

ASSUNTOS GERAIS

PODE O EXECUTIVO DEIXAR DE CUMPRIR UMA LEI QUE ELE PRÓPRIO CONSIDERE INCONSTITUCIONAL?¹

Humberto Ribeiro Soares
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

1ª PARTE: PRÓDROMOS DA MATÉRIA

1) - PODE O EXECUTIVO DEIXAR DE CUMPRIR UMA LEI QUE ELE PRÓPRIO CONSIDERE INCONSTITUCIONAL? Esta é indagação a que não faltou resposta positiva, isto é, admitindo ao Poder Executivo o direito de não cumprir lei que ele, Poder Executivo, a seu exclusivo entender, considerasse inconstitucional, sem que ela houvesse assim sido declarada pelo Judiciário.

Há registros na doutrina e na jurisprudência admitindo-o. Encontram-se pareceres perfilhando a tese. Note-se que os há muitos mais contemporâneos dos regimes anteriores à Constituição de 1988 do que do desta. Todavia, sob o regime de 88, também se encontram pronunciamentos acolhendo o descumprimento da lei pelo Executivo sob a motivação de a ter por inconstitucional sem que a houvesse tido, contudo, o Judiciário. Os que assim, mais recentemente, têm-no feito, costumam valer-se de um julgado de 29 de março de 1990, do Eg. Supremo Tribunal Federal por sua composição plena, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, para o que costumam pinçar-lhe este trecho da ementa: "(...) 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. (...) "² Mais detalhadamente sobre este acórdão adiante se verá, fique desde logo a ressalva.

2) - Na doutrina, o estudo a bem dizer mais havido como paradigmático foi o de THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, no seu **Do Controle da Constitucionalidade**, obra datada de 1966 (portanto, anterior ao ordenamento constitucional de 1988 e contemporâneo do regime de exceção de 64). Outros pronunciamentos costumam ser lembrados pelos partidários do descumprimento da lei, como os de CARLOS

1. Resumo de palestra proferida na Procuradoria Geral do Estado - Centro de Estudos Jurídicos, em 31.03.97.

MAXIMILIANO, de 1929, ADROALDO MESQUITA DA COSTA, emitido na qualidade de Consultor-Geral da República, dos anos 60 (aliás, reformando seu entendimento anterior que era contrário), MIGUEL REALE, em parecer de 1963, FREDERICO MARQUES, em artigo de jornal de 1963.

3) - A jurisprudência repetitiva anterior ao ordenamento de 1988 também forneceu subsídios no sentido do descumprimento (RTJ 41/677), como se pode ver assim: "Nossa jurisprudência também tem sido hostil à tese dos impetrantes, reconhecendo ao Executivo a opção entre provocar a manifestação do Judiciário, ou não cumprir a lei que reputa inconstitucional, e ao Legislativo a de anular leis ofensivas da Constituição. Vejam-se estes pronunciamentos do Supremo Tribunal, ou de alguns de seus Ministros, quase todos mencionados no parecer do Consultor-Geral e nas informações do Governo: Rp. 322 (1957), RTJ 3/760; RMS 4.211 (1957), RTJ 2/386; RMS 5.860 (1958); MS 7.234 (1960), RTJ 2/386; RMS 4.211 (1957), RDA 59/388; Rp 512 (1962), DJ 26.9.63, p. 210; RE 55.718 (1964), RTJ 32/134; RMS 14.557 (1965), RTJ 33/336".

De notar-se que tais arestos: (1º) falavam num direito de opção; e (2º) datam de entre 1957 e 1965.

E são de referirem-se, também, mais acórdãos como: do ano de 1978, 1ª Turma- STF, RE nº 85.787, Rel. Min. Soares Muñoz; do ano de 1965, Pleno-STF, RMS nº 14.557, Rel. Min. Cândido Motta Filho.

Mesmo assim, note-se que este último, por sua ementa, já registrava que "A recusa do cumprimento da lei, por inconstitucionalidade, só é possível quando evidente". Aí era estabelecida uma condição: a da **evidência** da inconstitucionalidade. Ora, se a configuração de tal qualidade (**evidência**) já por si, inexistia enquanto noção positivamente definida, ou dificilmente definível, e exigente de valoração tendente a conduzir ao arbítrio, sua utilização, pelo d. voto, tinha o condão de pôr em relevante destaque a dificuldade da Corte em manter a posição nodal. Ou seja, já se vislumbrava um certo penitenciamento normativo a atenuar a admissão de ao Poder Executivo ser facultado descumprir a lei.

O tempo viria a mostrar o acerto desta afirmação que se acaba de fazer.

2ª PARTE: METODOLOGIA DA ABORDAGEM DA MATÉRIA

4) - A matéria parece, assim, que deva ser abordada remontando aos aspectos embriogênicos daquele entendimento (o do descumprimento), sendo indispensável, pois, uma vista d'olhos na evolução

do sistema de controle de constitucionalidade nos regimes constitucionais brasileiros, especialmente para contextualizar tal entendimento com o estágio do controle que lhe haja sido contemporâneo e no clima político contemporâneo. Este trato será tendente a conduzir a respostas às seguintes questões: (a) à vista do atual ordenamento constitucional é necessário o recurso do descumprimento?; (b) ou, até, ele o permite?

Destarte, contextualizar as coisas em termos de instrumental de controle de constitucionalidade posto à disposição pelos ordenamentos constitucionais brasileiros, sua evolução ao longo dos tempos, desde a Constituição do Império de 1824 é exercício de sincronização, de cronologia, e no clima político contemporâneo vivido pelo País, é de fundamental importância para a exploração do tema objeto deste trabalho. Afinal, admitir que o Executivo possa entender inconstitucional uma lei (sem que o faça o Judiciário, ou antes que o faça), e, por tê-lo feito, descumpri-la, é propiciar-se-lhe, ao Poder Executivo, o reconhecimento de estar dotado de uma espécie de **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SUCESSIVO**.³ Sim, porque, se se toma da lição de Kelsen,⁴ o ato do Executivo que nega cumprimento a lei, nega-lhe eficácia, e se lhe nega eficácia, nega validade ao supremo fundamento da validade das normas que é a Constituição Federal.

3ª PARTE: EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

5) - As evoluções da estrutura de controle de constitucionalidade adotadas por todas as Constituições brasileiras ao longo dos tempos, anteriormente a 1988, foram extremamente reduzidas, acanhadas, limitadas, pouco férteis, e mais fulcradas no controle concreto. Há que se considerar: (1º) que, até 1934, o instrumental de controle era normativamente modestíssimo, exclusivamente o defluente do controle concreto, **incidenter tantum**; (2º) que, após 1934, também não se podia ter como fecundo, quer quando entendido **vis à vis** dos climas políticos das épocas em que se deram (e até dos reais propósitos que as deflagraram), quer com a realidade opressiva vivida nestes tempos (ditadura de 1937 a 1946; ditadura de 1964 a 1988); (3º) que, finalmente, quando se compare com a realidade normativa instrumental oferecida pelo texto de 05.10.88, que, aí, sim, em termos práticos (e não teóricos, utópicos) e realistas e efetivos, se criou a ação direta de inconstitucionalidade ensejada a um enorme e democrático espectro de legitimados (art. 102, I a e p, art. 103).

Assim, pela Constituição democrática de 05.10.88, verifica-se existirem as seguintes e múltiplas vias de controle, adjudicadas aos três Poderes (Executivo, Legislativo, e Judiciário):

1) - CONTROLE PREVENTIVO

Rejeição de projetos por inconstitucionalidade	Comissões de Legislativo (art. 58, § 2º)
Vetos a projetos aprovados pelo Legislativo	Executivo (art. 84, V)
Limitações constitucionais ao poder de reformar	Legislativo (art. 60, § 4º)

2) - CONTROLE SUCESSIVO

2.1) - POR AÇÃO:

• controle concreto difuso	Judiciário (art. 97)
• <i>idem</i> , tutela antecipada	Judiciário (art. 97, CF c/c CPC)
• <i>idem</i> , ação popular	Judiciário (art. 5º, LXXIII)
• <i>idem</i> , outras ações	Judiciário
• suspensão de lei pelo Senado (após declaração do STF)	Legislativo-Senado Federal (art. 52, X)
• controle abstrato concentrado	Judiciário - STF (art. 102, I, a)
• <i>idem</i> , liminar	Judiciário - STF (art. 102, I, p)
• de descumprimento de preceito fundamental	Judiciário (art. 102, § 1º)
• sustação de atos exorbitantes do Executivo	Legislativo (art. 49, V)
• representação interventiva	Judiciário (arts. 34, 35, 36)

2.2) POR OMISSÃO:

Judiciário (art. 103, § 2º)

6) - À vista deste panorama, apura-se que a Carta de 88 propiciou uma vasta gama de vias de controle de constitucionalidade, com oportunidades de o exercerem todos os Poderes (não-somente o Judiciário, mas, também, o Executivo e o Legislativo, conquanto os sucessivos difuso e concentrado sejam o monopólio de decisão do Judiciário) e, em particular, democratissimamente arquitetou e facultou o eficientíssimo controle sucessivo por ação concentrado abstrato de lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, cuja provocação entregou democratíssima e efetivamente (diversa e muito mais profundamente do feito pela EC 16/65) à sociedade, por meio de vários de seus representados (partidos políticos, OAB, associações, etc.), rompendo a tradição do a bem dizer prevalente controle difuso *incider tantom*. Assim, o grande e verdadeiro marco de realismo e

eficiência em matéria de controle de constitucionalidade na história brasileira é a Constituição de 05.10.88, fértil e fecunda como nenhuma outra anteriormente o fora. O que, por si só, já denota a desnecessidade de o Poder Executivo valer-se de meio que não os expressos na Carta atual...

E demonstra, ademais, que qualquer construção pretoriana que antes dela se houvesse erigido em tema de controle de constitucionalidade deve obrigatoriamente ser revista para se sincronizar aos seus novos parâmetros, altamente, repita-se, oxigenados, democratizados. As construções anteriores evidentemente padeceram da enfermidade própria do clima dos regimes de exceção em que se plasmaram, isto é, da enfermidade da inexistência de liberdades, de democracia, enfim, de Estado Democrático de Direito. Não se podem sustentar, pois, após 05.10.88.

