

A recusa à aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade

PETER JOHN ARROWSMITH COOK JUNIOR

SUMÁRIO

1. Delimitação do objeto. 2. Evolução do controle de constitucionalidade. 2.1. A Emenda Constitucional nº 16/65: a aferição da constitucionalidade em abstrato e a recusa à aplicação de lei pelo Chefe do Executivo. Antecedentes. 3. A ampliação da legitimação para a Adin na Carta de 1988 e as repercussões sobre o tema. Doutrina. 4. A impossibilidade do Chefe do Executivo recusar a aplicação de lei. O controle de constitucionalidade e os limites de seu exercício pelos Poderes. 5. Conclusão.

1. Delimitação do objeto

Objetiva o presente ensaio, sem pretensões de esgotamento do tema – o que demandaria uma monografia –, analisar a (im)possibilidade do Chefe do Executivo recusar a aplicação de lei, ao argumento de inconstitucionalidade, sob o prisma do direito positivado no Brasil.

Por conseguinte, apenas esporadicamente recorreremos ao direito comparado, sendo certo que o nosso enfoque terá sempre em mira o direito brasileiro, motivo pelo qual necessariamente incursionaremos no papel do Supremo Tribunal Federal e a evolução do controle de constitucionalidade.

Em um momento no qual é evidente a hipertrofia do Poder Executivo, que já exerce inequívoca atividade legiferante¹ mediante leis delegadas, edição e reedição de medidas provisórias, a análise do presente tema parece-nos ainda mais relevante.

¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Independência dos poderes no regime democrático e as exigências da sociedade hodierna. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte*, v. 1, n. 1, p. 58, jul. 1996.

2. Evolução do controle de constitucionalidade

A aferição de constitucionalidade inexistia ao tempo do império no Brasil, embora coubesse ao Poder Legislativo “velar na guarda da Constituição” (art. 15, 9º).

Com o Decreto nº 848, de 11.10.1890, que trazia em seu bojo a Constituição Provisória da República, implicitamente já se atribuía ao Poder Judiciário, de forma incidental, o controle de constitucionalidade² das leis.

Na Constituição de 1934, instituiu-se a Representação de Inconstitucionalidade para fins de intervenção – com legitimação exclusiva ao Procurador-Geral da República, que neste múnus exercia a representação judicial da União –, o princípio da reserva de plenário – pelo qual os Tribunais, somente por maioria absoluta de seus membros, poderiam declarar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos – e a atribuição do Senado Federal para suspender a aplicação das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a Constituição de 1937, sob a égide do Estado Novo, o controle de constitucionalidade passou por significativa modificação, ao permitir que o Congresso Nacional, por dois terços de seus membros, validasse as normas julgadas inconstitucionais pelo Excelso Pretório, a requerimento do Presidente da República³.

Seguindo a democrática Constituição de 1946, não mais prosperou a faculdade do Congresso Nacional validar norma julgada em afronta à Lei Maior pelo STF, tal qual a votação de uma emenda constitucional *a posteriori*.

Durante este período, sempre fundado na experiência norte-americana, reconheceu-se ao Presidente da República, bem assim aos demais chefes de executivo, a possibilidade de negar a aplicação de lei, sob o argumento de inconstitucionalidade⁴.

² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 131: O controle da constitucionalidade das leis na Constituição Brasileira de 1988.

³ ALVES, José Carlos Moreira. *Garantias do cidadão na justiça*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 3: A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil.

⁴ Registra Mauro Cappelletti a existência, na Itália, de controle político da constitucionalidade das leis pelo Presidente da República que, conquanto tenha o dever de promulgar as leis aprovadas pelo Parlamento, pode, “quando o julgue oportuno

2.1. A Emenda Constitucional nº 16/65: a aferição da constitucionalidade em abstrato e a recusa à aplicação de lei pelo Chefe do Executivo. Antecedentes

Promulgada a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que entre nós criou o controle em abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais⁵, em face da Carta Magna, aquele poder-dever do Chefe do Executivo passou a sofrer objeções, registradas em votos vencidos no v. Supremo Tribunal Federal, tendo prevalecido, então, o entendimento de que permanecia o Executivo autorizado a negar a aplicação de lei por inconstitucionalidade.

