

## PODER CONSTITUINTE, FEDERALISMO E CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEI E ATO NORMATIVO FEDERAL OU ESTADUAL

Amauri Martins Ferreira\*

### SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO
  - 2 PODER CONSTITUINTE
    - 2.1 Da natureza do Poder Constituinte
    - 2.2 Dos limites do Poder Constituinte
    - 2.3 Da relação entre estabilidade e constituição no Direito Brasileiro
  - 3 FEDERALISMO
    - 3.1 Do federalismo e da negação do Estado Nacional
    - 3.2 Do federalismo e do Governo Supranacional
    - 3.3 Da relação feita por Kant entre federalismo e paz
    - 3.4 Das características do Estado Federal, apontadas por Kant
    - 3.5 Federalismo e União Européia
  - 4 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS  
NORMATIVOS
    - 4.1 Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei
    - 4.2 Da posição do Direito Americano sobre a declaração de  
inconstitucionalidade de lei e ato normativo federal ou estadual
    - 4.3 O Executivo e a recusa de aplicação da lei que entende inconstitucional
  - 5 CONCLUSÃO
- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 1 INTRODUÇÃO

A questão envolvendo Poder Constituinte, Federalismo e controle da constitucionalidade passa, antes, pela noção de Estado que, por sua vez, implica o fenômeno político que constitui a ciência e a técnica de perseguição, conquista e instrumentalização do poder, sua organização e conservação, por parte de indivíduos ou grupos de indivíduos unidos por interesses homogêneos, mediante procedimentos jurídico-administrativos.

É mais ou menos assente na doutrina que o Estado Democrático de Direito tem sustentação na divisão dos Poderes preconizada por Montesquieu - em seu trabalho doutrinário denominado *Do espírito das leis* - entre Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, todos independentes e harmônicos entre si.

Entretanto, a experiência democrática tem demonstrado que, na realidade, não é possível essa independência absoluta, pois a consequência seria não a harmonia, mas a disputa entre poderes no sentido de se alcançar à hegemonia de um sobre o outro.

---

\* Juiz do Trabalho aposentado. Pós-graduado em Direito Público.

Daí surgiu a necessidade de se utilizar um mecanismo de equilíbrio que os teóricos da Democracia Americana denominam *checks and balances*, (freios e contrapesos) que vem combinar a autonomia e a independência dos Poderes com aquela harmonia necessária à segurança jurídica e ao bem comum.

Um desses mecanismos de *chek* é o controle da constitucionalidade das leis editadas pelo Poder Legislativo e outros atos normativos editados pelos Poderes da União, que cabe ao Poder Judiciário. Esse mecanismo tanto ocorre por intermédio do controle difuso - mediante o exame da constitucionalidade no caso concreto - feito por todos os órgãos do Judiciário - quanto pelo controle concentrado, de competência exclusiva da Corte Constitucional que, no Brasil, é o Supremo Tribunal Federal. À luz desse intróito, enfrentam-se as questões propostas.

## 2 PODER CONSTITUINTE

### 2.1 Da natureza do Poder Constituinte

Para Celso Ribeiro Bastos, com apoio em Bandeira de Mello, o

Poder constituinte significa poder de elaborar uma Constituição. Sendo esta o primeiro documento jurídico do Estado e fundamento de validade de todos os demais, negam os normativistas a natureza jurídica desse poder, reconhecendo-lhe a sua faticidade histórica, susceptível de ser estudada por outros ramos do saber, como força social.

Para Georges Burdeau,

o poder constituinte é inicial, porque nenhum outro poder existe acima dele, nem de fato nem de direito, exprimindo a idéia de direito predominante na coletividade; é autônomo, porque somente ao soberano (titular) cabe decidir qual a idéia de Estado; é incondicionado, porque não se subordina a qualquer regra de forma ou de fundo. Não está regido pelo direito positivo do Estado (estatuto jurídico anterior), mas é o mais brilhante testemunho de um direito anterior ao Estado.