4ª PARTE: O INÍCIO DA VIRAGEM CONTRA A CORRENTE DESCUMPRIDORA

7) - Com o advento da Emenda Constitucional nº 16/65 - que teoricamente se propôs aumentar o instrumental de controle de constitucionalidade (embora de conteúdo e amplitude extremamente modestos quando comparados com o que viria a advir pelo regime de 1988), e pertinentemente a este alargamento -, é importante que se atente a que o Supremo Tribunal Federal proferiu um importante julgado no sentido de infletir daquela posição anterior de permitir a opção, ao Executivo, "entre provocar a manifestação do Judiciário, ou não cumprir a lei que repute inconstitucional". Isto se deu no julgado do Mandado de Segurança nº 15.886 - DF, Relator o Min. VICTOR NUNES LEAL (R.T.J. 41/669), de 26.05.1966.

Assim, já do ano de 1966, já se colhia julgado do STF que adotasse a tese de que não é possível ao Presidente da República descumprir a lei por entendê-la, ele - sem pronunciamento hábil do Judiciário -, que seria inconstitucional.

Foi argumento fundamental o referente à superveniência da Emenda Constitucional 16/65, que introduziu a representação de inconstitucionalidade de lei em tese, de iniciativa do Procurador-Geral da República, no Direito positivado brasileiro, e por tê-la introduzido. E insista-se em que tal instrumento de controle de constitucionalidade não-somente era - *vis à vis* dos atuais proporcionados pelo ordenamento de 88 - extremamente limitado do ponto de vista da legitimização para propor-se (só competente era uma única pessoa, o Procurador-Geral da República) como é um só diante dos inúmeros outros proporcionados atualmente pela CF/88.

Dos votos dos eminentes Ministros é útil destacar os seguintes trechos de argumentos muito eloquentes contrários ao Executivo descumprir lei que entenda inconstitucional, sem que houvesse declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário: **(a) do voto do Ministro-Relator VICTOR NUNES LEAL:**⁵ "Realmente, a ampla representação de inconstitucionalidade, que o nosso direito constitucional agora abriga, põe a questão sob uma nova luz, que me leva a não insistir nos votos proferidos anteriormente. (...) Se é conclusiva, nessa matéria, a decisão do Supremo Tribunal, o lógico é que essa decisão seja provocada antes de se descumprir a lei. Anteriormente à EC 16/65, não podíamos chegar a essa conclusão por via interpretativa, porque não havia um meio processual singelo e rápido que ensejasse o julgamento prévio do Supremo Tribunal. Mas este obstáculo está arredado, porque o meio próprio foi agora instituído no próprio texto da Constituição. Essa interpretação, aliás, dá novo vigor à presunção de constitucionalidade das leis, que já fora reforçada pelo art. 200 da Constituição, que remonta à Constituição de 1934, e pelo qual os tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade pelo voto da maioria absoluta dos seus juízes. Recorde-se ainda que já tínhamos herdado da jurisprudência norte-americana um outro suporte para essa presunção: a regra do *other clear ground*, que manda evitar a declaração de inconstitucionalidade quando a causa puder ser decidida por outros fundamentos. Com a nova interpretação, baseada na EC 16, a que estou aderindo após madura reflexão, resulta que a lei, até ser declarada inconstitucional pelo Judiciário, será obrigatória, não só para os particulares, como também para os Poderes do Estado, o que confere ao regime de legalidade uma eficácia prática proporcionada à sua projeção teórica.", **do voto do Ministro CARLOS MEDEIROS:**⁶ "E tanto era insegura a posição do Executivo, que a Emenda Constitucional foi promulgada para remediar situações críticas e tomou o nº 16, de 26.11.65. (...) A solução, agora, se afina com o sistema constitucional (...) uma coisa é interpretar a Constituição e outra é declarar a lei inconstitucional. Parece-me que aí há uma gradação. Repudiar a lei, eu, pelo menos, nas minhas leituras de direito constitucional americano, nunca encontrei uma afirmação positiva em que o Governo pudesse repudiar uma lei por inconstitucional, (...) no poder de interpretar a Constituição, não se deve entender, necessariamente ou implicitamente, o de repudiar lei por inconstitucional; **do voto do Ministro EVANDRO LINS:**⁷ "Ora, não é tarefa do Presidente da República, nem atividade sua, nem atribuição sua julgar da constitucionalidade das leis. (...) Esse privilégio cabe ao Supremo Tribunal Federal. Hoje o Presidente da República dispõe de pronta solução, pela própria Constituição, fazendo submeter ao Supremo Tribunal a arguição de inconstitucionalidade, através do Procurador-Geral da República"; **do voto do Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA:**⁸ "A lei é iniciada e votada pelo Congresso Nacional, depois sobe à sanção. Se o Presidente da República, o Governador de Estado ou o Prefeito sanciona a lei, pare-

ce claro que nem ele nem qualquer funcionário administrativo poderá descumpri-la, sob o fundamento de que é inconstitucional. O momento preciso para repudiar a lei seria o da sanção. O Poder Executivo aporia o veto, então a lei voltaria ao Congresso, às Assembléias ou às Câmaras Municipais, e seria mantida ou não a proposição com o voto qualificado. Este é o nosso regime constitucional. Portanto, em princípio, a regra é que, sancionando o Presidente da República a lei, ele supre quaisquer deficiências no trânsito, nas normas legislativas. Teve o momento que a Constituição lhe consagrou para dizer se a proposição era constitucional ou inconstitucional. Se nesse momento não usou do seu poder, parece claro que se dá o consenso pelo Executivo de que a norma seja constitucional. Se o Presidente, no entanto, veta a proposição, ela volta, no caso de lei federal, ao Congresso Nacional que, por maioria altamente qualificada de dois terços, manterá ou não o veto. Se mantiver, temos uma lei que o Presidente da República é obrigado a observar, nos termos da Constituição. Este é o princípio do nosso direito constitucional. Às vezes, como no caso de que se trata, há uma questão intercorrente. É que o Presidente veta a lei e o seu veto é rejeitado pelo Congresso Nacional. Então surge a questão. O Poder Executivo, o Presidente da República pode opor-se ao cumprimento dessa lei? Entendi, como Consultor-Geral da República, que poderia essa lei ser levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, através da Procuradoria Geral da República. Mas reconheço que essa não era a doutrina corrente. Este princípio só surge agora, com direito novo, com a EC 16. (...) Entendo que a EC 16 introduziu direito novo em relação às leis federais e o Procurador-Geral da República traz ao julgamento do Supremo Tribunal essa mesma lei;" **do voto do Ministro VILAS BOAS:**⁹ "o símbolo da ordem jurídica é a lei e não apenas a Constituição. É em nome da lei que mantemos a ordem jurídica da República, é em nome da lei que se faz o casamento, que se constitui a família. É muito sério aceitar que uma autoridade se avoque o direito de descumprir uma lei. É perigosíssimo para o nosso regime. Os Tribunais, sim, é que podem desprezar uma lei por inconstitucional."

É impossível, a quem quer que estude o tema objeto do presente trabalho, ignorar este acórdão da Suprema Corte. Aí, portanto, o início da viragem conceitual da jurisprudência (ou da tentativa de viragem, eis que, isto tendo se dado em 1966, daí por diante o enrijecimento do regime militar - com os inúmeros atos de exceção, cassações, inclusive de Ministros do Supremo, violências às liberdades, etc. -, viria a facilitar e viabilizar o desrespeito à ordem jurídica, portanto, fecundar os raciocínios daqueles que entendiam que o Executivo todo poderoso, quando quisesse e como quisesse, poderia descumprir a lei ao seu arbítrio.

5ª PARTE: O ELENCO DOS ARGUMENTOS DE QUE SE VALE A CORRENTE DESCUMPRIDORA

8) - Todavia, ainda hoje há quem persista em admitir o descumprimento pelo Executivo. E o faz tomando de empréstimo os argumentos daqueles que, outrora, admitiam o descumprimento. Tais argumentos bem representados ficaram na obra, a bem dizer, paradigmática, de THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, que veio à lume em 1966 (31 anos atrás).¹⁰ Cabe, pois, observarem-se, com atenção, os **gêneros** de argumentos em que se fundam os pronunciamentos dos que admitem que o Executivo não cumpra lei que entenda inconstitucional (sem que, antes, a houvesse declarado inconstitucional o Judiciário):

1º ARGUMENTO:

* o Poder Executivo seria dotado de competência para exercer controle de constitucionalidade sucessivo porque esta espécie de controle de constitucionalidade não seria monopólio do Poder Judiciário, também caberia ao Poder Executivo (e não-somente ao Judiciário) interpretar a lei; "O princípio, portanto, é de que a apreciação da constitucionalidade de uma lei não é privilégio do Poder Judiciário, mas cabe a cada poder, no exercício de suas funções específicas" (THEMÍSTOCLES, *op. cit.* p. 181); "O que tem sido admitido é permitir aos responsáveis pela política administrativa, a não-aplicação de leis inconstitucionais usando do processo usual de **INTERPRETAÇÃO** (ênfase acrescentada), que consiste na aplicação da lei hierarquicamente superior, que exclui, desde logo, a aplicação da lei menor que com ela vem colidir" (THEMÍSTOCLES, *op. cit.* p. 180);

2º ARGUMENTO:

* a todos os Poderes da República - Judiciário, Legislativo e Executivo - competiria a guarda da Constituição, pelo que sua observância não seria monopólio do Judiciário logo, ao ver daqueles pronunciamentos, isto daria ao Executivo, como consequência, o poder, que alguns consideram poder-dever, de se insurgir contra lei que, a seu exclusivo juízo, considerasse ultrajar a Constituição, e, assim, a não cumprir;

3º ARGUMENTO:

* poderiam oferecer-se situações de emergência, em que o Executivo precisasse adotar o descumprimento, em razão do que não teria tempo disponível para colher pronunciamento do Judiciário;

4º ARGUMENTO:

* lei inconstitucional "é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a ab

início. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum momento de validade". (BUZAID).¹¹ **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**, 1958. p. 128). "Surgiria aqui o problema da **"INEXISTÊNCIA"** (ênfase acrescentada) da lei inconstitucional, inexistência que colocaria o Poder Executivo em situação cômoda, pois se veria diante do vazio, isto é, de um diploma sem nenhuma eficiência, o que legitimaria seu comportamento" (THEMÍSTOCLES, *op. cit.* p. 183); note-se que, aqui, o autor articula imediatamente em seguida este parágrafo: "É bem de ver, entretanto, que essa chamada 'inexistência' pressupõe a declaração judicial, o que nos conduziria, assim, ao princípio de todo o raciocínio". (THEMÍSTOCLES, *op. cit.*, p. 183);