Ainda nesse sentido, era a posição firmada no eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme se deduz da ementa proferida em sede de mandado de segurança: “Ao executar a lei, cumpre ao Executivo verificar a sua constitucionalidade. Isso porque lei inconstitucional é nula”⁶.

Ultrapassada a Constituição de 1967 e a sua Emenda nº 1, de 1969, sem grandes inovações neste campo⁷, veio a Carta de 1988 a conferir ampla legitimação à provocação do Supremo

suspender esta promulgação, pedindo às Câmaras, com mensagem motivada, que submetam o texto legislativo a uma nova deliberação”. Uma vez novamente aprovada a proposição de lei, ficaria o Presidente obrigado a promulgá-la. Nada obstante, destaca o apontado mestre, valorosa doutrina sustenta “que, se o texto legislativo é julgado inconstitucional pelo Presidente, ele não está obrigado a promulgá-lo, ao contrário, está obrigado a recusar-lhe a promulgação”. (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre : Fabris, 1992. p. 31).

⁵ Não havia a fiscalização da constitucionalidade das leis municipais, em face da CF, senão por via incidental, facultada à lei estabelecer a fiscalização em abstrato para fins de resolução de antinomias com a Constituição Estadual, perante os Tribunais de Justiça.

⁶ RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Civil. MS 156.451. Orlando de Freitas e outros e o Governador do Estado. Relator: Desembargador Martins Ferreira. *Revista dos Tribunais*, n. 384, p. 91.

⁷ “A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, admitiu o controle de constitucionalidade de lei municipal, a ser feito pelos Tribunais de Justiça perante os princípios sensíveis indicados nas Constituições estaduais, para fins de intervenção do Estado no Município”, cf. José Carlos Moreira Alves (op. cit., p. 6).

Tribunal Federal, para fins de controle de constitucionalidade em abstrato, mediante ação direta, Adin⁸.

3. A ampliação da legitimação para a Adin na Carta de 1988 e as repercussões sobre o tema. Doutrina

A despeito da ampla legitimação para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, conferida pela Carta de 1988, valorosa doutrina capitaneada por Ronaldo Poletti continua a reconhecer ao Chefe do Executivo a prerrogativa de negar aplicação a leis, por inconstitucionalidade.

Aduz o eminente Jurista que:

“Todos os Poderes da República são guardas da Constituição. O zelo pela intangibilidade do regime não constitui privilégio ou exclusividade do Poder Judiciário, ele apenas diz a última palavra sobre a constitucionalidade das leis⁹”.

Afirma, com apoio em Miguel Reale, ademais, que o Executivo

“Não somente pode (...) recusar cumprimento à disposição emanada do Legislativo, mas evidentemente inconstitucional, como é de seu dever zelar para que não tenha eficácia na órbita administrativa¹⁰”.

Ainda no sentido de suas palavras, cita escólios dos eminentes Adroaldo Mesquita da Costa, Themístocles Brandão Cavalcanti, Miranda Lima, Vicente Ráo e Frederico Marques.

Clèmerson Merlin Clève¹¹, na mesma linha de pensar de Ronaldo Poletti, e com espeque no art. 23, I, da atual CF, assevera caber a todos os Poderes da República a guarda da Constituição, razão por que se afigura legítima a negativa à aplicação de lei pelo Executivo, ao argumento de inconstitucionalidade, ressalvada

⁸ Com a edição da Emenda Constitucional n° 3, de 17 mar. 1993, foi introduzido no sistema da fiscalização concentrada da constitucionalidade das normas, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com legitimação restrita ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República.