(*Apud*, BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990, p. 24)

Para Xifra Heras, é um poder originário, isto é, alheio a toda competência prévia, a toda regulamentação predeterminada, diferente dos poderes constituídos; não existe dentro, mas fora do Estado, é um poder extra-estatal que transcende à ordem jurídica positiva; por cima dele não existe nenhum outro poder político, desde que seja a autoridade suprema, incondicionada, livre de toda formalidade ou coação; é unitário e individual, serve previamente a todos os poderes constituídos; é permanente e inalienável, seu exercício o exterioriza, subsiste acima da ordem que cria; é portador de eficácia atual, com força histórica efetiva, apta para realizar os seus fins. (*Apud*, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do poder constituinte*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, sd). Resumindo, é o poder constituinte inicial, unitário, individual, incondicionado, autônomo, atual, permanente e inalienável.

## 2.2 Dos limites do Poder Constituinte

Inicialmente, cumpre estabelecer os tipos de Poder Constituinte. Ana Cândida Cunha Ferraz, considerando a finalidade da intervenção do Poder Constituinte, conclui que o mesmo pode ser originário e instituído. (*Apud*, BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *in op. cit.*, p. 41).

José Alfredo de Oliveira Baracho oferece três modalidades de Poder Constituinte: Poder Constituinte originário, Poder Constituinte derivado, constituído ou de segundo grau e Poder Constituinte decorrente. (cf. *op. cit.*, p. 40).

Para Celso Ribeiro Bastos, o Poder Constituinte pode ser originário (ou genuíno) e derivado ou instituído, ou constituído. O primeiro tem caráter inicial, porque produz originariamente o ordenamento jurídico, ao passo que o segundo é instituído na Constituição para o fim de proceder à sua reforma. (cf. *op. cit.*, p. 28).

O Poder Constituinte originário não encontra limitação de natureza formal, já que “não encontra sua justificação em uma legitimidade jurídica anterior, e sua base transcende à ordem jurídica positiva”. E, em assim sendo, não está condicionado a qualquer limite de natureza formal. Entretanto, tem limitação de natureza substancial na vontade do seu titular, quer seja ele a nação, quer seja o povo, ou o dirigente revolucionário.

O Poder Constituinte derivado ou instituído está condicionado formal e materialmente à Constituição que o institui, devendo seguir as regras de forma e respeitar os limites de fundo por ela impostos, sob pena de implicar inconstitucionalidade formal e material.

## 2.3 Da relação entre estabilidade e constituição no Direito Brasileiro

Raul Machado Horta registra que as aspirações de uma constituição são a estabilidade jurídica e política, mas, no entanto, poucas nações do mundo têm experimentado este privilégio, além da Inglaterra e dos Estados Unidos da América.

No Brasil, a questão é por demais preocupante, já que, desde sua independência há, apenas, 174 anos, experimentamos nada menos que sete constituições e vários golpes de Estado, sendo que a primeira durou sessenta e sete anos e a segunda quarenta e três.

Assim, em 64 anos tivemos cinco constituições! A freqüente mudança da Constituição, já observou Karl Loewenstein, é responsável pela erosão da consciência constitucional e pelo estado de indiferença popular em relação à Constituição.

São os grupos de pressão política e econômica que, pela conquista e instrumentalização do Poder, não medem as consequências malélicas da instabilidade política para o povo e para as instituições jurídicas.

Para sedimentar no povo a noção de Constituição é indispensável explicar ao povo qual é o seu objeto, o seu fim e o seu conteúdo. (cf. HORTA, Raul Machado. *Poder Constituinte*, p. 50/51).

## 3 FEDERALISMO

### 3.1 Do federalismo e da negação do Estado Nacional

Antes da reflexão sobre a questão proposta, é necessário que se coloquem

os conceitos de Estado Nacional e de Federalismo. Ao Estado, aquela “corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de poder originário de mando”, é inerente à soberania, aquela “capacidade do Estado a uma autovinculação e autodeterminação jurídica” de que nos fala Jellinek. (*Apud*, BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998, p. 125)

O Estado se autodetermina e se autovincula mediante procedimentos jurídicos, resultantes de uma vontade geral do povo ou da nação. Povo, no sentido político “...é aquela parte da população capaz de participar, através de eleições, do processo democrático, dentro de um sistema variável de limitações, que depende de cada país e de cada época.” E, Nação, no conceito fornecido por Mancini, é “uma sociedade natural de homens, com unidade de território, costumes e língua, estruturados numa comunhão de vida e consciência social.” (*Apud*, BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 80)

Para Houriou, Nação é

um grupo humano no qual os indivíduos se sentem mutuamente unidos, por laços tanto materiais como espirituais, bem como conscientes daquilo que os distingue dos indivíduos componentes de outros grupos nacionais. (*Apud*, BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p.79)

Esclarecidos os conceitos de Estado e Nação, implica que o Estado Nacional é aquele em que o poder de autodeterminação e autolimitação (Poder Constituinte), por intermédio de um documento denominado Constituição, pertence à Nação. É próprio do Estado Unitário, centralizado ou descentralizado, que exerce a sua soberania, dentro do território sob sua jurisdição, tendo a Nação como titular do Poder Constituinte originário.

Já o Federalismo, ou Estado Federal, pressupõe a união de dois ou mais Estados soberanos que, mediante um processo de reorganização política, abdicam de sua soberania para formação de um outro centro de Poder Político superior e soberano, no qual o poder emana dos Estados-Membros, para administração de interesses comuns, conservando um poder residual denominado autonomia.

Entretanto, há registro de Estado Federal formado não pela união de Estados soberanos que abdicaram de parcela de poder, mas pelo desmembramento de um Estado Nacional soberano, que delegou autonomia à administração descentralizada denominada província, como no caso do Brasil. No entanto, esse processo não é a regra geral da formação do Estado Federal, que se caracteriza pela união de dois ou mais Estados soberanos. Feitos esses esclarecimentos, temos condições de opinar sobre a questão proposta.

Se o Estado Federal é formado pela união de dois ou mais Estados soberanos, que para esse *desideratum* abdicam de sua soberania para formação de um outro centro de Poder Político destinado a administrar interesses comuns, conservando não soberania, mas autonomia em assuntos regionais e locais, a conclusão lógica é no sentido de que o Federalismo constitui, efetivamente, conceito excludente da idéia de Estado Nacional que, ao ingressar no sistema federativo, perde sua soberania em benefício do Estado Federal.

### 3.2 Do federalismo e do Governo Supranacional

Inicialmente, é bom que se esclareça que, em nosso entender, a Confederação de Estados independentes e soberanos não se enquadra no conceito moderno de Federalismo, já que o Estado Federal pressupõe abdicação de soberania, visto que os Estados-Membros não são soberanos, mas, apenas, autônomos internamente. O Governo Federal não é, na realidade, um Governo supranacional, já que os Estados-Membros da Federação não conservam, para si, qualquer parcela de soberania.

Assim, a resposta é negativa, visto que Governo Supranacional implicaria a sobreposição de soberanias, o que é juridicamente impraticável, salvo na hipótese de se considerar a Confederação como inserida no conceito de Federalismo, o que não admitimos, como acima justificado.

### 3.3 Da relação feita por Kant entre federalismo e paz

Um dos grandes problemas que os Estados Soberanos na Europa têm enfrentado, através dos tempos, é a questão envolvendo o expansionismo de algumas nações que, procurando estabelecer hegemonia política e econômica sobre o continente, envolveram-se em guerras, trazendo grandes desequilíbrios regionais, sem falar no prejuízo econômico e humano. Quando Kant faz uma relação entre Federalismo e paz, é evidente que se referia aos Estados Europeus.

A colocação tem procedência, pois as guerras se travam - salvo hipótese de tentativa de secessão no Estado Federal - entre Estados soberanos. Ora, se o Estado Federal pressupõe a concentração da soberania apenas no Poder Central, é evidente que o federalismo constitui um ingrediente neutralizador daquele espírito belicoso, constituindo, inegavelmente, um instrumento de paz duradoura.

Um exemplo da procedência da observação kantiana é a América do Sul. No Brasil, que se constituiu em Estado Federal, a despeito de havermos enfrentado extensos períodos de ditadura interna, não há estado de beligerância; já na região de colonização espanhola, onde se formaram vários Estados soberanos, é constante o estado de insegurança e disputas externas (Peru-Ecuador, Argentina-Chile), com enfrentamentos militares, que trazem intranqüilidade para todo o continente.

### 3.4 Das características do Estado Federal, apontadas por Kant

Para Paulo Fernando Silveira, o federalismo constitui a pedra angular em que se assenta a democracia, porque reparte o poder de uma forma equilibrada entre a União e os Estados-Membros. Organizado o Estado sob a forma do federalismo, com a União forte, balanceada com Estados-Membros também fortes, previne-se o despotismo, pois evita a concentração de poder em apenas um dos ramos do governo.

O federalismo, como forma de governo, surgiu pela primeira vez na Constituição Americana de 1787, resultado da reunião dos 55 Delegados enviados à Filadélfia, com a finalidade de fazerem uma revisão dos Artigos da Confederação, no entanto, resolveram fundar uma nova concepção de Governo, com base nas doutrinas de Locke e Montesquieu.

O federalismo se assenta nas seguintes características básicas: a) desconcentração do poder entre os entes políticos; b) intervenção mínima dos entes políticos; c) intervenção mínima do governo central, como exceção, com poderes enunciados na Constituição, competindo ao Estado-Membro todos os poderes remanescentes; d) equilíbrio de poderes entre o ente central e os periféricos. (cf. *Devido processo legal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 38-40)

Para que esse equilíbrio se tornasse efetivo, os legisladores americanos introduziram mecanismos de freios e contrapesos, pelos quais os poderes conferidos a cada um dos ramos do Governo são controlados pelos demais.

Embora Kant tenha teorizado a fundação do federalismo não conhecia o funcionamento de um Estado Federal e, assim, não estabeleceu as características práticas do instituto idealizado. Sempre que abordou o problema se referiu ao “sucadâneo” negativo da Confederação de Estados. No entanto, fixou a idéia de uma ordem jurídica mundial acima dos Estados, que lhe permitiu uma definição de paz que seria alcançada por intermédio do regime político idealizado. (cf. BOBBIO, Norberto, *in Dicionário de política*)

### **3.5 Federalismo e União Européia**

Como acima frisamos, a Europa é o continente onde a organização política, fragmentada em vários Estados soberanos, que tem enfrentado o grande problema da guerra e disputas econômicas. É evidente que, em face da ausência de homogeneidade de cultura, costumes, língua e religião, e mesmo ideologia, a formação de um Estado Federal, a partir da união dos Estados Europeus independentes e soberanos, é uma questão política complicada.

Entretanto, a União Européia, que já pode contar com uma moeda única, um parlamento e um mercado comum, já constitui um grande passo para a formação de um Estado Federal o que, se ocorrer, vem trazer, além de um fortalecimento no campo político e econômico, um inibidor poderoso contra as ameaças de novo enfrentamento militar entre os Estados independentes, que tanto preocupa a comunidade internacional. Pode-se arriscar, inclusive, a opinião de que os Estados Europeus não estão longe do primeiro embrião do Estado Federal, a Confederação.

## **4 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS**

### **4.1 Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei**

Inicialmente, é bom que se esclareça que a declaração de inconstitucionalidade é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, por intermédio do controle concentrado, nos termos da alínea “a” do inciso I do art. 102 da Constituição Federal.

No controle difuso, que é exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário, o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei não importa provimento declaratório nesse sentido, mas seu afastamento como base de julgamento do caso concreto, que será dirimido à luz do direito aplicável.

Entretanto, quando o Supremo Tribunal Federal reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, mediante o exame de um caso concreto (controle difuso), deverá comunicar ao Senado Federal para que, em cumprimento do que determina o inciso X do art. 52 da Constituição Federal, suspenda sua execução, no todo ou em parte.

Aqui reside uma questão intrincada. À primeira vista, parece que o inciso X do art. 52 da Constituição Federal deixa transparecer que ao Senado Federal é facultativa a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, já que o dispositivo se refere à suspensão, no todo ou em parte.

Entretanto, nossa opinião - em que pese a entendimentos em contrário - é no sentido de que a declaração constitui um dever e, além disso, não é faculdade do Senado Federal a suspensão parcial. O que a norma quer dizer é que a suspensão será no todo ou em parte, se assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, pois pode, perfeitamente, a lei não ser declarada totalmente inconstitucional, mas apenas parcialmente e, neste caso, a suspensão, também, será parcial, e não total, sem que ao Senado Federal caiba qualquer juízo de valor sobre a questão.

A base de nosso raciocínio reside no fato de que, no Estado Democrático de Direito, o Poder encontra-se repartido, por meio de atribuição de competências. Ora, se a Constituição Federal atribui ao Supremo Tribunal Federal o controle sobre a constitucionalidade da lei e se este, com fundamento na competência que lhe foi outorgada pela Lei Maior, assim decide, a recusa por parte do Senado Federal de suspender a execução da lei constituirá invasão de competência atribuída ao Poder Judiciário. Mesmo porque, a recusa não produziria qualquer efeito jurídico-prático, já que a lei não seria aplicada pelo Judiciário na decisão do caso concreto, o que poderia implicar conflito entre Poderes. Melhor seria que não houvesse previsão de intervenção do Senado Federal, como ocorre na hipótese do controle concentrado.

A questão central, isto é, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei, embora encontre divergências doutrinárias, parece-nos de simplicidade absoluta. A Constituição - a par de constituir a base da organização política do Estado - é, também, a sustentação de todo o ordenamento jurídico, que só existe se conforme com a literalidade e o espírito da norma constitucional.

Assim, como bem assinala Francisco Campos,

Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é a lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou a lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido.

(*Apud*, POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*, p. 119)

Para Alfredo Buzaid,

A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade.

(*Apud*, POLETTI, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 120)

Ronaldo Poletti entende que se aplica à hipótese o princípio consagrado na parêmia latina *quod nullum est, nullum effectum producit*.

Se a lei é contrária à Lei Maior, ela não é lei ou nunca assim existiu. É nula, não meramente anulável. Se restar provado que um ato legislativo é nulo para todos os fins legais é como se nunca tivesse existido. Não pode servir de fundamento para os negócios jurídicos, não cria direitos, não protege pessoas que tenham agido sob sua égide e não deve considerar violador da lei aquele que se tenha recusado a obedecer ao ato legislativo, agora considerado nulo.

(cf. POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*, p. 119/120)

A lógica do posicionamento está em que, como na lei da física, dois corpos não podem ocupar o mesmo espaço ao mesmo tempo. Ora, se for admitido que a lei inconstitucional é provida de eficácia e, assim, meramente anulável, os efeitos desta declaração seriam *ex nunc*, ou seja, só produziria efeitos para o futuro.

Desse modo, haveria um conflito, no tempo e no espaço, de duas leis: a Constituição Federal e a lei infraconstitucional, o que resultaria em negar a eficácia da Lei Maior, naquele período, se reconhecida a eficácia da norma infraconstitucional, o que é juridicamente absurdo, em face da supremacia daquela sobre esta.

Além disso, a admitir-se a validade da lei inconstitucional, os direitos individuais estariam submetidos a sério risco, visto que à mercê da vontade absoluta do Poder Político dominante que, com base em norma dessa natureza, poderia impor ao povo verdadeiro confisco de bens ou restrições no exercício de direitos fundamentais, suprimindo direito adquirido, anulando a coisa julgada, e considerando sem eficácia o ato jurídico perfeito, em verdadeira afronta ao disposto no inciso XXXVI do art. 5º da *Lex Legum*.

E, ainda, o que seria pior, o Estado não teria a obrigação de restituir o *status quo* violado, mas, apenas, deixar de impor o confisco ou a restrição para o futuro, conduta essa que implicaria absurda e injustificável insegurança jurídica e derrogação de cláusula constitucional pétrea, o que não é permitido, sequer, ao Poder Constituinte derivado (§ 4º do inciso IV do art. 60 da CF/88).

Discordamos, com a devida vênia, das abalizadas opiniões no sentido de que a lei seria simplesmente anulável com efeitos retroativos. É que não vislumbramos qualquer utilidade jurídica e prática nessa colocação, visto que efeitos retroativos são, na essência, *ex tunc* e próprios da declaração de nulidade. A sentença constitutiva não poderia fazê-lo, já que seus efeitos são *ex nunc*.

A objeção no sentido de que a lei tem eficácia até a declaração de sua inconstitucionalidade não sustenta o argumento, visto que, também, o ato jurídico nulo tem a mesma eficácia, e neste rol se inclui a sentença que transita em julgado com a nulidade e tem eficácia para sustentar a execução e até a inscrição de hipoteca judiciária (art. 466 do Código de Processo Civil); no entanto, declarado nulo o ato jurídico, ou rescindida a sentença nula, os efeitos são *ex tunc*, com restituição das partes ao estado anterior.



Assim, entendemos que a eficácia da lei inconstitucional, como da sentença e do ato jurídico nulos, é apenas consentida; vale enquanto seu destinatário consente em se submeter ao seu comando, visto que não carrega, em si, qualquer força coercitiva. Aqui, vale repetir os ensinamentos de Ronaldo Poletti no sentido de que a lei inconstitucional “Não pode servir de fundamento para os negócios jurídicos, não cria direitos, não protege pessoas que tenham agido sob sua égide e não deve considerar violador da lei aquele que se tenha recusado a obedecer ao ato legislativo, agora considerado nulo”; e o ordenamento jurídico brasileiro coloca à disposição dos interessados vários instrumentos de salvaguarda, tais como a medida cautelar inominada, o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

A questão envolvendo a proteção dos atos praticados de boa-fé, sob a égide de lei inconstitucional, como queria o Ministro Leitão de Abreu, citado por Ronaldo Poletti, não se insere no âmbito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei, mas da responsabilidade do Estado por atos legislativos inconstitucionais cuja teorização não cabe no âmbito restrito deste trabalho, tratando-se, *in casu*, de injustificado equívoco doutrinário.

Ademais, a cizânia doutrinária, no Brasil, já não traz qualquer contribuição para o campo prático, pois o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a lei inconstitucional é nula, não produz qualquer efeito jurídico e o provimento nesse sentido é declaratório e, *ipso facto*, com efeitos *ex tunc*. Nem poderia ser de outra forma, pois a alínea “b” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal estatui que o ato é declaratório.

#### **4.2 Da posição do Direito Americano sobre a declaração de inconstitucionalidade de lei e ato normativo federal ou estadual**

Ronaldo Poletti afirma que “...a tese de Marshall vai sustentar que a Suprema Corte dá a última palavra, através do poder de declarar nulos os atos legislativos e executivos, que ultrapassarem os poderes assinados na Constituição aos Poderes Legislativo e Executivo” (cf. *op. cit.*, p.145). (grifo nosso) Assim, parece inegável que o Direito Americano agasalha, também, a doutrina da nulidade da lei inconstitucional, já que reconhece como apropriada a declaração nesse sentido e, via de conseqüência, os efeitos *ex tunc*, próprios dessa declaração.

Sugestões no sentido de que há temperamentos nesta questão não fazem qualquer sentido. Ou se adota o princípio da anulabilidade, com efeitos *ex nunc* e toda a gama de inconvenientes acima apontada, ou se agasalha a nulidade com efeitos *ex tunc*. Qualquer meio termo não passa de escape, para não se enfrentar uma questão que é mais política que jurídica.

#### **4.3 O Executivo e a recusa de aplicação da lei que entende inconstitucional**

Ronaldo Poletti, com apoio no Ministro Moreira Alves, registra que

A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento a lei inconstitucional é concedida ao particular para defesa do seu interesse privado. Não será ao Chefe de um dos Poderes do Estado

para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado?

Lei inconstitucional não gera obrigação, nem cria direito. Qualquer pessoa pode negar-se a cumprir a lei inconstitucional. Esse direito pode ser exercido pelo Chefe do Executivo, quer pessoalmente, quer através de seus subordinados, expedindo-lhes, para isto, ordens através de decreto. (cf. *op. cit.*, p. 144)

Ora, se nenhum cidadão deve ser considerado violador da lei inconstitucional, com maior razão a recusa do Poder Executivo em dar cumprimento a ela não merece reparo.