5º ARGUMENTO:

* "o que parece, porém, fora de dúvida é que somente aos **ESCALÕES SUPERIORES** (ênfase acrescentada) da administração pode-se reconhecer esse poder, sob pena de amesquinhar-se um processo, conduzindo-se a uma completa anarquia administrativa" (THEMÍSTOCLES, *op. cit.* p. 179); "**OS FUNCIONÁRIOS DE CATEGORIA SUPERIOR** (ênfase acrescentada), responsáveis pela decisão, podem e devem considerar a aplicação das normas em função de sua categoria hierárquica" (THEMÍSTOCLES, *op. cit.* p. 181);

6º ARGUMENTO:

* "**os ASPECTOS ÉTICOS** (ênfase acrescentada) do problema poderiam ser também abordados, mas não há necessidade de atingir essa área, quando, sob o ponto de vista puramente técnico, a posição do Poder Executivo é plenamente justificável. A posição do Poder Executivo será tanto mais legítima se considerarmos o seguinte: levada a questão para o Poder Judiciário, a quem cabe, sem nenhuma dúvida, a última palavra, como supremo intérprete da Constituição, a controvérsia não se deverá fixar no comportamento do Poder Executivo, senão na conformidade dos atos ou leis da Assembléia com a Constituição. Nenhum tribunal poderia considerar o ato do Executivo inconstitucional, de momento que o responsável pelo cumprimento da lei venha justificar o seu procedimento, pelo manifesto atrito entre a lei ou leis em questão e as normas constitucionais vigentes" (THEMÍSTOCLES, *op. cit.*, p. 182);

7º ARGUMENTO:

* "tudo isto mostra que a inconstitucionalidade, para ser **MANIFESTA** (ênfase acrescentada), basta se firmar em argumentos válidos e fundados, embora sujeitos a controvérsia" (THEMÍSTOCLES, *op. cit.* p. 183);

8º ARGUMENTO:

* "o Executivo reprime os excessos do Congresso por meio do veto e do direito de não cumprir as leis manifestamente inconstitucionais..." E acrescentamos: "poderá também fazê-lo pelas **DUAS MANEIRAS** (ênfase acrescentada) quando o Legislativo não atentar com as ponderações feitas no veto quanto à constitucionalidade do projeto" (THEMÍSTOCLES, *op. cit.*, p. 184);

É que assim os pôs o emérito jurista THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, 31 anos atrás (argumentos que ainda hoje encontram-se adotados por alguns ilustres juristas). Apreciemos, daqui por diante, então, tais argumentos, cada qual a sua vez.

6ª PARTE: QUANTO AO 1º ARGUMENTO DE QUE SE VALE A CORRENTE DESCUMPRIDORA

9) - É claro que os adeptos da corrente descumpridora entendem que o Poder Executivo seria dotado de competência para exercer controle de constitucionalidade sucessivo, e, pois, destarte, esta espécie de controle de constitucionalidade não seria monopólio do Poder Judiciário, ou, de outra forma apreciando-se, o Poder Executivo emprestar-se-ia tal competência em tal espécie, a despeito de esta particular espécie não haver sido prevista na Constituição (pelo menos, na de 05.10.88).

Ora, ficou vista atrás, a grande e fecunda multiplicidade de espécies de instrumentos de controle de constitucionalidade propiciados pela Constituição de 1988, em exaustiva exauriente, e exauriente até porque exaustiva especificação. Esta constatação convida a refletir-se sobre dois tópicos (ambos suficientes, por si sós, a obstaculizar o descumprimento): 1º) o do instituto da reserva de Constituição; 2º) - o do princípio da tipicidade dos órgãos do poder político.

10) - Ora, tocante a RESERVA DE CONSTITUIÇÃO, é de atentar-se a que 'o desenvolvimento constitucional' pressupõe núcleos materiais essenciais alicerçados sobre consenso (normativos) em torno de um concentrado de 'valores e princípios fundamentais' (limitação jurídica do poder, liberdade e autodeterminação do indivíduo, socialidade, organização do poder político, princípios estruturais)",¹² como leciona o gênio de CANOTILHO; o que explica a noção de RESERVA DE CONSTITUIÇÃO, vale dizer, de a norma que, num ordenamento jurídico, importa no fundamento supremo de validade (KELSEN), de todas as demais, haver fixado que a temática em foco deve ser objeto de disciplinamento expresso, explícito por parte dela, norma fundamental, e não pela norma infraconstitucional. CANOTILHO adita àquelas suas considerações a de que, "historicamente (na expe-

riência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais, **par excellence**, a organização do poder político (informada pelo princípio da divisão de poderes)..."¹³

Atenção ao que vai, aí, dito: sempre foi considerada "matéria(s) constitucional(is), **par excellence**, a organização do poder político (informada pelo princípio da divisão de poderes)...", sempre foi RESERVA DE CONSTITUIÇÃO, vale dizer, o tratamento há de vir, às expensas, no texto constitucional. Assim, pois, espécie de controle de constitucionalidade é matéria de reserva de Constituição. E é isto que inspira nitidamente a garantia estabelecida pelo ditado da letra, I, art. 102, da CF/88, texto constitucional que expressamente adjudica ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente "a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões". E, por conseqüência, se a Constituição não credenciou o Poder Executivo a exercer controle de constitucionalidade sucessivo, em lugar do Judiciário, não está ele dotado da competência de implementá-lo.

11) - Quanto ao segundo tópico, isto é, o do PRINCÍPIO DA TIPICIDADE DOS ÓRGÃOS DO PODER POLÍTICO, mencione-se que "A Constituição define o estatuto dos órgãos do poder político. São as normas constitucionais que 'conformam' o processo político, fixando os órgãos do poder político as suas atribuições e competências. Através da Lei fundamental afirma-se o PRINCÍPIO DA TIPICIDADE dos órgãos do poder político, designadamente dos órgãos de soberania, define-se a sua formação, composição, competência e funcionamento, PRESCREVE-SE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E DA INTERDEPENDÊNCIA E IMPÕE-SE O PRINCÍPIO DA CONFORMIDADE DOS ACTOS DO ESTADO COM A CONSTITUIÇÃO (...) . A CONSTITUIÇÃO FIXA ENFIM OS PRESSUPOSTOS DA TITULARIDADE E EXERCÍCIO DO PODER POLÍTICO".¹⁴ (Ênfase acrescentada). Logo, se a Constituição de 88 não admitiu o Executivo a exercer controle de constitucionalidade sucessivo, não é possível fazê-lo, não perfaz a tipicidade.

Portanto, se se deve respeitar reserva de Constituição, e deve respeitar-se o princípio da tipicidade dos órgãos do poder político,¹⁵ e como a Constituição de 1988 não prevê a espécie de controle de constitucionalidade - entre tantas que prevê - de que se pretenderia investir-se, a si próprio, o Poder Executivo, de entender - sem que o fizesse ou antes que o fizesse o Judiciário - inconstitucional uma lei e por assim a entender, em controle sucessivo, a não aplicar, esta pretensão não tem amparo constitucional. Não compete ao Poder Executivo investir-se em controle de constitucionalidade que a Constituição não lhe atribuiu como competência.

12) - Demonstração disto é a orientação sistemática que se impõe o próprio Supremo Tribunal brasileiro de, no exercício que lhe compete do controle de constitucionalidade - e já agora recentíssima-mente interpretando a Constituição de 1988 -, não admitir poder transformar-se, ele próprio, em legislador positivo. (RTJ 159/111), consta da ementa que "(...) a Corte (...) não pode ela declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo. Em consequência, se uma das alternativas necessárias ao julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade (a da procedência dessa ação) não pode ser acolhida por esta Corte, por não poder ela atuar como legislador positivo, o pedido de declaração de inconstitucionalidade como posto não atende a uma das condições da ação direta de inconstitucionalidade que é a da sua possibilidade jurídica". Tal limitação que se impõe a si própria, a Suprema Corte, a vedação de usurpação de competência que a Carta confere a outro Poder, o Legislativo, é uma eloquente atestação de que, em controle de constitucionalidade, imperam reserva de Constituição e princípio da tipicidade dos órgãos do poder político. E isto é bem recente, data de 03.11.93 e publicou-se na RTJ de janeiro de 1997. Portanto, sua principiologia é válida também quanto ao Poder Executivo. E aí está a consagração do princípio da separação e harmonia dos Poderes.

Deste mesmo julgado da Suprema Corte, e do voto do Ministro CELSO DE MELLO, vincando os aspectos de reserva de Constituição, tipicidade dos órgãos do poder político e separação dos Poderes, há que destacar-se o seguinte trecho: "Tenho por juridicamente impossível o pedido que, formulado em sede de controle normativo abstrato, importe, na hipótese de eventual procedência da ação direta, em alteração 'inovadora' do conteúdo material do ato estatal impugnado, transformando o Supremo Tribunal Federal, desse modo, e com evidente afronta ao princípio da separação de Poderes, em legislador 'positivo' (RTJ 631/227-RTJ 126/48). Com a instauração da fiscalização normativa 'in abstracto' investe-se o Supremo Tribunal Federal do poder de remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao que se contém no texto da Constituição. A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra, por isso mesmo, um juízo de exclusão. Essa prerrogativa excepcional - que tem por fundamento a própria autoridade da Carta Política - converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador 'negativo' (ADIN 267 - DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO; ADIN 652 - MA, Rel. Min. CELSO DE MELLO)".¹⁶

12) - A propósito, é relevante atentar-se a que, quando a Constituição quis que se desse interferência na PARTILHA CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS ela a fixou explicitamente, como fez por via do inciso V do seu art. 49 (aí ela reza que "É da competência exclusiva do Congresso Nacional ... sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa"). Assim pareceu ao magistério de ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ no seu **Conflito Entre Poderes**.¹⁷

