Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R-e-RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 30 – junho/julho/agosto de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-888

# CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR ÓRGÃOS NÃO JURISDICIONAIS

***Mariana Montebello Willeman***
*Mestre e doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora do curso de graduação da PUC-Rio. Ex-Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.*

## I – Colocação do tema

> ***"If the voice of the judiciary is often primary in our dialogue over constitutional meaning, it is not the only voice that speaks in the name of the Constitution and sometimes not the best.[1]"***

O reconhecimento da supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico no Brasil é tarefa primordialmente atribuída ao Poder Judiciário, não sendo novidade a constatação de que a tradição jurídica no país privilegia sobremaneira o controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público. Consagram-se, nesse sentido, dois modelos básicos de jurisdição constitucional, os quais, a despeito de ainda guardarem significativas diferenças, caminham para uma aproximação cada vez maior[2].

---

[1] WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history**. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 27.

[2] Como se sabe, os modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil seguem, de um lado, a inspiração norte-americana de garantia da supremacia da Constituição por todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, caracterizando o denominado controle difuso de constitucionalidade, presente na tradição constitucional brasileira desde a Constituição de 1891; e, de outro lado, a orientação austríaca no sentido da existência de uma Corte Constitucional responsável pela defesa da Constituição, caracterizando o denominado controle concentrado de constitucionalidade, instrumentalizado por meio de um processo objetivo, em que não se tutelam situações jurídicas individuais, mas sim, a própria higidez do ordenamento jurídico, mediante a aferição da constitucionalidade da norma em tese

O objetivo do presente trabalho distancia-se dessa abordagem convencional do controle de constitucionalidade por órgão do Poder Judiciário. O que se pretende investigar neste artigo é, inversamente, o papel dos Poderes Legislativo e Executivo no âmbito da aferição da constitucionalidade da atuação estatal, buscando identificar os instrumentos, os limites e as possibilidades de exercício do controle de constitucionalidade por órgãos não-jurisdicionais.

A abordagem propõe três perspectivas distintas, as quais, por sua vez, comportam importantes subdivisões. Em primeiro lugar, enfrentar-se-á o tema sob a ótica da atuação do Poder Executivo, com indagações relevantes a respeito do veto por inconstitucionalidade, bem como da não aplicação administrativa da lei, a evidenciar uma postura *contra legem* da Administração Pública.

Em seguida, o estudo centrar-se-á na atuação do Poder Legislativo no controle de constitucionalidade, mediante a colocação de questões relevantes quanto ao controle por meio da sustação de atos normativos exorbitantes (artigo 49, inciso V, da CRFB), bem como por meio daquilo que se convencionou designar por "correção legislativa da jurisprudência constitucional", tema extremamente atual em um momento em que a opinião pública tem seus olhos voltados para a postura mais ativa que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal em matérias sensíveis do ponto de vista moral, religioso, econômico ou político.

Por fim, o último ponto de investigação centrar-se-á no exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, órgãos que protagonizam o denominado sistema de controle externo da gestão financeira e administrativa do Estado. Nesse sentido, serão analisados os antecedentes que conduziram à edição do Enunciado n. 347 do Supremo Tribunal Federal[3], bem como as recentes decisões que, no âmbito daquele mesmo Tribunal, procuram revisitar o tema e questionar a subsistência do entendimento sumular após a Constituição de 1988.

## II - Controle de constitucionalidade pelo Poder Executivo por meio do veto

Ao longo da tramitação de um projeto de lei, existem essencialmente duas oportunidades[4] para que seja examinada a sua

---

ou em abstrato.

[3] De acordo do o Enunciado n. 347 do STF, o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

[4] Resultando de construção pretoriana, há ainda uma terceira hipótese de controle prévio de constitucionalidade admitido no Brasil. Trata-se da intervenção judicial em sede de processo legislativo, mediante provocação de parlamentar, visando a tutelar seu direito líquido e certo à observância do devido processo legislativo. Nesse sentido, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.667/DF, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, reconhece-se "*a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que*

compatibilidade com o Texto Constitucional, refletindo aquilo que a doutrina consensualmente designa de "controle de constitucionalidade preventivo"[5], a saber: (i) o exame realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça (CCJ) no âmbito do próprio Poder Legislativo e (ii) a remessa do projeto de lei aprovado para sanção ou veto da Chefia do Poder Executivo.

A aferição da constitucionalidade de um projeto de lei por meio de comissões permanentes existentes com essa finalidade específica nas Casas Legislativas, no modelo adotado pelo Brasil, não suscita grandes debates. A matéria encontra-se normalmente disciplinada nos regimentos internos dos órgãos do Poder Legislativo, atribuindo-se às Comissões de Constituição e Justiça competência para a emissão de parecer a respeito da constitucionalidade do projeto de lei. Em caso de parecer contrário, o projeto é considerado rejeitado, vindo a ser arquivado, ressalvada a possibilidade de interposição de recurso usualmente contemplada nos respectivos regimentos[6].

De outro lado, a manifestação de contrariedade a um projeto de lei devidamente aprovado pelo Legislativo por meio da aposição de veto pela Chefia do Poder Executivo revela algumas questões interessantes que merecem ser aprofundadas neste trabalho.

Pois bem. Invocando a lição de Carmen Lucia Antunes Rocha, pode-se conceituar o veto como "ato formal e expresso pelo qual o titular do poder executivo nega a sua aquiescência ao projeto de lei submetido á sua apreciação, após manifestação e decisão sobre ele tomada pelo poder

---

*disciplinam o processo legislativo*". O *leading case* na matéria é anterior à Constituição de 1988 e encontra-se materializado no julgamento do Mandado de Segurança n. 20.257/DF, relatado pelo Ministro Moreira Alves.

[5] Confira-se, por todos, na doutrina nacional: BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67. A distinção entre o controle *a priori* e o controle *a posteriori* encontra-se bem delineada no seguinte trecho extraído da doutrina francesa de Fracis Hamon e Celine Wiener: "*Le contrôle peut intervenir soit a priori soit a posteriori. Dans le premier cas, il porte sur une loi que n'a pas encore été promulguée: la déclaration d' inconstitutionnalité fait alors obstacle à cette promulgation. Dans le second cas, le contrôle s' exerce sur une norme déjá applicable, soit pour la faire disparaître, soit pour en paralyser les effects. (...). Le contrôle a priori procure en principe une plus grande sécurité juridique puisqu'il a un effect préventif ; mais au moment où il intervient, on ne peut encore pressentir tous les effects induits de la norme, ni toutes les situations concrètes qu' elle devra régir ; or, une fois déclarée constitutionnelle, elle ne peut plus être contestée devant aucune jurisdiction. C'est pourquoi la plupart des pays, à l'exception de la France, ont prévu un contrôle a posteriori (qui d'ailleurs coexiste partfois avec le contrôle a priori, notamment en Allemagne) : les lois peuvent y être contestées aprés leur entrée en vigueur, soit pendant un délai déterminé, soit indéfiniment*." (**La justice constitutionnelle** : présentation générale, France, Etats-Unis. Paris : La documentation française, 2001, p. 3).

[6] Apenas a título ilustrativo, o Regimento Interno do Senado Federal disciplina a intervenção da CCJ no processo legislativo no artigo 101, inciso I e §§ 1 º e 2º. Eis sua redação: "*Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: I – opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário; (...). § 1o Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do art. 254. § 2o Tratando-se de inconstitucionalidade parcial, a Comissão poderá oferecer emenda corrigindo o vício*."

legislativo"[7]. Com essa postura executiva de recusa de sanção, paralisam-se, em princípio[8], os efeitos da manifestação de vontade do Poder Legislativo, obstaculizando-se que o projeto de lei converta-se efetivamente em norma do sistema jurídico[9].

No contexto constitucional brasileiro, embora predomine a concepção de que o veto é ato de natureza estritamente política, existem, em realidade, dois fundamentos para a sua aposição e consequente recusa a uma deliberação legislativa: (i) contrariedade ao interesse público e (ii) inconstitucionalidade. No primeiro caso, não restam dúvidas de que a recusa do Poder Executivo funda-se em razões de mérito e que, portanto, a decisão pela obstrução do processo legislativo é, em sua essência, uma decisão política. Daí porque bastante coerente a previsão de sua submissão tão somente a um controle de índole igualmente política, por meio da apreciação parlamentar qualificada, que poderá rejeitar o veto e encaminhar o projeto de lei para promulgação[10].

O veto que se fundamenta na inconstitucionalidade do projeto de lei, ao contrário, é um veto jurídico, que não se baseia, absolutamente, em razões de conveniência e oportunidade. O veto por inconstitucionalidade reflete o exercício de uma fiscalização jurídica de conformidade constitucional a preceder a própria criação da lei e, como tal, não pode traduzir uma resistência unilateral imotivada ao projeto de lei.

É bem verdade que o veto jurídico por inconstitucionalidade, à semelhança do que ocorre com o veto de mérito por contrariedade ao interesse público, submete-se a controle político, exercido pela maioria absoluta dos membros da respectiva Casa Legislativa. E, de fato, a doutrina[11] e a jurisprudência[12] tradicionais no Brasil não reconhecem qualquer diferença, para fins de sindicabilidade, entre os vetos jurídico e político, concebendo-os, ambos, como infensos ao controle judicial, em reverência ao postulado da separação funcional de poderes.

Contudo, em se tratando de veto fundado em inconstitucionalidade do projeto de lei, não parece que a consagração tão só de mecanismo de controle político seja suficiente e adequada para coibir eventual

---

[7] **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1991, p. 172/173.

[8] Diz-se "*em princípio*" porque o veto, tal como concebido pela Constituição da República de 1988 (CRFB), é relativo, uma vez que pode vir a ser superado pela manifestação parlamentar, fazendo com que a deliberação legislativa prevaleça, convertendo-se o projeto em lei independentemente da sanção executiva. Essa sindicabilidade política do veto presidencial encontra-se disciplinada no artigo 66, §§ 1º a 7º, da CRFB.

[9] Para uma distinção mais aprofundada entre os conceitos de sanção e veto, veja-se: MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

[10] Conforme norma do artigo 66, §§1º a 7º, da CRFB. -

[11] Para uma densa abordagem acadêmica a propósito da natureza jurídica do veto, recomenda-se: BARACHO, José Carlos de Oliveira. Teoria geral do veto. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 83, PP. 141/214. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181546>. Acesso em 10 de julho de 2012.