Entretanto, não é uma conduta eticamente correta a simples recusa, já que o Poder Executivo - que está cingido à legalidade de seus atos - tem a seu dispor os meios legais para paralisar a aplicação da lei que considera inconstitucional, exercendo a titularidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade que lhe atribuem os incisos I e V do art. 103 da Constituição Federal, inclusive com pedido de liminar.

De nossa parte, apercebemos o fenômeno da instabilidade não em função de uma Constituição com características de instrumento não-duradouro, mas na índole e formação cultural do povo; na irresponsabilidade de grupos de pressão.

## 5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, concluímos que:

**5.1** O Poder Constituinte originário é inicial, unitário, individual, incondicionado, autônomo, atual, permanente e inalienável e não encontra limites formais, mas tem limite material na vontade de seu titular, quer seja ele a nação, quer seja o povo ou o chefe revolucionário. Mas, para o Poder Constituinte derivado tanto há limites formais quanto materiais, nos termos definidos na Constituição que o instituiu.

**5.2** O fenômeno da estabilidade não está na Constituição com características de instrumento duradouro, mas na índole e formação cultural do povo. No caso brasileiro, a instabilidade experimentada através dos tempos esteve, sempre, na irresponsabilidade de grupos de pressão política e econômica que, pela conquista e instrumentalização do Poder, não mediram as conseqüências malélicas da instabilidade política, para o povo e para as instituições jurídicas.

**5.3** O federalismo constitui a negação do Estado Nacional e não pressupõe Governo supranacional, visto que o entendemos como característica do Estado Federal.

**5.4** A relação feita por Kant entre federalismo e paz está no fato de, nesse sistema, encontrarem-se neutralizados os pontos de atrito entre vários Estados soberanos, visto que, no federalismo, os Estados-Membros não possuem soberania; apenas autonomia e, salvo hipótese de guerra de secessão, não há lugar para conflito bélico entre eles.

**5.5** Embora Kant tenha teorizado a fundação do federalismo, não conhecia o funcionamento de um Estado Federal; e, assim, não estabeleceu as características práticas do instituto idealizado. Sempre que abordou o problema se referiu ao “sucedâneo” negativo da Confederação de Estados. No entanto, fixou a idéia de uma ordem jurídica mundial acima dos Estados, que lhe permitiu uma definição de paz que seria alcançada por intermédio do regime político idealizado.

**5.6** A União Européia, a par de já haver estabelecido um mercado, uma moeda e o parlamento comum, ainda não conseguiu sua unidade política, mas um grande passo já deu em direção à formação de um Estado Federal Europeu.

**5.7** Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis são *ex tunc*, visto que resultante do reconhecimento de sua nulidade.

**5.8** A posição do Direito Americano sobre a questão é também nesse sentido, visto que reconhece a nulidade da lei inconstitucional, o que resulta em efeitos *ex tunc* de sua declaração.

**5.9** O Poder Executivo pode recusar a execução de uma lei que considere inconstitucional, mas não deverá, simplesmente, se recusar, visto que tem a seu dispor mecanismos jurídicos para neutralizar os seus efeitos, mediante o exercício da titularidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Belo Horizonte, agosto de 2006.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do poder constituinte*. Rev. Bras. de Estudos Políticos, sd.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_ . *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1993.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian, 1979.
- HART, H.L. *Conceito de direito*. Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian, 1972.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. Trad. Antônio Correia, 8. ed. Coimbra: Ed. Arménio Amado, 1987.
- KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Trad. João Baptista Machado, 2. ed. Coimbra: Ed. Arménio Amado, 1979.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Trad. Virg. Duarte, 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Ed. Victor Civita, 1973.
- MARCUSE, Hebert. *Eros e civilização*. São Paulo: Ed. Círculo do Livro, 1956.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Gonzague Truc, São Paulo: Ed. Victor Civita, 1973.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado, São Paulo: Ed. Victor Civita, 1973.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1997.