Esta ilustre autora, após considerar que "parece exsurgir, claramente, que o preceito contido no inciso V, do art. 49, introduz modalidade nova de controle de constitucionalidade no Brasil... parece indiscutível que a atribuição congressual de sustar atos normativos do Executivo CONFIGURE REAL CONTROLE POLÍTICO DE CONSTITUCIONALIDADE" (ênfase acrescentada)¹⁸, salienta que "cada vez que, dentro da sistemática constitucional, um poder desborda ou ultrapassa as competências constitucionais que lhe são conferidas, atua ele **contra constitutionem**, além da Constituição, pratica **ato inconstitucional** e, como se sabe, **ato inconstitucional** é passível de controle de constitucionalidade que consiste, exatamente, na verificação da adequação, formal ou material, do ato à Constituição".¹⁹

E aquela eminente publicista, explicando o inciso V do art. 49 da Carta de 88 verifica que, por aí "a Constituição institucionaliza um aparelho orgânico específico para exercer o controle de constitucionalidade desse vício, na medida em que atribui ao Poder Legislativo competência para verificar a ocorrência do 'excesso' e lhe confere poderes vinculantes para 'corrigir' o vício, 'sustando' o ato viciado. Suspenso, o ato não mais pode produzir efeitos".²⁰

Dá que - prossegue a Professora ANNA CÂNDIDA - a Constituição permitiu, por aquele preceito, "interferência na partilha constitucional de competências", facultando-a ao Poder Legislativo em relação a ato normativo de outro Poder, o Poder Executivo. O Legislativo, ainda doutora ela, "Não poderia, contudo, SEM PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA (ênfase acrescentada), exercer o 'controle político de constitucionalidade' e 'sustar' os atos normativos exorbitantes, particularmente no caso do regulamento, pois sua interferência configuraria 'INVASÃO CONSTITUCIONAL' (ênfase acrescentada) de poder, frente ao PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (ênfase acrescentada) assentado na Constituição".²¹

E este é o mesmo panorama conceitual que antagoniza a possibilidade de o Executivo deixar de cumprir lei que ele, Executivo - sem julgamento ou antes de julgamento do Poder Judiciário - julgue, por si, inconstitucional. Se o fizesse, aliás, praticaria dupla interferência na partilha de competências constitucionalmente estabelecida, o Exe-

cutivo sustando um ato do Legislativo, e, ao, mesmo tempo, usurpando a competência do Judiciário, a quem a Constituição concedeu a competência do controle de constitucionalidade sucessivo, seja pela via da exceção, concreta, difusa, seja pela via da ação, abstrata, concentrada, não a havendo concedido ao Executivo.

13) - A faculdade que alguns reivindicam de o Executivo deixar de cumprir lei por julgá-la inconstitucional conduz a uma outra situação que, pelo insólito e curioso em que consiste, sublinha a impossibilidade daquela atribuição. É que, como se acaba de ver, como o Congresso Nacional é dotado de competência (e "exclusiva", qualifica-a o *caput* do art. 49 da Carta) de "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa" (o que fazendo, o Congresso, estará dando cumprimento a outra disposição constitucional, qual a do inciso XI do mesmo art. 49 de "zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes"), poderia, ele, Congresso, *rectius*, Legislativo de qualquer das unidades federativas, vir a sustar o ato normativo do Executivo que houvesse negado aplicação à lei por considerá-la inconstitucional. Ocorreria, então, **SUSTAÇÃO DA SUSTAÇÃO**, o que ao menos demonstraria a também inocuidade do ato do Executivo.

6ª PARTE: TAMBÉM QUANTO AO 1º ARGUMENTO DE QUE SE VALE A CORRENTE DESCUMPRIDORA

14) - Sem que se renuncie à consideração atrás desenvolvida de que está constitucionalmente vedado ao Executivo exercer controle de constitucionalidade sucessivo, pois que este, concreto ou abstrato, é monopólio do Judiciário,²² examine-se, topicamente, o argumento de que se pretendem servir os propugnadores do descumprimento quanto a estar o Executivo a zelar pela Constituição ao negar-se cumprir lei; estaria, assim, o descumpridor, a promover a guarda da Constituição.

15) - Entretanto, não há negar que, de outro lado, estaria descumprindo a Constituição, ao se insurgir contra a **SEPARAÇÃO DOS PODERES** (art. 2º, CF/88), contra o **ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO** (art. 1º, CF/88) e contra o **PRINCÍPIO DA LEGALIDADE** a que se submete a Administração Pública (art. 37, CF/88).

16) - Relativamente ao princípio da separação dos Poderes, ensina CANOTILHO que ele goza de funções de garantia da Constituição: "A separação e interdependência dos órgãos de soberania, embora não sejam tradicionalmente incluídos nos mecanismos de defesa da Constituição, têm também carácter garantístico a **ordenação constitucional de funções** e o esquema de **controles interorgânicos e intra-orgâ-**

nicos dos órgãos de soberania (...). O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem, assim, uma função de garantia da constituição, pois os esquemas de **responsabilidade e controle** entre os vários órgãos transformam-se em relevantes factores de observância da constituição".²³

Ou seja, pretender, o Executivo, descumprir uma lei por considerá-la, ele, Executivo, inconstitucional, importa, além de usurpação de competência do Poder Judiciário, também em desatendimento da obrigatória harmonia em relação ao outro Poder, o Legislativo.

17) - Em especial quanto ao princípio do Estado Democrático de Direito (que nossa Constituição alberga pelo seu artigo inaugural), CANOTILHO e VITAL MOREIRA²⁴ ensinam que "O princípio do **Estado de Direito** (democrático) ocupa um lugar de grande relevo entre os princípios fundamentais". Fundamentais, note-se bem. E assinalam, importantemente, que "Os pressupostos materiais inerentes a este princípio podem sintetizar-se em três elementos: juridicidade, constitucionalidade e direitos fundamentais".

18) - Explicitando tais três pressupostos, ensinam CANOTILHO e VITAL MOREIRA²⁵ quanto ao pressuposto da juridicidade: "A **juridicidade** significa que a Constituição, ao 'decidir-se' por um Estado de direito, procura construir e conformar as estruturas do poder político segundo a **medida do direito**, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo de **regras, formas e procedimentos**, que excluem o arbítrio e a prepotência."

19) - Do **pressuposto da constitucionalidade**, aqueles autores lusos assinalam que diz da existência de uma Constituição e que esta "é uma ordenação normativa fundamental dotada de supremacia - **supremacia da Constituição** -, e é nesta supremacia da lei constitucional que o 'primado do direito' do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão".²⁶

20) - Outrossim, exatamente entre os **subprincípios concretizadores do Estado de Direito** aqueles autores identificam o **princípio da legalidade da Administração Pública**, que importa em que o Executivo não está acima ou à margem da lei, pois que esta é, ao revés, instrumento normativo de vinculação jurídico-constitucional dele, Executivo. Ensinam: "Os princípios da prioridade e prevalência da lei e os princípios da reserva de lei e da reserva da competência legislativa parlamentar - dimensões do princípio da legalidade - traduzem a ideia de lei como instrumento mais apropriado para definir o regime de certas matérias... e como instrumento normativo de vinculação jurídico-constitucional do poder executivo e da administração..., que não estão acima ou à margem da lei".²⁷

21) - Quer dizer: em nome de zelar pela Constituição, a tese do descumprimento da lei estaria, efetivamente, levando a descumprir-se o compromisso fundamental com o Estado Democrático de Direito, hostilizado, pelo menos, quanto aos seus pressupostos de juridicidade e de constitucionalidade.

Pretender-se-ia estar a zelar pela Constituição ao se descumprir-la, ao se inverter a hierarquia normativa, ao se colocar o Executivo acima ou à margem da lei. Ou ainda, como entender-se que se estaria a zelar por ela se se estaria exatamente a descumprir-la?

7ª PARTE: AINDA QUANTO AO 1º ARGUMENTO DE QUE SE VALE A CORRENTE DESCUMPRIDORA

22) - O Executivo valer-se-ia - sustentam os adeptos do descumprimento -, para ter por inconstitucional uma lei (e, por ende, não a cumprir), "do processo usual da **INTERPRETAÇÃO** (ênfase acrescentada), que consiste na aplicação da lei hierarquicamente superior, que exclui, desde logo, a aplicação da lei menor que com ela vem colidir" (THEMÍSTOCLES, *op. cit.* p. 180).

23) - Primeiramente, é preciso estabelecer bem claramente - em consonância com o moderno Direito Constitucional - as distinções entre figuras diversas entre si, como, a saber, realização constitucional, interpretação constitucional, concretização da Constituição, densificação de normas constitucionais, etc., de um lado, e também diversas, de controle de constitucionalidade, de outro lado. Porque se o Executivo pode interpretar lei, não pode, entretanto - o que é distinto daquilo -, exercer controle de constitucionalidade nas hipóteses em que a CF/88 não lhe permite.

24) - Bem a propósito JORGE MIRANDA lembra que "lógica e historicamente, não se confundem inconstitucionalidade e fiscalização da inconstitucionalidade".²⁸

25) - Esta observação ele explica com a ponderação de que "não é suficiente a emanção de uma Constituição em sentido formal para que o sistema se dote de um aparelho de fiscalização e, muito menos, de uma fiscalização jurisdicional". É que, em relação à Constituição, como ocorreu no século XX, ao perder-se o otimismo liberal acerca da Constituição "se adquire a convicção de que ela só poderá servir de garantia - de garantia dos direitos das pessoas ou da ordem social e política - se (ela própria, a Constituição) for garantida".²⁹ E a tarefa da garantia da Constituição (diferente de garantia de constitucionalidade como também ensina CANOTILHO) é um dos propósitos do controle de constitucionalidade. Neste século, ainda, também lembra JORGE MIRANDA, "alguns poderosos factores elevam a incons-

titucionalidade a núcleo de toda a problemática do Direito constitucional e, quiçá, do Direito público".³⁰ "O constitucionalismo liberal europeu não possuiu uma clara consciência da necessidade de garantia constitucional por três razões principais - por, no seu optimismo, acreditar numa espécie de harmonia política e na força, ao mesmo tempo, obrigatória e dissuasora das Constituições escritas; por a Constituição não ser tomada rigorosamente como fundamento ou como critério de validade das leis; por a lei ser entendida como razão, e não como vontade. Não deixou de haver então garantias graciosas e políticas - desde o direito de petição à vigilância do cumprimento da Constituição pelas Câmaras e à predisposição, embora esporádica, de um ou outro órgão político com essa função. Em alguns países, na prática, os tribunais invocaram ou tentaram invocar um poder de não aplicação de normas inconstitucionais - assim na Grécia desde 1859, na Noruega desde 1890, em Portugal. Mas, afora isso e sem embargo de outros antecedentes, o século XIX não conheceu sistemas de controlo jurisdicional devidamente estruturados"³¹.

