

O grande papel a ser desempenhado pelo constituinte revisor de 1993 é, ao meu sentir, o de se fazer com que a Nação brasileira conquiste, de modo efetivo, real, concreto, visível, os sagrados direitos inerentes à cidadania, à dignidade humana, de vivenciar uma sociedade livre, justa, solidária, onde o desenvolvimento nacional tranquilize o futuro das próximas gerações e contribua para a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades regionais e sociais. O homem de hoje, não obstante a sua sede por muito mais que a sua fome seja saciada, que os seus filhos tenham escola, assistência à saúde, assistência social, meio ambiente sadio, trabalho, enfim um Estado que seja veículo condutor do bem-estar social.

Comungo com o pensamento dos que afirmam que a "Nossa sociedade é mais avançada do que o Estado e os partidos. Ela está à frente. É tão forte que chega ao ponto de coagir o sistema político. Quando a corrupção chegou a um ponto insuportável, foi a sociedade que começou a vomitar a podridão. Não foi através do Estado ou dos partidos, mas dos seus próprios meios.) (Fernando Henrique Cardoso, in *Veja*, pg. amarela, de 20.05.92). Por essa razão, há de se meditar sobre o papel do Estado na atualidade. Há necessidade de se quebrar o vínculo da sua complexidade, desarticulá-lo nos aspectos de sua profunda interferência na vida dos cidadãos, para que ele desempenhe, efetivamente, o papel maior que a sociedade está a exigir, que é o de impor segurança à vida do cidadão, garantindo-lhe, também, os meios para uma assistência à infância desamparada, ao adolescente necessitado, à velhice, dando-lhe condições de gozar de dias melhores, tudo para dignificar a dignidade humana, valor maior desejado por cada administrado.

UM CASO CONCRETO INCONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO - PODER EXECUTIVO E REPÚDIO DE DECRETO SOB A ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Judicael Sudário de Pinho

Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial do Estado do Ceará, Coordenador e Professor do Curso de Direito da UNIFOR.

RESUMO

O trabalho versa sobre motivos que levam o Chefe do executivo do Estado do Ceará a não cumprir Decreto que reputa inconstitucional, face a comprometimento das finanças estaduais, um caso concreto.

ABSTRACT

The essay is about the reason why the governo of the State of Ceará does not respect decree considered unconstitutional due to state's finances implication, a real case.

Alguns servidores públicos estaduais, lotados na Secretaria de Transportes, Energia, Comunicações e Obras do Estado do Ceará têm requerido o pagamento de vantagem funcional de natureza financeira, consistente na chamada *GRATIFICAÇÃO DE EXERCÍCIO* de que cogita a *Lei Estadual Nº 10.636*, de 15 de abril de 1982, tornada extensiva aos ocupan-

tes do cargo de Administrador da SETECO, por força do art. 1º, do *Decreto Estadual Nº 18.441*, de 26 de fevereiro de 1987.

A *Lei Nº 10.636*, de 15 de abril de 1982 (publicada no Diário Oficial do Estado de 20.04.1982, p. 66), assim dispõe:

O GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

Faço saber que a Assembléia Legislativa decretou e eu sanciono e promulgo a seguinte lei:

Art. 1º - A gratificação de exercício sobre o vencimento básico dos cargos de Secretário e Sub-Secretário da Procuradoria Geral da Justiça será atribuída nos termos e valor fixados pelo § 1º do art. 10 da *Lei Nº 10.206*, de 20 de setembro de 1978, com a redação que lhe foi dada pelo art. 26 da *Lei Nº 10.536*, de 02 de julho de 1981.

§ 1º - A vantagem a que se refere este artigo somente integrará os proventos de aposentadoria, quando esta ocorrer por tempo de serviço.

§ 2º - O funcionário não fará jus à referida gratificação quando for designado para prestar serviço em entidade não integrante do Sistema Administrativo Estadual.

Art. 2º - A percepção da gratificação de exercício, de que trata o artigo anterior, submete o funcionário ao regime de 40(quarenta) horas semanais.

Art. 3º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PALÁCIO DA ABOLIÇÃO DO GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ, em Fortaleza, aos 15 de abril de 1982. José Bayma Kerth. Ozias Monteiro.

O *Decreto Estadual Nº 18.441*, de 26 de fevereiro de 1987 (publicado no Diário Oficial do Estado de 26.02.1987, p. 1), estatui o seguinte:

O GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ, no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 74. item III, da Constituição Estadual.