[12] Existem duas relevantes decisões proferidas pelo STF a respeito da matéria, as quais serão oportunamente detalhadas neste trabalho. São elas: a ADPF/QO n. 01/RJ, relator Ministro Néri da Silveira, e a também ADPF n. 73/DF, relator Ministro Eros Grau.

abuso ou capricho na sua aposição. Essa preocupação já foi sinalizada por Gilmar Ferreira Mendes em produção acadêmica de 1997, em que levanta o questionamento relativo à possibilidade de se judicializar o veto por inconstitucionalidade. Em suas palavras:

> Evidentemente, a vinculação de todos os órgãos públicos à Constituição não permite que o Chefe do Poder Público se valha do veto com fundamento na inconstitucionalidade com a mesma liberdade com que poderá utilizar o veto com base no interesse público.
> Dir-se-á, porém, que eventual utilização abusiva do veto com fundamento na suposta inconstitucionalidade da proposição poderia ser sempre reparada, pois estaria sujeita a apreciação e, portanto, ao controle do organismo parlamentar competente.
> Essa resposta é evidentemente insatisfatória, porque admite que um órgão público invoque eventual inconstitucionalidade sem que esteja exatamente convencido da sua procedência. Isso relativiza, de forma inaceitável, a vinculação dos Poderes Públicos à Constituição. Por outro lado, parece inequívoco que a apreciação do veto pela Casa Legislativa não se inspira exatamente em razões de legitimidade. A ausência de maioria qualificada fundada em razões meramente políticas implicará a manutenção do veto, ainda que lastreado em uma razão de inconstitucionalidade absolutamente despropositada.
> A indagação que subsiste diz respeito à possibilidade de que se pudesse judicializar a questão constitucional, tendo em vista a aferição da legitimidade ou não do fundamento invocado.
> Em um sistema de rígida vinculação à Constituição, parece plausível admitir, pelo menos, que a maioria que garantiu a aprovação da lei deveria ter a possibilidade de instaurar tal controvérsia. Quanto ao instrumento processual adequado, deve-se mencionar que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização do mandado de segurança em situações típicas de conflito entre órgãos[13].

A matéria relativa ao controle judicial do veto executivo foi apreciada em dois importantes julgados do Supremo Tribunal Federal, nos quais restou prestigiado o entendimento tradicionalmente consolidado no sentido da insindicabilidade do veto, seja do veto jurídico por inconstitucionalidade, seja do veto político por contrariedade ao interesse público.

No julgamento da Questão de Ordem suscitada na ADPF n. 1/RJ, o Plenário do Supremo Tribunal Federal não conheceu arguição que tinha por objeto veto por inconstitucionalidade aposto pelo Prefeito do

[13] **O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 134, abr./jun.1997, p 14.

Município do Rio de Janeiro a dispositivo de projeto de lei versando sobre matéria tributária. O veto fundava-se na suposta inconstitucionalidade de emendas parlamentares em projetos de lei sobre tributação, tese que já havia sido reiteradamente rechaçada pela própria Corte.

Pois bem. Nada obstante a motivação para o veto ser juridicamente inconsistente e evidenciar abuso em seu exercício, o Supremo Tribunal Federal sequer chegou a abordar a questão de fundo por considerar que o veto não poderia ser enquadrado na categoria "ato do poder público" para fins de admissibilidade de ADPF. E mais: a decisão unânime registrou expressamente que o veto deve manter-se na esfera de independência dos poderes políticos. Confira-se o seguinte trecho significativo do julgado:

> O exercício da faculdade de apor veto, total ou parcial, a projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo, manifesta, no sistema constitucional pátrio, a independência do Poder Executivo e a índole política do ato praticado, quer quando o motivo do veto for a contrariedade ao interesse público do projeto de lei, em sua integralidade ou em parte, quer quando contra ele se invoca fundamento de inconstitucionalidade. Se, no último caso, se pode, também, reconhecer a contribuição do Poder Executivo, no sentido de preservar a higidez da ordem jurídica fundada no respeito à Constituição, decerto, tal não esvazia o caráter político do ato de vetar.
> (...).
> Nessa linha de apreciação da matéria, cumpre entender que, no processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer que seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço"[14].

Essa mesma posição foi mais recentemente, em 2007, adotada pelo então Ministro Eros Grau ao negar, liminarmente, seguimento à ADPF n. 73/DF[15], invocando, entre outros fundamentos, o precedente firmado na citada ADPF n. 01/RJ – QO, que teria inviabilizado o manejo de ADPF tendo por objeto veto aposto a projeto de lei.

Embora não me pareçam acertados os fundamentos que conduziram ao não conhecimento das ADPFs anteriormente mencionadas, considero razoável a conclusão a que chegou. Com efeito, não vislumbro o mecanismo da ADPF como o mais adequado para se judicializar o veto por inconstitucionalidade, uma vez que, na fase de processo legislativo, ainda não se tem – até a sanção ou a promulgação da lei – efetivamente um ato do poder público completo e acabado que possa vulnerar, em abstrato, a Constituição[16].

---

[14] STF, ADPF n. 01 – QO/RJ, Relator Ministro Néri da Silveira, julgada em 03.02.2000.
[15] Relator Ministro Eros Grau, julgada em 07.05.2007.
[16] Em sentido diverso, defendendo a possibilidade de se utilizar a ADPF como via apta a judicializar a questão constitucional presente no veto aposto a projeto de lei: MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição**

Há, até então, duas manifestações de vontade que, precisamente por se revelarem antagônicas, obstruem a produção da norma legal.

Assim, parece-me que o instrumento que se revela apto a viabilizar o controle judicial do veto jurídico é o mandado de segurança a ser impetrado por parlamentar[17], na linha da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que reconhece, sem qualquer dificuldade, a legitimidade dos congressistas para o manejo da ação mandamental em hipóteses de inobservância do devido processo constitucional pertinente à produção legislativa.

A sindicabilidade do veto por inconstitucionalidade apresenta grande relevância para os casos em que a deliberação da maioria legislativa vem a ser obstruída por veto caprichoso ou juridicamente inconsistente. Em tais situações, é necessário assegurar-se precisamente a essa maioria parlamentar o direito de ver regularizado o processo legislativo, afastando-se judicialmente o veto infundado em reverência ao *due process*.

Trata-se, portanto, de hipótese em que cabível a intervenção judicial, mediante provocação de parlamentar que, por meio da impetração mandamental, buscará tutelar seu direito líquido e certo de não ter um projeto de lei, aprovado pela maioria constitucionalmente exigida, simplesmente recusado por veto infundado ou inconsistente, veto esse que pode vir a ser aposto tão somente para dificultar a tramitação legislativa[18].

## III - Controle de constitucionalidade e Administração Pública: a questão da não aplicação administrativa da lei inconstitucional

Analisadas as questões subjacentes ao veto por inconstitucionalidade no processo legislativo, cumpre enfrentar, agora, outro tema bastante tormentoso relacionado à vinculação de órgãos não jurisdicionais à supremacia da Constituição. Nesse contexto, a investigação que se propõe diz respeito à admissibilidade de postura administrativa que, à revelia de pronunciamento judicial, recusa aplicação à lei por considerá-la inconstitucional.

O dilema pode ser sintetizado nos seguintes termos: como deve o Estado-Administração proceder diante de uma lei que repute

---

**de Descumprimento de Preceito Fundamental.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011p. 143.

[17] O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já considerou especificamente o mandado de segurança meio inidôneo para o controle do veto executivo a projetos de lei. Tal entendimento vai ao encontro da premissa teórica que tem prevalecido no âmbito daquela Corte, no sentido de que o veto, seja jurídico ou político, é insuscetível de controle judicial. É importante observar, porém, que os mandados de segurança versando tal matéria já apreciados pelo STF não foram impetrados por parlamentares e, portanto, não infirmam a tese aqui sustentada no sentido da tutela do direito do parlamentar ao devido processo legislativo constitucional. Ver, a propósito: STF, MS 29.361/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 28.10.2010; STF, MS 24.675/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 09.03.2004.

[18] Apenas para exemplificar, um projeto de lei ordinária, uma vez vetado, passa a necessitar de quórum qualificado de maioria absoluta para sua aprovação, que equivale, exatamente, à maioria necessária para a rejeição política do veto.

inconstitucional? Deve privilegiar a vinculação administrativa à Constituição e ignorar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e a primazia do controle repressivo jurisdicional[19]? Ou, inversamente, deve aplicar a lei, não obstante reputá-la inconstitucional, e provocar a *judicial review*?

O tema foi amplamente debatido sob a égide da Constituição de 1967/69, revelando-se majoritária a tese que sustentava a legitimidade da postura administrativa de recusa à aplicação de lei motivadamente considerada inconstitucional. Os principais argumentos levantados em prol de tal concepção baseiam-se na supremacia da Constituição e na nulidade da lei inconstitucional, bem como no fato de que todos os Poderes da República têm a obrigação de zelar pela Constituição, sendo certo que sua interpretação e aplicação não é monopolizada pelo Poder Judiciário[20].

O enfrentamento jurisprudencial da questão não era diverso. A propósito, o Supremo Tribunal Federal tinha, à época, entendimento firme no sentido da admissibilidade da inexecução da lei inconstitucional pelo Poder Executivo. Tanto assim que, no julgamento da Representação n. 980/SP, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, a Corte considerou constitucional decreto do Governador do Estado de São Paulo que impunha aos seus órgãos subordinados a abstenção da execução de atos fundados em lei aprovada pela Assembleia Legislativa após derrubada de veto aposto sob o fundamento de inconstitucionalidade por vício de iniciativa.

O precedente acima mencionado é consensualmente aceito como paradigmático da posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria até o advento da Constituição de 1988. E, de fato, embora não tenha resultado de votação unânime, a premissa nele reconhecida – *de que cabe ao Chefe do Poder Executivo negar cumprimento à lei inconstitucional* – não é refutada em nenhum dos dois votos vencidos.

Contudo, a divergência – *levantada pelo Ministro Leitão de Abreu e acompanhada pelo Ministro Decio Miranda* – lança luzes sobre questão extremamente relevante em matéria de debate institucional. Isso porque o STF, naquele julgado, acabou por considerar constitucional decreto executivo que simplesmente menospreza por completo a maioria parlamentar qualificada responsável pela derrubada do veto no processo legislativo. É dizer: legitimou-se uma postura do Poder Executivo que *a priori* nega o diálogo com o Poder Legislativo, de forma que, no embate de posições antagônicas assumidas por Executivo e Legislativo no processo de elaboração da lei, o Poder Executivo faz valer a sua vontade monocrática por força de decreto – e, naquele caso, com a chancela do Poder Executivo.

---

[19] Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, isso implica a adoção de uma "*conduta de quase desforço no âmbito do Estado de Direito*". (Artigo citado, p. 12)

[20] Para uma visão detalhada do posicionamento doutrinário assumido sobre o tema sob a égide do ordenamento constitucional pretérito, veja: BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3ª edição. Rio de Janeiro: renovar, 2010, pp. 268/270.

Com a devida vênia, sem questionar a decisão judicial em si – *até mesmo porque proferida em contexto constitucional e histórico totalmente diverso* –, é de se ponderar o risco que ela traz para a interpretação constitucional ao viabilizar a tensão e a hostilidade entre os poderes constituídos, indo na contramão da prudente advertência de Conrado Hübner Mendes de que "na separação de poderes, a interação é inevitável. A interação deliberativa é um ganho; a interação puramente adversarial, se não chega a ser uma perda, desperdiça seu potencial epistêmico"[21].

