DO RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI POR ATO ADMINISTRATIVO

RECOGNITION OF LAW UNCONSTITUTIONALITY BY ADMINISTRATIVE ACT

FLÁVIO MACHADO VITÓRIA*

Recebido para publicação em setembro de 2009.

RESUMO: No exercício de sua atividade executiva, enquanto aplicador de leis em casos concretos, o Administrador Público se verá eventualmente na condição de decidir entre aplicar uma lei ou aplicar a constituição, quando normas destas duas classes se mostrarem igualmente incidentes no caso, porém, divergentes. Busca-se aqui raciocinar se é lícito ao Administrador afastar a aplicação de uma lei imperativa quando esta se evidencie, no caso concreto, contrária a preceito ou princípio constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Ato Administrativo; Reconhecimento de Inconstitucionalidade de Lei; Conflito Aparente de Normas; Controle de Constitucionalidade pelo Administrador;

ABSTRACT: In the exercise of his executive activities, while applicator laws in specific cases to the Public will be seen in any condition to decide whether to implement a law or enforce the constitution, when standards of these two classes also show if incidents in this case, however, divergent. Search here think it is permissible for the Administrator avoid the application of a mandatory law when it is showing in this case, contrary to rule or constitutional principle.

KEY-WORDS: Administration Act; Recognition unconstitutionality of Law; Apparent Conflict of Norms; Judicial Review by the Administrator.

Introdução

A prática da atividade pública oferece a todos constantes desafios, uma vez que a remansosa certeza da teoria técnica jamais é suficiente para atender as necessidades da realidade diária que enfrentam os gestores e os operadores jurídicos.

Um destes desafios é responder a uma questão que sempre surge: pode o Administrador, ou mesmo um colegiado administrativo, reconhecer a inconstitucionalidade e deixar por esse fundamento de aplicar uma norma vigente?

O tema não é novo e não encerra solução pacífica ainda. Há correntes doutrinárias divergentes, umas defendendo que o Administrador pode reconhecer a inconstitucionalidade de certa norma e deixar com isso de aplicá-la ao caso concreto, enquanto que outras entendem que tal atividade seria o desempenho pelo Administrador de controle de constitucionalidade de leis.

Examinemos os fundamentos.

* Procurador Jurídico na Esfera Municipal. Especialista *Lato Sensu* em Direito Público.

Revisão Doutrinária, Jurisprudencial e Análises

A VISÃO RESTRITIVA

Para entender o que pensam os juristas que defendem que não pode o gestor recusar a aplicação de uma lei que entenda inconstitucional, cabe referência ao item 1.25, página 57 da 9ª edição do livro *Processo Tributário – Teoria e Prática,* de Cassone & Cassone, editora Atlas, 2009, da qual citamos apenas um diminuto trecho, onde o Autor traz fragmento de conferência do jurista CELSO BANDEIRA DE MELLO, RT (75/12 - Malheiros):

> Eis a razão – e aqui termino – pela qual entendo que (e gostaria que fosse o contrário) num processo administrativo tributário não pode ser discutida a constitucionalidade da lei: porque este tribunal é um tribunal administrativo e um tribunal administrativo se aloca no plano sublegal; e por se alocar no plano sublegal, ele não tem poderes para contender aquilo que resulta da lei.

Da mesma obra, ainda, se infere à página 57 e depois na página 59, trecho de conferência do Ministro do STF Moreira Alves, editada pela Revista dos Tribunais, SP, 2000, onde o jurista ensina:

> O que sucede é isto: a Administração está sujeita ao princípio da legalidade.
>
> .....
>
> Tudo isso está a indicar que não tem sentido admitir-se que qualquer funcionário possa deixar de aplicar a lei por entendê-la inconstitucional, até mesmo porque o que nós temos é um contencioso administrativo. E administrativo mesmo. Nós não temos um contencioso administrativo com poder jurisdicional.

Hely Lopes Meirelles, pela 30ª edição de seu Direito Administrativo Brasileiro, 2005, Malheiros, p.88, tece uma série de sentenças limitadoras da ação do administrador, referindo dentre outras coisas que o particular tudo pode, com limite na lei, enquanto que a Autoridade nada pode, exceto o permitido por lei. Antigo axioma, a propósito.

Curiosamente encerra a página com a seguinte reflexão:

> Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A Administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.

Evidentemente o saudoso mestre abraçava nesta assertiva a visão mais larga sobre Administração Pública e supremacia do interesse público, legitimando também a mais

moderna inteligência que dá conta de que os princípios são os indicadores da finalidade das normas ao mesmo tempo em que são como que o 'colágeno' que as flexibiliza. Contudo, toda a sustentação que erigiu linhas antes só nos permite entender da sua obra que a via da decisão administrativa é estreita e limitada na escala de legalidade. Embora com essa reflexão progressista.

É de se concluir, portanto, nesta ótica, que a Autoridade Administrativa não tem o poder de julgar uma lei inconstitucional e assim deixar de aplicá-la, debate este que seria da competência exclusiva dos entes que detém Poder de Controle de Constitucionalidade, seja preventivo ou repressivo.

Assim, o fundamento mais evidente desta negativa reside no fato de que o Administrador, enquanto agente executor da prescrição ou da permissão da norma positiva, não pode se atribuir poder superior ao concedido a ele pela norma, para com isso rejeitá-la e afastá-la. Também fundado no princípio da legalidade, não foi dado ao gestor público por nenhum diploma legal (notadamente pela Carta Republicana) poder expresso de controle de constitucionalidade.

Neste caminho, a Administração não poderia julgar inconstitucional uma lei e deixar de aplicá-la por este fundamento, pois estaria adstrita, em plano sublegal, ao cumprimento estrito das normas vigentes, não lhe cabendo controle de constitucionalidade, afeto este ao Legislativo durante o processo de construção normativa ou no exercício de iniciativa de controle judicial (Mesa-ADI), ao Chefe do Executivo quando de sua oportunidade de sanção ou veto e de iniciativa de ação de controle abstrato, e ao Judiciário em controle posterior difuso ou concentrado; Sem esquecer, é claro, dos demais legitimados para iniciar a ADI e a ADC.

A VISÃO PERMISSIVA

Noutra banda há entendimento diametralmente oposto. O constitucionalista brasileiro Alexandre de Moraes, por exemplo, em sua já respeitada obra *Direito Constitucional, Atlas, 24ª edição, 2009, p. 702*, posiciona-se de maneira mais radical sobre o tema, entendendo que é possível sim que o Chefe do Executivo se negue, de forma lícita, a executar norma que repute inconstitucional invertendo a lógica e submetendo-se ao risco de ter que responder judicialmente pela negativa (ao invés de ir antes a Juízo questionar a lei). Defende que por ser ato de gravidade institucional, deve ser limitado ao chefe do Executivo e não aos demais

servidores do ente. Chama o apoio do jurista Elival da Silva Ramos e de decisão da Suprema Corte, STF – MC na Adin 221/DF – onde se decidiu:

> Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado como o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade – podem tão-só determinar a seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.

Alcançamos ainda a oportunidade de ouvir opiniões abalizadas no sentido de que, em seu ofício de decidir pela aplicação de normas em casos concretos, o administrador muitas vezes se verá diante de um conflito aparente de normas, sendo uma de origem constitucional e outra infraconstitucional, pelo que resolveria aplicar a norma constitucional uma vez ser esta norma de hierarquia superior à letra legal. Típico caso de conflito de normas solucionável pelo critério hierárquico.

A propósito disso *Maria Sylvia Zanella di Pietro, em seu Direito Administrativo, 22ª edição pela Atlas*, ao estabelecer comparação entre Administração e Governo (p.50), diferencia com clareza os espectros das atividades executiva e jurisdicional, atribuindo A AMBOS, ao Judiciário e ao Executivo, a aplicação das normas aos casos concretos, sendo que no caso do JUDICIÁRIO este visa SOLUCIONAR CONFLITOS DE INTERESSES e exercer a APLICAÇÃO COATIVA DA LEI, notadamente quando esta encontra resistência no plano fático e mediante prévia provocação do interessado; enquanto que o EXECUTIVO visa a realização de ATOS CONCRETOS VOLTADOS PARA A REALIZAÇÃO DOS FINS ESTATAIS, DELIMITADOS ou determinados NA NORMA.

Neste escopo ganha sentido na concretude da vida a posição que defende que o administrador, cedo ou tarde, se deparará com a incidência de duas normas escritas e contraditórias em dado caso concreto que deve este, por força das funções de seu cargo, resolver. Pelo que, exercendo a exegese de quem executa a Lei, se verá o gestor na obrigação de optar entre uma norma em detrimento de outra, usando para isso do processo de solução de conflito aparente de normas de que dispomos hoje, no caso, do critério hierárquico, quando uma norma conflitante seja de magnitude constitucional e a outra seja infraconstitucional.

Já em 1999 o Procurador da Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro, professor Rodrigo Lopes Lourenço, na segunda edição de sua obra "Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF", pela editora Forense, já pregava:

> Depara-se, então, um órgão público, não-investido na função jurisdicional do Estado, com a dificuldade decorrente de, em determinado caso, dever ser aplicado um comando jurídico que, a seu ver, é contrário à regra constitucional.
>
> .....
>
> Sabemos, e ninguém estranha, que os órgãos jurisdicionais, no exercício do controle concreto de constitucionalidade não só podem como devem deixar de aplicar regras infraconstitucionais que reputem contrárias à Lei Maior. A questão, no Brasil, não oferece qualquer dificuldade porque nosso método de controle concreto de constitucionalidade já é secular.
>
> As pessoas naturais e as jurídicas de direito privado, se não cumprirem um preceito legal, estarão sujeitas às respectivas sanções, como já se afirmou. Entretanto, se estiverem absolutamente convictas da inconstitucionalidade do comando desacatado, poderão recusar-lhe o cumprimento, porquanto, se compelidas a fazê-lo, ajuizarão ações apontando respectiva contrariedade à *Lex Legum*.....
>
> .....
>
> Permanece a questão: os órgãos públicos não-jurisdicionais dos Poderes Legislativo e Executivo podem deixar de aplicar uma norma por entenderem que a mesma contraria a Constituição?
>
> A norma contida no *caput* do art. 37 da Constituição da República submete a Administração Pública ao princípio da legalidade, isto é, deve a mesma obedecer ao ordenamento jurídico positivo. Entretanto, é inquestionável que, acima do dever de obedecer a regras infraconstitucionais, há a missão de acatar os princípios e comandos da Lei Maior. Em outras palavras, a atividade administrativa do Estado tem a obrigação de, antes de acatar o princípio da legalidade, curvar-se ao da constitucionalidade. Aplicar preceito infraconstitucional contrário à Carta Magna apenas porque está vigendo é menoscabar a *Lex Legum.*
>
> Se os órgãos públicos investidos na função jurisdicional e até as pessoas naturais e jurídicas de direito privado podem desobedecer a normas inconstitucionais, as mesmas razões estão presentes para que também o façam os demais órgãos estatais.
>
> .....
>
> Entendemos, pois, que é possível, independentemente de decisão jurisdicional, a não-aplicação de norma reputada inconstitucional por qualquer órgão estatal. Por conseguinte, são competentes todos os órgãos políticos, ainda que não integrem o Poder Judiciário, para determinarem a seus órgãos administrativos subordinados o não-cumprimento de atos normativos que reputem inconstitucionais. Neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Revista Trimestral de Jurisprudência 94/496 e 151/331)

A atuação do administrador, neste sentido, não deixa de ser uma forma de controle concreto de constitucionalidade, só que de um tipo que parece agora aonde não se esperava encontrá-lo: na ponta da corrente estatal. Especialmente porque vão por terra, agora, os argumentos que contestavam esse poder do executor das leis.

Note-se que não se trata de exercer controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, pois o administrador não afasta a norma do cenário jurídico com efeitos *erga omnes*; Note-se que também não é caso de controle concreto difuso, dado ao Judiciário no julgamento das causas que lhe são submetidas, pois não se vence a inércia do Judiciário por provocação, nem se trata de caso de conflito de interesses judicializado.

Trata-se de *simples interpretação e aplicação*, pelo gestor competente para realizar as finalidades do Estado naquele caso concreto e específico, *das normas incidentes e dos princípios gerais de direito a elas afetos*.

E vem, a propósito, lateralmente nesse sentido, o entendimento da Suprema Corte Constitucional Brasileira, na seguinte decisão cuja emenda abaixo colamos:

> RE 403205 / RS - RIO GRANDE DO SUL
> RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
> Julgamento: 28/03/2006
> Órgão Julgador: Segunda Turma
> Publicação: DJ 19-05-2006 PP-00043 EMENT VOL-02233-03 PP-00483, LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 254-264, RT v. 95, n. 852, 2006, p. 161-166
> Ementa
> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. ICMS. CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO. PROTOCOLO INDIVIDUAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PUBLICIDADE NÃO CONFIGURADA. 1. Falta aos incisos XIII e LVII do art. 5º, da Constituição Federal o devido prequestionamento (Súmulas STF nºs 282 e 356). 2. O Poder Público detém a faculdade de instituir benefícios fiscais, desde que observados determinados requisitos ou condições já definidos no texto constitucional e em legislação complementar. Precedentes do STF. 3. <u>É dever da Administração Pública perseguir a satisfação da finalidade legal. O pleno cumprimento da norma jurídica constitui o núcleo do ato administrativo</u>. 4. Concessão de benefício fiscal mediante ajuste entre Administração Pública e administrado. "Protocolo individual". Instrumento de intervenção econômica que impõe direitos e obrigações recíprocas. <u>Dever jurídico da Administração Pública de atingir, da maneira mais eficaz possível, o interesse público identificado na norma.</u> 5. Princípio da razoabilidade. Hipótese que carece de congruência lógica exigir-se o comprometimento da Administração Estadual em conceder benefício fiscal presumido, quando a requerente encontra-se inadimplente com suas obrigações tributárias. 6. Violação ao princípio da publicidade não configurada. Negativa de celebração de "protocolo individual". Incontroversa existência de autuações fiscais por prática de infrações à legislação tributária estadual. Interesse preponderante da Administração Pública. 7. Recurso extraordinário conhecido e improvido.

Interpretando a lição, queremos ler as partes acima, que grifamos, sob as luzes que ensinam que quando a Egrégia Corte diz “É dever da Administração Pública perseguir a satisfação da finalidade legal. O pleno cumprimento da norma jurídica constitui o núcleo do

ato administrativo", pressupõe (como devemos pressupor) que a lei atende à Constituição e satisfaz a sua finalidade, e também que jamais podemos conceber uma lei que busque finalidade injusta ou inconstitucional.

No mesmo alcance, quando o STF escreve que é "Dever jurídico da Administração Pública de atingir, da maneira mais eficaz possível, o interesse público identificado na norma.", pretendemos ler que jamais é "interesse público legislado" realizar atividade inconstitucional, visto que, ao contrário, legislador e gestor devem sim pautar suas condutas atuando nos limites do que a decisão soberana do povo, reunido em assembléia constituinte, estatuiu como princípios e fundamentos mínimos da República, inclusive e especialmente quando se tratar de limitação ao poder de tributar ou de impor restrições aos direitos e garantias fundamentais.

Essa forma de ver tais relações normativas ao que nos parece encontra algum apoio também em *José Afonso da Silva*, que refletindo em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Malheiros, 22ª edição, 2003*, sobre legalidade e legitimidade nos dá magistério:

Por aí se vê que legitimidade e legalidade nem sempre se confundem. Lembra bem D'Entreve: "Legalidade e legitimidade cessam de identificar-se no momento em que se admite que uma ordem pode ser legal mas injusta". Propõe, por isso, a recuperação do liame entre legalidade e legitimidade, sob bases diferentes, a partir do abandono da noção puramente formal da legalidade, definindo-a como "a realização das condições necessárias para o desenvolvimento da dignidade humana", como quer nossa Constituição (art. 1º, III), pois o "princípio da legalidade não exige somente que as regras e as decisões que compõem o sistema sejam formalmente corretas". Ele exige que elas sejam conformes a certos valores, a valores necessários "à existência de uma sociedade livre", tarefa exigida expressamente do Estado brasileiro (art. 3º, I).