DECRETA:

Art. 1º - A vantagem de que trata a *Lei Nº 10.636*, de 15 de abril de 1982, fica extensiva aos ocupantes dos cargos de Administrador, de provimento efetivo, do Quadro de Pessoal a que se refere o *Decreto Nº 17.973-A*, de 16 de junho de 1986, e que contém mais de 30(trinta) anos de serviço público.

Parágrafo Único - A vantagem de que trata este artigo será atribuída nos termos, condições e valores fixados pelo art. 1º e §§ 1º e 2º da referida *Lei Nº 10.636*.

Art. 2º - Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PALÁCIO DA ABOLIÇÃO DO GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ, em Fortaleza, aos 26 de fevereiro de 1987, LUIZ DE GONZAGA FONSECA. Ernani Barreira Porto.

Um simples exame do conteúdo do *Decreto Estadual Nº 18.441*, de 1977, permite verificar que ele tornou extensiva a ocupantes dos cargos de Administrador, de provimento efetivo, do Quadro de Pessoal da Secretaria de Transportes, Energia, Comunicações e Obras do Estado do Ceará, que contém mais de trinta(30) anos de serviço público, a gratificação de exercício atribuída pela *Lei Nº 10.636/82* aos ocupantes dos cargos de Secretário e Sub-Secretário da Procuradoria Geral da Justiça. A única conclusão possível, pois, é a de que o *Decreto Estadual Nº 18.441/87* é irremediavelmente inconstitucional, sendo, portanto, incapaz de produzir qualquer efeito jurídico, donde a completa e absoluta impossibilidade de a autoridade pública deferir o quanto postulam os servidores da SETECO, supostamente destinatários normativos do referido Decreto.

Duas são, pois, as grandes questões a serem discutidas no âmbito do presente estudo de caso: a primeira, diz respeito à questão da validade, ou juridicidade, do *Decreto Estadual Nº 18.441/87*, que estendeu vantagens pecuniárias a servidores não enumerados na lei pertinente; a segunda, consiste em saber se ao Executivo é lícito recusar-se a dar cumprimento às leis e demais atos normativos que repute inconstitucionais. Seja feito.

Vale referir, inicialmente, o sempre inexcusável magistério de HANS KELSEN, o ilustre antigo Professor das Universidades de Viena e Colônia, no desenvolvimento de sua teoria jurídica pura:

"... notar a particularidade que possui o Direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se por forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda - em certa medida - o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou

níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade uma norma, que produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.11• "

O ato de concessão de vantagem de natureza pecuniária, não há negar, por evidente, acarreta ao Erário ônus financeiro, pois que se obriga o Estado a pagar ao beneficiário, a partir de então, as verbas correspondentes, importando tal ato, por conseguinte, gasto de verbas públicas. É igualmente sabido que o dinheiro público não pertence à entidade estatal - no caso, ao Estado Federado -, apenas sendo por ele gerido. Se é público, é do povo, de onde emana todo o poder e que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos (CF/88, art. 1º, parágrafo único). Por isso, não poderia jamais a autoridade pública, por intermédio de seu poder administrativo, conceder livremente vantagens de natureza financeira a funcionário, comprometendo verbas públicas, sem a clara e expressa autorização de lei, ato normativo emanado do órgão de representação popular (na hipótese, a Assembléia Legislativa). A autoridade pública, no caso, apenas um agente de órgão exercente do Poder estatal, não passa de um gestor da coisa pública. E, como tal, está sujeito às deliberações populares que, no Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 1º, caput), se veiculam formalmente por meio das leis. Este é, indiscutivelmente, um corolário dos princípios constitucionais da indisponibilidade dos interesses públicos e republicano.

É, ainda, o Mestre de Viena quem, analisando a distinção entre lei e decreto, diz ser tal distinção.

"... de fundamental importância onde a Constituição atribua fundamentalmente a produção de normas jurídicas gerais a um parlamento eleito pelo povo, permitindo, porém, a elaboração mais pormenorizada das leis por meio de normas gerais que são editadas por certos órgãos da administração, ou onde, para certos casos excepcionais, dê ao governo competência para, no lugar do parlamento, editar todas as normas gerais necessárias ou apenas certas normas gerais.12• "

E completa:

1 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. de João Batista Machado. Coimbra, Arménio-Amado Editora, 1984, pp. 309-310.