Pois bem. Se até o advento do texto Constitucional de 1988 era amplamente admitida a recusa administrativa – *pela Chefia do Poder Executivo* – à execução de lei inconstitucional, é verdade que o fim do monopólio do Procurador-Geral da República para deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade, com a abertura do rol de legitimados pela CRFB, passou a exigir um novo olhar sobre a questão. Afinal, ao Presidente da República e aos Governadores de Estados passou-se a reconhecer legitimidade para o questionamento judicial da constitucionalidade de leis em abstrato, o que poderia conduzir à desnecessidade da postura autodefensiva.

Nesse sentido, assevera Gilmar Ferreira Mendes:

> É certo que a questão perdeu muito do seu apelo em face da Constituição de 1988, que outorgou aos órgãos do Executivo, no plano estadual e federal, o direito de instaurar o controle abstrato de normas. A possibilidade de se requerer liminar que suspende imediatamente o diploma questionado reforça ainda mais esse entendimento. Portanto, a justificativa que embasava aquela orientação de enfrentamento ou quase desforço perdeu razão de ser na maioria dos casos[22].

Essa ampliação do rol de legitimados para provocar, em abstrato, a *judicial review*, a meu ver, não chega a infirmar a tese prevalente no contexto anterior. É fora de dúvida, porém, que essa facilitação de acesso à Corte Constitucional operada pela CRFB demanda uma nova apreciação da questão, que busque compatibilizar o sistema de controle jurisdicional repressivo com a vinculação administrativa à Constituição.

Antes, porém, de se desenvolver a temática sob esse prisma, cumpre registrar que, mesmo sob a égide da atual Constituição, o STF já teve a oportunidade de reiterar a possibilidade de recusa da lei inconstitucional pelo Poder Executivo, nos autos da ADI 221-0/DF-MC[23]. A partir da análise de tal

---

[21] **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf >. Acesso em: 02 de julho de 2012.

[22] Artigo citado, p. 18.

[23] Extrai-se o seguinte trecho relevante do voto do Ministro Relator Moreira Alves: "Sucede, porém, 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 Executivos e Legislativo podem declarar nulos, por ilegalidade

julgado, extrai-se que o Tribunal reafirmou a tese, mas ponderou a existência de questionamentos em razão do alargamento da legitimação ativa para a ADIs. Além disso, esse ponto específico, embora conste inclusive da ementa do julgado, não foi, absolutamente, o foco dos debates, uma vez que a questão de fundo versava, em realidade, sobre controle de constitucionalidade por meio de edição de lei ou ato normativo posterior.

Mais recentemente, o STF teve novamente a oportunidade de sinalizar a necessidade de novo enfrentamento do tema, a partir de pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes proferido no Mandado de Segurança n. 25.888-MC/DF, reiteradamente reproduzido por diversos Ministros da Corte ao enfrentarem mandados de segurança impetrados contra ato do Tribunal de Contas da União a respeito do procedimento licitatório simplificado adotado pela Petrobras. Confira-se:

> Não me impressiona o teor da Súmula n° 347 desta Corte, segundo o qual "o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. **Até o advento da Emenda Constitucional n° 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade**. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente

ou 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 inexiste a pretendida ilegalidade ou inconstitucionalidade. Em se tratando de lei ou 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 d elei que considerem inconstitucionais". (STF, ADI 221-0/DF-MC, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 29.03.1990).

> individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. (Grifou-se).

Embora o trecho acima reproduzido tenha sido invocado em diversas decisões monocráticas posteriores, o fato é que a questão ainda não foi revisitada de maneira conclusiva pelo STF[24].

De outro lado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), também podem ser encontrados dois posicionamentos diametralmente opostos. O primeiro deles foi adotado em 1993 nos autos do Recurso Especial n. 23.121/GO[25], vindo a assentar que o Chefe do Poder Executivo tem o dever de negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional. Há, porém, uma informação relevante que não se encontra devidamente destacada na emenda do julgado: no caso submetido a julgamento, o Governador do Estado negou execução à lei por considerá-la inconstitucional após ter ajuizado a competente ação direta de inconstitucionalidade.

Mais recentemente, o STJ proferiu decisão em sentido diverso, em voto conduzido pelo Ministro José Delgado, em que expressamente nega a possibilidade de recusa administrativa da lei inconstitucional. Na ementa do julgado, afirma-se categoricamente que não se pode "criar um controle de inconstitucionalidade *a latere* não contemplado pelo nosso ordenamento jurídico, na medida em que não se deve dar respaldo a que um agente público se negue a cumprir preceito de lei ainda não afastado do nosso ordenamento jurídico"[26].

---

[24] A matéria de fundo tratada no Mandado de Segurança n. 25.888/DF encontra-se atualmente pendente de apreciação plenária nos autos do Recurso Extraordinário n. 441.280/RS, sendo que em tal via processual parece difícil ser retomado o debate sob o prisma aqui abordado.

[25] Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 06.10.1993.

[26] STJ, RMS 17.996/RJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Relator para Acórdão Ministro José Delgado, julgado em 01.06/2006. Na doutrina, esse posicionamento é defendido por Lucia Valle Figueiredo: "Não estamos, nem de leve, a sugerir a possibilidade de os administradores não respeitarem a lei, se a julgarem inconstitucional. Sou absolutamente contrária a essa tese, porque penso que tal fato geraria insegurança jurídica. Entendo deverem os administradores cumprir a lei, ainda que inconstitucional, quando estiverem no exercício da função administrativa típica. Não poderia, consoante penso, o administrador deixar de aplicar determinada lei por entendê-la inconstitucional. O dever inarredável do administrador, como submisso ao princípio da legalidade, à ordem jurídica, é acatar a lei. Não lhe cabe dizer se a lei é inconstitucional ou não." (Competência dos Tribunais Administrativos para Controle de Inconstitucionalidade. **Interesse Público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 24, ano 6, mar./abr. 2004. Disponível em: < http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50585>. Acesso em: 03 de julho de 2012.

Como se percebe, o tema ainda não foi objeto de endereçamento jurisprudencial conclusivo, o que reforça a importância de que seja abordado especialmente com o objetivo de que sejam fixados determinados critérios que possam harmonizar, de um lado, a vinculação da Administração Pública à Constituição e, de outro, o respeito à produção legislativa, reflexo da soberania popular. A busca por parâmetros que viabilizem a criteriosa atuação administrativa *contra legem* é fundamental para que se minimizem potenciais tensões entre os Poderes Legislativo e Executivo, incentivando o estabelecimento de uma cultura de diálogo entre as instituições, pautada por mútuo respeito.

Nessa linha de raciocínio, cumpre destacar, inicialmente, o tratamento que o próprio legislador federal – *provocado pelo Poder Executivo por meio da edição de Medida Provisória* – dispensou à matéria no âmbito do processo administrativo fiscal.

Pois bem. A Lei Federal n. 11.941, de 27 de maio de 2009 – *que resultou da Medida Provisória n. 449/2008* – acrescentou o artigo 26-A ao Decreto Federal n. 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal em âmbito federal. Confira-se a dicção do dispositivo:

> Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.
> § 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:
> I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;
> II – que fundamente crédito tributário objeto de:
> a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;
> b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou
> c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993."

Como se percebe, o referido dispositivo legal afirma, a *contrario sensu*, a legitimidade da recusa administrativa da lei inconstitucional desde que observadas determinadas condições, as quais guardam relação com a necessidade de razões juridicamente sólidas, reconhecidas por autoridades integrantes da direção superior da Administração Pública e aptas a infirmar a presunção de constitucionalidade das leis.

É precisamente essa a direção que se pretende seguir doravante, mediante a proposição de parâmetros que possam favorecer a

atuação concertada e inclusiva[27] dos Poderes Executivo e Judiciário em prol da defesa da Constituição. Isso porque, além de confrontar os Poderes Legislativo e Executivo, a aceitação sem ressalvas da possibilidade de se negar administrativamente execução a uma lei inconstitucional desconsidera aspectos importantes da *judicial review* contemplada na Constituição da República, ao mesmo tempo em que fragiliza a segurança jurídica.

De início, é importante reconhecer que o postulado clássico da precedência da lei no âmbito da atividade administrativa encontra-se reformulado a partir do reconhecimento da força vinculante da Constituição para o agir administrativo. Nesse contexto, ressalvadas as hipóteses de reserva de lei expressamente consignadas no próprio Texto Constitucional, a atuação da Administração Pública encontra fundamento direto na Constituição, sem a necessidade de interposição legislativa. Trata-se do fenômeno caracterizado por Paulo Otero como a "quebra do mito da omnipotência da lei face à Administração"[28], fazendo com que a lei deixe de ter o "monopólio habilitante da atividade administrativa"[29]. Em suas palavras:

> Houve aqui como que um processo de autodeterminação constitucional face ao poder legislativo nas suas relações com o poder administrativo: a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a Administração Pública, passando a consagrar preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam directa e imediatamente as autoridades administrativas. Compreende-se, nesse preciso sentido, que se afirma, segundo expressa disposição constitucional, que os órgãos e agentes administrativos, além de subordinados à lei, estejam também subordinados à Constituição.
> Como já foi sublinhado, em comentário à nossa posição defendida em anterior estudo, a reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição[30].

A formulação contemporânea do princípio da legalidade administrativa – *que evoluiu para a juridicidade administrativa, traduzindo a vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo*[31]

---

[27] Nesse sentido, é precisa a lição de Juarez Freitas: "Importa remarcar: a Constituição Federal, entendida sem a falácia (assaz comum) da desintegração, deve ser lida como inclusiva em matéria de controle de constitucionalidade, ao estabelecer (CF, art. 23, I) a competência comum da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios para zelar pela 'guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas'. Por certo, ao assim prescrever, não almeja que tal tarefa se resolva, com exclusividade, no Poder Judiciário, mas no controle de juridicidade constitucional extenso e intenso, eficiente e eficaz, de molde a favorecer, ao menos em tese, resultados legislativos e administrativos em consonância com os objetivos fundamentais da República (art. 3º), isto é, com o pleno resguardo, sem retrocessos, dos direitos 'entrincheirados'". (O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: ano 10, n. 40, abr./jun. 2010, p. 221).

[28] OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2011, p. 733.

[29] OTERO, Paulo. Obra citada, p. 735.

[30] OTERO, Paulo. Obra citada, p. 735.

[31] Conforme leciona Gustavo Binenbojm, o princípio da juridicidade traduz a vinculação da Administração Pública a um bloco de legalidade, que é o ordenamento jurídico como um todo

– é especialmente importante para os fins da investigação aqui proposta porque, tradicionalmente, a atividade administrativa realiza-se *secundum legem*. E, bem ao contrário, quando o Poder Executivo nega cumprimento a uma lei por inconstitucionalidade, sua atuação revela-se *contra legem.* Daí por que se faz necessário o estabelecimento de balizas a essa postura administrativa "contra a lei e em vez da lei"[32], a fim de que não implique a imposição unilateral e excessiva do Poder Executivo – *como protagonista da atividade administrativa* – sobre a lei produto da soberania popular.