⁹ *Controle de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 132 e ss.

¹⁰ Op. cit., p. 135.

¹¹ *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 166.

uma possível aferição de constitucionalidade daquela lei pelo v. STF, hipótese em que se sujeitaria o Chefe do Executivo ao *impeachment*.

A firmeza dos argumentos dos apontados mestres, muitos dos quais apoiados em decisões do Supremo Tribunal Federal, sem dúvida, confirmam a autoridade intelectual dos seus defensores. Entretanto, entendo que a razão se encontra com os vencidos na Excelsa Corte, já sob a inovação da Emenda Constitucional n° 16/65.

4. A impossibilidade do Chefe do Executivo negar aplicação à lei. O controle de constitucionalidade e os limites de seu exercício pelos Poderes

O Ministro Victor Nunes, em voto¹² proferido no Excelso Pretório, bem analisou a questão, nos termos seguintes:

“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 (...).

Teremos, (...), um mecanismo coordenado e harmônico, no que respeita à inconstitucionalidade das leis. O Presidente da República manifestará o seu entendimento através do veto e, se este for rejeitado, poderá reiterá-lo através de representação de inconstitucionalidade, a ser formulada pelo Procurador-Geral, titular de sua imediata confiança¹³. O Congresso, por sua vez, dará o seu pronunciamento, primeiro, quando votar o projeto e, depois, quando tiver de apreciar o veto. Finalmente, o Judiciário, guarda do equilíbrio dos poderes, solucionará a controvérsia, pela voz do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a representação.

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 Emenda Constitucional n° 16/65, não

¹² DISTRITO FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 15.886. RTJ, n. 41, p. 669.

¹³ Nota do autor: a este tempo, a Procuradoria-Geral da República acumulava as funções ministeriais típicas e a representação judicial da União, esta confiada pela Constituição de 1988 à Advocacia-Geral da União (CF, art. 131, LC n° 73/93 e Lei n° 9.028/95).

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 esse obstáculo está arreadado, porque o meio processual foi agora instituído no próprio texto da Constituição”.

A seguir, o eminente Ministro utiliza-se de novo forte argumento:

“Essa interpretação, aliás, dá novo vigor à presunção de constitucionalidade das leis, que já fora reforçada pelo art. 200¹⁴ da Constituição, que remonta à Constituição de 1934, e pelo qual os Tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade pelo voto da maioria de seus juízes”.

De outra parte, como bem disse o então Ministro Evandro Lins no mesmo julgamento: “o não cumprimento da lei¹⁵ pode constituir crime de responsabilidade, de acordo com a Lei nº 1.079. Ora, não é tarefa do Presidente da República, nem atividade sua, nem atribuição sua julgar da constitucionalidade das leis”¹⁶.

Registre-se, no esteio deste entendimento, que o atual art. 85, da Carta Magna, elenca entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra “o cumprimento das leis e das decisões judiciais”.

A meu pensar, tais argumentos já seriam suficientes para recusar-se ao Chefe do Poder Executivo a prerrogativa de negar aplicação a leis que entendessem inconstitucionais.

Nada obstante, com o advento da Constituição Federal de 1988, que reconheceu inclusive aos Governadores de Estado – mas não apenas ao Presidente da República¹⁷ – a legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, observada a temática da lei impugnada, parece-me incompreensível permitir-se ao Chefe do Executivo¹⁸ lançar mão

¹⁴ Nota do autor: correspondente ao art. 97 da atual Constituição da República, que mantém o princípio da reserva de plenário.

¹⁵ Nota do autor: pelo chefe do Executivo.

¹⁶ Nesse sentido, confira-se o Trabalho “Inconstitucionalidade de lei : Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade”, de Alexandre Camanho de Assis, *RDJ*, n. 91, p. 117.

¹⁷ Entre outros legitimados no art. 103, da CRFB.

¹⁸ No que concerne aos Prefeitos, seria absurdo facultar-lhes a prerrogativa de repúdio a uma lei federal não declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

de verdadeira autotutela do Direito Constitucional.

Demais disso, há muito o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê a possibilidade de concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade¹⁹, o que afasta a adequação-necessidade do simples repúdio pelo Chefe do Executivo ao cumprimento de lei²⁰.

Não se diga ser óbice a tal entendimento a assertiva de que “a todos os Poderes compete a guarda da Constituição”.

Ora, é inequívoco que aos Poderes Públicos compete o dever de zelar pela Constituição, porém dentro de seus limites. Assim, ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, *v.g.*, não será permitido declarar a inconstitucionalidade de lei sem provocação. O Poder Legislativo exercerá o controle preventivo da constitucionalidade em suas comissões e mesmo em deliberação plenária quando da apreciação de projetos de lei. Da mesma forma, poderá o Congresso Nacional “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”²¹ – o que me afigura singela forma de controle de constitucionalidade dos atos normativos, *a posteriori*, pelo Legislativo. O Poder Executivo, por sua vez, exercerá a fiscalização de constitucionalidade preventiva por meio do veto²².

Assim, não prospera o argumento de que o Presidente da República, o Governador do Estado ou mesmo o Prefeito podem recusar a aplicação de lei por inconstitucionalidade, sob

¹⁹ Adverte Ronaldo Poletti que possibilidade de concessão de medida cautelar em Adin “decorre do próprio exercício” da jurisdição do STF (op. cit., p. 94). Clèmerson Merlin Clève, a seu turno, acrescenta estarem superadas todas as controvérsias acerca da permissibilidade à concessão de liminares em ação direta, desde o advento da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977 (op. cit., p. 159).

²⁰ Gilmar Ferreira Mendes, na excelente *Jurisdição Constitucional* (São Paulo : Saraiva, 1996. p. 133), neste exato sentido, afirma: “Se o Presidente da República – ou, eventualmente, o Governador do Estado – está legitimado a propor a ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, inclusive com pedido de medida cautelar, não se afigura legítimo que deixe de utilizar essa faculdade ordinária para valer-se de recurso excepcional, somente concebido e tolerado, à época, pela impossibilidade de um desate imediato e escorrido da controvérsia”.

²¹ CRFB, art. 48, XI.

²² CRFB, art. 84, V.

a justificativa de que esta é nula, ou melhor, inexistente, simplesmente por não lhe tocar a aferição de sua validade após a sanção (ou veto, rejeitado pelo Poder Legislativo)²³.

Todavia, aferida previamente a inconstitucionalidade de lei na via de controle incidental²⁴ pelo Supremo Tribunal Federal²⁵ – ou pelo órgão judiciário competente para a fiscalização em abstrato da mesma norma –, ficam o Presidente, os Governadores e os Prefeitos autorizados a negar aplicação à dita lei, por mera extensão dos efeitos da coisa julgada.

5. Conclusão

Em vista dessas razões, tendo-se em principal conta a evolução dos instrumentos do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, acreditamos deva ficar superado o entendimento até então majoritário no v. Supremo Tribunal Federal, negando-se, por via de consequência, ao Chefe do Executivo a prerrogativa de repúdio à lei, por inconstitucionalidade, ressalvada a existência de anterior decisão nesse sentido, editada pelo Excelso Pretório ou pelo órgão judiciário competente para a sua fiscalização em abstrato.

²³ Acrescente-se, ainda, que a experiência norte-americana em conferir ao Chefe do Executivo prerrogativa desta natureza não se afigura como exemplo a ser seguido, por não contarem os Estados Unidos com os instrumentos aqui existentes.

²⁴ Nos casos em que a inconstitucionalidade é declarada por via direta, os efeitos da decisão, por si, já excluem a possibilidade de aplicação da norma pelo Chefe do Executivo.

²⁵ Dispensada, na hipótese, a suspensão da lei pelo Senado da República.