2 Op. cit., p. 319.

"A Constituição pode conferir poder a certos órgãos administrativos, especialmente ao governo, para, sob certos pressupostos bem determinados, editar normas jurídicas gerais na forma de decretos que se não limitem a desenvolver leis já existentes mas regulem certas matérias em vez das leis.3"

Força é concluir, do exame cuidadoso dessas duas passagens doutrinárias, que, se o órgão administrativo edita decretos sob outras condições que não as determinadas pela Constituição, inválidos são tais diplomas legislativos assim editados.

A Constituição da República, de 1988, regra maior e que dá fundamento de validade a todas as demais normas do ordenamento jurídico nacional, abrigou inteiramente a tese acima. Dispõe ela textualmente:

"Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como EXPEDIR DECRETOS E REGULAMENTOS PARA SUA FIEL EXECUÇÃO;" (os destaques são do autor).

Igual dispositivo continha a Constituição Federal de 1969 (art. 81, inciso III), como idêntica é a regra contida na Constituição do Estado do Ceará:

"Art. 74 - Compete privativamente ao Governador do Estado:

(...)

III - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como EXPEDIR DECRETOS E REGULAMENTOS PARA SUA FIEL EXECUÇÃO;" (os destaques são do autor)

Como se vê, o decreto e o regulamento, no ordenamento jurídico nacional, são normas jurídicas que só podem ser editadas para o *fiel cumprimento das leis*. É verdade que o decreto é instrumento que traz em si uma certa semelhança com a lei, no conteúdo e poder normativo⁴, mas será sempre, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não podendo contrariá-la, tampouco restringir ou ampliar suas disposições. *Regulamentar* é dar funcionalidade ao já existente e não criar. É uma atividade complementar. É um poder derivado que só se exerce na existência da lei anterior. A lei pode existir, e existe, sem o regulamento; mas este não existe sem aquela⁵.

3 Op. cit., p. 372.

4 BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 355.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 90.

Das normas constitucionais anteriormente transcritas, exsurge que, na ordem jurídica nacional, inexistente a figura do decreto ou do regulamento autônomo, com força de lei. E que, conseqüentemente, decretos e regulamentos são necessariamente infra-legais, da lei retirando sua fonte de validade. Se lei anterior não autorizou a atribuição de vantagem de natureza pecuniária a servidor, como no caso em estudo, não é admissível ao decreto fazê-lo. É de todo impossível conferir-se a um decreto, instrumento de regulamentação por essência, o poder normativo de estender benefício para grupos ou categorias de servidores que não foram contemplados pela lei que o instituiu.

MICHEL TEMER, depois de afirmar que o regulamento é subordinado à lei, e esta não pode delegar competência legislativa ao Executivo para criar direitos e deveres, estabelece as seguintes diferenças entre lei e regulamento:

*"A lei inova a ordem jurídica infraconstitucional; o regulamento não a altera. A lei depende da Constituição; nela encontra seu fundamento de validade. Regulamento se prende ao texto legal e seu objetivo é facilitar o processo de execução da lei. É o regulamento também norma abstrata e geral, mas difere da lei por não importar modificação na ordem jurídica."*⁶

O mesmo TEMER, citando CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, realça o fato de o regulamento ser, sempre, dependente da lei. Revela que a lei é a fonte primária do direito e o regulamento fonte secundária, inferior.

*"Este último traço é que faz do regulamento, além de regra de menor força jurídica que a lei, norma dependente dela, pois forçosamente a pressupõe, sem o que nada poderia dispor. No direito pátrio, sem a lei não haveria espaço jurídico para o regulamento."*⁷

Só a lei pode criar e atribuir vantagens de ordem pecuniária (CF/88, art. 61, § 1º, inciso II, alínea a; Constituição do Estado do Ceará/89, art. 33, inciso II). Ao decreto, fica reservada tão-somente a tarefa de promover e regular o fiel cumprimento da lei. Em face da expressa finalidade do decreto, consignada nos já transcritos arts. 84, inciso IV, da CF/88, e 74, inciso III, da Constituição do Estado do Ceará/89, proíbe-se, por conseguinte, e de forma absoluta, a possibilidade de o Poder Executivo fazer uso desse instrumento normativo para conceder ou atribuir vantagem de natureza pecuniária, matéria que, como visto, está constitucionalmente

6 TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 159.

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ato Administrativo e Direito dos Administrados. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 96.

submetida ao princípio da *reserva legal*.