Assim, um primeiro parâmetro importante a balizar a atuação administrativa *contra legem – mas segundo a Constituição* – reside na afirmação dos direitos fundamentais. Com efeito, diante de leis violadoras de direitos fundamentais, impõe-se à Administração o dever de negar-lhes aplicação, dando preferência à Constituição, de forma que as normas sobre direitos fundamentais aplicam-se contra a lei e em seu lugar[33].

Igualmente, em se tratando de legislação violadora dos princípios expressos na CRFB – *de vinculação direta e imediata da Administração Pública* – impõe-se tranquilamente a atuação *contra legem*, devendo os órgãos administrativos desaplicar tais leis e pautar sua atuação por uma normatividade que reverencie os princípios reitores da Administração.

Por fim, também a lei que vulnere os fundamentos da República Federativa do Brasil ou seus objetivos (artigos 1º e 3º, respectivamente, da CRFB) deve ter sua execução recusada pela Administração Pública. Com efeito, a Constituição de 1988 consagra um Estado Democrático de Direito no qual a ordem administrativa deve estar necessariamente orientada à concretização dos objetivos fundamentais estatuídos em seu artigo 3º, visando (i) à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) a garantia do desenvolvimento social; (iii) à erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; e, finalmente, (iv) à promoção do bem de todos.

As situações acima destacadas retratam hipóteses emblemáticas de substituição da lei pela Constituição, em que a atividade administrativa encontra no Texto Constitucional o fundamento direto e imediato de sua decisão, fazendo surgir para a Administração Pública o dever de recusar a execução da lei incompatível com a Constituição.

Por sua vez, em hipóteses diversas daquelas a que se aludiu anteriormente, entende-se que a Administração Pública somente poderá afastar-se da aplicação da lei por considerá-la inconstitucional (i) se houver

---

sistêmico. Assim, ainda segundo o autor, "a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)". (**Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143).

[32] Otero, Paulo. Obra citada, p.741.

[33] OTERO, Paulo. Obra citada, p. 741.

contrariedade flagrante e manifesta a dispositivo constitucional ou (ii) se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já tiver consolidado, em hipóteses semelhantes, tese no sentido da inconstitucionalidade da normatividade versada na lei, com reiterados precedentes firmando posição exegética contrária à sua validade.

De qualquer forma, seja qual for o fundamento *supra* que venha a legitimar a atuação administrativa *contra legem*, é importante que sejam adotadas certas medidas de cautela e de respeito ao Poder Legislativo, com o escopo de afastar, tanto quanto possível, críticas relacionadas à usurpação de competência e à insegurança jurídica.

Nesse sentido, quando a Administração Pública decide negar aplicação a uma lei por considerá-la inconstitucional, assume a responsabilidade e a responsividade[34] dessa postura, até mesmo porque pode acontecer de a interpretação conferida pela administração no sentido da inconstitucionalidade da lei não ser confirmada no âmbito do controle jurisdicional.

Essa responsabilidade – *que é de cunho institucional, mas também de cunho político-administrativo, uma vez que pode ser invocada pelos destinatários da lei "indevidamente" não aplicada* – somente pode ser assumida por aquele que detém a competência constitucional de exercer a direção superior da Administração Pública, é dizer, pela Chefia do Poder Executivo. Assim, para que o agente administrativo esteja autorizado a descumprir uma lei por inconstitucionalidade, faz-se necessária autorização nesse sentido emanada formalmente da Chefia do Poder Executivo, acompanhada da explicitação das razões jurídicas consistentes que justifiquem a postura *contra legem* – como regra, as razões jurídicas constarão de pronunciamento dos órgãos de assessoramento jurídico da União, Estados ou Municípios. Além disso, para fins de transparência e sindicabilidade, é importante que o ato da Chefia do Poder Executivo seja devidamente publicado na imprensa oficial.

Como fator de segurança jurídica e demonstração de boa-fé administrativa no relacionamento com a Casa Legislativa, há uma última cautela de fundamental importância a ser adotada pela Administração Pública: provocar imediatamente a manifestação do Poder Judiciário a respeito da constitucionalidade da lei cuja execução foi recusada, preferencialmente por meio do ajuizamento da competente ação direta de inconstitucionalidade (para o que são legitimados os Chefes do Executivo em nível federal e estadual) ou, em não sendo possível (no caso de leis municipais, por exemplo), por meio de

[34] Anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "Se responder pela ilegalidade é dever tão antigo quanto o próprio Direito, responder pela ilegitimidade é tão recente quanto a consolidação histórica da democracia como regime dominante na cultura ocidental. O princípio da responsividade vê, por isso, complementar o princípio da responsabilidade e ampliar-lhe os efeitos, além da legalidade estrita, para inspirar e fundar ações preventivas, corretivas e sancionatórias do Direito Administrativo voltadas à preservação do princípio democrático e da legitimidade, como qualidade que dele decorre. (...) Neste sentido, a responsividade está para o Estado Democrático de Direito assim como a responsabilidade está para o Estado de Direito. Nessa mesma linha de idéias, responsabilidade e responsividade são princípios que se complementam para a construção de um conceito integrado de Estado Democrático de Direito (...)." (**Curso de Direito Administrativo**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 92.

representação de inconstitucionalidade (artigo 125, §2º, da CRFB) ou pela via do controle difuso e incidental.

Como se percebe, os parâmetros apresentados buscam harmonizar o reconhecimento da vinculação direta e imediata da Administração Pública à Constituição com a imprescindível e meritória função exercida pelos legisladores eleitos em uma democracia, sem radicalizar para uma polarização que simplesmente contraponha Executivo e Legislativo. Muito ao contrário, a atuação prudente e criteriosa do Poder Executivo pode favorecer, e muito, a interpretação constitucional, indo ao encontro daquilo que preconizam as denominadas "teorias do diálogo institucional", no sentido de que não deve haver competição no exercício da interpretação constitucional, mas sim, debate permanente e cooperativo entre as instituições[35].

**IV - Controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo: a sustação de atos normativos e a Proposta de Emenda Constitucional n. 03/11.**

Uma vez examinado o papel inclusivo do Poder Executivo e da Administração Pública na busca pelo sentido e do alcance da Constituição, passa-se a abordar as hipóteses em que a interpretação constitucional suscita a interlocução com órgãos do Poder Legislativo.

Nesse contexto, é consensualmente aceita, nos termos do artigo 49, inciso V, da CRFB, a intervenção das Casas Legislativas para o exercício do controle de constitucionalidade de decretos e atos regulamentares emanados do Poder Executivo e que venham a extrapolar os limites da delegação legislativa ou que exorbitem do poder regulamentar. Trata-se, em tal hipótese, de controle de constitucionalidade que visa a assegurar a observância do princípio da legalidade, de forma a evitar que o Poder Executivo, sob o pretexto de regulamentar uma lei, venha a inovar a ordem jurídica, estabelecendo direitos ou obrigações sem previsão legal (artigo 5º, inciso II, da CRFB).

De fato, à luz da norma do artigo 84, inciso IV, da CRFB, compete ao presidente da República expedir decretos e regulamentos visando à fiel execução da lei. É consensual que tal competência traduz o exercício do denominado poder regulamentar da Administração Pública, que se caracteriza como uma espécie de poder normativo secundário, destinado a "preencher os detalhes" (*filling up details*) da lei para permitir-lhe a execução. Assim, ressalvadas as matérias referidas no artigo 84, inciso VI, alínea "b", da Constituição da República – *com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n. 32/2001*[36] –, a tradição constitucional brasileira somente admite a edição de regulamento de execução pelo Poder Executivo, vale dizer,

[35] MENDES, Conrado Hübner. Obra citada, p. 20.

[36] Para parte da doutrina administrativista nacional, a referida Emenda Constitucional teria passado a admitir a edição de decretos autônomos no direito brasileiro (domínio da Administração Pública) para a organização interna do funcionamento dos órgãos administrativos. A edição de tais decretos autônomos legitima-se quando a própria Constituição reserva determinada matéria ao domínio do regulamento, excluindo, para sua disciplina, qualquer intervenção legislativa. Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 87/89.

ato normativo de cunho secundário que não inove o ordenamento jurídico, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação funcional de poderes[37].

A partir dessa leitura tradicional quanto ao exercício do poder regulamentar, não há dúvida de que, como regra, os decretos ou regulamentos de execução previstos no artigo 84, inciso IV, da CRFB, encontram na lei regulamentada o seu fundamento direto de validade e, exatamente por isso, qualquer contrariedade deve ser analisada sob o prisma do controle de legalidade, e não do controle de constitucionalidade.

A experiência histórica, porém, demonstra que não são raras as hipóteses em que, a pretexto de permitir a fiel execução de uma lei, editam-se regulamentos ou decretos autonomamente inovadores da ordem jurídica, extrapolando o domínio daquilo que foi disciplinado pelo legislador. Em tais situações, que deveriam ser excepcionais, não tem cabimento cogitar-se de controle de legalidade, uma vez que o regulamento que deixa de observar os limites estabelecidos em lei não é ilegal, mas sim, inconstitucional[38].

Essa realidade, aliás, é objeto de consideração pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que não hesita em admitir o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade para que sejam aferidos decretos ou regulamentos quando estes, no todo ou em parte, embora com roupagem formal de ato secundário, ostentem densidade normativa primária violadora do princípio da legalidade[39].

Tal exame de constitucionalidade repressivo, além de ser exercitável por intermédio da *judicial review*, também pode ser praticado pelo próprio Poder Legislativo, a que se reconhece competência para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar.

---

[37] WILLEMAN, Flavio de Araujo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.144.

[38] Como elucida Gilmar Ferreira Mendes, "Kelsen já havia assinalado que qualquer ofensa contra o direito ordinário configuraria uma ofensa indireta contra a própria Constituição, desde que esta contivesse o princípio da legalidade da Administração. Não obstante, enquanto a inconstitucionalidade direta poderia ser aferida pela via abstrata, a inconstitucionalidade indireta somente poderia ser examinada dentro de um sistema de controle de legalidade. Com a diferenciação entre a inconstitucionalidade direta e indireta, esforçava-se Kelsen para superar as dificuldades práticas decorrentes da ampliação desse conceito de inconstitucionalidade. Reconhecia-se, porém, a dificuldade de se traçar uma linha precisa entre inconstitucionalidade direta e indireta. Sem fazer qualquer distinção entre inconstitucionalidade direta e indireta, a doutrina brasileira enfatiza que qualquer regulamento que deixe de observar os limites estabelecidos em lei é inconstitucional." (Artigo citado, p. 15).

[39] STF, ADI 1.222, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 11.04.2003; STF, ADI 2.439, Relator Ministro Ilmar Galvão. DJ de 14.09.2001; e, mais recentemente, STF, ADI/MC 3.731, Ministro relator Cezar Peluzo, julgado em 29.08.2007. Em todos esses precedentes, o Supremo Tribunal Federal afirma a admissibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo subalterno cujo conteúdo seja de lei em sentido material e que, como tal, goze de autonomia nomológica.