26) - Ora, por outro lado, o resultado de uma interpretação que, em nome de cumprir a Constituição, ultimasse em sacrificar fundamentais bens constitucionais, como o Estado Democrático de Direito, o princípio da separação dos Poderes, o princípio da legalidade subsumindo os atos da Administração, isto, este exercício de interpretação pecaminosa, estaria menosprezando cânones de interpretação de norma de Constituição, ante à relevante consideração de que, "Ao considerar-se essencial na interpretação da Constituição as conexões de sentido (**interpretação sistemática**), pretende-se sobretudo pôr em relevo que um preceito constitucional não deve ser considerado isoladamente e interpretado a partir dele próprio. É que, formando a Constituição uma **unidade de sentido** deve tomar-se em conta o seu **conteúdo global**, o que permite designadamente, conferir o devido relevo, em sede interpretativa, aos princípios jurídicos e políticos fundamentais da Constituição (exemplo: princípio democrático, princípio da proibição do excesso...)".³²

O descumprimento importaria em que, como já se viu atrás, em nome do mandamento constitucional que impõe ao Executivo zelar pela Constituição, ter-se-ia o Executivo desatendendo outros mandamentos constitucionais (separação de Poderes, Estado Democrático de Direito, legalidade, etc.). Ou também, em favor de um bem constitucional, permitir-se-ia que fossem sacrificados outros quantos bens igualmente constitucionais. O que o princípio acima referido, da interpretação sistemática não tolera, como visto. O que também não tolera outro dos princípios regedores da interpretação constitucional, o da **concordância prática ou da harmonização**, este que, reduzido ao seu núcleo essencial, "impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito"³³ de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em

relação aos outros" como ensina CANOTILHO em outra de suas obras, o seu festejado **Direito Constitucional**.³⁴ E "Subjacente a este princípio - acrescenta o mestre luso - está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros..."³⁵

27) - Assim, seria impossível aceitar-se interpretação da Constituição que conduzisse a permitir ao Executivo julgar lei inconstitucional - sem que o houvesse feito ou antes que o houvesse feito o Judiciário - e como consequência descumprí-la, eis que este exercício interpretacional incidiria em sacrifício de bens constitucionais em favor de um outro (suposto).

28) - Não por outros motivos, este e os anteriores, vê-se o cerne da opinião de CANOTILHO sobre o tema no que diz que "Em primeiro lugar, o princípio básico é o de recusar à administração em geral e aos agentes administrativos em particular qualquer poder de controle da constitucionalidade das leis, mesmo se dessa aplicação resultar a violação dos direitos fundamentais. Aos agentes administrativos é sempre possível a **representação - direito de representação** - às entidades hierarquicamente superiores das consequências da aplicação das leis, mas até a uma possível decisão judicial da inconstitucionalidade permanecerão vinculados às leis e às ordens concretas de aplicação dos órgãos colocados num grau superior da hierarquia (art. 271º/2)".³⁶

8ª PARTE: QUANTO AO 2º ARGUMENTO DE QUE SE VALE A CORRENTE DESCUMPRIDORA

29) - O segundo argumento: ao Poder Executivo também competiria - e, pois, não competiria exclusivamente ao Judiciário - **zelar pela guarda da Constituição**, o que ele estaria a implementar impedindo o tráfego de lei que a malferisse.

Com efeito, compete ao Executivo prover a guarda da Constituição. E tal incumbência aparece no texto de 05.10.88, às claras, no inciso I do seu art. 23, ao proclamar que "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição...". Mas esse ditado não se encerra por aí, porque ele diz mais: diz, em verdade, que "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, DAS LEIS E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS..."

A proclamação é confirmada, adiante, pela regra pertinente ao Poder Executivo, que a Constituição diz ser "exercido pelo Presidente da República" (art 76; simetricamente, Governadores e Prefeitos),

que tomará posse em sessão do Congresso Nacional em que prestará "o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição" (art. 78) e acrescenta: "**OBSERVAR AS LEIS**".

Ora, mais uma vez, aí, é preciso atentar aos princípios de interpretação constitucional, pois que, se, de um lado, o Chefe do Executivo deve zelar pela Constituição, por outro cumpre-lhe zelar também pelas leis, observar as leis, também reza a Constituição. E tanto é assim que a Constituição tipifica como crime de responsabilidade (**recitius**, sujeito a **impeachment**)³⁷ ato do Presidente da República que atente contra "o cumprimento das leis" (é como dita o inciso VII do art. 85 da CF/88). Note-se que a redação da Constituição é tal, por este art. 85, que põe em pé de igualdade como tipificáveis como crimes de responsabilidade "os atos do Presidente" da República que atentam contra a Constituição Federal" (**caput** deste art. 85) e os que o façam "contra o cumprimento das leis" (inciso V deste art. 85). Isto é, tanto é crime de responsabilidade atentar contra a Constituição quanto contra o "cumprimento das leis", ambas atitudes rendem **impeachment**.

Logo, não faz sentido o argumento de atentar contra o cumprimento da lei para não atentar contra a Constituição.

9ª PARTE: QUANTO AO 3º ARGUMENTO DE QUE SE VALE A CORRENTE DESCUMPRIDORA

30) - Outro dos argumentos utilizados para descumprir lei é o de que freqüentemente o Poder Executivo se vê diante de situações que reclamam solução rápida, daí que a isto acudiria sua iniciativa de imitir-se na competência de dar a lei por inconstitucional para a não cumprir.

Ora, tal argumento - por certo de natureza metajurídica - não se concilia com a realidade do sistema de controle de constitucionalidade de misto que a Carta Magna de 88 consagrou. Nela se contém a possibilidade das liminares em ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, p., CF/88) no controle abstrato concentrado; e o instrumental liminar do Direito Processual no controle difuso concreto, inclusive o da tutela antecipada do art. 273 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 8.952, de 13.12.94 e o da liminar na ação popular ensejada pelo § 4º do art. 5º da Lei nº 4.717, de 29.06.65. Todos prestos, e aptos a cobrir um amplíssimo espectro.

À vista do atual panorama do ordenamento jurídico brasileiro, portanto, não prospera o argumento da urgência como lastreador do descumprimento.

10ª PARTE: QUANTO AO 4º ARGUMENTO DE QUE SE VALE A CORRENTE DESCUMPRIDORA

31) - Vale-se da afirmação de ALFREDO BUZAID segundo a qual lei inconstitucional seria "absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a **ab initio**. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois nenhum momento de validade" (BUZAID, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, 1958, p. 128).³⁸

E, pois, segundo THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, "Surgiria aqui o problema da 'INEXISTÊNCIA' (ênfase acrescentada) da lei inconstitucional, inexistência que colocaria o Poder Executivo em situação cômoda, pois se veria diante do vazio, isto é, de um diploma sem nenhuma eficácia, o que legitimaria seu comportamento" (THEMÍSTOCLES, *op. cit.*, p. 183); abra-se parêntese, aqui, e note-se que, nada obstante, aqui, o autor articula imediatamente em seguida este parágrafo, que sôa a infirmar-lhe o argumento inicial: "É bem de ver, entretanto, que essa chamada 'inexistência' pressupõe a declaração judicial, o que nos conduziria, assim, ao princípio de todo o raciocínio" (THEMÍSTOCLES, *op. cit.*, p. 183).

32) - Primeiramente, o assunto suscita a problemática, já tratada antes, de a quem compete julgar que esta ou aquela lei é inconstitucional, o que, como visto atrás, não é o Executivo. Sem prejuízo disto, prossiga-se na análise do argumento.

33) - O moderno Direito Constitucional distancia-se do tratamento **radicalizante** (Buzaid, Themístocles) da matéria, e lhe introduz certas sutilezas, matizações e complexidades. O que compromete a radicalização a que se escravizaram outrora BUZAID e THEMÍSTOCLES.

34) - Note-se, **en passant**, e desde logo, que mesmo daquela época, em 1949, já havia doutíssimos pronunciamentos discordantes, como o de LÚCIO BITTENCOURT,³⁹ no seu clássico *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, que assim se exprimia, tocando no nevrálgico ponto da chamada presunção de constitucionalidade da lei: "A lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei - não se presume lei - é para todos os efeitos. Submete ao seu império todas as relações jurídicas a que visa disciplinar e conserva plena e íntegra aquela **força formal** que a torna **irrefragável**, segundo a expressão de OTTO MAYER."

E em outra passagem apreciava assim o princípio da obrigatoriedade da lei: "... em relação à lei, ocorre ainda situação diversa da que se manifesta no tocante aos atos jurídicos públicos ou privados, e que reforça a idéia de sua eficácia enquanto não declarada por via

jurisdicional. É que, em relação a ela, existe o princípio da **obrigatoriedade**, que constitui, dentro de qualquer doutrina de direito público, a garantia e a segurança da ordem jurídica. Sendo a lei **obrigatória**, por sua natureza e por definição, não seria possível facilitar a quem quer que fosse furtar-se a obedecer-lhes os preceitos sob o pretexto de que a considera contrária à Carta Política. A lei, enquanto não declarada inoperante, **não se presume válida**; ela é válida, eficaz e obrigatória".⁴⁰

A lembrança do trecho de BITTENCOURT serve por evidenciar que, mesmo de antanho, a tese dos radicalizantes e descumpridores, estava distante de engalanar-se com a unanimidade.⁴¹

35) - MAURO CAPELLETTI, na sua festejada obra,⁴² deixa ver a intensa variedade de matizações do controle de constitucionalidade moderno, do pós-2ª Guerra Mundial, o que teria que repercutir, e repercutiu, nos efeitos emprestados pela declaração de inconstitucionalidade à norma que haja sido declarada inconstitucional pelo tribunal.

36) - Ora, à luz do ordenamento constitucional brasileiro de 1988 - que congrega modalidade do controle difuso americano, sem a incorporar em sua totalidade, mais a modalidade do controle austríaco, sem a incorporar na sua totalidade, e mais originalidades brasileiras -, vê-se que se sublinha a complexidade, o que impede a enganosa generalização da corrente descumpridora de, **tout court**, ter a lei por inexistente, **ex tunc** e **erga omnes**.

37) - Hoje - é importante ressaltar, além do mais -, o pensamento constitucional introduziu, na problemática, especulações teóricas de relevantíssimos efeitos práticos. Com efeito, a Constituição é o fundamento de validade supremo, substancial e formal, de todos os atos do poder político, pelo que determina, direta ou indiretamente, sua subsistência. Todavia, como leciona JORGE MIRANDA, "se todos os actos de Direito interno inconstitucionais devem ter-se por inválidos, NEM POR ISSO SE APRESENTAM IDÊNTICOS A POSIÇÃO E O ALCANCE QUE OBTÊM NA DINÂMICA JURÍDICA (ênfase acrescentada). Condicionam-nos certos factores: os requisitos que as normas constitucionais estabeleçam, o sentido e a função sistemática destas normas à luz da Constituição material, a gravidade maior ou menor da infracção, as estruturas de garantia predispostas. Quer dizer, a invalidade compagina-se com uma pluralidade de valores jurídicos (negativos) dos actos inconstitucionais"⁴³.

38) - De onde a doutrina tem concluído que "Mais do que qualquer outro aspecto torna-se aqui patente como o juízo de inconstitucionalidade não se reduz a algo de lógico-formal ou silogístico; como, para além da subsunção, avulta a ponderação do acto frente à norma

constitucional, bem como das relações e situações da vida que visa conformar".⁴⁴

39) - Note-se, primeiramente, que, como se colhe do magistério de JORGE MIRANDA, no seu *Manual*,⁴⁵ "Em fiscalização difusa, nenhum tribunal pode declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, ao contrário do que acontece em fiscalização concentrada. Em fiscalização difusa, a não aplicação do acto (ou da norma) pressupõe a não conformação pelo acto (ou pela norma) da relação material *sub judice*, ao passo que em fiscalização concentrada mostra-se possível tanto a declaração com eficácia *ex tunc* (retroativa) quanto a declaração com eficácia *ex nunc*".⁴⁶ Estas noções, transplantadas para aqui, já demonstram que, modernamente, o panorama dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade são encontrados bem diferentemente do que o eram no controle tradicional exercitado no Brasil (e, embora tradicional, não muito distante, no tempo, dos dias de hoje; é que, até praticamente a promulgação da Constituição brasileira de 05.10.88, o meio de que se utilizava o controle era predominantemente o difuso, concreto, limitado à relação material *sub judice*, entre partes, desprovido de mais complexas nuances no tocante a efeitos). De onde se observa ser naturalmente distinto tratar-se do tema efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma outrora (praticamente só à vista do controle difuso) e agora, após as inovações do Direito Constitucional do pós 2ª Guerra Mundial e, atualmente, entre nós, pós-Constituição de 1988 (à vista da pleto- ra de meios de controle, inclusive do oxigenadíssimo controle concentrado, da ADIN, e das técnicas múltiplas de controle).

Daquelas suas ponderações, MIRANDA arranca para, modernamente, considerar que "Valores jurídicos da inconstitucionalidade, ou do acto inconstitucional, são, pois, os diferentes graus de apreciação da inconstitucionalidade pelo ordenamento ou, doutro ângulo, os diversos graus de assimilação jurídica do acto... O conceito abrange a inexistência jurídica, a invalidade e a irregularidade. Contudo, a invalidade desdobra-se classicamente em nulidade e anulabilidade, revestindo, não raro ainda, configurações mistas, poliédricas ou atípicas...".⁴⁷

O tema é de tal forma complexo que, na doutrina portuguesa, há, mesmo, divergências no tocante ao elenco de valores jurídicos negativos da inconstitucionalidade, embora não haja divergências de que importam em vários. MIRANDA refere, em nota de rodapé, classificações diversas emitidas por diferentes constitucionalistas (GOMES CANOTILHO, MARCELO REBELO DE SOUZA, RUI MEDEIROS).⁴⁸

40) - O arsenal de técnicas de declaração de inconstitucionalidade posto pelo Direito alemão, por exemplo, é uma demonstração da complexidade do tema neste ponto ferido, e, pois, ao menos, da

infectibilidade da tese radicalizante (lei inconstitucional seria lei natimorta, inexistente, e, assim, não produziria quaisquer efeitos).

Para a Corte Constitucional alemã, a lei inconstitucional é considerada nula *ipso jure*, é fato. "A concepção tradicional - exprime GILMAR FERREIRA MENDES⁴⁹ - considera que a lei inconstitucional é nula *ab initio* (*ex tunc*)". Contudo, ressalva GILMAR FERREIRA MENDES que "Essa concepção vem sendo atacada nos últimos tempos, sobretudo com a alegação de que o dever imposto ao juiz para submeter a questão à Corte Constitucional, no controle concreto de normas (Lei Fundamental 100, I), estaria a demonstrar que as leis inconstitucionais não são nulas *ipso jure*. É que - argumenta-se - o juiz não poderia, no caso da nulidade, ainda estar vinculado à lei ou obrigado a submetê-la ao Tribunal Constitucional. Embora se deva reconhecer que o *dogma da nulidade* da lei inconstitucional não se afigura obrigatório do ponto de vista lógico-jurídico, como demonstram a doutrina e a praxis austríacas, não se pode olvidar que o art. 100, I, da Lei Fundamental, procede à diferenciação entre *leis válidas e leis inválidas*, pressupondo e determinando a invalidade como consequência jurídica de conflito entre lei e Constituição".⁵⁰

De onde arremata aquele jurista pátrio que a nulidade com efeito *ex tunc* em tema de declaração de inconstitucionalidade não produz a chamada depuração total, o que se entenderia, em princípio, que devesse dar-se exatamente por se tratar de nulidade. Assim: "Consequência lógica da declaração de nulidade *ex tunc* da norma inconstitucional deveria ser eliminação do ordenamento jurídico de todos os atos praticados com fundamento nela.

TODAVIA, ESSA DEPURAÇÃO TOTAL (*Totalbereinigung*) não se verifica nem nos sistemas que, como o alemão, fixaram uma regra particular sobre as consequências jurídicas da declaração de nulidade, NEM NAQUELES QUE, COMO O BRASILEIRO, UTILIZAM AS FÓRMULAS GERAIS DE PRECLUSÃO".⁵¹ (GILMAR FERREIRA MENDES).

41) - Note-se desde já a advertência de MENDES para a *inexistência da DEPURAÇÃO TOTAL mesmo no sistema brasileiro* (adiante, melhor se apreciará).

42) - De observar-se, também, que, para o ordenamento austríaco, a lei somente é cassada a partir da publicação do julgado (eficácia *ex nunc*) se a Corte Constitucional não estabelecer prazo para o encerramento de sua vigência.⁵²

43) - O constitucionalismo alemão - exercente de indiscutíveis influências sobre o brasileiro atual - também é fértil em tonalidades diferentes de técnicas de julgamento de inconstitucionalidade com declaração de NULIDADE DA LEI (nulidade como unidade técnica,

nulidade total, extensão ou ampliação da pronúncia, nulidade parcial),⁵³ e até, ao lado destas, as de DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM A PRONÚNCIA DA NULIDADE todavia, e, mesmo, as do APELO AO LEGISLADOR,⁵⁴ e a da INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.⁵⁵

Leia-se o que sobre elas discorre GILMAR FERREIRA MENDES, em suas obras sobre o controle.⁵⁶

44) - Note-se que, entre nós, se a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas acarreta a nulidade **ipso jure** e **ex tunc** da norma, é verdadeiro, contudo, que, como assinala GILMAR FERREIRA MENDES, "exigências de ordem prática provocam a atenuação da doutrina da nulidade **ex tunc**. Assim, o Supremo Tribunal Federal não infirma, em regra, a validade do ato praticado por agente investido em função pública, com fundamento em lei inconstitucional. É o que se depreende do RE 78.594 (Rel. Min. Bilac Pinto), no qual se assentou, invocando a teoria do funcionário de fato, que, 'apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de Oficial de Justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido". E prossegue assim: "O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro parece contemplar uma ressalva expressa a essa rigorosa doutrina da irretroatividade: a coisa julgada. Embora a doutrina não se refira a essa peculiaridade, tem-se por certo que a pronúncia da inconstitucionalidade não faz tábula rasa da coisa julgada, erigida pelo constituinte em garantia constitucional (CF 1967/1969, art. 153, § 3º)".⁵

Em outra obra sua,⁵⁶ MENDES lembra de dois acórdãos do Supremo a validar aquelas considerações, a saber: "Recurso Extraordinário. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade em Tese pelo Supremo Tribunal Federal. Alegação de Direito Adquirido. Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência do pagamento de gratificação mesmo após a decisão **erga omnes** da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte" (RE 122.202, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 08.04.94); "a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo" (RE 105.789, Rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 118/301).

45) - É extremamente ponderável, ademais, que se tenha em conta que o Supremo Tribunal brasileiro, como se mencionou atrás, venha incorporando **técnicas de controle de constitucionalidade** importadas ao Direito alemão, e que não importam na consequência da nulidade da norma impugnada. Veja-se como lembra GILMAR FERREIRA MENDES: "Também aqui limita-se o Tribunal a considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração do seu 'programa normativo'. Em decisão mais moderna, adotou o Supremo Tribunal Federal, expressa e inequivocamente, a técnica da 'declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto', tal como se pode depreender da seguinte passagem da ementa,⁵⁹ concernente à ADIN 319, formulada contra a Lei nº 8.039, de 1990: (...) Interpretação conforme à Constituição (...) para declarar a inconstitucionalidade (...) em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Uma redução do âmbito de aplicação da lei pode ser operada, igualmente, mediante simples interpretação conforme à Constituição."⁶⁰

11ª PARTE: A REAL SITUAÇÃO NOS DIAS DE HOJE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL BRASILEIRO

46) - E agora aprecie-se, como se anunciou atrás, o atual panorama no Direito Constitucional brasileiro, especialmente após o advento da Constituição democrática de 05.10.88, que alargou enormemente o arsenal de técnicas de controle de constitucionalidade, e, admita-se, muitas vezes servindo-se, o nosso Supremo Tribunal, da inspiração das construções da Corte Constitucional alemã.

47) - Primeiramente, mencione-se, outra vez, a **vírada conceitual do Supremo** (RTJ 41/669) - que amplamente se apreciou atrás pelo item 7 -, com o advento da adoção do embrião da figura da atual ADIN, do ventre da Emenda Constitucional nº 16/65, que começou tentativamente significativamente a aumentar o instrumental de controle de constitucionalidade (embora de conteúdo e amplitude extremamente modestos em face dos adotados pelo regime de 1988).

Assim, já no ano de 1966, a maioria do STF adotava a tese de que não é possível o Presidente descumprir a lei por entendê-la, sem pronunciamento hábil do Judiciário - que seria inconstitucional, sobretudo diante dos recursos do controle abstrato ensejados no ordenamento constitucional (sobretudo, porém não-somente).

E, como aqui se deixou visto, foi argumento fundamental o referente à superveniência da Emenda Constitucional 16/65, que introduziu a representação de inconstitucionalidade de lei em tese, de

iniciativa do Procurador-Geral da República, no Direito positivado brasileiro. E insista-se em que tal instrumento de controle de constitucionalidade não-somente era - **vis à vis** dos atuais proporcionados pelo ordenamento de 88 - extremamente limitado do ponto de vista de legitimação para propor-se (só competente era uma única pessoa, o Procurador-Geral da República) como é um só diante dos inúmeros outros proporcionados pela CF/88.

Os votos dos eminentes Ministros contêm trechos extremamente significativos, que já antes se transcreveram (item 7 do presente trabalho).

48) - Mais recentemente, há acórdão da Excelsa Suprema Corte, em julgado de 29 de março de 1990, de extrema e particular importância. Quanto a ele, é curioso que os que advogam o descumprimento de lei pelo Executivo sirvam-se, em favor do descumprimento, de pequeno trecho, descontextualizado, do voto do Relator, o Ministro MOREIRA ALVES, que foi transplantado para a ementa, e cujo teor é assim: "(...) 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. (...)". (RTJ 151/333).

Todavia, se se detiver o leitor na íntegra do acórdão, e mesmo na íntegra do voto do eminente Relator, verificará que o sentido, a conclusão única e global, é de não permitir que o Executivo julgue lei inconstitucional, em controle sucessivo, substituindo-se ao Judiciário, ocupando-lhe o lugar, usurpando-lhe a competência. É útil ler-se o trecho maior do voto do Relator, Ministro MOREIRA ALVES, acompanhado à unanimidade por seus pares e que contextualiza tudo:

"Sucede, que, no Brasil, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, à semelhança de países como, por exemplo, os Estados Unidos da América do Norte, a Argentina, a Itália, a Alemanha, em que só se admite o controle judiciário dessa constitucionalidade. (...)".

Os Poderes Executivo e Legislativo podem declarar nulos, por igualdade ou por inconstitucionalidade, atos administrativos seus, e não leis ou atos com força de lei, e quando declaram a nulidade desses atos administrativos ficam sujeitos ao controle do Poder Judiciário, e poderão ser responsabilizados pelos prejuízos advenientes dessa declaração se este entender que inexistia a pretendida ilegalidade ou inconstitucionalidade. Em se tratando de lei ou de ato com força de lei, 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.

Portanto, lei ou ato com força de lei que declarem lei ou ato com força de lei anteriores nulos são, se interpretados por sua letra, formal e materialmente inconstitucionais, independente de serem, ou não, inconstitucionais a lei ou ato com força de lei anteriores, pois, não só compete privativamente ao Poder Judiciário declará-los inconstitucionais, mas também não pode uma lei ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade de outra lei, retirando a eficácia desta pela força obrigatória daquela enquanto o Poder Judiciário não declare ser inconstitucional a declaração de inconstitucionalidade por ela feita".⁶¹

49) - Portanto, a única conclusão que se pode extrair daí - a despeito de aparente incoerência do tópico detalhe de texto que faz o equívoco encantamento dos descumpridores - é que "no Brasil, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, à semelhança de países como, por exemplo, os Estados Unidos da América do Norte, a Argentina, a Itália, a Alemanha, em que só se admite o controle judiciário dessa constitucionalidade (...)". e que, se "lei ou ato com força de lei que declarem lei ou ato com força de lei anteriores nulos são, se interpretados por sua letra, formal e materialmente inconstitucionais, independente de força de lei anteriores nulos são, se interpretados por sua letra, formal e materialmente inconstitucionais, independente de serem, ou não, inconstitucionais a lei ou ato com força de lei anteriores, pois, não só compete privativamente ao Poder Judiciário declará-los inconstitucionais, mas também não pode uma lei ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade de outra lei, retirando a eficácia desta pela força obrigatória daquela enquanto o Poder Judiciário não declare ser inconstitucional a declaração de inconstitucionalidade por ela feita",⁶² é rigorosa, indeclinável, inarredavelmente conseqüente que tal vedação também se aplica a ato administrativo do Poder Executivo. Não há como evitar tal conclusão, que não é de se esperar que, em eventuais julgados futuros, a contrarie a Excelsa Corte.

Repita-se: portanto, não faz sentido que o Supremo Tribunal Federal tenha, com rija convicção, inadmitido que uma LEI declarasse inconstitucional outra LEI - o que o Supremo vem de estabelecer em 1990, e sob o fundamento de que o controle de constitucionalidade é monopólio do Poder Judiciário - e, após isto, e isto havido tão recentemente, venha-se a admitir que, nada obstante, a um ato administrativo, ato do Poder Executivo, seria facultado.

12ª PARTE: QUANTO AO 4º ARGUMENTO DE QUE SE VALE A CORRENTE DESCUMPRIDORA

50) - Somente aos "escalões superiores", ou aos "funcionários de categoria superior" - alegam os advogados do descumprimento de lei - seria dada a faculdade de descumprir a lei, não a qualquer um de nível inferior...

Ora, que argumento mais absurdo, mais juridicamente insustentável, mais repugnado pela Democracia do que este aí?!... E afinal, quais os funcionários que se poderiam pôr à margem do Estado Democrático de Direito, imunes aos princípios constitucionais da igualdade, da impessoalidade, da moralidade e, enfim, da legalidade?! Se ao próprio Presidente da República, o funcionário situado no escalão mais alto entre todos os altos, a Constituição expressamente lhe interdita (art. 78 c/c art. 85, II e VII, CF/88).

Como pretender que somente aos "escalões superiores", ou aos "funcionários de categoria superior", seria dado descumprir a lei, e não a qualquer um, descumprir a lei quando a alegasse inconstitucional a seu talante, sem se regredir séculos à cultura do *Leviatã* (ainda que, como visto por comentadores de HOBBS, nela não se pudesse ver propriamente a apologética do absolutismo?)⁶³ "o soberano não está sujeito àquelas leis que ele próprio, ou melhor, que o Estado fez. Pois estar sujeito a leis é estar sujeito ao Estado, isto é, ao soberano representante, isto é, a si próprio, o que não é sujeição, mas liberdade em relação às leis. Este erro, porque coloca as leis acima do soberano, coloca também um juiz acima dele, com poder para o castigar, o que é fazer um novo soberano, e também pela mesma razão um terceiro para castigar o segundo, e assim sucessivamente ao infinito, para confusão e dissolução do Estado".⁶⁴ Isto ... do século XVII.

Como advogar isto? Que é algo como a "tese" do direito do mais forte, e que tão eloquentemente J. J. ROUSSEAU condenou, em obra que marca por séculos a história da literatura política, e que influenciaria aquilo que adiante se chamaria o Direito Público em geral ou a Teoria Geral do Estado, seu *Contrato Social - Princípios do Direito Político*, direito do mais forte, que ROUSSEAU vergastou.⁶⁵

Seria despiciente lembrar que *O Contrato Social* que se acaba de invocar é daqueles livros-marcos que determinaram viragem no pensamento da humanidade, e em especial em direção ao Estado constitucional. Reconhecendo-lhe o importante papel na evolução do pensamento da civilização moderna, nota JORGE MIRANDA, a propósito, situando-o no contexto maior da evolução das idéias, que "As correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo - de que são expoentes doutrinários LOCKE (*Segundo Tratado*

sobre o Governo), MONTESQUIEU (*Espírito das Leis*), ROUSSEAU (*Contrato Social*), KANT (além de obras filosóficas, *Paz Perpétua*) - e importantíssimos movimentos econômicos, sociais, e políticos conduzem ao Estado constitucional, representativo ou de Direito. Ponto culminante de viragem é a Revolução Francesa (1789-1799), mas não pouca importância assumem nessa mudança a Inglaterra (onde a evolução se desencadeia um século antes e onde se inicia a 'Revolução industrial'), e os Estados Unidos (com a primeira ou, olhando às colônias de que se formou, com as primeiras Constituições escritas em sentido moderno). A expressão 'Estado constitucional' parece ser de origem francesa, a expressão 'governo representativo' de origem anglo-saxônica e a expressão 'Estado de Direito' de origem alemã. A variedade de qualificativos inculca, de per si, a diversidade de contribuições, bem como de acentos tônicos".⁶⁶

E arremata este notabilíssimo constitucionalista português JORGE MIRANDA, exibindo as divergências no plano das idéias entre o Estado constitucional e o Estado de polícia que o antecedeu, que, "Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas: em vez de súbditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação de poderes, a representação política".⁶⁷

À vista de todo este espólio do arejamento de séculos do pensamento político da humanidade, após as Revoluções francesa e americana, que impuseram novos conceitos de poder em Teoria Geral do Estado, LÉON DUGUIT, no século atual, viria a discursar sobre o tema o Estado obrigado pelo Direito, enfatizando o aspecto de que "Admitindo o Estado como pessoa, sujeito de direito, confirma-se, desse modo, sua sujeição à alçada do direito, e nesse sentido, além de titular dos direitos subjetivos, sujeito ao direito objetivo. (...) Dizer que o Estado sujeita-se ao direito significa, em primeiro plano, que o Estado legislador vê-se obrigado pelo direito a elaborar determinadas leis em detrimento de outras. Em segundo, que o Estado, após conceber uma lei, e durante sua vigência, sujeita-se a essa mesma lei: pode sim modificá-la, revogá-la, mas sujeitando-se-lhe como qualquer indivíduo. Os seus funcionários administrativos, seus juizes e legisladores devem aplicar a lei e agir dentro dos limites por ela estabelecidos. Nisto consiste o regime da 'legalidade'. (...) O Estado, elaborando a lei, obriga-se a respeitá-la enquanto existir. (...) O Estado, em virtude de sua natureza, submete-se aos seus próprios tribunais