Nessa linha de entendimento é a lição de PONTES DE MIRANDA, *il maestro di color che sano*:

*"Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhas à lei, ou faz reviverem direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional."*⁸

E anota conclusivamente:

*"Onde se estabelecem, alteram-se ou extinguem-se direitos, não há regulamento - há abuso de poder regulamentar, invasão da competência legislativa."*⁹

Com igual pensamento, MIGUEL REALE sustenta a invalidade do decreto que vai além do que estabelece a lei, da qual é apenas o regulamento.

*"O decreto tem a finalidade de executar a lei, de tal modo que tudo o que ele acrescentar à lei não possui validade."*¹⁰

Indiscutível, pois, que, no nosso sistema jurídico-constitucional, inexistem os regulamentos autônomos, a teor dos arts. 5º, inciso II e 84, inciso IV, da CF/89. Diante de tão inequívocos parâmetros, pode-se afirmar que os nossos regulamentos têm caráter de execução, emanados sempre em desenvolvimento da lei, sendo insuscetíveis, entretanto, de criar obrigações novas, aptos que são apenas a desenvolver as já existentes na lei, sob pena de extravasamento ilegal de sua esfera competencial.

Alcançado este ponto, impõe-se, agora, que se enfrente o segundo grande questionamento que se coloca no âmbito do presente estudo: é lícito ao Poder Executivo recusar a aplicação de normas jurídicas que repute inconstitucionais?

Pacificado o entendimento de que o Decreto Estadual Nº 18.441/87 não é norma válida, por evidente extravasamento de sua esfera competencial, é lícito afirmar-se que se trata, em verdade, de norma inexistente. É de HANS KELSEN a seguinte e elucidativa passagem:

*"De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação."*¹¹

As normas jurídicas inconstitucionais, assim, não geram direitos de

8 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Rio de Janeiro, Forense, 1987, III/316.

9 Op. cit., p. 314.

10 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo, Saraiva, 1987, p. 111.

11 KELSEN, Hans. Op. cit., p. 367.

qualquer espécie, tampouco à sombra delas podem prosperar situações jurídicas legítimas e respeitáveis. A norma inconstitucional começa por não ser verdadeiramente uma norma. Embora tenha a feição, ou a forma de norma, falta-lhe a eficácia necessária à formação de direitos subjetivos. Trata-se de ato a que falta o requisito vital da validade.

Segundo a consagrada expressão do Juiz MARSHALL, da Suprema Corte Americana, no célebre caso *Marbury v. Madison* (1803), "*a legislative act, contrary to the Constitution, is not a law*". De igual sorte, no não menos célebre caso *Norton v. Shelby Co.* (1866), a mesma Suprema Corte dos Estados Unidos, pela voz do "Justice Field", assim definiu: "*As unconstitutional statute is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed.*"!12• "

Segundo o consenso doutrinário e jurisprudencial, considerando que as normas inconstitucionais são normas inoperantes, não produzindo efeito algum juridicamente válido, o Executivo pode deixar de cumprí-las mesmo antes de declarada a sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

A esse propósito, deixou-nos RUI BARBOSA a seguinte e lapidar lição:

"O princípio é que leis inconstitucionais não são leis. O ato legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a Constituição é o querer expresso do povo. A este cabe a supremacia; se o ato legislativo o contradiz, irritado será. Um ato inconstitucional não é lei; não confere direitos; não estabelece deveres; não cria proteção; não institui cargos. É, juridicamente considerado, como se nunca tivesse existido."!13• "

Perfilhando idêntico entendimento, demonstra FRANCISCO CAMPOS, em desenvolvido estudo sobre o tema, que:

"Uma lei inconstitucional não é lei, mas um ato qualquer, destituído de toda autoridade e, portanto, não obrigatório pelos Tribunais. Estes, ao reconhecerem a inconstitucionalidade de uma suposta lei, não anulam ou vetam, mas apenas constatam que o ato em litígio não é manifestação da vontade do povo, tal como se acha prévia e solenemente declarado no instrumento constitucional."!14• "

E completa:

"Uma lei inconstitucional não é lei, nem poderia ser, jamais,

12 SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law*. London, Cambridge University Press, 1955, p. 198.

13 BARBOSA, Rui. *Anistia Inversa*. Rio de Janeiro, s/ed., 1896, p. 13.

14 CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1956, I/430 e segs.).

como tal considerada. Ela era o que é e continuará a ser, isto é, coisa nenhuma em Direito, antes e depois da declaração de inconstitucionalidade."!15• "

No que pertine ao descumprimento de norma inconstitucional, orientam-se a melhor doutrina e a jurisprudência preponderante no sentido de que, como os atos públicos gozam da presunção de veracidade e de legitimidade, ao particular não cabe negar-lhes validade por entendimento próprio, situação que já não ocorre quando se trata da Administração, conforme afirma HELY LOPES MEIRELES:

"Com a Administração, todavia, a situação é diversa, visto que a presunção de legitimidade milita a favor dos atos de todos os agentes do Poder Público. Com efeito, nivelados no plano governamental, Executivo e Legislativo praticam atos de igual categoria e mesma marca de legitimidade, de modo que não há como negar ao Prefeito, por exemplo, a faculdade de opor-se ao cumprimento de lei municipal inconstitucional ou ilegal, desde que por ato administrativo formal e expresso (decreto, portaria, despacho, etc.), declare a sua recusa e aponte o vício de que se reveste o diploma contestado."!16

O mesmo ensinamento é o de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, que, discorrendo sobre a matéria, fixou o entendimento de que

"A apreciação da constitucionalidade de uma lei não é privilégio do Poder Judiciário, mas cabe a cada Poder, no exercício de suas funções específicas."!17• "

E conclui:

"Nada justifica a aplicação de uma lei inconstitucional. Mesmo em caso de dúvida fundada, esta deve ser afastada por um exame judicial da controvérsia, desde que os interessados se insurjam contra a recusa do Executivo. Esta posição é muito mais lógica que um compromisso que importe, afinal, na incorporação ao sistema legislativo de leis manifestamente inconstitucionais. O Poder Executivo tem, em nosso regime, uma larga responsabilidade na definição da política administrativa, tem, além do mais, que responder diretamente pela execução da política financeira, não se podendo considerar mero órgão de execução na política legislativa. Os aspectos éticos do problema poderiam ser também abordados, mas não há

15 CAMPOS, Francisco. Op. cit., p. 440.

16 MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e Pareceres de Direito Público*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984, VIII/30.

17 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 181.

necessidade de atingir essa área, quando, sob o ponto de vista puramente técnico, a posição do Poder Executivo é plenamente justificável. A posição do Poder Executivo será tanto mais legítima se considerarmos o seguinte: levada a questão para o Poder Judiciário, a quem cabe, sem nenhuma dúvida, a última, palavra, como supremo intérprete da Constituição, a controvérsia não se deverá fixar no comportamento do Poder Executivo, senão na conformidade dos atos ou leis da Assembléia com a Constituição. Nenhum tribunal poderia considerar o ato do Executivo inconstitucional, de momento que o responsável pelo cumprimento da lei venha justificar o seu procedimento, pelo manifesto atrito entre a lei ou leis em questão e as normas constitucionais vigentes.¹⁸ "

ADROALDO MESQUITA DA COSTA, em judicioso parecer, aprovado pelo Presidente da República, demonstrou que:

*"Cabe ao Poder Executivo o direito de não executar lei que julgar inconstitucional e, aos particulares prejudicados com a não execução, o de pleitearem ao Judiciário a proteção que lhes adviria da lei não executada."*¹⁹ "

Em verdade, todas as manifestações doutrinárias até aqui transcritas são fiéis ao princípio latino quod nullum proderit effectum.

A compreensão de que o exame da constitucionalidade das leis não é monopólio do Poder Judiciário, embora seja seu o controle definitivo, tem, pelo menos, dois respeitáveis precedentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

(a) - em acórdão da lavra do ilustrado Ministro NELSON HUNGRIA, o Tribunal Pleno, por unanimidade, manteve o decreto do então Prefeito Jânio Quadros que declarou nulos e sem efeito, tendo em vista a inconstitucionalidade das leis estadual em que se fundavam, atos administrativos que beneficiavam certos funcionários!²⁰ ;

(b) - em acórdão também unânime, relator o Ministro CÂNDIDO MOTA, o Tribunal Pleno julgou legítima a recusa do Governador do Estado da Paraíba em executar a Lei Estadual Nº 1.551, por entendê-la inconstitucional!²¹ .

Em consagração da doutrina já exposta, o Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Ministro LUÍS GALLOTTI, afirma o seguinte:

"Não concordo, data venia, com o douto voto vencido, em

¹⁸ Op. cit., pp. 181/182.

¹⁹ COSTA, Adroaldo Mesquita da. Parecer PR 6.425/65, de 07.05.1965, publicado no D.O.U. de 22.06.1965, p. 5.815.

²⁰ in RDA, 42:230.

²¹ in RTJ, 2:383.

*que os Poderes Legislativo e Executivo não possam anular seus próprios atos, quando os considerem inconstitucionais. Entendo que podem fazê-lo: apenas a palavra derradeira, a respeito, caberá sempre ao Poder Judiciário, se oportunamente provocado."*²² "

No mesmo voto, o Ministro GALLOTTI deixa ainda consignado que

*"Os Tribunais só opinam sobre a inconstitucionalidade das leis por ocasião de aplicá-las aos casos concretos; cada Poder, assim, tem que contar consigo mesmo para dirimir as questões relativas à sua competência; recusar, por conseguinte, ao Poder Legislativo ou ao Executivo, a faculdade de interpretar a Constituição e em virtude de sua interpretação tomar decisões, seria instalar nos dois grandes motores da vida política do País ou do Estado, o princípio da inércia e da irresponsabilidade, paralisando o seu funcionamento por um sistema de frenação e obstrução permanentes."*²³ "

Em decisão posterior, em discussão sobre a legitimidade de ato do Governador do Estado de São Paulo, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Representação do Procurador-Geral da República, em acórdão que guarda a seguinte ementa:

*"É constitucional decreto de Chefe de Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo."*²⁴ "

Idêntico raciocínio jurídico vem apresentando o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que vem decidindo reiteradamente assim: "Se o Prefeito Municipal entende que determinada lei é inconstitucional, cabe-lhe o direito de não executá-la."²⁵ Muito mais rigoroso é o Tribunal de Alçada do mesmo Estado de São Paulo, pois entende que, na espécie, existe dever e não mera faculdade de negar execução do ato legislativo inconstitucional, como se observa do acórdão cuja ementa é a que se segue:

*"O Prefeito está na obrigação de não cumprir lei sancionada pelo Presidente da Câmara, por haver sido rejeitado o veto do Chefe do Poder Executivo, quando a rejeição do veto foi ilegal."*²⁶ "

O mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo produziu este outro acórdão:

²² in RDA, 59:351.

²³ in RDA, 59:351.

²⁴ in RTJ, 96:496. No mesmo sentido: RTJ, 3:760 e 87:956; RDA, 42:230, 59:338, 76:51 e 97:116;

RT, 354:153 e 358:130.

²⁵ in RT, 323:341; RDA, 84:134 e RDP, 51-52:231.

²⁶ in RT, 361:300.

"INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - DEFESA DA CONSTITUIÇÃO. Fato que não constitui privilégio do Judiciário. Exercício dessa atribuição por todos os Poderes da República."

.....

Se o Prefeito entende que determinada lei é inconstitucional, cabe-lhe o direito de não executá-la; e, aos particulares prejudicados com a não execução cabe o direito de pleitearem ao Judiciário a proteção que lhes adviria da lei não executada, desde que entendam que não padece ela do vício da inconstitucionalidade. Não compete exclusivamente ao Judiciário, embora sujeito ao seu controle final, o exame da constitucionalidade das leis, mas sim a todos os Poderes da República.²⁷ "

No corpo desse acórdão, produzido, unanimemente, pela 6ª Câmara Civil, no Agravo de Petição em Mandado de Segurança Nº 110.031, em 18 de agosto de 1961, lê-se o seguinte:

"Portanto, quando a autoridade administrativa entende que a lei que lhe incumbe executar é inconstitucional, o remédio imediato está em não executá-la por esse motivo, declarando-o expressamente; o Executivo é o órgão de execução, incumbido de movimentar a máquina administrativa do Estado; cabe-lhe o direito de administrar com os olhos voltados para a Constituição e para as leis que não tenham o vício da inconstitucionalidade; assim como o magistrado deixa de aplicar a lei inconstitucional e o Legislador deixa de votar as proposições do Executivo que entenda serem ofensivas ao texto constitucional, também o Executivo tem o direito e a obrigação de não dar cumprimento a leis que entenda estarem viciadas de inconstitucionalidade.²⁸ "

De outro aresto da Corte de Justiça de São Paulo, colhem-se as seguintes e judiciosas afirmações:

"Ao encontrar na lei discutida o letal vício em discussão, a egrégia Primeira Câmara Civil implicitamente lhe aprovou a inexecução por parte do Prefeito impetrado, pois não teria sentido concordar-se em que esse devesse cumprir-la apesar de eivada de manifesta inconstitucionalidade. . . Pois é certo que nem restaria mesmo geralmente a qualquer autoridade, vendo-se face de um diploma legal conflitante, a seu ver, com alguma disposição constitucional, caminho outro senão o de lhe recusar observância, devendo-se ainda lembrar que tal recusa é que abriria aos que a

²⁷ in RDA, 72:221.
²⁸ in RDSA, 72:221.

reputassem prejudicial a seus legítimos interesses, a via mais normal para reclamarem do Poder Judiciário um julgamento que a declarasse injusta e, portanto, constitucional o preceito legal desobedecido, ou vice-versa, anulando-a e restaurando no primeiro caso os direitos que ela houvesse afrontado, e aprovando-a por achá-los inexistentes, no segundo. O que, entretanto, de qualquer maneira, em hipóteses constantes e corriqueiramente possíveis, se mostraria sempre inaceitável seria que uma autoridade, ao esbarrar com leis catastróficas e evidentemente incompatíveis com deveres mais altos a ela impostos por uma Constituição, se pusesse, consciente de tudo isso, a executá-la ainda assim. . .²⁹ "

HELLY LOPES MEIRELLES, em obra largamente difundida, se revela adepto da posição doutrinária e jurisprudencial que vem sendo aqui exposta, ao defender a legitimidade do descumprimento de leis municipais inconstitucionais pelo Prefeito, chegando mesmo a afirmar que:

"Nessa atitude do Executivo não há rebeldia à lei, mas obediência à Constituição, que é a Lei Suprema. O essencial é que o Prefeito, ao negar cumprimento a uma lei inconstitucional, justifique o seu ato, e ingresse no Judiciário, se for titular de ação, para obter o pronunciamento de inconstitucionalidade pelo Poder que tem competência para fazê-lo.³⁰ "

No mesmo sentido, é o parecer de L. C. DE MIRANDA LIMA, de 24 de maio de 1965, então Assistente Jurídico do Ministério da Justiça e Negócios Interiores:

"Desarrazoado, parece-nos, é pretender-se que o Poder Executivo, diante dos atos legislativos que lhe cumpra executar, atue como títtere, sem voz ou vontade, a quanto equipole o se lhe negar que, interpretando-os, os tenha por contrários à Carta Magna, e, havendo-os como tais, lhes recuse aplicação, em defesa de norma de hierarquia superior, que às mais senhoreia, e do interesse público, norma e interesse que hão de informar, lastrear todos os atos dos três Poderes constitucionais.

Os que desconhecem ao Poder Executivo o direito dever de rebeldia em face da lei manifestamente inconstitucional, sobre lhe recusarem a independência ante o Legislativo, do qual o querem inferior, e não igual, não atentam nos absurdos a que pode levar a tese que advogam. Segundo eles, o Presidente da República deveria prestar vassalagem às leis que lhe ordenassem, expressamente, fazer

²⁹ in RDSA, 59:145.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 552.

o que a Constituição claramente proíbe, como, por exemplo, recusar fê aos documentos públicos, estabelece ou subvencionar cultos religiosos, ou embarçar-lhes o exercício, lançar impostos sobre bens, rendas e serviços dos Estados e Municípios, fazer guerra de conquista, etc., etc. Ou que lhes vedassem fazer o que a Lei Máxima lhe impõe expressamente como dever: cumprir as decisões judiciais, velar pela segurança interna do país, respeitar os direitos políticos, individuais e sociais, etc., etc.

Na recusa de aplicação, pelo Executivo, de lei que lhe pareça claramente inconstitucional, não há despreço ao Poder Legislativo, que se não pode pretender imune ao erro, mas cumprimento do dever, que o é dos três Poderes, de obedecer a Carta Magna, que aos três baliza as respectivas competências. Quando deixa de executar a lei que tem por contrária à Constituição, mais não faz o Poder Executivo que cumprir o dever de respeitar a norma hierarquicamente superior, em face da qual afere da validade e eficácia da de categoria inferior.