É interessante notar que, nos termos do artigo 49, inciso V, da CRFB, o controle legislativo de que aqui se trata recai sobre atos normativos emanados do *Poder Executivo*.

Porém, como já se mencionou anteriormente, relativizou-se, nos últimos anos, o protagonismo da lei para as instâncias administrativas e, a partir dessa renovada leitura do princípio da legalidade, o fenômeno da deslegalização passou a ser cada vez mais corrente. De acordo com a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, deslegalização é a "retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*), passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*)"[40]. É precisamente esse processo de deslegalização que fundamenta, consoante sólida doutrina construída sobre o tema, o denominado poder normativo das agências reguladoras.

De outro lado, também se verificou no Brasil, nos últimos anos, tendência ao reconhecimento de poder normativo autônomo a determinados órgãos não integrantes quer do Poder Legislativo, quer do Poder Executivo. Assim, por exemplo, a Emenda Constitucional n. 45/2004, ao criar o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, expressamente outorgou-lhes competência para a expedição de atos regulamentares na esfera de suas atribuições.

Como se percebe, no estágio atual de evolução do direito no Brasil, o exercício do poder normativo acabou sendo relativamente pulverizado para outras instâncias decisórias. Essa circunstância parece ter justificado a apresentação de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC n. 03/2011), em tramitação perante a Câmara dos Deputados, como objetivo de substituir a locução "Poder Executivo", constante do artigo 49, inciso V, da CRFB, pela expressão "outros Poderes", criando a possibilidade de o Congresso Nacional sustar atos normativos emanados também do Poder Judiciário. Segundo os defensores da alteração constitucional, a medida é necessária para viabilizar o controle do exercício do poder normativo especialmente no âmbito da Justiça Eleitoral e dos órgãos de Controle Externo[41].

O exame dos termos da pretendida alteração constitucional revela que a sua harmonização com a Carta de 1988 pressupõe, realmente, uma interpretação que restrinja as hipóteses de sustação apenas e tão-somente aos casos em que o poder regulamentar exorbitante tenha derivado de deslegalização ou de delegação legislativa, traduzindo, efetivamente, o exercício de um poder normativo de índole secundária fundado em lei. Nos casos em que o poder normativo extrai seu fundamento de validade diretamente da Carta Constitucional (distinguindo-se, pois, do regulamento de execução), não há espaço para a atuação do Poder Legislativo no controle de sua constitucionalidade, sob pena de violação a separação de poderes.

---

[40] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 122.

[41] Esse o entendimento perfilhado no parecer do Deputado Nelson Marchezan Junior, Relator da matéria no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

De qualquer forma, essa PEC – *que já teve a admissibilidade aceita pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados* – tem provocado enorme polêmica na comunidade jurídica e grande reação de parcela do Poder Judiciário[42], que vislumbra na proposta a pretensão de se instaurar no Brasil mecanismo de revisão legislativa de decisões adotadas em sede de controle de constitucionalidade. Justifica-se o receio especialmente em razão das repercussões bastante heterogêneas geradas a partir da postura mais ativa do Supremo Tribunal Federal, que absolutamente não tem se eximido de adotar decisões em matérias moralmente sensíveis, não raro preenchendo vácuo deixado pelo próprio parlamento.

As incertezas geradas com a apresentação da PEC n. 03/2011 decorrem não tanto do seu efetivo teor – *que, a bem da verdade, não faz menção à sustação de decisão judicial* –, mas principalmente do contexto político e dos debates que permearam sua formulação perante a Câmara dos Deputados, evidenciando certo desconforto de parte do Poder Legislativo com decisões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O incômodo, aliás, encontra-se explicitado no próprio parecer[43] aprovado pela CCJ em 25 de abril de 2012. Segundo o entendimento que prevaleceu no âmbito da Comissão, a PEC n. 03/11 não se relaciona com a atividade típica do Poder Judiciário, "versando exclusivamente sobre atos normativos (atividade atípica e, portanto, de natureza não jurisdicional) dos outros poderes, especialmente aqueles emanados pelos órgãos do Poder Judiciário, que possam ter extrapolado os limites da legalidade". Mas, ao final do parecer, embora negando que tal seja o norte da proposta, é feito o seguinte registro:

> Ainda que se aponte a crise da representatividade política dos Parlamentos como uma das causas do ativismo judicial, não pode o próprio Congresso nacional abdicar do zelo por sua competência legislativa.
> Embora não seja o escopo da PEC em exame, não podemos nos furtar a observar que o Poder Judiciário – mormente no exercício do controle de constitucionalidade –, tem deixado de lado o tradicional papel de legislador negativo para atuar como vigoroso legislador positivo. Tal fato atenta contra a democracia e as legítimas escolhas feitas pelo legislador.

[42] Cite-se, por exemplo, a nota pública divulgada em 04 de maio de 2012 pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, por meio da qual repudia a intenção de interferência do legislativo no Judiciário. De acordo com a nota, "(...) a PEC 03/2011, que tem o objetivo aparente de apenas 'sustar' (sic) atos normativos dos outros poderes', inclusive do Poder Judiciário, politicamente tem a real e verdadeira intenção de cassar decisões judiciais que desagradem segmentos político-hegemônicos contrariados em seus interesses econômicos, filosóficos, religiosos ou tendências morais apoiadas no Poder Legislativo (como noticiado pela imprensa), e representaria, ao fim e ao cabo, dura e inadmissível quebra dos valores democráticos tão caros à sociedade, bem como do próprio sistema de tripartição de poder e autonomia do Judiciário, com ferimento ao próprio regime de liberdades". Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2012-mai-04/nota-juizes-trabalho-repudiam-pec-limita-poder-judiciario >. Acesso em: 19.07.2012.

[43] O parecer aprovado pela CCJ é de autoria do Deputado Nelson Marchezan Junior.

> Não deve o Poder Legislativo consentir com a tese de que a Suprema Corte representa um 'arquiteto constitucional' com poderes de, por meio de suas decisões ativistas, 'redesenhar' outras instituições e a própria Constituição.
> Não obstante tais constatações fáticas, a presente PEC, como já frisado, tem como alvo direto o eventual abuso do poder normativo delegado a outros poderes. Por essa razão, não cabe, nesta análise, tecer considerações adicionais a respeito de soluções para outras facetas do ativismo judicial.

Ora, é fora de dúvida que uma interpretação da PEC n. 03/11 que venha a minimamente legitimar a instauração de uma revisão política de decisões judiciais esbarraria, frontal e inequivocamente, na cláusula pétrea da separação funcional de poderes. Embora até existam experiências nesse sentido em outras comunidades jurídicas[44], o fato é que o modelo constitucional de 1988 não alberga tal possibilidade.

Porém, o desconforto do Poder Legislativo diante de decisões adotadas em sede de *judicial review* lança luzes sobre o histórico conflito entre a supremacia legislativa e a supremacia judicial e os possíveis arranjos institucionais que contemplam uma maior interlocução entre tais poderes constituídos.

Nesse contexto, o modelo adotado em 1982 pela Carta de Direitos e Liberdades do Canadá é usualmente apontado como construção que claramente vislumbra a possibilidade de o parlamento impor-se perante o judiciário em matéria de interpretação de direitos fundamentais com *status* de lei suprema. Com efeito, é a disposição contida na Seção 33 da Carta Canadense – conhecida como *notwithstanding clause* – que expressamente rejeita a característica peculiar dos modelos inspirados no constitucionalismo norte-americano de que a decisão do Poder Judiciário é final e não tem como ser revertida ordinariamente pelo legislativo[45]. De acordo com a mencionada cláusula "não obstante", o parlamento ou o legislativo de uma província pode simplesmente recusar que uma lei aprovada seja objeto de revisão judicial, imunizando-a pelo prazo inicial de cinco anos, passível de renovação pelas legislaturas subsequentes.

Como se percebe, a questão de fundo que se encontra subjacente aos debates travados em torno da PEC n. 03/11 é extremamente

---

[44] A propósito, noticia Stephen Gardbaum: "Entre 1982 e 1998, três países da Comunidade Britânica, o Canadá, a Nova Zelândia e o Reino Unido – países que estiveram anteriormente entre os últimos bastiões democráticos da supremacia legislativa tradicional – adotaram declarações de direitos e garantias que se afastavam de maneira autoconsciente do modelo norte-americano e buscavam reconciliar e equilibrar as reivindicações opostas para criar um meio termo entre elas, em vez de adotar uma transferência indiscriminada de um pólo para o outro. De modo mais notável, embora concedam aos tribunais o poder de proteger direitos, eles desvinculam o controle de constitucionalidade da supremacia judicial ao dar poderes aos parlamentos de terem a última palavra". (O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp.159-221).

[45] GARDBAUM, Stephen. Artigo citado, p. 178.

atual e polariza legislativo e judiciário[46]. Na experiência constitucional brasileira, até algum tempo atrás, não era comum que os parlamentares desafiassem decisões adotadas em sede de controle de constitucionalidade pelo STF. Normalmente, ao invés de se insurgir contra as decisões declaratórias de inconstitucionalidade, o Legislativo buscava editar uma nova legislação que contemplasse a visão da Corte a respeito do tema, caminhando, pois, no sentido da deferência ao *judicial review*[47].

Nos últimos anos, porém, a reação legislativa à jurisprudência constitucional tem sido mais recorrente e há importantes precedentes abordando o tema, os quais serão objeto de exame detalhado no próximo tópico deste trabalho. Em antecipação, porém, os questionamentos que permeiam o fenômeno da reação legislativa em matéria de interpretação constitucional podem ser listados conforme a proposta de Mark Tushnet, em sua obra "*Taking the Constitution Away from the Courts*"[48]. Em síntese, suas provocações são:

> Pode o Congresso superar uma decisão da Suprema Corte por meio de legislação ordinária? Devem as interpretações constitucionais da Corte prevalecer sobre interpretações alternativas oferecidas pelo Congresso? (...). O que pode o Congresso fazer quando a Corte decide um caso em sentido que a maioria considera profundamente equivocada?[49]

São precisamente esses os questionamentos a serem examinados na sequência, mediante a exposição da construção jurisprudencial do STF a propósito do tema.

## V - O fenômeno da correção legislativa da jurisprudência constitucional

Embora o arranjo institucional formulado pela Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades Canadense possa parecer muito distante da realidade constitucional brasileira, é interessante constatar que já houve expediente bastante similar contemplado no constitucionalismo brasileiro, com o objetivo cristalino de limitar o poder da Corte Suprema. Tratava-se do instituto previsto no artigo 96 da Carta de 1937, o qual, logo após estabelecer a cláusula de reserva de plenário, admitia que ato legislativo suspendesse

---

[46] A síntese de Mark Tushnet revela-se bastante apropriada: "As Lincoln said, the constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it form the courts". (**Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999, Kindle edition, posição 2.872).