(...) Os antigos tratadistas, consideravam o rei *lege solutus*, isto é, o rei tinha o poder de se isentar da aplicação das leis, em certos casos particulares. Só depois da Revolução legitimou-se que o Estado administrador e juiz deve aplicá-la em quaisquer circunstâncias enquanto viger. (...) Nenhum órgão do Estado pode violar a lei, mesmo quando se tratar do órgão encarregado de elaborá-la".⁶⁸

13ª PARTE: QUANTO AOS DEMAIS ARGUMENTOS DE QUE SE VALE A CORRENTE DESCUMPRIDORA

51) Os demais argumentos (anteriormente citados) utilizados pelos propugnadores do descumprimento são mais ainda desprovidos de consistência, sendo inacreditável que se sustentem, uns pela sua autologia rudimentar ("A posição do Poder Executivo será tanto mais egítima se considerarmos o seguinte: levada a questão para o Poder Judiciário, a quem cabe, sem nenhuma dúvida, a última palavra, como supremo intérprete da Constituição, a controvérsia não se deverá ficar no comportamento do Poder Executivo, senão na conformidade dos atos ou leis da Assembléia com a Constituição. Nenhum tribunal poderia considerar o ato do Executivo inconstitucional, de momento que o responsável pelo cumprimento da lei venha justificar o seu procedimento, pelo manifesto atrito entre a lei ou leis em questão e as normas constitucionais vigentes"); outros, pela sua paradoxalidade intestina ("Tudo isto mostra que a inconstitucionalidade, para ser **MANIFESTA** - ênfase acrescentada -, basta se firmar em argumentos válidos e fundados, embora sujeitos a **CONTROVÉRSIA**") - ênfase acrescentada -; outros, ainda, pela sua afrontosa dissociação do Estado de Direito, da advocacia do exercício do poder "na marra", de se não vai pelo bem, vai pelo mal: "O Executivo reprime os excessos do Congresso por meio do veto e do direito de não cumprir as leis manifestamente inconstitucionais..." E acrescentamos: poderá também fazê-lo pelas **DUAS MATÉRIAS** (ênfase acrescentada) quando o Legislativo não atentar com as ponderações feitas no veto quanto à constitucionalidade do projeto"); e todos, pela sua indescritível insensatez... e por seu normativo comprometimento com o pensamento dos regimes e exceção, como os 1937 e 1964, nos quais se pode colher sua embriogenia.

Todos, tais argumentos, absoluta, frontal e colossalmente disorciados do Estado Democrático de Direito, que a Constituição brasileira de 05.10.88, repudiando as décadas dos 60 a 80 de exceção obscurantismo, consagrou. E o fez em consonância com os oxigeados ares de liberdade vividos em todo o mundo, no final de um século que sofreu os padecimentos de duas grandes guerras mundiais, que assistiu, horrorizado, aos movimentos do nazismo de Hitler, o fascismo de Mussolini e do comunismo de Stalin. Consagrou, repi-

ta-se, após a superação daqueles dois primeiros trágicos movimentos, exatamente inspirado no que fizera em 1948 a própria Alemanha.

O Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, do Supremo Tribunal Federal, no recente livro de sua autoria em que trata de **Temas de Direito Público**, oportunamente observa a este propósito que "Após a 2ª Guerra Mundial, como forma de reação às experiências trágicas dos governos tirânicos e absolutos do antes-Guerra, redescobre-se a noção de 'Constituição' e, como decorrência, a necessidade de protegê-la e resguardá-la principalmente contra a ação dos poderes políticos. Os povos perceberam, na verdade, após sofrerem na carne dos desmandos do autoritarismo estatal, que vale a pena redescobrir a Constituição, que vale a pena pugnar pela idéia de Constituição. Redescobriram que a Constituição é o breviário dos povos livres e que, por isso mesmo, é preciso defendê-la, é preciso imaginar mecanismos de defesa da Constituição. Por isso, o 'magnífico florescimento' do controle de constitucionalidade, que ocorre a partir, principalmente, do 2º pós-Guerra, tal como aponta Mauro Cappelletti."⁶⁹ Como se filiar, agora, ante o ordenamento constitucional democrático brasileiro de 1988, a entendimento contemporâneo das épocas do atraso e do obscurantismo, em tese de o Poder Executivo hipertrofiado, prepotente, arrogante; emasculador do Judiciário e do Legislativo, do Estado Democrático de Direito, descumprir lei que entenda "inconstitucional", a seu puro e exclusivo arbítrio? Como???

NOTAS

2. (RTJ 151/333).
3. A despeito de esta espécie não aparecer no ordenamento constitucional (pelo menos, entre os textos mais recentes, no de 1988).
4. HANS Kelsen, *Teoria Pura do Direito*.
5. RTJ-STF 41/677.
6. *Idem*, *ibidem*, 677.
7. *Idem*, *ibidem*, 680.
8. *Idem*, *ibidem*, 690.
9. *Idem*, *ibidem*, 691.
10. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Do Controle da Constitucionalidade*, Forense, 1966.
11. De ALFREDO BUZAID (apud IVO DANTAS, *O Valor da Constituição*, Ed. Renovar, 1996, p. 160): o poder de decretar a inconstitucionalidade das leis, no Brasil, compete privativamente ao Judiciário. Não o pode exercer o Legislativo, porque lhe é vedado ser juiz em causa própria; aliás a sua função consiste em elaborar ou revogar leis, não em apreciar a sua validade. Também não o pode exercer o Executivo, pois isso o tornaria superior ao Congresso."
12. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª ed. rev., Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 108.
13. CANOTILHO acrescenta imediatamente em seguida: "e o catálogo dos direitos, liberdades

e garantias (...). Posteriormente, e ainda em termos de experiências constitucionais, verificou-se o 'enriquecimento' da matéria constitucional através da inserção de novos conteúdos, até então considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante, de valor administrativo ou de natureza 'subconstitucional' (direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de participação e dos trabalhadores e constituição econômica)."

14. CANOTILHO, op. cit. p. 41.

15. Sem prejuízo da moderna noção de função.

16. Do voto do Min. CELSO DE MELLO na ADIN nº 896-DF, RTJ 159/122.

17. ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, *Conflito Entre Poderes- O Poder Congressual de Sustar Atos Normativos do Poder Executivo*, Ed. Rev. dos Tribunais, 1994, p. 209.

18. *Idem, ibidem*, pp. 206-207.

19. *Idem, ibidem*, p. 208.

20. *Idem, ibidem*, p. 209.

21. *Idem, ibidem*, p. 210.

22. Sobre a sustação de ato normativo do Executivo pelo Legislativo (art. 49, V, CF/88) ver diante.

23. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit, p. 955.

24. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, 233.

25. *Idem, ibidem*. 232.

26. *Idem, ibidem*.

27. *Idem, ibidem*. p.84.

28. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, "Constituição e Inconstitucionalidade", Coimbra, Coimbra Editora, 3ª ed., 1996, p.377.

29. JORGE MIRANDA, op cit. tomo II, 332.

30. *Idem, ibidem*.

31. *Idem*, p.377.

32. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 53.

33. Quando for caso de existência de conflito.

34. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª ed. rev., Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 228.

35. *Idem, ibidem*.

36. *Idem, ibidem*. p. 584.

37. Sobre este tema, consultar meu *Impeachment - Crimes de Responsabilidade do Presidente da República*, Rio de Janeiro, Ed. Liberjuris, 1992.

38. Lembre-se, contudo, a opinião de Buzaid constante da nota nº 3, quanto ao monopólio jurisdicional do controle.

39. LÚCIO BITTENCOURT, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Forense, 349, p. 95.

40. LÚCIO BITTENCOURT, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, atualização de JOSÉ DE AGUIAR DIAS, Forense, 2ª edição, 1968 (a 1ª edição foi de 1949), 92.

41. Sobre este aspecto, e para se apreciar sua atual complexidade temática, ver o que diz AURO CAPPELLETTI (*O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, tradução de Aroldo Plínio Gonçalves e revisão de José Carlos Barbosa Moreira, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984, 234).

42. *Idem, ibidem*.

43. JORGE MIRANDA, op. cit. p. 363.

44. *Idem, ibidem*.

45. *Idem, ibidem*.

46. *Idem, ibidem*.

47. *Idem, ibidem*.

48. *Idem, ibidem*, nota de rodapé nº 2, p. 367.

49. GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição Constitucional*, Saraiva, 1996, p. 190.

50. *Idem, ibidem*, p. 191.

51. *Idem, ibidem*, p.192.

52. In *Constituições Estrangeiras*, vol.5, Senado Federal, Brasília, 1988, 237.

53. Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição*, p. 193.

54. Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição*, p.204.

55. Cfr. GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição*, p. 221.

56. GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle de Constitucionalidade-Aspectos Jurídicos e Políticos*, Saraiva, 1990. p. 334.

57. *Idem, ibidem*, p. 351.

58. GILMAR FERREIRA MENDES. "A Nulidade da Lei Inconstitucional e seus Efeitos: Considerações sobre a Decisão do Supremo Tribunal Federal Proferida no RE 122.202". In *Cadernos de Direito Tributário*. Revista dos Tribunais 9/75.

59. ADIN 319-4, Relator Ministro Moreira Alves, DJ, 30 abr. 1993, p. 7.563.

60. GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição Constitucional*, Saraiva, 1995, p. 266.

61. Acórdão, STF, Medida Liminar, Tribunal Pleno, ADIn nº 221-DF, Relator Ministro MOREIRA ALVES, 28.03.1990, RTJ-STF 151/342.

62. *Idem, ibidem*.

63. Prefácio de JOÃO PAULO MONTEIRO à tradução portuguesa do *Leviatã*, ou *Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, de THOMAS HOBBS, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1995, p. 7.

64. THOMAS HOBBS, *Leviatã*, ou *Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, tradução e prefácio de JOÃO PAULO MONTEIRO, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1995, p. 257.

65. JEAN JACQUES ROUSSEAU, *O Contrato Social*, Martins Fontes, 1996, p.12.

66. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, 5ª ed., Coimbra Editora, 1996, 233.

67. *Idem, ibidem*, p.84.

68. LÉON DUGUIT, *Fundamentos do Direito*, tradução de Mário Pugliesi, Icone Editora, 1996, p. 59.

69. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, *Temas de Direito Público*, Liv. Del Rey Editora, 1994, p. 93.