De igual modo, embora sem igual força, pois seus atos se sujeitam ao controle judicial, quando acarretam lesão de direito individual, o Poder Executivo, diante de uma lei, interpretando-a e confrontando-a com o Estatuto Político, mirando a dar-lhe execução, se conclui pela existência de antagonismo entre uma e outro, pode e deve, sem menosprezo ao Congresso, recusar obediência a lei ordinária, para garantir o império da Constituição, expressão fundamental da vontade do povo, da qual emanam e na qual se gizam ou marcam as competências dos Poderes, de tal maneira que, se trans-põem tais raios, os atos que fora delas produzem valem tanto quanto se produzidos não foram, são nenhuns para o mundo do Direito. Desconhecendo a lei desconforme à Constituição, que lhe corre o dever de manter, defender e cumprir, o Poder Executivo não faz mais, no campo em que se move e com a força que lhe é própria, do que o Poder Judiciário na sua esfera de ação e com a força de árbitro que põe remate à controvérsia: não dá à lei aplicação, por exorbitante, no todo ou em parte, das faculdades constitucionais do Poder Legislativo. Não a revoga ou derroga. Não a revê, sequer. Decretasse, ele, o cancelamento do ato do Congresso, e, então, sim, exorbitando, de seu turno, provocaria conflito de Poderes, pela usurpação de competência a outro deferida pela Lei Magna. Mas tal não o faz, porque apenas lhe nega aplicação, para bem observar o seu dever constitucional de manter, defender e cumprir a Constituição.³¹

O ilustre ex-Desembargador e Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, em entrevista publicada na imprensa paulista, assim afirmou:

31 in RDA, 81:469.

"Não é só o Judiciário que possui o poder de controlar a constitucionalidade de ato emanado de órgão do Poder Público. Se a última palavra sobre a questão está com os Juízes e os Tribunais, nada impede, porém, que os outros Poderes também a resolvam, na esfera de suas atribuições. A diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes reside em que o primeiro é definitivo hic et nunc, enquanto a segunda sujeita está a exame posterior pelas Cortes de Justiça."³²

E, em outra entrevista, igualmente publicada na imprensa paulista, reafirma:

"A lei inconstitucional é inconstitucional para todos os Poderes e não apenas para o Judiciário. Este último tem, sem dúvida, a palavra definitiva pois lhe cabe exercer o controle da legitimidade da lei em face da Constituição. Isso, todavia, não quer dizer que aos demais Poderes seja defeso o exame da validade de uma norma. As autoridades administrativas, o Poder Executivo, quando se deparam com uma lei inconstitucional, têm, da mesma maneira que o Judiciário, de resolver o problema de saber se cumprem a lei ou a Constituição. E, naturalmente, terão de optar pela última."³³

Por tudo quanto aqui se afirmou e demonstrou, parece claro que, ao Poder Executivo, como aos demais Poderes, impõe-se atuar, no seu campo específico de atribuições, em estrita observância à ordem jurídica, donde o dever de se insurgir contra a execução de leis viciadas por violação dos preceitos constitucionais, sob pena de faltar ao seu dever precípua e permitir a incorporação ao sistema legal de normas que não deveriam ter aplicação. Ao Poder Judiciário, em face da insurreição do Executivo, cabe decidir a controvérsia em caráter de definitividade, sobre a validade da norma impugnada em face da Constituição, antes que julgar o comportamento da Administração. Assim, no comportamento da autoridade pública, como agente da Administração, rebelando-se frente a uma norma que entende inconstitucional, não há qualquer novidade em matéria de controle de validade de espécies normativas. O que faz é tão-somente seguir a melhor doutrina, no respeitante, bem como a segura orientação pretoriana em casos que tais.

Fácil é, pois, concluir que nenhum direito dos servidores da Secretaria de Transportes, Energia, Comunicações e Obras do Estado do Ceará é lesado pelo ato que indefere o pagamento da gratificação de exercício, requerida com base no Decreto Estadual Nº 18.441/87, de vez que absolutamente inválido tal diploma legal, não podendo produzir qualquer efeito no mundo jurídico.

32 in Jornal O Estado de São Paulo, edição de 01.07.1962.

33 in Jornal Folha de São Paulo, edição de 21.03.1963.