[47] Como exemplo de postura legislativa de deferência ao *judicial review*, pode-se citar a edição da Lei n. 11.464/2007, que estabeleceu parâmetros para a progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos. A alteração legislativa foi decorrência direta da evolução jurisprudencial na matéria que, revisitando o princípio da individualização da pena, considerou inconstitucional a norma que vedava a progressão de regime (redação original do artigo 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90).

[48] TUSHNET, Mark. Obra citada, posição 89.

[49] Versão livre da autora para o seguinte trecho: "*Can Congress overrule a Supreme Court decision by an ordinary statute? Should the Court's constitutional interpretations prevail over alternative interpretations offered by Congress? (...). What may Congress do when the Court decides a case in a way that large majorities think profoundly wrong-headed*?" (TUSHNET, Mark. Obra citada, posição 89).

decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Confira-se:

> Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.
> Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Como registra Gilmar Ferreira Mendes[50], a origem desse instituto foi justificada pelas desconfianças dirigidas ao pretenso caráter contra-majoritário da jurisdição constitucional e teve por inspiração a prática constitucional norte-americana de edição de leis de cunho corretivo, ou seja, a prática relativamente presente na experiência americana que busca contornar decisões da Corte Constitucional mediante edição de ato legislativo ou aprovação de emenda à Constituição.

A fórmula consagrada na Carta de 1937 não encontra acolhida minimamente remota no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Mas, como se passa a analisar, o expediente que lhe serviu de inspiração tem tido aplicação prática relativamente crescente e, ainda que por via transversa, vem instaurando relevante diálogo entre legislativo e judiciário na interpretação constitucional.

Pois bem. À luz do modelo constitucional brasileiro de 1988, fortemente baseado na supremacia judicial da interpretação constitucional, a resposta do legislativo a uma decisão do STF em matéria constitucional demanda, via de regra, a atuação do poder constituinte derivado, por meio da aprovação de emenda à Constituição. Assim, o Congresso nacional manifesta sua divergência para com a interpretação conferida pelo STF a uma norma mediante a reforma do próprio parâmetro de controle, com a ressalva de que tal expediente apenas se revela possível nos casos em que não haja qualquer cláusula pétrea envolvida.

A esse respeito, menciona-se a doutrina de Luis Roberto Barroso:

> Salvo em relação às matérias protegidas por cláusulas pétreas, a última palavra acerca de qual deve ser o direito constitucional positivo em dado momento é do Congresso nacional, no exercício do seu poder constituinte derivado. De

[50] Artigo citado, p. 16.

> fato, discordando o Poder Legislativo da inteligência dada pelo Supremo Tribunal Federal a uma norma constitucional, poderá sempre emendá-la, desde que seja capaz de preencher o quorum de três quintos dos membros de cada casa, observando os demais requisitos do processo legislativo próprio (CF, art. 60 e parágrafos)[51].

Nessa linha de raciocínio, algumas emendas à CRFB foram aprovadas precisamente o objetivo de contornar a posição firmada pelo STF em determinada matéria constitucional. A título exemplificativo, podem ser lembradas as Emendas n.os 19/98, 29/2000 e 39/2002, todas elas provocando alteração do texto constitucional em resposta a posicionamentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal.

Por meio da Emenda Constitucional n. 19/98, conhecida como "reforma administrativa", o legislador constituinte derivado claramente pretendeu revisitar a interpretação conferida pelo STF à abrangência do denominado teto remuneratório do funcionalismo público. Isso porque, de acordo com a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal no julgamento da ADI n. 14[52], não deveriam ser computadas, para fim de aferição do teto previsto no artigo 37, inciso XI, da CRFB, as vantagens de caráter pessoal. Em resposta, a Emenda Constitucional n. 19/98, dentre outras providências, alterou a norma para deixar expresso que as referidas vantagens de índole pessoal incluem-se no limite máximo remuneratório.

Da mesma forma, a Emenda n. 29/2000 traduziu inequívoca reação legislativa à jurisprudência firme do STF no sentido da inconstitucionalidade de alíquotas progressivas de IPTU que levassem em consideração a capacidade econômica do contribuinte. De acordo com o pacífico entendimento da Corte, sendo o IPTU um imposto de natureza real, a progressividade de suas alíquotas não poderia decorrer de critérios atinentes à capacidade econômica do contribuinte, admitindo-se a progressividade apenas para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade (à luz do artigo 182, §4º, inciso II, da CRFB).

Em respostas a essa jurisprudência constitucional, o Congresso Nacional aprovou a Emenda n. 29/2000, que expressamente passou a admitir a progressividade do IPTU em razão do valor do imóvel, bem como o estabelecimento de alíquotas diferenciadas de acordo com a localização e o uso do imóvel. Aqui, mais uma vez, o legislador fez prevalecer sua interpretação promovendo a alteração da Constituição.

Por fim, também a Emenda Constitucional n. 39/2002 pretendeu reverter um posicionamento do STF, novamente em matéria tributária. Tratava-se, dessa vez, de descontentamento com os precedentes – *sumulados no Enunciado n. 670*[53] – do Tribunal que rejeitavam a possibilidade de o serviço de iluminação pública ser custeado por meio de taxa. Como forma

[51] Obra citada, p. 96.
[52] STF, ADI n. 14, Relator Ministro Célio Borja, julgada em 13.09.1989.
[53] Enunciado 670 do STF: "O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa".

de contornar o entendimento consolidado, aprovou-se a referida emenda que expressamente passou a contemplar a possibilidade de instituição de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública – *em franca reação à jurisprudência constitucional que considerava que o serviço deveria ser suportado por meio da receita de impostos*.

Essa última emenda "corretiva" chegou a ser considerada inconstitucional pelo Ministro Marco Aurélio, em voto vencido, no julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral n. 673.675/SC[54]. Após evidenciar que a "causa da emenda não foi outra senão o verbete n. 670 da Súmula do Supremo", o Ministro afirmou a sua inconstitucionalidade por afastar cláusula pétrea relativa à garantia dos contribuintes.

Ora, nos três casos citados, o legislador constituinte derivado buscou contornar a interpretação judicialmente conferida a uma norma constitucional e, desde que não se atinjam cláusulas pétreas, o expediente é aceito sem maiores resistências[55].

Porém, a reação legislativa encontra maiores obstáculos quando resulta da vontade do legislador ordinário. E, sob essa perspectiva, existem dois casos emblemáticos apreciados pelo STF, com desfechos totalmente distintos.

O primeiro deles encontra-se materializado no julgamento da ADI n. 2.797/DF, ocorrido em setembro de 2005, em que se questionava a constitucionalidade da Lei n. 10.628/2002, ao acrescentar os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal.

A lei impugnada na referida ação direta teve por objetivo estabelecer que a competência por prerrogativa de foro, relativa a atos administrativos do agente, prevaleceria ainda que o inquérito ou a ação penal tivessem início após a cessação do exercício da função pública. Pretendia o legislador, de maneira inequívoca, insurgir-se contra o cancelamento do Enunciado n. 394 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, ocorrido em 25 de agosto de 1999[56], e restaurar a interpretação da matéria até então vigente na Corte Constitucional.

---

[54] Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 25.03.2009.

[55] Exatamente o mesmo fenômeno está em vias de se reproduzir no que diz respeito à exigência de diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão. Com efeito, a PEC n. 03/2009, já aprovada em primeiro turno no Senado Federal, pretende incluir o artigo 220-A ao texto Constitucional para considerar que o exercício da profissão de jornalista é privativo do portador de diploma de curso superior de comunicação social, com habilitação em jornalismo. A PEC traduz clara tentativa de neutralizar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 2009, que considerou não-recepcionada pela Constituição de 1988 a norma que veiculava idêntica exigência constante do artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei n. 972/69 (STF, RE 511.961/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 17.06.2009).

[56] STF, Inq. 687-QO, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 25.08.1999. O enunciado cancelado em tal oportunidade tinha o seguinte teor: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

O Supremo Tribunal Federal, em decisão adotada por maioria[57], considerou a lei inconstitucional, destacando que veiculava "pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição". E mais: registrou-se expressamente que "admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador**".** Confiram-se os trechos mais significativos da ementa:

> Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: **pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada**. 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui **evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394** por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. **Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.** 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional **para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.** (Grifou-se).

[57] STF, ADI 2.797/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 15.09.2005. Ficaram vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

O outro caso emblemático sobre o tema foi apreciado em outubro de 2008, quando do julgamento da ADI 3.772/DF, ajuizada contra o artigo 1º da Lei n. 11.301/06.

Pois bem. Por meio da edição da referida lei, buscou o legislador ordinário reverter o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito dos requisitos necessários para a caracterização do direito à aposentadoria especial no magistério prevista nos artigos 40, §5º, e 201, §8º, ambos da CRFB.

De acordo a interpretação conferida pelo STF aos mencionados dispositivos constitucionais, para o efeito de aposentadoria especial de professores, não se podia computar o tempo de serviço prestado fora de sala de aula – *orientação consolidada no Enunciado n. 726, aprovado em 2003.* O legislador ordinário, porém, manifestou seu inconformismo com tal interpretação ao aprovar a Lei n. 11.301/06, vindo a ampliar o regime especial de aposentadoria para os exercentes de funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico.

É fora de dúvida que, à semelhança da Lei n. 10.628/02, a Lei n. 11.301/06 também foi produto de uma reação do legislador ordinário à jurisprudência firmada pelo STF em matéria constitucional, buscando reverter a leitura da Corte a respeito dos requisitos para a aposentadoria no magistério.

O interessante é que, bem ao contrário do que ocorreu no julgamento da ADI 2.797/DF, o STF, ao apreciar a ADI n. 3.772/DF – *oferecida contra a Lei n. 11.301/06* –, comportou-se de maneira totalmente diversa, vislumbrando na postura do legislador uma provocação para debater e evoluir na interpretação constitucional. E, como resultado, acabou prevalecendo uma interpretação que efetivamente reconsiderou o que se deve entender por "funções de magistério" para fins de aposentadoria especial[58].

Como se percebe, o resultado totalmente distinto dos dois casos-referência analisados evidencia o equívoco de qualquer concepção que, de maneira apriorística e inflexível, rejeite a correção legislativa pela via ordinária. Afinal, o exemplo trazido no julgamento da ADI 3.772/DF demonstra

[58] STF, ADI 3.772/DF, Relator Ministro Carlos Britto, Relator para Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 29.10.2008. Eis a síntese do que restou decidido: "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. I - A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. II - As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal. III - Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra."

que aquela pode ser um adequado instrumento para instaurar o diálogo entre legislativo e judiciário em matéria de interpretação constitucional e, nesse sentido, oferecer relevante contribuição para a democratização da *judicial review*.

Não parece legítimo, portanto, simplesmente coarctar a atuação legislativa e presumir, antecipadamente, que toda e qualquer lei "corretiva" será inevitavelmente inconstitucional por contrariar a "última palavra" ditada pela Corte Constitucional. Muito pelo contrário, se o legislador ordinário manifesta divergência com a interpretação conferida pelo STF em determinado tema constitucional, essa circunstância não pode ser negligenciada, merecendo ser encarada como uma forma de se fazer instaurar uma dialética que atue em prol da efetividade constitucional.