Enfim, no dizer ainda de D'Entreve, legalidade e legitimidade não podem identificar-se senão quando a legalidade seja a garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana. Dentro desse contexto, cabem as observações de Norberto Bobbio, segundo o qual legalidade e legitimidade são atributos do poder, mas são duas qualidades diferentes deste: a legitimidade é a qualidade do título do poder e a legalidade a qualidade do seu exercício. "Quando se exige que um poder seja legítimo, pergunta-se se aquele que o detém possui um justo título para detê-lo; quando se invoca a legalidade de um poder, indaga-se se ele é

justamente exercido, isto é, segundo as leis estabelecidas. O poder legítimo é um poder, cujo título é justo; um poder legal é um poder, cujo exercício é justo, se legítimo".

Em conclusão, o princípio da legalidade de um Estado Democrático de Direito assenta numa ordem jurídica emanada de um poder legítimo, até porque, se o poder não for legítimo, o Estado não será Democrático de Direito, como proclama a Constituição (art. 1º). Fora disso, teremos possivelmente uma legalidade formal, mas não a realização do princípio da legalidade.

Lilian Rosemary Weeks, em seu "O Controle da Constitucionalidade da Norma", pela editora *Lumen Juris*, 2003, cita na mesma linha a lição de Bonavides:

> Paulo Bonavides aborda o tema da legalidade e da legitimidade explicando que a legalidade impõe ao Poder Público um atuar em conformidade com o ordenamento jurídico, com as disposições constitucionais, com as normas vigentes, respeitando a hierarquia das leis. Já a legitimidade questiona a justificação e os valores do poder legal. A legitimidade tem inserido em seu conceito as crenças de uma sociedade, em determinado momento, que influem na sua aceitação ou repúdio de questões relacionadas à política. A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração, explica o mestre.

Ele ensina que a legalidade de um regime democrático ... é o seu enquadramento nos moldes de uma constituição observada e praticada.

CONCLUSÃO

Entendemos que não se deve nunca olvidar que, em dado caso concreto especialíssimo, a aplicação reta de determinada norma literal causará solução exatamente contrária a certa letra literal, princípio e mesmo a um "objetivo" constitucional. *Negar ao Aplicador da lei a possibilidade de adequar a norma legal genérica e abstrata a certo caso concreto de sua competência, ou mesmo afastá-la por exceção, para que melhor atenda ao fim social a que se destina esta mesma norma, sob as luzes mais fortes dos princípios que a própria sociedade elegeu como basilares de sua constituição enquanto Estado e Nação, é proibir a própria essência e a razão da existência de um Estado democrático, plural, solidário e fraterno*.

Entendemos, também, com todas as vênias, que *em muitos casos concretos a legalidade cederá lugar à razoabilidade*, que como juiz do conflito de princípios aponta para a preponderância do princípio do interesse público, a reinar com maior poder no caso em concreto onde a solução primária dada por uma lei contrária à Constituição se mostre

atentatória ao interesse público ou às salvaguardas individuais estabelecidas pela parte imutável do texto constitucional.

De maneira que, assim posto, não assombra mais o tema e se pode afirmar com tranqüilidade e com bons fundamentos que, sempre em vistas de caso concreto, com os cuidados legais necessários, pode o Administrador afastar a incidência de uma lei que entenda inconstitucional, deixando assim de aplicá-la.

REFERÊNCIAS

CASSONE, Vittório & CASSONE. Maria Eugênia Teixeira – Processo Tributário Teoria e Prática. Editora Atlas, 9ª edição, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Editora Atlas, 22ª edição, 2009.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF. Editora Forense, 2ª edição, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Editora Malheiros, 30ª edição, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Editora Atlas, 24ª edição, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 22ª edição, 2003.

WEEKS, Lilian Rosemary. O Controle da Constitucionalidade da Norma. Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003.