto), todos os Poderes teriam o dever de cumprir as leis.

Por fim, na doutrina portuguesa, destaca-se que, segundo Medeiros (1999, p. 160), os professores Jorge Miranda e José Joaquim Gomes Canotilho igualmente possuem opiniões adversas ao reconhecimento da fiscalização administrativa de constitucionalidade das leis.

Por outro lado, parte da doutrina não enxerga óbice relevante na presunção de constitucionalidade das leis. Nesse sentido, Martins e Oliveira (2017, p. 45) ressaltam o caráter relativo (*iuris tantum*) da presunção de constitucionalidade das leis, que, como tal, admite prova em contrário. Tal circunstância corrobora a possibilidade de rejeição da lei pelo Poder Executivo. Ademais, para os autores, a constitucionalidade das leis não prescinde de uma análise mais detalhada, não sendo possível entendê-la como derivação direta do processo legislativo e da sua emissão pelo órgão competente.

Igualmente, Mello (2010, p. 16) afirma que a mencionada presunção é apenas relativa, e, portanto, passível de ser afastada, especialmente considerando a superação do mito da infalibilidade da lei.³⁰ Ademais, as consequências da adoção do supracitado princípio para o Executivo são semelhantes àquelas incidentes no âmbito do Judiciário: a necessidade de ampla fundamentação. Assim, ao invés de impossibilitar a análise administrativa de

³⁰ A respeito do mito da infalibilidade legal, Leite (2017, p.23) afirma que: “O fim da Segunda Guerra Mundial proporcionou o surgimento de um novo ciclo constitucional na Europa, afastando-se de uma longa tradição centrada no mito da infalibilidade da lei. Não sem razão, às atrocidades praticadas pelos governos na primeira quadra do século passado, normalmente contra pessoas pertencentes a minorias étnicas, religiosas ou políticas, foi um dos fatores determinantes para a renovação democrática desses países. Como resultado, viu-se a promulgação de textos constitucionais impregnados pelo discurso dos direitos fundamentais e vinculados à dignidade da pessoa humana como vetor axiológico. No entanto, percebeu-se de logo que a mera positivação de direitos fundamentais nos textos jurídicos não seria suficiente para assegurar a sua efetiva proteção contra o arbítrio estatal. Com isso, um dos reflexos institucionais desse constitucionalismo contemporâneo foi a expansão da jurisdição constitucional, notadamente mediante a criação de Tribunais Constitucionais”. Para um estudo completo sobre o desprestígio da lei como fenômeno universal, verificar Binenbojm (2008, pp. 126-136).

constitucionalidade e determinar a aplicação robótica da lei, a presunção em debate impõe um dever de cautela ao administrador, bem como um grande ônus argumentativo do qual deverá desincumbir-se antes de afastar a aplicação de uma norma legal. Ressalta a autora que no caso de lei resultante de derrubada de veto do executivo, o ônus argumentativo é ainda maior, devendo o Chefe do Executivo rebater todos os argumentos levantados pelo Legislativo.

Outrossim, Barroso (2009, p. 71) destaca o peculiar texto do parágrafo 2º ao art. 102 da CRFB/88,³¹ incluído pela EC nº 3 de 1993 e posteriormente alterado pela EC nº 45 de 2004. Segundo o autor, ao prever que as decisões em sede de ADIn – e, posteriormente, também de ADC –, vinculam, não apenas os demais órgãos do Judiciário, mas igualmente o Executivo, as supracitadas emendas pressupõem que até o pronunciamento judicial pode ele rejeitar determinada lei por entendê-la inconstitucional.³² Utilizando a ADC como exemplo, até que sobrevenha decisão judicial declarando a constitucionalidade de uma lei, pode o Executivo rejeitá-la alegando sua inconstitucionalidade.

Por fim, merece destaque o magistério de Medeiros (1999, p. 227), segundo o qual, diante da rejeição à onipotência legislativa, a ideia de *favor legis* ou *in dubio pro legislatore* não pode justificar o sacrifício da supremacia da Constituição, razão pela qual seria possível a rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo:

“[...] a Constituição, mesmo não desconfiando do legislador democrático, tem perfeita consciência de que a lei, anteriormente considerada o maior escudo da liberdade, pode ser hoje um dos seus inimigos mais temíveis e, por isso, recusa qualquer ideia de onipotência do poder legislativo. Assim, se a presunção de constitucionalidade das leis não afeta a competência de fiscalização da constitucionalidade dos tribunais em geral, falta fundamento para, em nome da mesma presunção, impedir as autoridades administrativas de questionar às leis presumivelmente conformes com a Constituição”.

Em síntese, verifica-se que o debate em torno da influência do princípio da presunção de constitucionalidade na hipótese de rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo resume-se a duas vertentes: (a) a que defende ausência de legitimidade para rejeitar a aplicação de leis, o que nesta interpretação seria atividade exclusivamente jurisdicional; ou (b) a que advoga a simples imposição de cautela ao administrador, bem como de um ônus argumentativo de maior peso para justificar o descumprimento da norma inconstitucional, a exemplo do que ocorre no controle judicial de constitucionalidade. A segunda posição é aqui

³¹ “Art. 102. [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. (BRASIL. Constituição, 1988).

³² Em sentido semelhante, “A nova jurisdição constitucional brasileira”, p. 241, 2004, de Gustavo BINENBOJM.

defendida na medida em que advoga-se a imposição de procedimentos e limites para a legitimação da prerrogativa de rejeição de lei inconstitucional, tal como apresentados no quarto capítulo desta monografia.

3.3 A SEGURANÇA JURÍDICA

Ao lado dos argumentos teóricos acima expostos, há um apontamento de natureza consequencialista que também merece a devida consideração.³³ Trata-se da problemática da segurança jurídica que impõe uma abordagem cautelosa da presente discussão. Portanto, busca-se cotejar a hipótese sob análise com o princípio da segurança jurídica, verificando se o pretenso empecilho encontra fundamento em legítimas preocupações ou constitui mero argumento *ad terrorem* acerca de uma potencial “anarquia administrativa”.

Na busca por uma definição do princípio aqui discutido, importa considerar, primeiramente, as razões históricas que levaram ao desenvolvimento da ideia de segurança jurídica. Nesse sentido, merece destaque o magistério do professor português Canotilho (1993, p. 254), que, ao traçar paralelos entre o fenômeno histórico do constitucionalismo e as perspectivas teóricas do liberalismo, identifica a segurança jurídica como valor fundamental para a economia capitalista emergente, em contraste ao Antigo Regime, onde as intervenções no âmbito jurídico-patrimonial e a discricionariedade do Príncipe na esfera legislativa causavam um clima de instabilidade avesso às necessidades do mercado. Portanto, a ascensão burguesa ao poder político possibilitou condições favoráveis à concretização de uma economia de mercado regulada pelo direito privado burguês, uma vez que vinculou à norma legal a ação estatal outrora soberana. Ressalta-se, ainda que o desenvolvimento constitucional de matriz liberal objetiva a certeza e segurança no mundo jurídico.

Quanto ao conteúdo normativo do princípio da segurança jurídica, Tavares (2012, p. 765) elege como ponto nevrálgico o direito à estabilidade mínima do ordenamento fundamentada nas disposições constitucionais pretensamente eternas, tais como os direitos fundamentais que concedem a necessária continuidade e identidade ao Direito, ainda que atos normativos infraconstitucionais sejam constantemente editados e revogados. Para o autor, a garantia de segurança jurídica no direito brasileiro é concretizada pela existência de (a)

³³ Segundo Cristóvam (2016, p. 126), com apoio no magistério de Prieto Sanchís, o consequencialismo pode ser definido como “[...] um modelo interpretativo informado pela argumentação teleológica ou finalista, segundo a qual ‘o ordenamento propõe certos valores ou objetivos políticos e morais que devem ser perseguidos por todos os operadores jurídicos’”.

cláusulas pétreas; (b) rigidez constitucional e (c) pelas limitações materiais ao legislador e às demais fontes normativas.

Por sua vez, de acordo com Silva (2003, pp. 433-434), é condição para a existência de segurança jurídica a relativa certeza que os cidadãos têm de que os atos praticados durante a vigência de determinada lei terão seus resultados por ela regulados, ainda que sobrevenha lei revogadora. É justamente na tensão entre a sucessão temporal das normas e a regulamentação dos atos na sociedade que emerge a proteção dos direitos subjetivos consagrada pelo art. 5º XXXVI da CRFB/88. Tal dispositivo concede status constitucional à segurança jurídica ao resguardar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Outrossim, na visão de Couto e Silva (2004, p. 280), a segurança jurídica é valor reconhecido como princípio constitucional do direito brasileiro, decorrendo da própria ideia de Estado de Direito. Com apoio na doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, o autor destaca que o princípio sob análise possui relevância semelhante àquela concedida ao princípio da Legalidade, espreado-se por toda a legislação infraconstitucional, a exemplo da Lei do Processo Administrativo Federal (*caput* do art. 2º da Lei nº 9.784/1999),³⁴ da Lei da ação direta de inconstitucionalidade (Lei nº art. 27 da 9.868/1999)³⁵ e da Lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 11 da Lei nº 9.882/1999).³⁶

No âmbito do Direito Administrativo, Mello (2013, p. 90) reconhece a segurança jurídica como um dos mais relevantes princípios (senão o de maior importância), na medida em que objetiva evitar alterações surpresas das quais resultam em instabilidade para os administrados, reduzindo as consequências negativas decorrentes das inovações jurídicas que afetam situações em curso. De maneira semelhante, Di Pietro (2014, p. 85) destaca sua importância na seara administrativa com base nas constantes mudanças na interpretação das normas legais por parte da Administração Pública, o que afeta situações consolidadas sob a égide do entendimento anterior. Assim, sem significar a imutabilidade do entendimento administrativo acerca das leis, o supracitado princípio foi concretizado no plano

³⁴Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (BRASIL, 1999a)

³⁵Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999b)

³⁶Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999c)

infraconstitucional pelo já citado art. 2º da Lei nº 9.784/99, que expressamente veda a aplicação retroativa das novas interpretações administrativas da lei. Trata-se de evitar flutuações indesejadas acerca da interpretação dos direitos dos administrados.

Apresentados brevemente os contornos do princípio da segurança jurídica, é possível adentrar nos argumentos que dela retiram seu fundamento para rechaçar o poder de rejeição de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo. Na análise desta linha de raciocínio realizada por Mello (2010, p. 19), dois enfoques merecem destaque: (a) o risco de arbítrio pelo Poder Executivo e (b) a agressão à legítima expectativa dos administrados. O primeiro ponto é fundamentado no receio de que, a pretexto de cumprir a Constituição, a Administração Pública se recuse a cumprir leis constitucionais, afrontando a vinculação do Executivo ao princípio da legalidade. A segunda preocupação gira em torno da legítima expectativa dos particulares de que os órgãos majoritários, aqui incluído o Poder Legislativo, ajam sempre de acordo com a Constituição. Em outras palavras, a rejeição executiva da norma submetida ao devido processo legislativo afronta as esperanças de que a norma, até então em consonância com o texto constitucional, será de fato aplicada. O resultado seria uma potencial atmosfera de incertezas, tanto da norma não ser aplicada como da possível correção pelo Judiciário, nos casos em que a recusa de sua aplicação é infundada.

De modo semelhante, ao indagar sobre a possibilidade de descumprimento de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo, Araújo (2003, p. 292) conclui que o princípio da segurança jurídica impõe a absorção da norma inconstitucional até que sobrevenha uma declaração jurisdicional acerca da sua incompatibilidade com a Constituição. Em outras palavras, tolera-se a invalidade temporária em nome da manutenção da unidade e coerência lógica do sistema jurídico. Ademais, ressalta-se que a mencionada incompatibilidade é apenas transitória, uma vez que o próprio sistema concede ao Executivo os veículos processuais adequados para sua impugnação (ações do controle concentrado).