## VI - Controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Contas: o enunciado n. 347 do Supremo Tribunal Federal

Uma vez delineados e analisados os aspectos relativos à interpretação constitucional realizada por órgãos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, passa-se, agora, ao exame da questão sob o prisma da atuação dos Tribunais de Contas no Brasil.

Pois bem. A busca por transparência e *accountability* na gestão dos escassos recursos públicos encontra-se na ordem do dia dos debates concernentes à boa governança e, nesse contexto, assume especial relevância a função desempenhada pelas denominadas Instituições Superiores de Controle[59], que constituem componente central do sistema de *checks and balances* das finanças públicas[60].

É verdade que os sistemas políticos modernos contemplam variados modelos de Instituições Superiores de Controle financeiro-patrimonial do Estado (órgãos colegiados, modelos monocráticos, auditorias independentes, Cortes vinculadas ao Poder Legislativo etc), mas há pelo menos um traço comum inequívoco entre elas: são instrumento indispensável daquilo que Guillermo O'Donnell define como *accountability* horizontal[61], a pressupor a existência de agências estatais autorizadas e dispostas a

[59] SPECK, Bruno Wilhelm. A fiscalização dos recursos públicos pelos Tribunais de Contas. In: SPECK, Bruno Wilhelm (Coord.). **Caminhos da transparência**: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade. São Paulo: Editora da UNICAMP, p. 227-257, 2002.

[60] SANTISO, Carlos**. The political economy of government auditing**: financial governance and the rule of Law in Latin America and beyond. New York: Routledge, 2009, p. 05.

[61] O conceito que o autor propõe identifica a *accountability* horizontal como a "existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o impeachment contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas". Ainda segundo o próprio autor, os mecanismos de *accountability* horizontal incluem as instituições clássicas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, "mas nas poliarquias contemporâneas, também se estende por várias agências de supervisão, como os *ombudsmen* e as instâncias responsáveis pela fiscalização das prestações de contas." (O'DONNELL, Guillermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. **Revista Lua Nova**. São Paulo: CEDEC, n. 44, p. 27-54,1998).

supervisionar, controlar, corrigir e sancionar condutas ilícitas praticadas por autoridades integrantes de outras agências estatais (ou controle externo).

O modelo de Instituição Superior de Controle da gestão pública financeira no Brasil segue, desde a instauração da República, a tradição napoleônica da Corte de Contas na França[62], que assiste tecnicamente o Poder Legislativo no controle patrimonial, contábil, financeiro e orçamentário da gestão administrativa.

A Constituição de 1988, embora tenha permanecido fiel ao modelo tradicional, inovou significativamente ao estabelecer as competências do Tribunal de Contas da União (TCU), atribuindo-lhe papel de destaque que veio a romper drasticamente com a concepção de um órgão de controle externo vinculado ou subordinado ao Poder Legislativo[63]. Muito ao contrário, os artigos 70 a 75 da CRFB evidenciam a instauração de verdadeiro mecanismo de colaboração e cooperação mútua e integrada no que diz respeito ao controle externo da atividade financeira estatal, estabelecendo, ao menos normativamente, os pilares para a sua integridade e confiabilidade.

Além disso, o Texto Constitucional definiu, de maneira precisa, os vetores que devem pautar a atividade de fiscalização a cargo do TCU e, por simetria, das Cortes Estaduais e Municipais, onde houver: legalidade, legitimidade e economicidade. Como se percebe, a fiscalização exercida pelas Cortes de Contas no Brasil vai muito além do confronto ou da análise de conformidade de atos de execução orçamentária.

De fato, ao estabelecer como parâmetros de controle a legalidade, a legitimidade e a economicidade, a própria Carta Constitucional aponta decisivamente para novos padrões de controle e supervisão. Além disso, também de maneira inovadora, a Constituição de 1988 amplia o objeto de controle dos Tribunais de Contas, cuja atividade fiscalizadora incide não apenas sobre a gestão financeira, contábil, patrimonial e orçamentária, mas abrange, também, a gestão operacional do Estado.

Especificamente no que tange ao objeto de investigação proposto no presente trabalho quanto à interpretação constitucional, faz-se

---

[62] A respeito do modelo francês de controle externo, leciona Didier Migaud: "*Historiquement, le modèle français repose sur l' existence d'un organe de controle externe indépendent, sous la forme d'une jurisdiction. Son indépendence associée aux procédures internes propres à cette jurisdiction financière renforce son impartialité: Ce qui fait la force et l'utilité de la Cour des Comptes, c'est de se situer à équidistance de l'éxecutif et du législatif, et d'être composée de magistrats indépendants qui pratiquent la collégialité et la contradiction. C'est d'ailleurs l'intérêt du Parlement que de pouvoir compter sur la production impartiale d'une institution indépendente dans l'exercice de ses propres pouvoirs de contrôle*". (Les commissions des finances et la Cour des Comptes. **Revue Française de Finances Publiques**. Paris: L.G.D.J, n. 113, p. 23-30, fev./2011).

[63] O Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece, sem qualquer dificuldade, que os Tribunais de Contas são órgãos de extração constitucional dotados de autonomia e independência em relação aos demais Poderes da República. Sobre o tema, é bastante elucidativa a decisão adotada pelo Plenário do STF nos autos da ADI 4.190/DF (STF, ADI 4.190/DF, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 10.03.2010).

necessário definir qual o sentido e o alcance da "legalidade" enquanto vetor de controle externo a nortear a atuação dos Tribunais de Contas. Em outras palavras, o tema guarda relação com a possibilidade, ou não, de os Tribunais de Contas, no exercício de suas competências constitucionais, estarem legitimados a apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público e, em caso positivo, quais os efeitos e os limites a serem observados em tal atuação.

À luz do que já se disse a respeito do princípio da legalidade e da sua progressiva evolução para a noção de juridicidade – *no sentido de uma exigência de vinculação direta e imediata das instâncias decisórias à Constituição* –, é quase intuitivo concluir-se que o controle de "legalidade" a cargo dos Tribunais de Contas não se exaure no exame infraconstitucional. É claro que as Cortes de Contas carecem de competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em abstrato; contudo, incidentalmente, no caso concreto, podem reconhecê-la, inclusive conforme orientação sumulada pelo Supremo Tribunal Federal[64]. Assim sendo, os Tribunais de Contas têm o poder-dever de deixar de aplicar um ato normativo por considerá-lo inconstitucional e podem, ademais, sustar atos praticados com base em leis inconstitucionais, por força da competência que lhes atribui o inciso X do artigo 71 da CRFB.

Nesse sentido, veja-se a lição de Ricardo Lobo Torres:

> A inconstitucionalidade das leis *in abstracto* não a decretam o Tribunal de Contas nem os órgãos de controle externo ou interno, posto que, além de não exercerem função jurisdicional, limitam-se a apreciar casos concretos. Mas a inconstitucionalidade dos atos administrativos pode ser reconhecida *in casu* pelos órgãos encarregados do controle, que se negarão a aprová-los ou a dar quitação aos responsáveis, alinhando-se com a lei e a Constituição. (...). A declaração incidental da inconstitucionalidade tornou-se evidente no texto de 1988, mercê da possibilidade de controle de legitimidade[65].

Assim, os Tribunais de Contas, no exercício de sua atividade finalística de controle externo, vinculam-se, direta e imediatamente à Constituição e, como resultado, têm o poder-dever de apreciar concretamente a constitucionalidade de leis e atos normativos subjacentes a atos e ajustes submetidos à sua apreciação. A título ilustrativo, as Cortes de Contas, ao apreciarem um ato de aposentadoria[66], devem recusar-lhe registro caso a concessão tenha se baseado em lei reputada, pela própria Corte, inconstitucional. Da mesma forma, em se tratando de atos administrativos praticados com base em lei que, à luz da interpretação conferida pelo Tribunal

[64] Nos termos do Enunciado n.º 347 do STF, o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

[65] O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 13, n.º 22, jul. 1991, pp. 37- 47.

[66] Artigo 71, inciso III, da CRFB.

de Contas, revele-se inconstitucional, tem a Corte a competência para determinar à autoridade administrativa que se abstenha de sua prática e, em caso de recusa, caberá aplicar sanção ao agente que descumpriu a determinação do Tribunal.

Contudo, esse tema – *consensualmente aceito, até por força do Enunciado n. 347 do STF* – vem sendo atualmente revisitado no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas adotadas em mandados de segurança envolvendo a submissão da Petrobras ao Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado[67].

O Tribunal de Contas da União (TCU), por entender que a submissão da Petrobras a um procedimento licitatório simplificado atentaria contra disposições constitucionais, determinou que aquela entidade se abstivesse de aplicá-lo. Foram impetrados, então, diversos mandados de segurança contra tal determinação do TCU, oportunidade em que se submeteu ao Supremo Tribunal Federal a questão relativa à possibilidade de as Cortes de Contas, no exercício de suas atribuições, estarem legitimadas a procederem à apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos.

Como se antecipou no tópico III deste estudo, a matéria vem sendo examinada monocraticamente, mas, até o momento, as decisões já proferidas sobre o assunto invariavelmente fazem referência ao precedente do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, nos autos do Mandado de Segurança n.º 25.888/DF[68], em que é salientada a necessidade de reavaliação da subsistência do Enunciado n.º 347 à luz da ordem constitucional instaurada em 1988.

O referido enunciado sumular foi aprovado em sessão plenária do STF em 1963, a partir do precedente firmado nos autos do RMS 8372[69], em que se distinguiram os fenômenos da declaração de inconstitucionalidade e da não aplicação de leis inconstitucionais, tendo sido esta última considerada obrigação de qualquer Tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado.

Percebe-se que a perspectiva que norteia todo o debate em torno da interpretação constitucional realizada pelos Tribunais de Contas não diverge daquela a partir da qual é analisada a recusa de aplicação de lei inconstitucional pelo Estado-Administração, tema já devidamente abordado neste trabalho.

Da mesma forma, o argumento que se dirige contra a subsistência do Enunciado n. 347 também se baseia na ampliação, operada pela Constituição de 1988, do rol de legitimados para provocar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, fazendo com que "até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade"[70].

---

[67] Artigo 67 da Lei n.º 9.478/97, regulamentado pelo Decreto n. 2.745/98
[68] Reporta-se o leitor à nota de rodapé n. 23.
[69] STF, RMS 8372, Relator Ministro Pedro Chaves, DJ 26.04.1962.
[70] STF, MS 25.888/DF, Ministro relator Gilmar Ferreira Mendes, julgado monocraticamente em

Há que se ponderar, porém, que negar a possibilidade de as Cortes de Contas, em sua atuação finalística, recusarem aplicação à lei que, fundamentadamente, reputem inconstitucionais significa enfraquecer substancialmente a função de controle externo em hipótese em que qualquer outra forma de controle concentrado se revela extremamente dificultada. Isso porque os Tribunais de Contas, como se sabe, são órgãos destituídos de legitimidade para suscitar o controle de constitucionalidade pela via direta e, portanto, a prevalecer entendimento restritivo de sua competência para o exame de compatibilidade constitucional, a única alternativa que lhes restaria, diante de atos ou leis inconstitucionais, seria executá-los e, ao mesmo tempo, provocar um dos legitimados para submeter o tema ao controle pela via direta.