Por sua vez, posição mais severa é adotada por Kaufmann (2012, p. 218), para quem nem mesmo a interferência do Poder Legislativo no âmbito das competências do Executivo pode justificar o descumprimento da lei, uma vez que dele resultam consequências ainda mais graves: insegurança jurídica e tensões na sensível separação entre os Poderes. Portanto, eventual interferência legislativa no âmbito Executivo não poderia ser corrigida por intermédio da interferência executiva no Poder Judiciário, a quem cabe, em função de mandamento constitucional, a declaração da inconstitucionalidade das normas.

De modo semelhante, Andrade (2011, p. 9), e Campos (2011, p. 20) alertam que o poder de rejeição de leis inconstitucionais resultaria em intensa instabilidade jurídica, uma vez

que o Chefe do Executivo poderia, ao deparar-se com norma indesejável, alegar ofensa à Constituição para, ao seu arbítrio, esquivar-se da aplicação de leis que o desagradassem. No mesmo sentido, Dimoulis e Lunardi (2011, p.349) mencionam o receio de parte da doutrina acerca de um potencial caos institucional decorrente do descumprimento das leis pelas autoridades à luz de um juízo pessoal sobre o texto da Constituição.

Ainda com orientação similar, Laurentis (2012, p. 147) aponta certa incongruência na possibilidade de rejeição de lei considerada inconstitucional pelo Executivo. Explica-se: a criação da ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 3/1993 foi orientada pela necessidade de um instrumento célere para a uniformização da jurisprudência frente à difusão da competência jurisdicional do controle de constitucionalidade. Trata-se de buscar a segurança jurídica evitando pronunciamentos contraditórios pelos juízes de primeira instância ao possibilitar aos Tribunais Superiores a consolidação de um determinado entendimento. Assim, a mesma argumentação que justifica a busca pela coerência no âmbito do Judiciário serve para a legitimação irrestrita em sede administrativa para rechaçar leis em razão de sua pretensa inconstitucionalidade.

Igualmente, imperativos de estabilidade e segurança jurídica constituem um dos argumentos utilizados por Miranda (2000, pp. 318-319) para afastar a hipótese sob análise:

“Mantemos a opinião (que há muito sustentamos) adversa ao reconhecimento aos órgãos da Administração de qualquer faculdade de fiscalização da constitucionalidade pelas diferentes características da função jurisdicional e da função administrativa, pela necessidade de evitar a concentração de poder no Governo que daí adviria (pois o Governo é o órgão superior da Administração Pública) e por imperativos de certeza e de segurança jurídica. Aos agentes administrativos é sempre possível a representação às entidades hierarquicamente superiores das conseqüências da aplicação das leis, mas até a uma possível decisão judicial de inconstitucionalidade permanecerão vinculados às leis e às ordens concretas de aplicação dos órgãos colocados em grau superior da hierarquia; e não poderão então ser civilmente responsabilizados por violações de direitos, liberdades e garantias decorrentes dessa aplicação (a responsabilidade será apenas do Estado)”.

Por outro lado, parcela significativa da doutrina recusa a utilização do princípio da segurança jurídica para justificar a negativa da hipótese em discussão. Esta é a posição de Martins e Oliveira (2017, p. 46), que advogam a legitimidade extraordinária e limitada do Executivo rejeitar a aplicação de leis inconstitucionais. Deste expediente decorreria certo grau de insegurança jurídica, que, contudo, justifica-se por ser próprio dos ordenamentos que adotam o controle de constitucionalidade e, especialmente, a sanção de nulidade da lei

inconstitucional. Ressalta-se que a potencial insegurança jurídica é minimizada pelos limites ao poder de rejeição, evitando a arbitrariedade da autoridade executiva.

Os limites mencionados acima serão analisados no quarto capítulo. Todavia, algumas considerações podem ser aqui realizadas, para afastar a preocupação com a insegurança jurídica decorrente da prerrogativa de rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo. Somente a título ilustrativo, Cristóvam (2015, p. 256) menciona a necessidade de limitar tal prerrogativa a partir de procedimentos de legitimação assim definidos: (a) a motivação da rejeição de lei inconstitucional em juízo decisório expresso da autoridade administrativa, devidamente fundamentado em parecer técnico-jurídico do respectivo órgão consultivo; (b) a publicidade e a aplicação em caráter geral da decisão de rejeição da lei inconstitucional, em respeito à igualdade de tratamento; e (c) o dever institucional de submeter a controvérsia ao Poder Judiciário após a rejeição administrativa, (d) o que alcança até mesmo os Prefeitos quando cabível a ADPF em face do direito municipal.

Nesse sentido, Gomes (2007, p. 16) afirma que a rejeição de leis inconstitucionais não deve resultar no afastamento da competência constitucional da Administração Pública (execução das leis), nem de sua precípua finalidade (consecução do interesse público). Por tal razão, o exercício da mencionada prerrogativa deve, em respeito ao princípio da segurança jurídica, orientar-se pela responsabilidade e lealdade institucional, tanto em relação aos Poderes de Estado como em face dos administrados.

Com efeito, é possível argumentar que é justamente a manutenção da aplicação da norma potencialmente inconstitucional até o pronunciamento judicial de sua invalidade que pode gerar insegurança jurídica, por importar na constituição de situações jurídicas que serão posteriormente impugnadas na atividade jurisdicional. Nesse sentido, no lugar de gerar alarmante instabilidade, a prerrogativa de rejeição de lei inconstitucional contribui para assegurar a necessária segurança jurídica aos administrados. Não outro é o entendimento exposto por Martins e Oliveira (2017, p. 41):

“Exemplo claro de insegurança jurídica quando se podia evitá-lo com declaração de inconstitucionalidade pelo chefe do Executivo é o da Lei Complementar número 100/2007 do Estado de Minas Gerais. Em seu artigo sétimo, a lei permite a efetivação de funcionários sem a prévia aprovação em concurso público, demonstrando aberrante violação ao artigo 37, caput e inciso II da Carta Política. Caso o Governador, procedesse à declaração de inconstitucionalidade da Lei e negasse aplicação à mesma, o transtorno gerado poderia ter sido evitado. Na época, o governador não o fez porque tal medida solucionava o grave problema previdenciário no que tange a gestão de pessoal. [...] Pode-se observar que a manifestação do chefe do executivo faria enorme diferença, num ato que velaria pela economia processual e principalmente pela segurança jurídica.”

Em semelhante sentido, Medeiros (1999, pp. 265-268) alerta que o receio de insegurança jurídica já foi utilizado como argumento contrário ao próprio controle jurisdicional de constitucionalidade. Atualmente, o mesmo argumento *ad terrorem* é utilizado para rechaçar a vertente administrativa da fiscalização de constitucionalidade. Contudo, não há razão para tal receio. Se por um lado, o autor reconhece a existência de certo grau de insegurança jurídica, de outro alerta que tal instabilidade mínima é própria dos sistemas que reconhecem a nulidade de pleno direito da norma inconstitucional. Ademais, como já citado, alguns limites impedem a possibilidade de uma anarquia administrativa, tais como: (a) a imposição de um grande ônus argumentativo e probatório à autoridade administrativa que busque elidir a presunção de constitucionalidade dos atos legislativos; (b) o receio da autoridade administrativa em ser responsabilizada por uma arguição leviana de inconstitucionalidade; (c) a estrutura hierárquica da Administração Pública impede a multiplicação de pronunciamentos levianos de inconstitucionalidade, uma vez que o poder de rejeição de leis inconstitucionais concentra-se no cume da estrutura administrativa; e (d) o fato da última palavra acerca da inconstitucionalidade pertencer ao Poder Judiciário.

Portanto, percebe-se que o argumento da segurança jurídica deve ser cotejado com os limites doutrinariamente estabelecidos para o poder de rejeição de lei considerada inconstitucional pelo Executivo. Nesse sentido, a doutrina que entende possível a hipótese aqui analisada procura oferecer mecanismos das mais variadas naturezas para minimizar eventuais efeitos que impliquem em insegurança jurídica para os administrados. É justamente esta a posição aqui adotada, uma vez que são os próprios limites e procedimentos que fornecem legitimidade ao expediente de rejeição de lei inconstitucional.

3.4 A LEGITIMIDADE DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO PARA PROPOR ADIN E EXERCER O PODER DE VETO

Consoante a exposição do capítulo anterior, parte da doutrina entende que os precedentes acerca da rejeição administrativa de lei considerada inconstitucional, que, em sua maioria, precedem a Constituição Cidadã, não se aplicam à nova ordem constitucional. Nesse sentido, diante da ampliação do rol de legitimados para provocar o controle concentrado de constitucionalidade, não mais se justificaria o descumprimento das leis pelo Poder Executivo. Portanto busca-se examinar se a mencionada alteração de fato representa a incompatibilidade da hipótese sob análise com o atual ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Dimoulis e Lunardi (2012, p. 348), ao lado dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, a legitimidade do Chefe do Poder Executivo para provocar o controle judicial de constitucionalidade constitui uns dos principais argumentos contrários à prerrogativa da Administração Pública de descumprir leis por entendê-las inconstitucionais.

Tal raciocínio também é encontrado no magistério de Mendes (1999, p. 312), para quem o amplo rol de legitimados para instaurar o controle abstrato das normas perante o Poder Judiciário afasta, ao menos na maior parte dos casos, a principal justificativa para o descumprimento administrativo de leis inconstitucionais, especialmente considerando a possibilidade de requerimento de medida liminar. Todavia, o próprio autor faz ressalvas quanto ao exercício da prerrogativa em debate no plano municipal e, até mesmo, nos planos estadual e federal em face do direito pré-constitucional, em decorrência da impossibilidade do manejo da ADIn. Em outras palavras, a fórmula que parece estar delineada na obra da Mendes pode assim ser resumida: apenas será permitido ao Poder Executivo o descumprimento unilateral de lei tida por inconstitucional quando não lhe for possível provocar um pronunciamento jurisdicional sobre a matéria.

De maneira similar, Kaufmann (2012, p. 222) afirma que os principais precedentes acerca da presente discussão são anteriores à Constituição Cidadã, época em que, por força da EC nº 16/1995, apenas o Procurador-Geral da República detinha legitimidade para provocar o exame da constitucionalidade das leis. Ademais, ressalta a autora que, em razão da interpretação do STF, a instauração do controle concentrado era competência discricionária do PGR, não estando este obrigado a acatar as solicitações do Presidente da República. Tal arranjo institucional justificava a rejeição unilateral da norma inconstitucional, ao contrário do que ocorre no atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Semelhante orientação é seguida por Campos (2011, pp. 23-24), para quem a recusa administrativa do cumprimento de uma lei somente é possível após pronunciamento cautelar autorizativo oriundo da autoridade jurisdicional competente. Nesse sentido, deve o Poder Judiciário ser chamado a dar a última palavra sempre que houver dúvida sobre as áreas de competência privativa dos órgãos de direção política. Nem mesmo durante o período de tramitação que antecede o deferimento do pedido cautelar poderia a lei ser descumprida unilateralmente, sendo eventual atraso tolerado em nome do respeito ao ato legislativo.

Por sua vez, Andrade (2011, p. 10) afirma que não apenas o já mencionado alargamento da legitimidade para provocar a análise concentrada de constitucionalidade, mas, igualmente, a criação de novos instrumentos de fiscalização (criação da ADC e da ADPF) apontam para o fortalecimento do monopólio judicial do controle repressivo. Ambas as

inovações reafirmam a impossibilidade da rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo, devendo a fiscalização posterior ou repressiva permanecer restrita ao âmbito judiciário em nome da preservação da separação de poderes. Todavia, o mesmo autor ressalva a possibilidade de, em casos excepcionais, operar-se a recusa até que a medida cautelar seja apreciada pela autoridade jurisdicional.

Preocupação semelhante é encontrada no magistério de Ramos (1994, p. 240), que afirma a possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional pelo Chefe do Poder Executivo apenas até o julgamento pelo STF da medida cautelar por ele requerida. Tal posicionamento pressupõe que: (a) o descumprimento de lei tida por inconstitucional deve obrigatoriamente ser seguido do ajuizamento de ADIn; e (b) uma vez apreciado liminarmente o pedido de suspensão da lei impugnada, a decisão do Judiciário vincula a Administração Pública, cessando neste momento a prerrogativa de descumprimento com base na inconstitucionalidade.

Por outro lado, para grande parte da doutrina brasileira tais apontamento, embora relevantes, não justificam o afastamento da competência executiva de recusar a aplicação de lei inconstitucional. É o caso de Barroso (2009, p. 70), para quem o argumento acima exposto traz a curiosa consequência de conceder ao Chefe do Executivo municipal mais poder que aos Governadores e o Presidente da República. Explica-se: se a justificativa para impedir o descumprimento de leis inconstitucionais é a legitimidade para propor as ações do controle concentrado, o Prefeito municipal, não mencionado no rol do art. 103 da CRFB/88, poderia livremente, ao contrário dos Chefes do Poder Executivo a nível estadual e federal, negar a aplicação de lei considerada inconstitucional.

O mesmo paradoxo é apontado por Clève (1995, p. 166), que menciona, além dos Prefeitos municipais, outros órgãos de natureza administrativa, tais como o Tribunal de Contas. Nesse sentido, a situação de desequilíbrio institucional é ilustrada a partir do seguinte exemplo: diante do vício de inconstitucionalidade em uma lei federal que estabelece normas gerais em matéria tributária, o Presidente da República e os Governadores estariam obrigados a ajuizar uma ADIn, enquanto os Prefeitos municipais, por não possuírem a legitimidade para provocar o controle concentrado de constitucionalidade, estariam livres para recusar o cumprimento da norma viciada, independentemente de qualquer pronunciamento jurisdicional, definitivo ou liminar. Portanto, impõe-se a manutenção do entendimento já consolidado pelo Supremo, antes da vigência da CRFB/88, acerca da prerrogativa de descumprimento de leis inconstitucionais pelo Chefe do Executivo em todos os níveis da federação.

Argumento semelhante é levantado por Binenbojm (2008, p. 176), ao ressaltar que o fato da legitimação para ajuizar as ações do controle concentrado não alcançar os Prefeitos municipais ou os Presidentes do Tribunal de Contas cria uma situação insustentável de desigualdade entre as administrações públicas brasileiras. Ademais, a mencionada legitimidade não deve constituir óbice à rejeição de lei inconstitucional pelo Executivo estadual e federal, pois o texto constitucional reserva a última palavra acerca da interpretação e aplicação da Constituição, e não o monopólio sobre os seus sentidos ao Supremo Tribunal Federal.

Merece destaque, ainda, os apontamentos feitos por Mello (2010, p. 13), ao rechaçar o argumento da legitimidade ativa para propor a ADIn com base na demora em se obter um pronunciamento jurisdicional em sede de controle concentrado, especialmente considerando o elevado número destas ações:

“É preciso ter presente, contudo, que a decisão judicial em controle abstrato não é tão célere quanto se imagina, pois o Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário incumbido não só do controle abstrato de constitucionalidade das leis, mas do julgamento de numerosas ações e recursos, enfrenta uma avalanche de processos. Para se ter uma ideia apenas do controle abstrato de constitucionalidade, desde 1988, foram ajuizadas mais de 4.300 ações diretas de inconstitucionalidade, isso fora as ações diretas de constitucionalidade, as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, as arguições de descumprimento de preceito fundamental e os recursos extraordinários interpostos em processos abstratos de outros Tribunais”.

Em semelhante sentido, Oliveira e Martins (2017, p. 47), destacam não apenas a legitimidade ativa para propor a ADIn, mas, igualmente, o exercício do veto executivo como pretensos óbices à hipótese sob análise. Para os autores, nenhum destes argumentos convence. Além do já citado desequilíbrio institucional entre o Poder Executivo municipal e estadual/federal, destaca-se a morosidade com que o exame de constitucionalidade é efetivado pelo STF. Ademais, diante da possibilidade de derrubada pelo Poder Legislativo, a prerrogativa de veto também não justifica a rejeição da hipótese em debate.

Por fim, segundo Mello (2010, p. 15), o já citado argumento do veto executivo não merece prosperar. Aqueles que defendem tal tese alegam que o Chefe do Poder Executivo tem no veto a oportunidade para insurgir-se frente à inconstitucionalidade de uma norma, de modo que após a sanção da lei não mais caberia qualquer impugnação. Nesta visão, o descumprimento da lei inconstitucional é o mesmo que permitir a inobservância da derrubada do veto pelo Legislativo ou o exercício do veto intempestivo. Todavia, o raciocínio não se sustenta diante da edição de lei por ente federativo diverso, situação em que não seria

permitido ao Chefe do Poder Executivo apresentar o veto. Ademais, a derrubada do veto pelo Legislativo também não justifica a obediência cega da lei inconstitucional, uma vez que o erro legislativo não deve sobrepor-se à normatividade constitucional.

Em síntese, é possível perceber que a argumentação acerca da existência de outros meios para a impugnação das normas inconstitucionais não afasta em todo caso a prerrogativa de seu descumprimento pelo Poder Executivo. Mais especificamente, não se verifica argumentação suficiente para afastar a hipótese em debate no que se refere aos Prefeitos, diante da impossibilidade do manejo da ADIn, e aos Governadores e Presidente da República, ao menos até o julgamento da medida cautelar requerida perante o Poder Judiciário.

Todavia, reconhece-se que a possibilidade do Chefe do Executivo provocar um pronunciamento judicial, se por um lado não afasta a prerrogativa de rejeição, de outro implica, ao menos, na necessidade da autoridade administrativa, após descumprir o mandamento legal, levar a discussão ao Judiciário. Trata-se de um imperativo de segurança jurídica, uma vez que apenas com o pronunciamento judicial haverá definitividade para a celeuma. Tal necessidade será analisada como procedimento de legitimação no quarto capítulo desta monografia.

Assim, expostos os argumentos favoráveis e desfavoráveis, bem como extraídas algumas conclusões acerca da pertinência e de seus impactos na hipótese central desta monografia, parte-se para a análise de uma nova perspectiva orientada pela possibilidade de alcançar os sentidos do texto constitucional por meio de um diálogo interorgânico entre os Poderes de Estado. Em especial, ressalta-se que a necessidade de impor determinados limites à prerrogativa de rejeição de lei inconstitucional anima o capítulo seguinte, de modo que nele é destinada atenção especial aos procedimentos de legitimação do supracitado expediente.

4. A REJEIÇÃO DE LEI CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELO PODER EXECUTIVO À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

Antes de abordar os impactos das teorias dialógicas na hipótese sob análise, importa destacar as tensões geradas pelo exercício da jurisdição constitucional e, especialmente, do controle de constitucionalidade na dinâmica entre os Poderes de Estado. O item 3.1 desta monografia mencionou tais tensões ao abordar a objeção ao descumprimento de lei inconstitucional fundamentada na teoria da separação de poderes. Conforme exposto, concluiu-se que o exercício dessa prerrogativa não importa necessariamente no acirramento das relações entre o Executivo e o Judiciário.

Ocorre que a atribuição de intérprete legítimo do texto constitucional e de fiscalizador dos demais poderes é mais escolha política do que decorrência lógica da rigidez e supremacia da Constituição. Ademais, o monólogo judicial acerca dos sentidos do texto constitucional não parece ser a escolha mais adequada para alcançar a harmonia entre as funções estatais, haja vista a ideia de controles recíprocos estabelecida pela teoria da separação de Poderes.

Diante disso, afirmou-se não ser a rejeição da lei inconstitucional a causadora dos abalos no equilíbrio entre as funções de Estado. Estes resultam da própria dinâmica estabelecida entre a fiscalização de constitucionalidade e as decisões dos representantes políticos, e, em última medida, entre o constitucionalismo e a democracia.

É precisamente o acirramento das tensões entre os Poderes provocado pela expansão da jurisdição constitucional frente às competências dos órgãos majoritários que será abordado no item subsequente. Busca-se demonstrar que uma postura de desvalorização das instituições de representação política não constitui o melhor caminho para reconciliar a democracia e o constitucionalismo. Após a crítica ao protagonismo judicial, proceder-se-á, no item 4.2, à defesa de uma proposta de construção interorgânica da interpretação constitucional, na qual a rejeição de lei inconstitucional pode ser encarada como mais uma voz no diálogo sobre os sentidos da Constituição. Por fim, no item 4.3, serão apresentadas algumas possíveis limitações (procedimentos de legitimação) à supracitada prerrogativa de rejeição, buscando compatibilizá-la ao já complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Em resumo: busca-se situar o debate acerca da rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo num cenário maior de tensões entre constitucionalismo e democracia, cujo reflexo institucional pode ser encontrado no acirramento das relações entre o Poder Judiciário e os órgãos majoritários.

4.1 A CONCENTRAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para que seja possível identificar em que medida o protagonismo do Supremo Tribunal Federal na interpretação da Constituição interfere na hipótese central desta monografia, é necessário estabelecer algumas premissas. Primeiramente, parte-se da ideia de que o constitucionalismo e a defesa dos direitos das minorias são compatíveis com a democracia e a afirmação do princípio majoritário. Tal assertiva importa no reconhecimento realista de que existem tensões entre a jurisdição constitucional e os órgãos de representação política.

Em segundo lugar, deve-se enxergar as relações (e tensões) estabelecidas entre constitucionalismo e democracia como pano de fundo da discussão sobre a recusa da Administração Pública em aplicar determinada lei por entendê-la inconstitucional. Nesse sentido, enquanto a defesa da prerrogativa sob análise pende para a afirmação das decisões tomadas pelos órgãos de representação política (instâncias majoritárias), a sua rejeição alinha-se ao fortalecimento dos mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade e à defesa judicial dos direitos fundamentais.

Por fim, importa considerar que, estando a prerrogativa de rejeição de lei inconstitucional situada no epicentro das tensões entre os órgãos majoritários (neste caso o Poder Executivo) e a jurisdição constitucional, alternativas à construção monológica dos sentidos da Constituição – como a proposta analisada no tópico subsequente – podem elucidar tal problemática, na medida em que aliviam o acirramento entre os Poderes de Estado.

Estabelecidas as principais premissas, passa-se a abordar o tema do protagonismo do STF na interpretação constitucional, para, em seguida, apontar as críticas a este fenômeno. Ao analisar a expansão do Poder Judiciário, Brandão (2018, pp. 83-84) destaca a importância de três momentos de afirmação do controle de constitucionalidade: (a) o nascimento da *judicial review* em 1803, no já mencionado caso *Marbury vs Madison*; (b) a redemocratização dos países europeus após a Segunda Guerra Mundial,³⁷ com a derrocada dos regimes fascistas, a exemplo da Itália, Alemanha e Portugal, e a reconstrução constitucional dos países

³⁷ Sobre a expansão da jurisdição constitucional europeia após a Segunda Guerra Mundial, Brandão (2018, p. 70) afirma que, em virtude das atrocidades cometidas sob a égide do fascismo, a desconfiança que durante as revoluções burguesas pairavam sobre o monarca, o antigo regime e a Igreja, foram direcionadas às próprias instituições democráticas. Tal receio justifica-se pelo apoio popular concedido à grande parte dos movimentos antiliberais, que levaram à concentração do poder estatal e à afronta às liberdades fundamentais. Desenhava-se, assim, um cenário marcado pela moralização dos textos constitucionais e pela esperança do povo na tutela de direitos e garantias fundamentais pelas instituições contramajoritárias.

descolonizados, tal como ocorreu na Índia; e (c) a onda de redemocratização na América Latina e no Leste Europeu, em países que experienciaram regimes ditatoriais. Nos dois últimos momentos de consolidação do controle de constitucionalidade, verificou-se que a renovação democrática dos sistemas constitucionais e a reafirmação da independência entre os poderes possibilitou uma reestruturação da jurisdição constitucional. Ademais, afirma o autor que a irradiação do controle de constitucionalidade pelo mundo acompanhou, ao final do século XX, um fenômeno de transferência do poder decisório das esferas legislativa e executiva para o Poder Judiciário, que cada vez mais passa a decidir sobre questões de alta conotação política.

De acordo com Vieira (2008, p. 443), a expansão da autoridade dos tribunais constitucionais é fenômeno global que pode ser explicado por diversos argumentos, dentre os quais se destacam: (a) a crise democrática marcada pelas dificuldades de concretização das promessas constitucionais pelo sistema representativo e instituições majoritárias, de maneira que se transfere ao Judiciário o papel de guardião da democracia; e (b) o avanço das constituições rígidas e do controle de constitucionalidade, que ganha nova dimensão na medida em que os textos constitucionais contemporâneos, no lugar de conceder às instituições representativas o poder de realizar a maioria das escolhas substantivas – como nas constituições liberais – passou a orientar com precisão a atuação do Executivo e do Legislativo, responsáveis agora pela implementação da vontade do poder constituinte.

De maneira semelhante, Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 122) ressaltam a expansão mundial do modelo norte-americano de constitucionalismo, em que o texto constitucional é visto de maneira normativa, vinculando os poderes constituídos. Ademais, o controle de constitucionalidade, marca característica deste desenho institucional, ganha nova dimensão na atualidade, uma vez que as constituições contemporâneas, não mais limitadas à organização do poder político ou à tímida enunciação de alguns direitos individuais – como ocorre na Constituição norte-americana –, passaram a consagrar direitos sociais, a estabelecer normas programáticas vinculantes e a disciplinar relações privadas, regulando áreas como economia, cultura, relações de trabalho, família etc. Em suma: o Poder Judiciário foi fortalecido pela adoção do controle de constitucionalidade somada à ascensão do constitucionalismo social e ao reconhecimento da normatividade do texto constitucional.

No cenário de expansão do Poder Judiciário e de conseqüente retração das instâncias majoritárias, importa diferenciar as expressões judicialização e ativismo judicial, comumente utilizadas nas discussões sobre esta temática. Adotar-se-á nesta monografia o entendimento exposto por Leite (2017, p. 104), segundo o qual a judicialização designa o fenômeno de

deslocamento das questões próprias do âmbito político para a esfera do Judiciário e, em especial, do STF. Destaca-se que não há conotação negativa embutida no conceito, que propugna a compreensão do fenômeno como nova realidade institucional do Supremo. Por sua vez, o ativismo, definido como escolha política do julgador, implica em uma atuação mais acentuada dos juízes na interpretação e concretização das normas constitucionais, importando em maiores interferências nos demais Poderes de Estado.

Segundo Barroso (2014, p. 6), o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais é especialmente acentuado em solo brasileiro, em função da constitucionalização abrangente e analítica – consistente na retirada de determinados temas do debate político para inseri-los no universo das pretensões judicializáveis –, assim como do desenvolvimento de um complexo sistema de controle de constitucionalidade marcado pelo amplo acesso ao STF por meio das ações diretas. Tal cenário possibilita que grande parte das questões de relevância política sejam discutidas pelo Supremo. Para o autor, portanto, o fenômeno da judicialização é decorrência do modelo institucional adotado, e não propriamente uma escolha dos membros do Judiciário.

Por outro lado, deve-se destacar, também, a existência de posições ativistas na jurisprudência brasileira. Nesse sentido, Barroso (2014, p. 9), de modo a ilustrar desvios da típica função jurisdicional em direção à própria criação do Direito, cita os seguintes exemplos:

“a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.”

Nessa linha de ideias, Leite (2017, pp. 106-133) aponta a presença de condições facilitadoras da expansão do poder judicial, genéricas e específicas do direito brasileiro. As primeiras podem ser assim resumidas: (a) existência de um regime democrático; (b) independência do Judiciário frente aos demais Poderes; (c) positivação de direitos fundamentais; (d) utilização das ações de controle concentrado por grupos sociais mobilizados e pelos partidos políticos de oposição; e (e) inefetividade das instituições majoritárias. Por sua vez, o sistema constitucional brasileiro fornece, especificamente, as seguintes circunstâncias

favoráveis ao empoderamento do Judiciário: (a) ampla constitucionalização de matérias antes infraconstitucionais; (b) fortalecimento institucional do STF decorrente da variedade de competências estabelecidas no art. 102 da CRFB/88; (c) a importação das doutrinas neoconstitucionalistas; (d) a distribuição do poder político a partir do presidencialismo de coalizão, propiciando maior grau de independência judicial a partir da diluição de forças entre a multiplicidade dos atores políticos.

De modo similar Brandão (2018, p. 178) afirma a existência de condições interpretativas propícias ao movimento de expansão do papel político do Judiciário no Brasil. Assim, opera-se o fechamento do ciclo da judicialização, iniciado pela submissão de questões políticas ao Judiciário (circunstâncias institucionais e políticas já mencionadas), e concretizado a partir de uma postura ativista consistente na disposição em rever as decisões tomadas no âmbito legislativo e executivo. A perspectiva hermenêutica que anima este expediente afasta-se do dogma do legislador negativo,³⁸ ao mesmo tempo em que se alinha às metodologias fluidas do neoconstitucionalismo e à postura *juriscêntrica* da interpretação constitucional.³⁹

É a partir da constatação do cenário até aqui exposto que, segundo Leite (2017, p. 5), o entusiasmo com o papel contramajoritário do Poder Judiciário na afirmação de direitos fundamentais e na defesa das minorias foi seguido de intensas preocupações com o potencial assenhoramento das constituições por parte dos Tribunais Constitucionais. Surgiram, portanto, críticas à legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

³⁸ Os contornos da visão *kelseniana* do controle de constitucionalidade, também denominada modelo austríaco, já foram delineados no Capítulo 1 (item 1.2) desta monografia. Conforme demonstrado, tal modelo é marcado pela: (a) ideia de atividade legislativa negativa, mais identificada com uma função constitucional do que propriamente jurisdicional; (b) submissão do juiz à lei; (c) supremacia do Parlamento e (d) pela eficácia *ex nunc* e *erga omnes* das decisões. Diante disso, Leite (2017, pp. 26-31) visualiza certo anacronismo na utilização do conceito de legislador negativo para retratar o papel exercido pelos Tribunais Constitucionais contemporâneos, uma vez que para Kelsen: (a) tanto a atividade jurisdicional quanto a legislativa criam normas, a primeira de caráter específico e a segunda de caráter geral; (b) a eficácia *erga omnes* das decisões em sede de controle de constitucionalidade aproxima a tarefa da Corte Constitucional do Poder Legislativo, mas de forma “negativa”, pois o Tribunal apenas desfaz (eficácia *ex nunc*) a norma geral ao declarar sua inconstitucionalidade; (c) a atuação de legislador negativo é extremamente vinculada, ao contrário da sua vertente positiva, amplamente discricionária; (d) o modelo das normas constitucionais nesse sistema é mais procedimental do que substancial, não devendo a Constituição tratar de princípios ou normas com a textura ligeiramente mais aberta, em função do risco de deslocar o poder do Legislador para a Corte Constitucional; e (e) a eficácia *ex nunc* das decisões auxilia na limitação da intervenção da Corte no Poder Legislativo, garantindo a supremacia do Parlamento. O anacronismo reside justamente na percepção de que as principais características do projeto *kelseniano* não estão presentes no Estado Constitucional pós-Segunda Guerra Mundial, notadamente marcado pela adoção da *judicial review* norte americana, pela expansão substancial do conteúdo normativo das constituições, pela presença de princípios nos textos constitucionais e pelo papel central que os Tribunais Constitucionais passaram a desempenhar na construção do conteúdo da norma constitucional por intermédio da atividade hermenêutica.

³⁹ O viés *juriscêntrico* é definido por Brandão (2018, p. 209) como perspectiva segunda a qual a única interpretação constitucional válida é a jurisdicional, de modo a desconsiderar qualquer atividade hermenêutica alheia ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 125) trazem ao debate a questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional a partir do conceito de “dificuldade contramajoritária”, presente na obra do constitucionalista americano Alexander Bickel.⁴⁰ O problema pode assim ser colocado: o Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos pelo povo, pode invalidar as decisões tomadas pelo Legislativo e pelo Executivo no exercício do controle de constitucionalidade. A interpretação de normas constitucionais com textura demasiadamente aberta possibilita, portanto, que o juiz julgue casos complexos em desacordo com a sociedade.

De maneira semelhante, Brandão (2018, p. 229) aponta o viés institucional como outro fundamento de oposição à legitimidade democrática da jurisdição constitucional. A crítica de caráter institucional opõe-se às tradicionais teorias hermenêuticas por considerar que estas: (a) adotam uma visão romantizada das capacidades temporais e cognitivas do juiz de alcançar a interpretação mais correta possível; e (b) desconsideram os custos de um potencial erro hermenêutico. Assim, propõe, como regra geral, a adoção de uma postura minimalista, humilde e cautelosa por parte dos magistrados, mais voltado à solução do caso concreto e ao uso de entendimentos compartilhados pela comunidade política do que ao estabelecimento de densas teorias paradigmáticas a partir de princípios controversos.

Merecem destaque, ainda, as críticas democráticas estabelecidas pelo Constitucionalismo Popular. Segundo Leite (2017, p. 206) é possível verificar, inclusive no Brasil, um cenário de excessiva judicialização dos conflitos, de centralização da interpretação constitucional e de decisionismo, o que levou a doutrina, especialmente a norte-americana, a questionar se a jurisdição constitucional é de fato o melhor mecanismo para a proteção dos direitos fundamentais. Esta perspectiva teórica abarca diversos autores, dentre os quais destacam-se Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Larry Kramer, que, com suas próprias particularidades, advogam o protagonismo popular na interpretação e na proteção da Constituição, em detrimento do assenhoreamento do texto constitucional pelo Poder Judiciário, o que, na visão destes autores, subtrai a cidadania do povo.

Sobre o “*popular constitutionalism*”, Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 158) afirmam que os defensores da tese alertam para os perigos de um modelo judicialista, que possibilitaria a imposição dos valores individuais dos magistrados à sociedade. Diante disso, depositam maior confiança nas instâncias majoritárias, constantemente submetidas ao crivo eleitoral, e na própria articulação da sociedade civil. Buscando ilustrar a radical proposta de devolução da

⁴⁰ A questão da dificuldade contramajoritária é discutida por Alexander Bickel no livro “*The Least Dangerous Branch*”, publicado em 1964.

interpretação constitucional ao povo, Brandão (2018, pp. 235-236) expõem o pensamento de Kramer, segundo o qual foi estabelecida uma concepção *juriscêntrica* de que a interpretação das Cortes não deve ser questionada. O autor norte-americano chegou a defender, até mesmo, a supressão da *judicial review* pela via de emenda constitucional como alternativa viável à solução da legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

Todavia, deve-se ressaltar a cautela com a qual as críticas apresentadas pelos defensores do constitucionalismo popular devem ser recebidas em solo brasileiro. Nesse sentido, destacam-se as ponderações de Leite (2017, pp. 210-211), pois, mesmo diante de práticas ativistas, decisionismos, inconstâncias dos padrões hermenêuticos e de subjetivismos na interpretação da Constituição, a extinção ou mesmo a limitação da jurisdição constitucional no Direito brasileiro seria considerado grave retrocesso. Assim, o que se extrai das críticas do “*popular constitutionalism*” é a necessidade de estabelecer diálogos entre os órgãos majoritários e as cortes constitucionais, reconciliando constitucionalismo e democracia. Em outras palavras, a saída não está em depositar as esperanças na jurisdição constitucional ou na representação política, mas apostar numa abordagem institucional dialógica e não hegemônica.

De modo semelhante, Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 127) apontam que a relevância prática do questionamento acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional não repousa na adoção do controle de constitucionalidade, que, para o bem ou para o mal, já foi feita em 88. Em realidade, as críticas do constitucionalismo popular são relevantes para indagar sobre a forma e a intensidade com as quais este controle será realizado, especialmente considerando a relação entre o Judiciário e os órgãos de representação política.

Por sua vez, Brandão (2018, pp. 247-248) alerta que a realidade brasileira é muito distante da norte-americana, berço do “*popular constitutionalism*”. Enquanto a primeira é marcada pela recente expansão do Poder Judiciário, por recorrentes rupturas democráticas e pela ausência de uma cultura política voltada ao constitucionalismo e à proteção dos direitos, a segunda conta com mais de dois séculos de *judicial review*, é estabelecida sobre um forte ideário liberal e já pode ser considerada uma democracia de direitos. Tal cenário afasta qualquer possibilidade de uma supremacia parlamentar⁴¹ ou da extinção/restrição da jurisdição constitucional, reforçando o papel fundamental que o Judiciário e, especialmente, o Supremo, exercem na proteção de direitos e no avanço da democracia.

⁴¹ O conceito de supremacia parlamentar será estudado em seguida, no item 4.2 desta monografia.

Portanto, não se adota nesta monografia quaisquer dos posicionamentos radicais expostos pelas doutrinas críticas à legitimidade democrática da jurisdição constitucional e à expansão do Poder Judiciário. Tais apontamentos funcionam apenas em um nível descritivo e não prescritivo, sendo relevantes para apontar os riscos e as limitações da concentração da interpretação da Constituição nos Tribunais, jamais para fundamentar proposições de alteração do desenho institucional brasileiro. As críticas evidenciam a importância do diálogo institucional e revelam que a jurisdição constitucional, embora de extrema relevância, não oferece, por si só, solução adequada a todos os problemas das democracias contemporâneas.

A proposta teórica que anima esta articulação é muito mais moderada, sendo pautada pelo estabelecimento de um diálogo interorgânico entre jurisdição constitucional e instâncias majoritárias. Como afirma Leite (2017, pp. 214-215), não há, *a priori*, instituição ilegítima para interpretar e concretizar a Constituição. O autor defende uma terceira via, segundo a qual há uma alternativa dialógica em que nenhum dos três poderes assume o monopólio hermenêutico da Constituição, sendo concedida a merecida relevância à jurisdição constitucional e reafirmada a relevância das instâncias de representação de política com o objetivo de reconciliar democracia e constitucionalismo. Tal alternativa será analisada no tópico seguinte, buscando demonstrar seus impactos na hipótese sob análise.

4.2 ALTERNATIVA AO MONÓLOGO JUDICIAL: A CONSTRUÇÃO DIALÓGICA DOS SENTIDOS DA CONSTITUIÇÃO

O conceito de supremacia judicial é estabelecido por Barroso (2016, p. 522) a partir da oposição ao ideal de supremacia parlamentar, corolário do Estado Legislativo que vigorou na Europa continental até a segunda metade do século XX. No desenho institucional próprio da supremacia parlamentar, impera a centralidade da lei, de modo que a Constituição, vista como mero documento político a inspirar o Legislativo e o Executivo, não possui densa normatividade. Por sua vez, após a Segunda Guerra Mundial, emergiu nos países de tradição romano-germânica o modelo de Estado Constitucional de Direito, em que a Constituição ganha status de norma jurídica, vinculando a produção e a execução das leis e tomando de assalto o centro do ordenamento. Este segundo modelo possibilita a supremacia judicial, que consiste na primazia das cortes constitucionais na construção definitiva dos sentidos do texto constitucional, vinculando os demais Poderes.

De maneira semelhante, Leite (2017, p. 216) define a supremacia judicial como um *plus* em relação ao ativismo. Enquanto este designa a expansão do poder decisório dos

Tribunais frente às decisões majoritárias, aquela consiste numa relação de equivalência entre a interpretação judicial do texto constitucional e a própria Constituição. Dito de outro modo, a supremacia judicial designa um desenho institucional em que o Judiciário apodera-se da competência para interpretar definitiva e inquestionavelmente o conteúdo da Constituição.

Por sua vez, Brandão (2018, pp. 222) aponta a existência de uma potencial supremacia judicial no Brasil, sobretudo a partir da ampliação dos mecanismos de fiscalização concentrada em 1988. Tal domínio judicial dos sentidos da Constituição seria resultado da combinação da atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões em sede de controle concentrado com as seguintes características que marcam a atuação do Supremo: utilização de argumentos interdisciplinares, busca pela otimização de princípios constitucionais, abordagem de questões controvertidas e o estabelecimento de teorias que vinculam os demais poderes, inclusive em casos futuros (para além da resolução do caso sub *judice*), que só podem ser superadas mediante aprovação de Emenda Constitucional.

Ilustração da tendência de assessoramento do documento constitucional por parte do Supremo é feita por Leite (2017, p. 205) a partir do julgamento da ADIn nº 3.367/DF, de relatoria do Min. Cezar Peluso, em que o Min. Eros Grau expressa entendimento consistente na identificação da Constituição com a interpretação que lhe é dada pelo STF. O trecho do voto mencionado demonstra a centralização da atividade hermenêutica no Judiciário:

“A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade. Daí porque tenho afirmado que não existe a Constituição de 1.988. O que hoje realmente já, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte”. (BRASIL, 2005, pp. 282-283).

O panorama e a crítica abordados no item anterior podem suscitar o questionamento acerca da existência de uma supremacia judicial no Brasil. Em que pese o curto espaço deste trabalho não permitir a investigação sobre a veracidade desta afirmação, as constatações aqui realizadas indicam a fragilidade e os problemas advindos da atribuição exclusiva e inquestionável do papel de intérprete máximo do texto constitucional ao Poder Judiciário.

Diante disso, busca-se apresentar uma proposta teórica alternativa, que, advindo da doutrina canadense, pretende afastar o monólogo judicial da hermenêutica constitucional, cultivando um espaço dialógico entre os Poderes de Estado e a opinião pública. Nesse sentido, Leite (2017, p. 222) afirma que o modelo *juriscêntrico* de supremacia judicial oferece lentes limitadas para enxergar o complexo fenômeno das controvérsias constitucionais, na medida

em que exclui os cidadãos e seus representantes políticos do debate. Por outro lado, a proposta dialógica compreende o mesmo fenômeno como processo de interação institucional para a construção conjunta das interpretações a partir de visões divergentes. Assim, a perspectiva dialógica propugna que a prerrogativa da “última palavra” sobre a interpretação da Constituição deva limitar-se ao caso concreto, fazendo prevalecer o debate público enquanto houver divergências.

Em sentido semelhante, para Clève e Lorenzetto (2015, p. 197) as correntes dialógicas discutem a função institucional exercida pelo controle de constitucionalidade, objetivando a articulação das estruturas de poder político de modo a evitar decisões judiciais orientadas por uma interpretação monológica da Constituição. O que se busca, portanto, é afirmar a hermenêutica constitucional como tarefa destinada aos juízes, mas também aos demais agentes políticos, aliviando as tensões oriundas da dificuldade contramajoritária, uma vez que Legislativo e Executivo passam, periodicamente, pelo crivo popular das eleições.

Segundo Leite (2017, pp. 234-235), a premissa de que os sentidos do texto constitucional não devem ficar a cargo exclusivamente dos juízes, tal como defendido pela doutrina dos diálogos constitucionais, apoia-se na proposta de Peter Häberle acerca da sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Na visão do autor germânico, da inserção do texto constitucional num espaço público plural e heterogêneo deve decorrer a ampliação do círculo de intérpretes, objetivando a integração da realidade multifacetada no processo de interpretação. Em resumo: a rejeição do monopólio judicial da interpretação constitucional alinha-se à proposta dialógica aqui analisada.⁴²

Por sua vez, segundo Brandão (2018, p. 336), a principal formulação da teoria dos diálogos constitucionais tem origem nos estudos de Peter Hogg e Allison Bushell. Os autores canadenses analisam a proposta dialógica a partir das relações estabelecidas entre o Legislativo e o Judiciário, mais especificamente no que diz respeito à superação legislativa das decisões da Suprema Corte em sede de controle de constitucionalidade, advogando o diálogo entre jurisdição constitucional e as instituições políticas na defesa das liberdades individuais e dos interesses da coletividade.⁴³

⁴² Consoante leciona Brandão (2018, p. 406), o constitucionalismo tradicional está para as religiões semíticas, marcadas pela exclusividade eclesial da interpretação teológica (monopólio judicial dos sentidos da Constituição), assim como a perspectiva dialógica está para o protestantismo, avesso ao monopólio interpretativo e orientado por uma hermenêutica difundida entre todos os fiéis (cidadãos).

⁴³ Segundo Leite (2017, pp. 230-233), as experiências concretas do constitucionalismo canadense suscitaram amplo debate na doutrina acerca dos diálogos constitucionais na relação Corte-Parlamento, especialmente a partir da instituição de mecanismos de interação dialógica tais como a “cláusula não obstante” (*notwithstanding*) que possibilita ao Legislativo impedir temporariamente uma declaração de inconstitucionalidade da Corte Constitucional, sobrepondo-se à interpretação concedida pelo Judiciário e possibilitando a submissão a

Os impactos da proposta nas relações entre os Poderes no âmbito da jurisdição constitucional são expostos por Clève e Lorenzetto (2015, p. 193) ao apontarem a possibilidade de outras instâncias oferecerem respostas ao problema da inconstitucionalidade:

“A tese do diálogo apresenta, por isso, uma série de razões para repensar a legitimidade do controle de constitucionalidade e o papel das Cortes na fiscalização legislativa. Nos casos em que a Corte entende que o Legislativo está em uma posição institucional mais vantajosa para decidir a questão controvertida, ela pode abrir uma oportunidade para a manifestação do Parlamento ou assumir posição deferente perante a lei estabelecida pela via democrática tradicional. Isso, porém, não quer dizer que a Corte está a renunciar sua responsabilidade fiscalizatória perante os outros Poderes, apenas decide que outros poderes podem primeiro apresentar remédios para corrigir a violação Constitucional. Caso essa oportunidade ofertada pelo Judiciário não seja utilizada, a declaração de inconstitucionalidade toma lugar e afasta a lei do ordenamento jurídico”.

Ressalta-se, ainda, que, diante do curto espaço desta análise, foi dada especial atenção à denominada teoria normativa dos diálogos constitucionais. De acordo com Brandão (2018, p. 276), há duas tendências exploradas pelos teóricos que utilizam a perspectiva dialógica: uma empírica, voltada para o estudo da interação concreta entre os órgãos majoritários, contramajoritários e a opinião pública, e outra normativa, responsável por estabelecer as críticas ao monólogo judicial.

Os objetivos deste trabalho, em especial a aproximação da prerrogativa de rejeição de lei inconstitucional pelo Poder Executivo à perspectiva dialógica, demandaram foco na teoria normativa. Todavia, há uma verificação de origem empírica que pode contribuir na presente investigação: a existência de interações dialógicas entre o Executivo e os demais poderes.

Ocorre que as obras que fundamentaram esta monografia, notadamente os livros de Rodrigo Brandão e Glauco Salomão Leite, analisam os diálogos constitucionais especialmente a partir das relações estabelecidas entre o Legislativo e o Judiciário. Entretanto, defende-se aqui que a abordagem dialógica também pode ser aplicada às relações Executivo-Judiciário e Executivo-Legislativo, não só pelo já exposto substrato da teoria normativa, mas também em função da comprovação empírica de que tais diálogos já existem, ao menos em certa medida.

Nesse sentido, Escócia (2016, pp. 980-981) aponta a existência, no Brasil, de interações dialógicas na relação Executivo-Legislativo a partir do funcionamento do presidencialismo de coalizção, em que a governabilidade existe em função da base construída pela presidência no Legislativo, especialmente considerando o pluripartidarismo.

controvérsia ao debate público. Ressalta-se que o período de imunidade da lei é idêntico ao da legislatura (cinco anos), de modo a permitir que a discussão alcance o período eleitoral, já que a renovação da cláusula exige nova deliberação parlamentar.

Por sua vez, Brandão (2018, p. 288) afirma a influência das instituições majoritárias na Corte em razão da nomeação de ministros realizada a partir de um complexo sistema que equilibra independência dos magistrados e sua conexão com a vontade popular por meio da nomeação pelos representantes do povo nas instâncias majoritárias.

Assim, pretende-se que a prerrogativa de rejeição de lei inconstitucional pelo Executivo possa funcionar como mais um instrumento de diálogo institucional, propiciando o fortalecimento da interlocução com os demais poderes no âmbito da fiscalização de constitucionalidade.

Como mencionado, a tendência juriscêntrica da supremacia judicial parece ser deletéria para a democracia, na medida em que concede o monopólio da interpretação da Constituição a agentes públicos não eleitos. Por outro lado, como também já foi demonstrado, não se almeja no presente estudo a afirmação da supremacia parlamentar, especialmente considerando os riscos da concentração da hermenêutica constitucional no Poder Legislativo (leia-se retrocesso e ofensas aos direitos das minorias na recente democracia brasileira). Este parece ser o entendimento de Brandão (2018, p. 401):

“Buscou-se construir uma análise realista das capacidades institucionais do Judiciário e do Legislativo para atuarem na interpretação constitucional. Assim, da mesma forma que não se pode comparar uma visão rósea do juiz com uma perspectiva ácida sobre o legislador (Judiciário como portador da vontade constituinte v. legislador como representante de uma idiossincrática maioria transitória), não se pode fazer o contrário (juiz que se limita a ornamentar a sua ideologia com empolada linguagem jurídica v. legislador como representante da vontade geral do povo). Portanto, nem a lei representa necessariamente a vontade majoritária, nem decisões de inconstitucionalidade são necessariamente contramajoritárias”.

Resta esclarecer, por fim, que a presente discussão também não propugna pela concentração de poder na figura do Chefe do Executivo. Nesse mesmo sentido, Brandão (2018, p. 248) alerta para os riscos de uma hegemonia dos poderes políticos, mormente o passado autoritário da democracia brasileira. Portanto, a presente discussão não advoga a supremacia parlamentar e menos ainda a concessão ao Executivo do papel de guardião da Constituição aos moldes *schmittianos*.⁴⁴

⁴⁴ Segundo Dutra (2012, pp. 30-35), Schmitt concebia o controle de constitucionalidade como problema político e prático e não como questão jurídica e teórica, de maneira que a melhor solução seria encontrada nos âmbitos legislativo e executivo, mais afeitos à vontade popular. Assim, o caráter democrático da fiscalização de constitucionalidade impõe que a interpretação da lei (elaboração política) seja tarefa legislativa, cabendo sua aplicação (elaboração jurídica) ao Judiciário. Todavia, quando o Legislativo, a quem o povo delegou originariamente o papel de defensor do texto constitucional, não exercer corretamente suas funções, caberia ao Executivo atuar como Guardiã da Constituição. Surge, assim, a defesa da legitimidade do Chefe do Executivo para exercer o controle de constitucionalidade com base na necessidade de manutenção da unidade política do

Defende-se aqui uma proposta, tal como exposta por Leite (2017, p. 268), em que a jurisdição constitucional funcione como mecanismo dentro de uma estrutura dialógica, envolvendo Poderes de Estado e atores sociais, garantindo a possibilidade do Executivo ou do Legislativo construir interpretações autônomas e, inclusive, divergentes daquelas gestadas no âmbito do Judiciário. Pretende-se, assim, que as decisões da Corte não representem o fim – e, acrescenta-se, nem mesmo o início – do debate público acerca dos sentidos da Constituição.⁴⁵

Em síntese, entende-se que a alternativa dialógica corrobora a hipótese principal de rejeição de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo, uma vez que desloca, ao menos num primeiro momento, a interpretação do texto constitucional do âmbito do Judiciário para a Administração Pública, possibilitando a oxigenação da atividade hermenêutica e, assim, aliviando as tensões decorrentes da dificuldade contramajoritária.

Todavia, levando em conta o papel ainda muito relevante exercido pela Jurisdição Constitucional na democracia brasileira e em respeito à separação de poderes, impõem-se uma série de limitações à prerrogativa de rejeição, na tentativa de equalizar esta possibilidade com o já complexo sistema de controle de constitucionalidade pátrio. Tais limitações serão analisadas no tópico seguinte.

4.3 PROCEDIMENTOS DE LEGITIMAÇÃO DA REJEIÇÃO DE LEI CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELO PODER EXECUTIVO

Como demonstrado, a perspectiva dialógica contribui para a afirmação da possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional pelo Poder Executivo. Nesse sentido, a presente monografia afirma a importância do papel do Executivo na fiscalização de constitucionalidade, com base no contexto institucional próprio da Administração Pública.

Conforme leciona Leite (2017, p. 240), a teoria dos diálogos destaca as capacidades institucionais dos atores envolvidos na interpretação constitucional, considerando seus diversos contextos. Assim, o Judiciário seria instância privilegiada para as correções da obra legislativa em função da independência em relação aos atores políticos, do dever de decidir e motivar suas decisões e da maior desenvoltura para lidar com direitos de minorias.

Estado ameaçada pela incapacidade legislativa de tomar decisões concretas. Todavia, entende-se que a concentração da interpretação constitucional no Executivo é potencialmente avessa à pluralidade de opiniões própria da perspectiva dialógica, razão pela qual a perspectiva *schmittiana* não é adotada nesta monografia.

⁴⁵ Raciocínio semelhante é exposto por Clève e Lorenzetto (2015, p.197), ao mencionarem a importância da inclusão dos Poderes submetidos à *accountability* na hermenêutica constitucional. Nesse sentido, caberia aos Poderes que periodicamente passam pelo crivo eleitoral e prestam contas aos seus eleitores a tarefa de ocupar o espaço político por vezes ocupado pelo Poder Judiciário na construção dos sentidos da Constituição.

Por sua vez, advoga-se aqui a possível contribuição da perspectiva institucional do Poder Executivo para o desenvolvimento da hermenêutica constitucional, especialmente considerando a maior proximidade com a vontade popular em decorrência da recorrente influência exercida por intermédio do processo eleitoral (alívio da dificuldade contramajoritária), bem como do princípio constitucional da eficiência administrativa e da função de concretização das normas constitucionais destinada à Administração Pública.

Todavia, é essencial para o fortalecimento do diálogo que o poder de rejeição de lei inconstitucional seja de alguma forma limitado. Igualmente, a própria adequação ao ordenamento jurídico pátrio demanda, conforme exposto nos capítulos anteriores, a imposição de certas restrições. Pretende-se, portanto, que tais limites legitimem o uso da supracitada prerrogativa, na medida em que preservam a separação de poderes, protegem direitos fundamentais, impõe ônus argumentativos e fortalecem o debate político sobre discussões que potencialmente serão submetidas à jurisdição constitucional.

Ressalta-se que diversos autores, já mencionados nesta monografia, procuram legitimar a prerrogativa de rejeição da lei inconstitucional a partir da imposição de limitações. Nesse sentido, Ramos (1994, p. 241) afirma a existência de abalos institucionais decorrentes do descumprimento de lei com base no argumento da inconstitucionalidade, razão pela qual defende que a possibilidade de rejeição subsiste apenas até o pronunciamento judicial, devendo o Poder Executivo acatar a decisão, ainda que lhe seja desfavorável.

Por sua vez, conforme mencionado na análise do argumento da segurança jurídica (item 3.3), Cristóvam (2015, p. 256) aponta que apenas o Chefe do Executivo detém a prerrogativa de descumprimento, devendo fundamentá-lo em parecer técnico do respectivo órgão consultivo, conceder-lhe a devida publicidade e aplicá-lo em caráter geral e isonômico. Ademais, afirma que a controvérsia deve ser submetida ao Judiciário imediatamente após a rejeição da lei pela autoridade administrativa, buscando definitividade e segurança-jurídica.

De modo semelhante, Mello (2010, pp. 20-21), ao abordar as preocupações com a preservação da segurança jurídica, menciona a necessidade de deflagração pelo Chefe do Executivo da análise judicial da constitucionalidade da lei após seu descumprimento. Igualmente, defende que a prerrogativa de rejeição deva limitar-se ao cume da Administração Pública, evitando divergências quanto à constitucionalidade das leis e expedientes não isonômicos. Similar cuidado é tomado por Ramos (1994, p. 238), que rechaça a possibilidade de qualquer funcionário administrativo subalterno descumprir determinada lei com fundamento na sua inconstitucionalidade, tarefa reservada ao Chefe do Executivo.

Com efeito, afirma-se, na presente monografia, a necessidade de limitar a prerrogativa de rejeição ao Chefe do Poder Executivo, resguardando os administrados de posicionamentos contraditórios e expedientes não isonômicos, cabendo a sua extensão tão somente aos órgãos de natureza administrativa já mencionados: o CNJ, o CNMP e o Tribunal de Contas.

Acrescenta-se, ainda, que, diante da ausência de competência para obter um pronunciamento judicial, como no caso dos Prefeitos Municipais, a resposta mais adequada parece ser a afirmação da prerrogativa de rejeição, em respeito à preservação da supremacia constitucional e à concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública.

Ademais, levanta-se aqui a possibilidade da incidência da prerrogativa de rejeição alcançar até mesmo o Executivo municipal em relação às leis estaduais inconstitucionais, especialmente nos casos em que a Constituição Estadual não possibilite ao Prefeito provocar o controle concentrado perante o Tribunal de Justiça. Esta lógica baseia-se na fórmula desenvolvida por Gilmar Ferreira Mendes de que a ausência de prerrogativa para provocar o pronunciamento judicial em sede de controle concentrado justifica a rejeição de lei.

Por sua vez, questão mais polêmica reside na possibilidade de descumprimento de leis inconstitucionais pelos Governadores e Presidente da República, uma vez que estes são legitimados para provocar o controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, levando em consideração a relevância dos direitos fundamentais potencialmente ofendidos, assim como a capacidade da Administração Pública de oferecer resposta rápida e eficaz para a proteção destes, afirma-se a possibilidade de que o descumprimento de lei inconstitucional subsista até que se obtenha pronunciamento judicial cautelar em sede de controle concentrado.

Não se olvide, entretanto, da existência de argumentos justificadores da manutenção da rejeição da lei inconstitucional mesmo após pronunciamento judicial contrário, com base na teoria dialógica. Não obstante a validade do entendimento mais radical, defende-se aqui posição semelhante à adotada por Ramos (1994, p. 240), segundo a qual apenas com novos fundamentos pode-se cogitar o descumprimento de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo após um pronunciamento judicial que afirme sua constitucionalidade.

Em outras palavras, o descumprimento de lei inconstitucional prévio ao pronunciamento judicial é expediente suficiente para oxigenar a hermenêutica constitucional excessivamente juriscêntrica, oferecendo aos cidadãos interpretações distintas daquelas oriundas das instituições contramajoritárias. Ademais, a possibilidade de apresentação de novos argumentos, como mencionado acima, pode representar importante canal de comunicação entre a vontade popular e as interpretações judiciais da Constituição.

Assim, tal como ocorreu no caso do Decreto Estadual paulista nº 7.846/1976 (mencionado no item 2.4), pretende-se que a autoridade administrativa, no próprio texto do diploma legal, estabeleça o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário como condição resolutiva da vigência do decreto que veicule a rejeição de lei inconstitucional.

Até aqui, três limitações foram expostas: (a) uma de ordem temporal (vigência da rejeição); (b) uma relativa à competência (Chefe do Poder Executivo, CNJ, CNMP e o Tribunal de Contas); e (c) uma de caráter procedimental (necessidade de provocar judicial em sede de controle concentrado após o descumprimento de lei, sempre que houver competência para tanto). Todavia, outras limitações de caráter procedimental são necessárias, para afastar ao máximo qualquer possibilidade de arbitrariedades no uso de tal prerrogativa.

Nesse sentido, é fundamental que o descumprimento de lei inconstitucional seja embasado em parecer técnico de órgão jurídico consultivo, justificando as incompatibilidades com o texto constitucional e, especialmente, apontando qual o direito fundamental ou a competência constitucional que se busca preservar. Acredita-se que exposição prévia dos argumentos pode contribuir para a ampliação do debate público ainda na instância majoritária, expondo os fundamentos da inconstitucionalidade aos administrados antes que a discussão seja enclausurada pelo discurso judiciário.

Ao mesmo modo, a fundamentação jurídica oferecida pelo órgão consultivo pode impedir que juízos de conveniência e flutuações políticas justifiquem o descumprimento oportunista da lei sob a alegação de sua inconstitucionalidade. Caso não exista forte fundamentação, as razões que levaram à Administração Pública a adotar tal expediente já estarão expostas aos cidadãos (garantindo certo grau de controle social), assim como servirão ao conjunto probatório em eventual discussão judicial sobre a celeuma.

Ademais, no que se refere ao meio de veiculação do pronunciamento de rejeição, afirma-se a necessidade de decreto executivo para conceder publicidade ao ato administrativo. Tal expediente é essencial, inclusive, para fomentar o debate público acerca da inconstitucionalidade. Explica-se: se é imposto à Administração um severo ônus argumentativo para legitimar sua recusa frente ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis, seus motivos devem alcançar o maior número de pessoas, ampliando o espaço de discussão. E, ainda, sendo a proximidade da vontade popular que qualifica o Executivo para oferecer interpretações do texto constitucional distintas das judiciais, seus argumentos devem ser submetidos à análise popular.

Por fim, acrescenta-se que a prerrogativa de rejeição terá lugar quando for necessário resguardar direitos fundamentais ou preservar as competências constitucionais. O ilustrativo

exemplo apresentado por Binenbojm (2008, p. 175) demonstra a orientação mais adequada ao exercício da prerrogativa de rejeição: pensa-se em lei que discipline o procedimento de desapropriação por utilidade pública em descompasso com as disposições constitucionais que exigem o pagamento prévio e em dinheiro ao proprietário expropriado. Neste caso, deve a Administração Pública rejeitar o procedimento inconstitucional e preservar o direito constitucionalmente assegurado à indenização.

Outro exemplo de atuação assecuratória de direitos fundamentais encontra-se no estudo de Baptista e Capecchi (2016, p. 1955) acerca das agências reguladoras norte-americanas. A pesquisa está inserida no âmbito da doutrina estadunidense do “constitucionalismo administrativo”, responsável pela análise dos impactos das interpretações administrativas da Constituição nos demais Poderes. Os autores expõem, a título ilustrativo, a atuação da EEOC (*Equal Employment Opportunity Commission*), agência ligada ao combate à discriminação no mercado de trabalho, que, na década de 70, apresentou interpretação divergente da concebida no âmbito da Suprema Corte quanto ao tratamento discriminatório concedido às mulheres grávidas, tendo, inclusive, servido de substrato para a posterior superação do entendimento daquele Tribunal.

Trata-se, em síntese, de uma limitação de ordem material, na medida em que concebe a prerrogativa de rejeição de lei inconstitucional como expediente excepcional, cabível nos casos em que a Administração Pública depara-se com uma lei que limite ou inviabilize o exercício de direitos fundamentais, como ilustrado acima. O mesmo se diga em relação às competências constitucionais, a exemplo do Decreto Estadual paulista nº 7.846/1976, que disciplinou a rejeição de leis que desrespeitaram a iniciativa exclusiva do Governador.

Em termos propositivos, defende-se aqui a imposição das seguintes limitações: (a) quanto à vigência da rejeição até pronunciamento judicial; (b) quanto à competência para o descumprimento da lei; (c) quanto ao procedimento para o descumprimento da lei, devendo a Administração Pública (c.1) provocar o Judiciário imediatamente após o descumprimento da lei, sempre que possuir tal competência, (c.2) veicular a rejeição por meio de decreto, concedendo-lhe a devida publicidade e permitindo que os cidadãos fiscalizem tais decisões e (c.3) fundamentar o descumprimento em parecer técnico de órgão jurídico consultivo; e (d) quanto à matéria que legitima o descumprimento de lei inconstitucional.

Assim, verifica-se que a legitimidade do descumprimento de lei inconstitucional reside especialmente na defesa dos direitos fundamentais previstos na Constituição – assim como na proteção da organização do Estado, tal como ocorre nas normas definidoras de competências –, de modo a afastar leis violadoras dos ditames constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da presente monografia orientou-se pelo objetivo de investigar a viabilidade jurídica da prerrogativa de rejeição de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo, sem prévio pronunciamento judicial definitivo e vinculante.

No primeiro capítulo, buscou-se traçar um panorama sobre o controle de constitucionalidade no direito brasileiro, abordando suas premissas, a concepção da doutrina nacional acerca do fenômeno da inconstitucionalidade, os critérios de classificação e o papel do Judiciário, do Legislativo e do Executivo no exercício desta importante função. Dessa forma, foram extraídas as bases teóricas e principais categorias do direito constitucional que serviram de substrato para as investigações dos capítulos seguintes.

Foi possível verificar a existência de um complexo sistema de controle de constitucionalidade, marcado pela adoção do dogma da nulidade e erigido sob os princípios da rigidez e da supremacia da Constituição. Ademais, constatou-se a presença de influências da *judicial review* norte-americana e do sistema austríaco, das quais resulta a convivência entre as modalidades difusa e concentrada de fiscalização. Por fim, foi possível verificar uma tendência de expansão do controle concentrado pós-1988, dada a ampliação do rol de legitimados pela Constituição Cidadã, assim como a centralidade do papel do Poder Judiciário no exame de constitucionalidade e, conseqüentemente, da interpretação judicial do texto constitucional, cuja legitimidade decorre de elementos não políticos, tais como a capacidade técnica e a independência funcional dos magistrados.

O segundo capítulo foi destinada ao estudo dos argumentos favoráveis à hipótese de rejeição da lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo. Foram analisados os impactos dos princípios da supremacia da Constituição e da eficiência administrativa, da adoção do dogma da nulidade da lei inconstitucional e da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na hipótese em análise.

Nesse sentido, constatou-se que os princípios mencionados constituem argumentos aptos a justificar o descumprimento administrativo da lei inconstitucional, especialmente considerando os fenômenos da constitucionalização do direito administrativo, da substituição da centralidade da legalidade administrativa pelo império da normatividade constitucional, da juridicidade administrativa, da vinculação da Administração Pública à Constituição e do seu papel na concretização de direitos fundamentais, assim como a concepção de direito público fundada na interdependência entre matérias constitucionais e administrativas.

Por sua vez, a adoção do dogma da nulidade, mesmo que relativizado pelos mecanismos de modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, corrobora a hipótese aqui analisada, pois pressupõe um vício desde o nascimento da norma impugnada, sendo possível falar, até mesmo, em um poder-dever da Administração Pública de rejeitar a norma inconstitucional, dado que esta é destituída de qualquer validade *ab initio*.

Por outro lado, verificou-se que os precedentes do Supremo Tribunal Federal acerca da discussão em tela são, em sua maioria, anteriores à Constituição Cidadã e, por conseguinte, não há análise pormenorizada dos impactos causados pela ampliação do rol de legitimados para provocar um pronunciamento judicial em sede de controle concentrado. Em que pese haver pronunciamento recente do Superior Tribunal de Justiça, ainda não há posição definida pelo Pretório Excelso na nova ordem constitucional. Todavia, ressalta-se que o argumento justificador da prerrogativa de rejeição permanece o mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, a saber: a supremacia da Constituição.

Por fim, foi possível constatar que a expressão controle repressivo de constitucionalidade parece não ser a melhor escolha para designar o descumprimento administrativo de lei considerada inconstitucional. Ocorre que o precedente que autoriza órgãos de natureza administrativa, como o CNJ, a rejeitar a aplicação de lei inconstitucional afirma não se tratar de efetivo exercício do controle de constitucionalidade. Haveria, portanto, mera restrição da incidência da norma inconstitucional e não sua exclusão do ordenamento, o que dependeria de um pronunciamento jurisdicional competente. Em função disso, o quarto capítulo desta monografia passou a adotar a expressão “rejeição de lei inconstitucional”, no lugar de “controle repressivo de constitucionalidade”.

Em seguida, o terceiro capítulo abordou os argumentos desfavoráveis à hipótese em discussão, com o objetivo de verificar se algum destes impediria a adoção da prerrogativa de rejeição de lei inconstitucional no direito brasileiro. Primeiramente, constatou-se que o argumento da separação de poderes não deve servir de obstáculo ao descumprimento de lei inconstitucional, visto que a centralização judiciária da interpretação constitucional não isenta a ordem política do acirramento das relações entre os Poderes de Estado. Justamente o oposto, uma vez que, diante do empoderamento das Cortes, o monólogo judicial hermenêutico contribui para o fortalecimento das tensões entre os órgãos majoritários e a jurisdição constitucional. Em realidade, o mencionado argumento apenas justifica a imposição de limites à rejeição de lei inconstitucional.

O mesmo se diga em relação à presunção de constitucionalidade, que, não se tratando de presunção absoluta, não impede a hipótese em análise, apenas impõe um severo ônus

argumentativo à Administração Pública para o descumprimento de uma lei inconstitucional. De modo semelhante, o princípio da segurança jurídica também não importa na negação da hipótese principal, uma vez que apenas impõe cautela ao Administrador no exercício da prerrogativa de rejeição. Ademais, ressalta-se que um mínimo de insegurança jurídica é situação própria da adoção do dogma da nulidade, ainda vigente no direito brasileiro. Por fim, a legitimidade do Chefe do Executivo para provocar o controle concentrado não constitui argumento suficiente para impedir o descumprimento administrativo de lei inconstitucional, dado que diversas situações não se enquadram no argumento (como no caso dos prefeitos municipais), é possível que o julgamento do pedido liminar não seja suficientemente célere e, especialmente, não há previsão de monopólio da interpretação constitucional pelo Judiciário.

Finalmente, no quarto capítulo, buscou-se uma aproximação entre a hipótese de rejeição de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo e a perspectiva dialógica da interpretação constitucional. Primeiramente, a questão aqui discutida foi situada num quadro maior de tensões entre constitucionalismo e democracia, cujo reflexo institucional encontra-se no acirramento das relações entre jurisdição constitucional (função contramajoritária) e órgãos de representação política (majoritários).

Em um segundo momento, constatou-se uma preocupante concentração da hermenêutica constitucional no Poder Judiciário e, especialmente, no Supremo Tribunal Federal. Em seguida, demonstrou-se que a proposta dialógica de construção dos sentidos da Constituição a partir da interação institucional corrobora a hipótese central, uma vez que a rejeição de lei inconstitucional pode oxigenar a interpretação constitucional excessivamente judicializada, aliviando a dificuldade contramajoritária.

Finalmente, foi possível verificar a importância do estabelecimento de limites (procedimentos de legitimação) ao exercício da prerrogativa de rejeição de lei inconstitucional, para a sua compatibilidade tanto com o princípio da separação de poderes como com a perspectiva dialógica. Exige-se, portanto, critérios de competência para a rejeição (limitando a prerrogativa ao Chefe do Executivo), a concessão de publicidade ao ato e isonomia na incidência do descumprimento em relação aos administrados, bem como a imposição de ônus argumentativos suficientes para ilidir a presunção de constitucionalidade e estimular o debate público sobre a invalidade da norma ainda nas instâncias majoritárias.

Com efeito, após todas as verificações realizadas, pode-se apresentar uma resposta ao problema da pesquisa no sentido de afirmar que cabe à Administração Pública descumprir leis plenamente vigentes, porém maculadas com vícios de inconstitucionalidade ainda não reconhecidos pelo Poder Judiciário, desde que tal prerrogativa seja devidamente limitada e

perfectibilizada por meio de procedimentos que garantam isonomia, publicidade, segurança jurídica e a manutenção do equilíbrio entre os poderes na construção interorgânica e dialógica dos sentidos da Constituição.

Por fim, quanto à hipótese central da presente monografia, constatou-se sua confirmação parcial nos seguintes termos: (a) tendo em vista a supremacia da Constituição e a ausência de legitimidade para provocar o controle concentrado é cabível, na atual ordem constitucional brasileira, o descumprimento de leis consideradas inconstitucionais pelo Chefe do Poder Executivo em âmbito municipal. Ressalta-se que a possibilidade do manejo de ADPF ou a legitimidade para propor ADIn prevista nas Constituições estaduais impõe a imediata provocação do Judiciário, respectivamente no Supremo ou no Tribunal de Justiça local, para que se obtenha pronunciamento judicial definitivo sobre a alegada inconstitucionalidade; e (b) tendo em vista a supremacia da Constituição, é cabível, na atual ordem constitucional brasileira, o descumprimento de leis consideradas inconstitucionais pelo Chefe do Poder Executivo em âmbito Estadual e Federal, devendo este ajuizar, imediatamente após a rejeição da lei, a ação cabível em sede de controle concentrado para obter pronunciamento judicial definitivo sobre a alegada inconstitucionalidade. Ademais, em ambos os casos, o descumprimento unilateral por parte da Administração Pública, por tratar-se de expediente excepcional, só encontra legitimidade quando devidamente limitado e submetido a procedimentos rigorosos, tendo lugar especialmente nos casos em que a aplicação da lei inconstitucional possa ferir ou limitar direitos e garantias fundamentais.

Em síntese, os princípios da separação e poderes, da segurança jurídica e da presunção de constitucionalidade das leis não permitem a rejeição irrestrita da lei sob o argumento de sua inconstitucionalidade. O ordenamento jurídico pátrio é avesso ao arbítrio do Administrador diante de uma lei que lhe seja inconveniente, permitindo, tão somente, em respeito à supremacia da Constituição e prestigiando o princípio da eficiência administrativa, que a rejeição se opere de forma limitada para resguardar direitos e garantias fundamentais ou competências constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ARAÚJO, Nadja Aparecida Silva de. Atuação do Poder Executivo no controle de constitucionalidade: notas de uma interpretação sistemática do direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 40, n. 158, p. 249-297, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/863>>. Acessado em 24.ago.2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAPTISTA, Patrícia. CAPPECHI, Daniel. Se o direito administrativo fica o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. **Revista de Direito da Cidade**. Vol. 8, n 4, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25461/19165>>. Acessado em 24.ago.2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição constitucional**, a tênue fronteira entre o Direito e a Política. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acessado em 24.ago.2018.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf>. Acessado em 24.ago.2018.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. nº 240, 2005, p. 1/42. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>> Acessado em 20.set.2018.

_____. **Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais**. Conferência na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 21 de agosto de 2002, sendo debatedor o professor Luís Roberto Barroso. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 21, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista21/revista21_61.pdf>. Acessado em 24.ago.2018.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. Poder executivo – lei inconstitucional – descumprimento – parecer. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 181-182, p. 387-397, jul./ dez. 1990. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46278/44437>>. Acessado em 24.ago.2018.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira** – Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, V. 239, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>>. Acessado em 24.ago.2018.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Junior. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêngo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. STF. Petição nº 4656, 0007166-82.2009.1.00.0000. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJ: 19/12/2016. **Portal STF**, 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313416815&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

_____. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADIn nº 3.367/DF. Relator Min. Cezar Peluso. DJ: 13/04/2005. **JusBrasil**, 2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3367-df/inteiro-teor-100481475?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

_____. STJ. Recurso Especial: REsp nº 23.221/GO. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. DJ: 08/08/1993. **JusBrasil**, 1993. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/572794/recurso-especial-resp-23121>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

_____. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. **Lei do processo administrativo federal**, Brasília, DF: 1999a.

_____. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. **Lei da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade**, Brasília, DF: 1999b.

_____. Lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999. **Lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, Brasília, DF: 1999c.

_____. STF. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade: ADIn nº 2221/DF. Relator: Min. Moreira Alves. DJ: 01/01/1990. **Portal STF**, 1990. Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 151, p. 331.
Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/151_2.pdf> Acesso em: 24. ago. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. STF. Representação de Inconstitucionalidade: Rep. nº 980/SP. Relator: Min. Moreira Alves. DJ: 21/11/1979. 2018, **FGV**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43183/41846>>. Acesso em: 24. ago. 2018.

_____. STF. Recurso em Mandado de Segurança: RMS nº 14.557/SP. Relator: Min. Cândido Motta Filho. DJ: 17/05/1965. **Portal STF**, Revista Trimestral de Jurisprudência, v.33, p. 330. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/033_2.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2018.

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. Disponível em: <<http://www.pge.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=119>>. Acessado em 24.ago.2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Lei do Mandado de Injunção fortalece controle de omissões inconstitucionais. **Conjur**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/observatorio-constitucional-lei-mandado-injuncao-fortalece-controle-omissoe>>. Acessado em 09.nov.2018.

CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 2, n. 3, set/dez Curitiba, 2015.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CORRALO, Giovani da Silva. **Responsabilidade de prefeitos e vereadores: comentários ao Decreto-Lei n. 201/67**. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **Revista de DireitoGV**. V. 12 n. 1, jan-abr, pp. 151-187, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n1/1808-2432-rdgv-12-1-0155.pdf>>. Acessado em 09.nov.2018.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. V. 237, 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>>. Acessado em 24.ago.2018.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e relações privadas**. In.: MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). *Jurisdição Constitucional Direitos Fundamentais e Experimentalismo Institucional*. Editora IDP. Brasília, 2012. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1264/JURISDI%C3%87%C3%83O_CONSTITUCIONAL_novo.pdf?sequence=1>. Acessado em 24.ago.2018.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. A Constitucionalização do direito administrativo e a juridicidade administrativa: Um estudo sobre o caso Brasileiro e Português. **Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique**, v. 02, p. 77-108, 2015. Disponível em: <<https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/6531>>. Acessado em 24.ago.2018.

_____. O Direito Administrativo no divã do Estado constitucional de direito: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. **Revista da ESMESC**, v. 21, p. 195-227, 2014. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/101/88>>. Acessado em 24.ago.2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

ESCOCIA, Matheus Henrique Dos Santos da. É possível falar em Teoria Normativa Dialógica no Brasil? **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, p. 974-1006, 2, 2016. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/70>>. Acessado em 24.ago.2018.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7.ed.rev.a. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. Breves apontamentos sobre a legitimidade extraordinária do poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa. **Revista MPMG**

Jurídico. Minas Gerais, Ano II n. 10, p. 10-17, julho/agosto/setembro, 2007. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publicacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico/>>. Acessado em 24.ago.2018.

KUSTER, Roberto Baumgarten. O controle de constitucionalidade desempenhado pela Administração Pública no processo administrativo fiscal: (im)possibilidade de exercício. **Revista Digital de Direito Administrativo** (USP), vol. 3, n. 1, p. 235-253, 2016.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. As circunscrições impostas pelo Estado democrático de direito: a impossibilidade de o Chefe do Executivo deixar de cumprir as normas por entendê-las inconstitucionais. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 38, p. 219-226, 2012. Disponível em: <revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/view/22>. Acessado em 24.ago.2018.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 133-166, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8832/7625>>. Acessado em 24.ago.2018.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de convencionalidade** (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme et al (Org.). **Controle de convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. Cap. 2. p. 58-85.

MARTINS, Lays Gomes; OLIVEIRA, Henrique Sabino de. Declaração de inconstitucionalidade de lei pela Administração Pública. **Raízes Jurídicas - Revista da Graduação e Especialização em Direito**, V. 9, N. 1 (2017). Disponível em: <<http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/398>>. Acessado em 24.ago.2018.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed., rev., atual. e ampl. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Direito municipal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1998.

_____. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade, **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 134, p. 11-39, abr./jun. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220>>. Acessado em 24.ago.2018.

_____. **Jurisdição constitucional**, São Paulo: Saraiva, 1996.

MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o descumprimento de leis inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. **Revista Direito Público**, v. 7, nº 31, 2010. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1669/967>>. Acessado em 24.ago.2018.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3ª ed. Coimbra:Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** – Editora Atlas, 24. ed. 2009.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa** (1976). Sétima Revisão Constitucional – 2005. Publicação. Diário da República, n.º 155 – I Série - A, de 12 de agosto de 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Pronunciamento na 266ª sessão ordinária do CNJ**. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86222-carmen-lucia-cnj-nao-declara-inconstitucionalidade-de-norma-nenhuma>>. Acessado em 24.ago.2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÃO PAULO. **Decreto nº 7.846**, de 30 de abril de 1976. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1976/decreto-7864-30.04.1976.html>>. Acessado em 24.ago.2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 02, pp. 119-161, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773>>. Acessado em 24.ago.2018.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, Jul-Dez, 2008.