Demais disso, é importante destacar, novamente, que os Tribunais de Contas, ao exercerem o controle externo da gestão financeira administrativa, pautam sua atuação em três vetores expressamente contemplados pelo Texto Constitucional: legalidade, legitimidade e economicidade. Não parece razoável admitir que uma Corte de Contas, ao examinar determinado ato e constatar sua inconstitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei sobre o qual se funda, esteja impedida de aferir a compatibilidade constitucional do ato sob sua apreciação e adotar, no âmbito de suas competências, as medidas cabíveis para fazer valer a norma constitucional.

Em verdade, as decisões das Cortes de Contas nesse sentido devem ser compreendidas como um alerta, uma provocação ao destinatário de seu controle quanto à inconstitucionalidade de eventual postura que venha adotando. E, por óbvio, esse alerta muitas vezes será apenas o primeiro passo para que se instaure debate salutar entre diversas instâncias decisórias acerca da interpretação constitucional, reclamando uma interlocução argumentativa que tem a virtude de contribuir, e muito, para a adoção de melhores e mais criativas deliberações.

## VII - Síntese conclusiva

A interpretação constitucional não é, e não pode ser, monopolizada pelas Cortes de Justiça. Sem sombra de dúvida, os órgãos do Poder Judiciário – *e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição* – protagonizam o controle de constitucionalidade e a interpretação constitucional no Brasil, mas é fundamental que não se perca de vista que tais tarefas também se exercem fora dos órgãos do Poder Judiciário, por instâncias decisórias que têm muito a contribuir para o fortalecimento de uma cultura dialógica que só trabalha em favor da democracia.

Nessa linha de raciocínio, o objetivo do presente trabalho foi sistematizar as hipóteses convencionalmente aceitas no

22.03.2006.

constitucionalismo brasileiro de controle de constitucionalidade exercido fora das Cortes de Justiça e analisá-las criticamente, buscando extrair, em especial, suas potencialidades para o aprimoramento de fórmulas dialógicas de interpretação constitucional.

Em desfecho, apresentam-se, a seguir, tópicos que buscam sintetizar as principais idéias debatidas ao longo deste artigo.

1. À luz do modelo constitucional brasileiro de 1988, a primeira modalidade de controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Executivo ocorre ainda no processo de elaboração legislativa, por meio da possibilidade de ser aposto veto por inconstitucionalidade a um projeto de lei. Trata-se do denominado veto jurídico, em contraposição ao veto político, decorrente de razões relativas à contrariedade a relevante interesse público.
2. E se tratando de veto fundado em inconstitucionalidade do projeto de lei, a consagração tão só de mecanismo de controle político não é suficiente e adequada para coibir eventual abuso ou capricho na sua aposição. A sindicabilidade do veto por inconstitucionalidade apresenta grande relevância para os casos em que a deliberação da maioria legislativa vem a ser obstruída por veto caprichoso ou juridicamente inconsistente. Em tais situações, é necessário assegurar-se precisamente a essa maioria parlamentar o direito de ver regularizado o processo legislativo, afastando-se judicialmente o veto infundado em reverência ao *due process*.
3. O instrumento que se revela apto a viabilizar o controle judicial do veto jurídico é o mandado de segurança a ser impetrado por parlamentar, na linha da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que reconhece, sem qualquer dificuldade, a legitimidade dos congressistas para o manejo da ação mandamental em hipóteses de inobservância do devido processo constitucional pertinente à produção legislativa. Assim, por meio da impetração mandamental, o parlamentar buscará tutelar seu direito líquido e certo de não ter um projeto de lei, aprovado pela maioria constitucionalmente exigida, simplesmente recusado por veto infundado ou inconsistente, veto esse que pode vir a ser aposto tão somente para dificultar a tramitação legislativa.
4. Em relação ao controle de constitucionalidade no âmbito da atividade do Estado-Administração, viu-se que o tema ainda não foi objeto de endereçamento jurisprudencial conclusivo, o que reforça a importância de que sejam fixados critérios que possam harmonizar, de um lado, a vinculação da Administração Pública à Constituição e, de outro, o respeito à produção legislativa, reflexo da soberania popular. A busca por parâmetros que viabilizem a criteriosa atuação administrativa *contra legem* é fundamental para que se minimizem potenciais tensões entre os Poderes Legislativo e Executivo, incentivando o estabelecimento de uma cultura de diálogo entre as instituições, pautada por mútuo respeito.
5. Os parâmetros propostos neste trabalho são: (i) diante de leis violadoras de direitos fundamentais, impõe-se à Administração o dever de negar-

lhes aplicação, dando preferência à Constituição, de forma que as normas sobre direitos fundamentais aplicam-se contra a lei e em seu lugar; (ii) tratando-se de legislação violadora dos princípios expressos na CRFB – *de vinculação direta e imediata da Administração Pública* – impõe-se tranquilamente a atuação *contra legem*, devendo os órgãos administrativos desaplicar tais leis e pautar sua atuação por uma normatividade que reverencie os princípios reitores da Administração; (iii) por fim, também a lei que vulnere os fundamentos da República Federativa do Brasil ou seus objetivos (artigos 1º e 3º, respectivamente, da CRFB) deve ter sua execução recusada pela Administração Pública.

6. Em hipóteses diversas daquelas a que se aludiu anteriormente, entende-se que a Administração Pública somente poderá afastar-se da aplicação da lei por considerá-la inconstitucional (i) se houver contrariedade flagrante e manifesta a dispositivo constitucional ou (ii) se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já tiver consolidado, em hipóteses semelhantes, tese no sentido da inconstitucionalidade da normatividade versada na lei, com reiterados precedentes firmando posição exegética contrária à sua validade.
7. De qualquer forma, seja qual for o fundamento *supra* que venha a legitimar a atuação administrativa *contra legem*, é importante que sejam adotadas certas medidas de cautela e de respeito ao Poder Legislativo, com o escopo de afastar, tanto quanto possível, críticas relacionadas à usurpação de competência e à insegurança jurídica. Essas medidas são: (i) autorização emanada formalmente da Chefia do Poder Executivo, acompanhada da explicitação das razões jurídicas consistentes que justifiquem a postura *contra legem*; e (ii) provocação imediata do Poder Judiciário a respeito da constitucionalidade da lei cuja execução foi recusada, preferencialmente por meio do ajuizamento da competente ação direta de inconstitucionalidade, como fator de segurança jurídica e demonstração de boa-fé administrativa no relacionamento com a Casa Legislativa.
8. No que tange às hipóteses de interpretação constitucional que suscitam interlocução com órgãos do Poder Legislativo, é expressamente prevista a intervenção das Casas Legislativas para o exercício do controle de constitucionalidade de decretos e atos regulamentares emanados do Poder Executivo e que venham a extrapolar os limites da delegação legislativa ou que exorbitem do poder regulamentar (artigos 49, inciso V, c/c 84, inciso IV). Trata-se, em tal hipótese, de controle de constitucionalidade que visa a assegurar a observância do princípio da legalidade, de forma a evitar que o Poder Executivo, sob o pretexto de regulamentar uma lei, venha a inovar a ordem jurídica, estabelecendo direitos ou obrigações sem previsão legal (artigo 5º, inciso II, da CRFB).
9. Encontra-se atualmente em tramitação, perante o Congresso Nacional, uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC n. 03/2011) como objetivo de substituir a locução “Poder Executivo”, constante do artigo 49, inciso V, da CRFB, pela expressão “outros Poderes”, criando a possibilidade de o Congresso Nacional sustar atos normativos emanados também do Poder Judiciário. Essa PEC – *que já teve a admissibilidade aceita pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados* – tem provocado enorme polêmica na

comunidade jurídica e grande reação de parcela do Poder Judiciário, que vislumbra na proposta a pretensão de se instaurar no Brasil mecanismo de revisão legislativa de decisões adotadas em sede de controle de constitucionalidade.

10. A questão de fundo que se encontra subjacente aos debates travados em torno da PEC n. 03/11 aparentemente polariza Legislativo e Judiciário. Na experiência constitucional brasileira, até algum tempo atrás, não era comum que os parlamentares desafiassem decisões adotadas em sede de controle de constitucionalidade pelo STF. Nos últimos anos, porém, a reação legislativa à jurisprudência constitucional tem sido mais recorrente e há exemplos importantes do fenômeno, com especial destaque para as Emenda Constitucionais n. os 19/98, 29/00 e 39/02. Com efeito, à luz do modelo constitucional brasileiro de 1988, a resposta do Legislativo a uma decisão do STF em matéria constitucional demanda, via de regra, a atuação do poder constituinte derivado, por meio da aprovação de emenda à Constituição.
11. A análise de dois casos-referência (ADIs n.os 2.797/DF e 3.772/DF), porém, evidenciou o equívoco de qualquer concepção que, de maneira apriorística e inflexível, rejeite a correção legislativa pela via ordinária. Quando o legislador ordinário manifesta divergência com a interpretação conferida pelo STF em determinado tema constitucional, essa circunstância não pode ser simplesmente negligenciada, merecendo ser encarada como uma forma de se fazer instaurar uma dialética que atue em prol da efetividade constitucional.
12. Por fim, em relação à possibilidade de os Tribunais de Contas apreciarem a constitucionalidade de leis e atos normativos no âmbito de suas competências finalísticas de controle externo, demonstrou-se que o tema encontra-se atualmente sendo revisitado pelo Supremo Tribunal Federal, que sinaliza no sentido de rever o Enunciado n. 347 de sua jurisprudência dominante. Contudo, há duas importantes razões para que tal entendimento não seja objeto de revisão: (i) os Tribunais de Contas, como se sabe, são órgãos destituídos de legitimidade para suscitar o controle de constitucionalidade pela via direta e, portanto, a prevalecer entendimento restritivo de sua competência para o exame de compatibilidade constitucional, a única alternativa que lhes restaria, diante de atos ou leis inconstitucionais, seria executá-los e, ao mesmo tempo, provocar um dos legitimados para submeter o tema ao controle pela via direta; e (ii) os Tribunais de Contas, ao exercerem o controle externo da gestão financeira administrativa, pautam sua atuação em três vetores expressamente contemplados pelo Texto Constitucional: legalidade, legitimidade e economicidade. Os vetores de legalidade e legitimidade autorizam os Tribunais de Contas a aferir a compatibilidade constitucional do ato sob sua apreciação e adotar, no âmbito de suas competências, as medidas cabíveis para fazer valer a norma constitucional.

**Referência Bibliográfica deste Trabalho:**

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

WILLEMAN, Mariana Montebello. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR ÓRGÃOS NÃO JURISDICIONAIS. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 30, junho, julho, agosto, 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-30-AGO-2012-MARIANNA-WILLEMAN.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado