

## CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMPARTILHADO ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E JUDICIÁRIO

### CONSTITUTIONAL REVIEW SHARED BY PUBLIC ADMINISTRATION AND THE JUDICIARY

Renato Gugliano Herani<sup>1</sup>

<https://doi.org/10.55839/2318-8650RevParRPv34n3pa52-83>

#### RESUMO

O artigo examina o controle difuso de constitucionalidade pela Administração Pública, entendido como função compartilhada com o Judiciário, e não como usurpação da jurisdição. Reinterpreta o princípio da legalidade como legalidade constitucionalmente qualificada: cumprir a lei é fazê-lo apenas enquanto e na medida em que seja compatível com a Constituição. Essa análise desenvolve-se a partir de um diálogo com a decisão recente do STF na ADI 5.297/TO, que sedimentou novo entendimento sobre o tema. Com base nela, distinguem-se três modalidades de atuação: a) controle responsivo, quando a Administração cumpre e difunde decisões do STF; b) controle autônomo restrito, em casos excepcionais de conflito direto entre lei e Constituição; e c) controle autônomo por adesão jurisprudencial, ao seguir, de modo motivado, precedentes não vinculantes. Enfrenta-se ainda o problema temporal do autocontrole, à luz do art. 54 da Lei 9.784/1999 e do Tema 839, recusando qualquer “usucapião de constitucionalidade” e exigindo que a correção de atos inconstitucionais respeite a segurança jurídica, a proteção da confiança e eventual modulação. Ao final, propõe-se uma curadoria administrativa da Constituição, de perfil garantista e pragmático.

**Palavras-chave:** Controle administrativo de constitucionalidade; curadoria administrativa da Constituição; Segurança Jurídica

#### ABSTRACT

The article examines diffuse constitutional review by the Public Administration, understood as a function shared with the Judiciary and not as an usurpation of jurisdiction. It reinterprets the principle of legality as constitutionally qualified legality: complying with the law means doing so only insofar as, and to the extent that, it is compatible with the Constitution. This analysis is developed through a dialogue with the recent decision of the Brazilian Supreme Court (STF) in ADI 5,297/TO, which consolidated a new understanding of the issue. On this basis, three modalities of administrative action are distinguished: (a) responsive review, when the Administration complies with and disseminates STF decisions; (b) autonomous review in a strict sense, in exceptional cases of direct conflict

---

<sup>1</sup> Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008) e Graduação em Direito - Faculdades Metropolitanas Unidas (1997). Atualmente está Coordenador-Adjunto dos Cursos de Mestrado e Doutorado Acadêmicos da Faculdade Autônoma de Direito - FADISP, onde tem o cargo de Professor Titular em Direito Constitucional. É pesquisador do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais, pesquisador da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular, câmara do deputados - Câmara dos Deputados, titular - Advocacia Gugliano Herani. Sócio da Rede de Pesquisa ERASMUS+ Ataques a la Democracia y Populismos (DEMOS) da União Europeia. Escolhido como um dos advogados mais admirados do Brasil pela Revista Análise Jurídica de 2023. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/7984443895712245>; Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8891-9684>; E-mail: [renato@advgh.com.br](mailto:renato@advgh.com.br)

between statute and Constitution; and (c) autonomous review by jurisprudential adherence, when the Administration follows, with due reasoning, non-binding precedents. The article also addresses the temporal dimension of administrative self-review, in light of Article 54 of Law 9,784/1999 and Theme 839, rejecting any “adverse possession of constitutionality” and requiring that the correction of unconstitutional acts respect legal certainty, protection of legitimate expectations, and any modulation of effects. In conclusion, it proposes an administrative curatorship of the Constitution, with a garantist and pragmatic profile.

**Keywords:** Administrative constitutional review; Administrative stewardship of the Constitution; Legal certainty.

## 1. INTRODUÇÃO DO TEMA

Apesar de há muito debatida, permanece controversa a possibilidade de controle de constitucionalidade repressivo pela Administração Pública, no âmbito do contencioso administrativo (*in concreto*), para afastar a aplicação de lei ou ato normativo reputado inconstitucional. A controvérsia não é meramente teórica. Ela se projeta diariamente na atuação de gestores, procuradorias e órgãos de controle interno, que se veem diante de comandos legais questionáveis à luz da Constituição e, ao mesmo tempo, submetidos ao princípio da legalidade insculpido no art. 37 da Constituição de 1988. A tensão entre legalidade estrita e supremacia constitucional, longe de se resolver em fórmulas simples, torna-se particularmente aguda em um ambiente de intensa produção normativa e de crescente judicialização de políticas públicas.

Não é raro que a Administração Pública se depare com o dilema de optar, de um lado, pela observância estrita de uma norma legal infraconstitucional e, de outro, pela realização imediata de direitos fundamentais do administrado, cuja eficácia plena é assegurada pelo §2º do art. 5º da Constituição. Em tais situações, cumprir a lei enquanto lei pode significar, em termos materiais, transgredir a Constituição. A resposta tradicional a esse dilema tem sido deslocar a solução para o Poder Judiciário, concebido como guardião exclusivo da Constituição e instância única de invalidação da lei. A experiência concreta, porém, mostra que essa transferência integral de responsabilidade produz, não raro, um déficit de tutela constitucional no plano administrativo, especialmente em contextos federativos assimétricos e de forte assimetria de acesso à jurisdição.

O verdadeiro núcleo do problema está, portanto, menos na afirmação abstrata da supremacia constitucional — cuja prevalência hierárquica não se discute — e mais no plano da competência: quem pode, em que medida e sob quais condições, fazer prevalecer a Constituição sobre a lei na esfera administrativa? A resposta dominante, reforçada por parcela significativa da doutrina e pela jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, tende a reservar ao

Judiciário o controle repressivo propriamente dito, relegando à Administração a posição de destinatária da Constituição via lei. Essa tendência ganha expressão paradigmática na ADI 5.297/TO, em que o STF reputou inconstitucional decreto do Chefe do Executivo estadual que suspendera os efeitos de lei em vigor sob o argumento de sua inconstitucionalidade, reafirmando que nem mesmo o Governador está autorizado a afastar, por ato administrativo, a incidência da lei, ainda que a considere incompatível com a Constituição.

O estudo que se desenvolve a seguir parte do reconhecimento dessa orientação jurisprudencial restritiva, mas não se limita a descrevê-la. Ao contrário, toma-a como ponto de tensão para indagar se a Constituição de 1988 não autoriza — e, em certos cenários, não exige — um espaço ainda que restrito e condicionado de curadoria administrativa da Constituição, mesmo diante do posicionamento contrário recente do STF. A hipótese de trabalho é a de que a legalidade administrativa deve ser reconstruída como legalidade constitucionalmente qualificada, de modo que permite à Administração, sob condições rigorosas de competência, motivação e controle, o exercício de formas graduadas de controle difuso de constitucionalidade no âmbito de sua atuação cotidiana. Nesse sentido, a tese aqui defendida não se confunde com a autorização genérica para que o Executivo suspenda leis por decreto — solução rechaçada na ADI 5.297/TO —, mas antes com a construção de um modelo procedimentalizado de atuação administrativa em que a Constituição seja aplicada diretamente, e não apenas mediamente, também no plano do processo administrativo.

Nesse contexto, o artigo trabalha com a ideia de um controle de constitucionalidade compartilhado entre Administração e Judiciário, estruturado em diferentes modalidades: a) um controle responsivo, em que a Administração aplica, com eficácia expansiva, as decisões de controle proferidas pelos tribunais; b) um controle autônomo por adesão jurisprudencial, em que a Administração, de forma motivada, segue precedentes não vinculantes em sentido estrito; e c) um controle autônomo originário, exercido em casos concretos, sob balizas materiais e procedimentais estritas e sempre sujeito ao controle jurisdicional subsequente. No plano estrutural, examinam-se as implicações teóricas e institucionais desse modelo à luz da separação de poderes e das funções típicas dos órgãos administrativos, bem como seus reflexos práticos em contextos específicos, com destaque para o processo administrativo e para o contencioso tributário. O objetivo é mostrar que, longe de configurar anomalia institucional, um controle difuso cuidadosamente disciplinado pela Administração pode representar uma peça

necessária na engrenagem de tutela efetiva da Constituição em um Estado Democrático de Direito complexo e policêntrico.

## **2. CONTROLE ADMINISTRATIVO DE CONSTITUCIONALIDADE E SEPARAÇÃO DE PODERES**

### **2.1 Classificação tradicional do controle de constitucionalidade**

Como ponto de partida, é útil retomar o quadro classificatório tradicional do controle de constitucionalidade, não apenas como descrição neutra, mas como construção dogmática carregada de escolhas normativas. A doutrina costuma distingui-lo, de um lado, em controle político e controle jurisdicional, conforme a natureza do órgão incumbido de aferir a compatibilidade entre a lei e a Constituição; de outro, em controle preventivo e repressivo, a depender do momento em que se realiza a fiscalização, antes ou depois da entrada em vigor do ato normativo.

Nessa moldura clássica, o controle político preventivo no Brasil aparece com contornos relativamente nítidos, quase pacificados, na sua vinculação à atuação das Comissões de Constituição e Justiça no processo legislativo e ao veto do Chefe do Executivo em todos os níveis federativos (art. 66, §1º, CF). A dogmática se mostra confortável no reconhecimento de que a filtragem de constitucionalidade se dá antes de a lei nascer para o mundo jurídico, sob formas institucionalizadas e relativamente previsíveis, de sorte que não parece concorrer, ao menos em tese, com o controle jurisdicional exercido *a posteriori*. Trata-se de uma instância de depuração prévia, que opera no interior do próprio processo político e cujo eventual déficit pode ser “corrigido” pelo Judiciário, o que preserva a narrativa de uma centralidade judicial na guarda da Constituição<sup>2</sup>.

Quando se passa, porém, ao terreno do controle político repressivo, essa serenidade classificatória cede lugar a um evidente embaraço teórico e normativo. O que a taxonomia tradicional faz é reduzir esse controle a uma categoria marginal, enunciada quase em nota de rodapé: ora como faculdade do Executivo de recusar a aplicação de leis reputadas inconstitucionais, ora como reflexo da atividade fiscalizatória de órgãos como os Tribunais de

---

2

Contas, formalmente situados na órbita do Legislativo, mas dotados de competências próprias de controle. Sob essa aparência descritiva discreta, esconde-se um problema mais profundo de se admitir a existência de um controle político repressivo. Isso significa reconhecer que, já na fase de aplicação da lei, há centros de poder distintos do Judiciário que se autorizam a preferir diretamente a Constituição à legislação infraconstitucional. É justamente essa hipótese – a de uma Administração e de Tribunais de Contas que, *a posteriori*, possam afastar comandos legais por razões constitucionais – que desestabiliza o conforto da dogmática clássica, pois desloca o monopólio de fato do Judiciário sobre o discurso da supremacia constitucional e reabre a discussão sobre os contornos da legalidade administrativa, sobre o risco de fragmentação interpretativa e sobre o estatuto jurídico das decisões de controle tomadas fora da jurisdição.

É precisamente aqui que o esquema tradicional revela sua maior zona de desconforto. Admitir que a Administração Pública possa, *a posteriori*, deixar de cumprir a lei em nome da Constituição significa tensionar alguns dos pilares da dogmática clássica: a centralidade do Judiciário como “guardião” quase exclusivo da supremacia constitucional, a leitura rígida do princípio da legalidade administrativa e a própria imagem de um sistema em que a Constituição fala, em última instância, por meio das decisões judiciais. Não surpreende, portanto, que esse tipo de controle seja pouco tematizado: pairam sobre ele dúvidas quanto à sua legitimidade democrática, quanto ao risco de fragmentação da interpretação constitucional, quanto à sua eficiência e adequação institucional. O discurso da “anarquia administrativa”, da “usurpação de função jurisdicional” e da erosão da legalidade funciona, nesse contexto, como mecanismo retórico de contenção, destinado a manter o controle repressivo de constitucionalidade no perímetro seguro do Poder Judiciário – movimento que a jurisprudência recente do STF, em especial a ADI 5.297/TO, tende a reforçar ao repelir iniciativas unilaterais do Executivo de afastar leis em vigor por ato administrativo.

Ainda assim, é exatamente esse ponto cego da classificação tradicional – o controle político repressivo – que interessa a este estudo. Trata-se, de um lado, do controle exercido pela Administração quando se recusa a aplicar determinada lei por suspeita de inconstitucionalidade, assumindo a responsabilidade de preferir diretamente a Constituição à lei; de outro, do controle realizado pelos Tribunais de Contas ao justificarem o descumprimento ou o afastamento de comandos legais com fundamento imediato na Constituição. Em ambos os casos, não se está diante de mera “desobediência” à lei, mas da afirmação de uma competência de curadoria

constitucional que a dogmática hesita em nomear. A possibilidade de que tais órgãos deixem de observar o texto legal em nome da supremacia constitucional pode e deve ser considerada, mas não de forma incondicionada: exige a construção de um modelo, de critérios procedimentais e substanciais, e de limites claros, sob pena de converter-se em um poder difuso e incontrolável de recusa à lei.

Para compreender o alcance de um controle de constitucionalidade político repressivo, no âmbito administrativo e dos Tribunais de Contas, apto a justificar o afastamento da lei sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição, é indispensável enfrentar o regime jurídico da lei inconstitucional e as consequências de sua invalidação ou de seu não-aplicação. É nesse terreno que se jogam, em última análise, os elementos definidores dessa delicada “competência”: se a lei inconstitucional é nula desde a origem, se produz efeitos até declaração judicial, se admite afastamento *inter partes* ou *erga omnes*, se a Administração pode antecipar – ou não – o juízo que caberia ao Judiciário. A classificação tradicional, ao separar rigidamente funções políticas e jurisdicionais, tende a esconder o fato de que essas questões não são apenas técnicas, mas profundamente políticas, na medida em que definem quem, quando e como pode fazer prevalecer a Constituição sobre a lei.

É sobre esse desenho canônico – e sobre a resistência que ele produz diante da ideia de um controle político repressivo pela Administração e pelos Tribunais de Contas, hoje reforçada por decisões como a da ADI 5.297/TO – que se pretende operar, neste estudo, uma releitura em termos de curadoria administrativa da Constituição e de compartilhamento do controle de constitucionalidade entre Administração e Judiciário. A proposta não é romper com a dogmática clássica, mas expor seus pressupostos, iluminar seus pontos cegos e atualizá-la à luz das exigências do Estado constitucional contemporâneo, em que a proteção da supremacia da Constituição já não pode ser pensada como monopólio de um único poder, nem como tarefa exclusivamente adjudicativa.

## **2.2 Controle administrativo de constitucionalidade e separação de poderes**

Discutir o controle de constitucionalidade pela Administração Pública é, antes de tudo, um problema de teoria constitucional, e de grande relevância porque traz à tona o debate

sobre as linhas divisórias de seu campo funcional e, por conseguinte, exige o exame aprofundado da teoria da separação de poderes, tema central entre os teóricos da Constituição.

Não aprofundaremos esse debate, por escapar ao escopo deste estudo. Importa, contudo, assinalar que admitir o controle administrativo repressivo de constitucionalidade supõe resistir à ideia de que, no atual estágio do Estado Democrático de Direito, a Administração permanece uma mera executora de leis. Insistir nesse reducionismo significa, em última análise, manter fidelidade aos moldes de atuação administrativa próprios de uma vetusta concepção liberal, segundo a qual não se admite que a Administração deixe de aplicar normas que reputa inconstitucionais com base em sua própria decisão<sup>3</sup>.

A doutrina que sustenta a expansividade da função típica da Administração, reconhecendo-lhe uma espécie de habilitação para o exame de constitucionalidade das leis, não nega nem atenua a vinculação administrativa à Constituição; ao contrário, reafirma-a ao reconhecer a competência de todo e qualquer órgão administrativo para interpretar o direito à luz da Constituição, com poderes, inclusive, para afastar a aplicação da norma infraconstitucional que entenda inconstitucional.

A correção desse entendimento depende, antes de tudo, de sua plena articulação com o regime constitucional positivo. Convém recordar que toda forma de controle de constitucionalidade, em um contexto de separação de poderes em que estes atuam e se relacionam entre si, habilita o controlador a uma dupla finalidade: de um lado, ordenar a si próprio (controle interno); de outro, fiscalizar e, se necessário, corrigir a atuação de outro poder (controle entre poderes)<sup>4</sup>.

Neste último caso, como já vimos, o controle de constitucionalidade converte-se em mecanismo de interferência de um Poder na esfera funcional de outro, a fim de assegurar a observância dos parâmetros constitucionais no âmbito de sua atuação. A distinção é relevante porque nos reconduz ao problema do controle da constitucionalidade por agentes não judiciais

---

<sup>3</sup> MATOS, André Salgado de. *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 166 e 460 e ss.

<sup>4</sup> Nesse contexto, Loewenstein descreve que as normas de controle são dispostas em duas técnicas. “Quando as instituições do controle operam dentro da organização de um só detentor do poder, são designadas como controles intra-orgânicos. Quando, por outra parte, funciona entre diversos detentores do poder que cooperam na gestão estatal, é designado como controle interorgânicos” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Galego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, p. 232). Essa sistematização levou a Valadés a inferir a existência de uma “constelação de normas de controle” espalhadas por toda a Constituição (VALADÉS, Diego. *El control del poder*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998).

e evidencia, ao mesmo tempo, que tal questão não se resolve à margem da própria Constituição. É nela que reside, como igualmente já estudamos, o fundamento primeiro e último de toda forma de controle recíproco entre os Poderes<sup>5</sup>.

A Constituição é o lugar de acomodação das normas de controle dos poderes do Estado — entre as quais se incluem aquelas que viabilizam o controle difuso de constitucionalidade —, e não há uma associação necessária entre controle repressivo e Poder Judiciário, como se se tratasse de função intrínseca e exclusiva da jurisdição togada. Qualifica-se o controle como jurisdicional, em última análise, não apenas em razão de quem o exerce, mas, sobretudo, em razão de sua conformação e do modo como se realiza. Se o parâmetro a ser aplicado e o objeto a ser controlado são pré-determinados pelo Direito, e se o exame de sua compatibilidade com a Constituição é conduzido por métodos jurídicos, então estamos diante de um controle de natureza jurisdicional, que não é, por isso, necessariamente exclusivo do Poder Judiciário.

Esta evidência reforça a necessidade de tomar a Constituição como parâmetro e fonte primordial dos preceitos que consagram o controle de constitucionalidade. Já assinalamos que, quando se trata de limitação de poderes, é boa técnica constituinte ser direto e explícito, de modo a não deixar dúvidas quanto à instituição, quando existente, de mecanismos de controle entre Poderes. Se, de um lado, a separação de poderes não pode ser compreendida como dogma absoluto, de outro, é certo que suas exceções — isto é, os meios de controle do poder (freios e contrapesos) — somente se legitimam na forma como são desenhados e positivados no próprio texto constitucional<sup>6</sup>.

Nesses termos, voltando-se à Constituição vigente, já verificamos as hipóteses expressas em que os Poderes Executivo e Legislativo estão autorizados a exercer controle político preventivo de constitucionalidade. No entanto, nenhuma outra disposição

<sup>5</sup> Nesse sentido, o STF já disse que o sistema de freios e contrapesos legitima-se nos termos definidos pela própria Lei Maior, porquanto, como indica o Min. Dias Toffoli: ““(…) a Carta da República, ao positivar o princípio da separação dos Poderes, nos termos do seu art. 2º (“são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”), conferiu a ele delineamento próprio, cuja formulação adotada há de ser imposta a todos os estados-membros da Federação” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 775/RS*. Relator Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 03 abr. 2014).

<sup>6</sup> Esse pensamento foi deduzido, embora com o olhar para a estrutura federativa, pelo Min. Dias Toffoli: ““(…) a Carta da República, ao positivar o princípio da separação de Poderes, nos termos do seu art. 2º (“são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”), conferiu a ele delineamento próprio, cuja formulação adotada há de ser imposta a todos os estados-membros da Federação” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 775/RS*. Relator Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 03 abr. 2014).

constitucional faz referência, ao menos de forma expressa, à possibilidade de a Administração Pública ou de órgãos vinculados ao Legislativo (como os Tribunais de Contas) exercerem controle repressivo de constitucionalidade. A leitura hoje predominante — reforçada, em chave jurisprudencial, por decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, como a ADI 5.297/TO — é a de que não teria sido conferida a esses órgãos tal competência, na medida em que a Constituição lhes atribuiu a prerrogativa de contestar, e não de decidir em última instância, a constitucionalidade de leis perante o Supremo Tribunal Federal (em sede de controle concentrado) ou, de modo mais amplo, perante o Poder Judiciário (via controle difuso).

É precisamente em razão desse desenho constitucional que Mendes observa ter perdido muito do seu apelo a tese do controle repressivo de constitucionalidade pela Administração, “em face da Constituição de 1988, que outorgou aos órgãos do Executivo, nos planos estadual e federal, o direito de instaurar o controle abstrato de normas”<sup>7</sup>.

O fato de a Constituição ter ampliado os legitimados ativos para o acionamento do controle concentrado de constitucionalidade, incluindo as máximas autoridades do Executivo federal e estadual (assim como muitos Estados-membros o fazem em relação aos prefeitos, para fins de controle estadual de constitucionalidade), não significa, contudo, que tenha negado à Administração Pública a capacidade de obstar a eficácia de leis inconstitucionais. Se assim fosse, o teria feito de modo direto e inequívoco, e não de forma transversal e meramente indireta, como pressupõe esse tipo de argumento. Insistir nessa leitura conduz a uma compreensão simplista e reduzida da constitucionalidade, além de implicar uma indevida subordinação dos espaços de atuação do Poder Executivo.

Percebe-se, portanto, que o que está em jogo não é a reafirmação da prevalência automática do direito constitucional sobre o direito legal — dado que isso é elementar no Estado constitucional —, mas sim o reconhecimento de um espaço de decisão autônoma da Administração Pública para exercer, ela própria, uma função de curadoria da Constituição. Preferir a lei à Constituição não é uma opção possível no Estado constitucional. A questão que se projeta, e que demanda investigação específica, é em que medida e sob quais limites se pode afirmar a competência da Administração para a fiscalização da constitucionalidade.

---

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade, *Revista de Informação Legislativa*, n. 134, p. 11-39, abr. jun. 1997, p. 11-39.

### 3. DA LEGITIMIDADE ADMINISTRATIVA PARA O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

#### 3.1 A histórica leitura errática do STF sobre o tema

A evolução histórica e doutrinária revela, contudo, que a aceitação de um modelo institucional de controle político repressivo pela Administração está longe de ser pacífica. Após a EC 16/65, ganhou força a tese de que, atribuindo ao STF competência específica para o controle concentrado, a Constituição teria, na prática, esvaziado a legitimidade de controles sucessivos fora do Judiciário. Em regimes posteriores, passou-se a admitir, com relutância, a possibilidade de controle pelo Executivo, especialmente porque a legitimidade ativa para alcançar o STF era, então, restrita ao Procurador-Geral da República. Com a Constituição de 1988 e o alargamento significativo do rol de legitimados para a ação direta, ressurgem posições restritivas: se o Presidente e os Governadores podem provocar o STF, argumenta-se, deveriam sempre utilizar essa via ordinária, e não recorrer ao descumprimento da lei como via “excepcional” de controle. Em contraponto, leituras apoiadas na EC 3/93 sustentam que, na ausência de declaração de constitucionalidade com efeito vinculante, permanece espaço para o descumprimento de leis reputadas inconstitucionais pelo Executivo, desde que observado um conjunto de requisitos materiais e procedimentais.

A posição recente do STF acerca do controle de constitucionalidade pela Administração Pública só se compreende adequadamente se reconstruída à luz de sua trajetória jurisprudencial. Em um primeiro momento, sobretudo a partir da célebre Rp 980/SP<sup>8</sup>, firmou-se na doutrina a leitura de que a Corte teria admitido, ao menos em caráter excepcional, a possibilidade de o Chefe do Executivo deixar de aplicar lei reputada inconstitucional, assumindo os riscos políticos e jurídicos dessa decisão. A esse precedente se somou a Súmula

---

<sup>8</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Representação 980/SP*. Relator Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno, julgado em 19 set. 1980. O mesmo min. Moreira Alves confirmou seu entendimento, após a promulgação da Constituição de 1988, na ADI 221: “O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido que disso 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 de lei que considerem inconstitucionais” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 221*. Rel. Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno, julgado em 29 mar. 1990). Esse mesmo entendimento foi adotado pelo STJ: “O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 23.121*. Primeira Turma. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 06 out. 1993).

347, segundo a qual o Tribunal de Contas pode apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público<sup>9</sup>. A combinação desses elementos alimentou, por décadas, a tese de um “controle político repressivo” exercido no interior da Administração, seja por meio de decretos que recusavam a aplicação de leis, seja por decisões de órgãos de fiscalização que afastavam normas em nome da supremacia da Constituição.

Esse quadro histórico, contudo, foi progressivamente tensionado pela nova arquitetura constitucional inaugurada em 1988. A ampliação expressiva do rol de legitimados para o controle concentrado, a criação de novos instrumentos (como a ADC e, depois, a ADPF), o reforço do efeito vinculante e a centralidade conferida ao STF como órgão de cúpula da jurisdição constitucional deslocaram o eixo da discussão. Em vez de legitimar atos unilaterais da Administração para suspender a eficácia de leis, a Constituição passou a oferecer canais institucionais específicos para que as dúvidas relevantes fossem submetidas ao Supremo. A lógica subjacente deixa de ser a de um “poder de desobedecer” conferido ao Executivo e passa a ser a de um “poder-dever de provocar” o Judiciário, em um sistema de camadas de controle em que a palavra final sobre a validade da lei é judicial. Por causa desse desenho constitucional, disse Gilmar Mendes a respeito desta problemática, “perdeu muito do seu apelo em face da Constituição de 1988, que outorgou aos órgãos do Executivo, nos planos estadual e federal, o direito de instaurar o controle abstrato de normas”<sup>10</sup>.

No plano infraconstitucional, esse movimento de recondução do tema à esfera jurisdicional também se tornou visível. Em matérias particularmente sensíveis – como o processo administrativo fiscal –, o legislador previu, de forma explícita, que órgãos julgadores administrativos não podem afastar a aplicação de tratados, leis ou decretos sob o fundamento de inconstitucionalidade, admitindo apenas a observância das decisões do STF e dos atos normativos que as veiculem<sup>11</sup>. Tribunais administrativos como o CARF<sup>12</sup> consolidaram esse

---

<sup>9</sup> Súmula 347: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder público” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Súmula 347*. Tribunal Pleno, aprovada em 13 dez. 1963).

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade, *Revista de Informação Legislativa*, n. 134, p. 11-39, abr. jun. 1997, p. 11-39.

<sup>11</sup> KUSTER, Roberto Baumgarten, O controle de constitucionalidade desempenhado pela Administração Pública no processo administrativo fiscal: (im)possibilidade de exercício, *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 1, 2016, p. 235-253.

<sup>12</sup> Vide: “descabe em sede de instância administrativa a discussão acerca da constitucionalidade de leis, matéria sob a qual tem competência exclusiva o Poder Judiciário” (BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. *Recurso Voluntário n. 138.220*. Rel. Caio Marcos Candido. Tribunal Pleno, julgado em 25 fev. 2005).

entendimento em súmulas, reforçando a ideia de que a Administração, embora vinculada diretamente à Constituição, não detém, em regra, competência para exercer um juízo autônomo de invalidade de atos normativos. O controle exercido em sede administrativa torna-se, assim, essencialmente um controle de conformidade à jurisprudência constitucional, não um controle repressivo originário.

### 3.2 A posição recente do STF sobre o tema

À luz desse percurso, a jurisprudência recente do STF tende a reler, com cautela, os precedentes históricos que pareciam conferir maior margem de liberdade à Administração. A Rp 980/SP e a própria Súmula 347 deixam de ser lidas como carta branca para um poder difuso de afastamento de leis e passam a ser reinterpretadas em chave restritiva, em harmonia com o desenho posterior da Constituição<sup>13</sup>. A Corte passa a insistir na distinção funcional entre órgãos de perfil administrativo e órgãos jurisdicionais, como se vê nos julgados relativos ao CNJ<sup>14</sup> e a outros órgãos de controle, em que se realça que a apreciação de constitucionalidade de leis “em geral” exige investidura jurisdicional. Isso não significa excluir a Constituição do horizonte da atuação administrativa, mas sim afirmar que o espaço próprio da Administração está na concretização da Constituição por meio da lei e na aplicação das decisões judiciais de controle, e não na invalidação unilateral do ordenamento legislativo.

É precisamente nesse contexto que, recentemente julgada, a ADI 5.297/TO ganha relevo sistemático. A ação foi proposta pelo PSB contra o Decreto 5.194/2015, por meio do qual o Governador do Tocantins suspendeu os efeitos financeiros da Lei estadual 2.853/2014, que havia concedido reajuste de remuneração aos delegados de polícia, até que o Poder Judiciário se pronunciasse sobre a sua constitucionalidade. A Corte enfrentou, de um lado, a

<sup>13</sup> Decisões do STF passaram a alertar para a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 25.888*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 19 out. 2016).

<sup>14</sup> “[...] não se desconhece que o Conselho Nacional de Justiça, embora incluído na estrutura constitucional do Poder Judiciário, qualifica-se como órgão de índole eminentemente administrativa, não se achando investido de atribuições institucionais que lhe permitam proceder ao controle de constitucionalidade referente a leis e atos estatais em geral” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 32.582*. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 31 ago. 2020). Nesse sentido: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 32.582*. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 31 ago. 2020; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar n. 2.390*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, julgado em 19 ago 2010.

questão da competência do Chefe do Executivo para, por decreto, sustar os efeitos de lei em vigor; de outro, a própria validade constitucional da lei concessiva de aumento.

No primeiro ponto, o STF afirmou que, como regra, a Constituição só autoriza o Executivo a editar decretos para dar fiel cumprimento às leis (art. 84, IV), reservando aos chamados decretos autônomos um espaço excepcional e taxativo: organização e funcionamento da administração, sem aumento de despesa ou criação/extinção de órgãos, e extinção de cargos ou funções declarados vagos (art. 84, VI). O Decreto 5.194/2015 não se enquadrava em nenhuma dessas hipóteses, pois, em vez de executar a Lei 2.853/2014, a contrariava frontalmente, suspendendo seus efeitos financeiros. Para o Tribunal, se o Governador reputava inconstitucional o projeto aprovado pelo Legislativo, deveria tê-lo vetado (art. 66, § 1º) ou, uma vez derrubado o veto, provocar o STF por meio de ação direta (art. 103, V), e não orientar a Administração, por decreto, a descumprir lei em vigor. Qualquer suspensão da eficácia da lei, por razões constitucionais, deve decorrer de decisão jurisdicional em processo próprio de controle.

No segundo ponto, o Tribunal acabou por reconhecer também a inconstitucionalidade da própria Lei 2.853/2014. Assentou-se que o aumento remuneratório fora concedido sem a estimativa de impacto orçamentário-financeiro nem a comprovação de disponibilidade de recursos, em afronta ao art. 169, § 1º, da Constituição. Destacou-se, ainda, que a lei integrava um pacote de normas aprovadas em ano eleitoral, que concederam reajustes a diversas categorias, gerando desequilíbrio entre candidatos e dando ensejo à declaração de inelegibilidade do então governador por abuso de poder político na esfera eleitoral. Nessas condições, o STF concluiu que nenhum valor retroativo deveria ser pago com base na lei reputada inconstitucional.

O precedente, assim, não apenas censura um caso concreto de abuso na utilização do decreto, mas reafirma, em chave estrutural, que o Chefe do Executivo não dispõe de competência para neutralizar, por ato administrativo, a presunção de constitucionalidade das leis. O controle repressivo da constitucionalidade é reafirmado como função própria da jurisdição, cabendo ao Executivo, quando muito, provocar o Judiciário e aplicar as decisões por ele proferidas, mas não as substituir por um “controle político repressivo” exercido unilateralmente.

O julgamento da ADI 5.297/TO, nessa linha, parece funcionar como ponto de chegada de uma trajetória que a doutrina mais recente já havia identificado: sob a Constituição de 1988, não se mantém, senão em termos residuais e altamente problemáticos, a figura de uma Administração investida de competência própria para sancionar a inconstitucionalidade de leis. A concepção original do controle de constitucionalidade sempre foi pensada como função típica e, por isso, privativa de órgãos jurisdicionais<sup>15</sup>, e que a abertura em favor da Administração, consagrada em momentos pontuais da jurisprudência do STF, era, em boa medida, produto de um arranjo institucional pré-88, no qual faltavam canais céleres e objetivos de acesso ao STF. Com a ampliação do rol de legitimados para o controle concentrado, a criação da ADC e a difusão de mecanismos de provocação do Supremo, o argumento em favor de um controle repressivo administrativo perde “muito de seu apelo”, de modo que, no desenho constitucional vigente, “não é dado à administração pública exercer a função de controle de constitucionalidade das leis”<sup>16</sup>.

À luz dessa leitura, o que a ADI 5.297 faz é justamente alinhar a jurisprudência ao modelo teórico que reserva ao Poder Judiciário a sanção de inconstitucionalidade, reconduzindo a Administração ao papel de aplicar a Constituição por meio da lei e de acionar os instrumentos jurisdicionais disponíveis, mas não de instaurar, por conta própria, um controle difuso de constitucionalidade em chave repressiva<sup>17</sup>.

A posição recente do STF, portanto, pode ser descrita como um movimento de fechamento do sistema em torno da centralidade judicial, sem, contudo, apagar inteiramente a experiência anterior. O que se enfraquece é a figura de uma Administração investida de autoridade para “julgar” a Constituição contra a lei; o que se reforça é o papel de uma

<sup>15</sup> A supremacia constitucional nunca se limitou a oferecer uma filosofia política de organização da sociedade baseada na Constituição; ela também fornece para o controle jurisdicional da atuação do Estado, nas palavras de Eduardo García de Enterría, “uma técnica jurídica concreta” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Civitas, 1983: reimpressão de 1994, p. 59).

<sup>16</sup> LAURENTIIS, Lucas Catib, Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 133-166, mai. ago. 2012.

<sup>17</sup> Especialmente na ADI 5.297, restou ainda mais evidente que a arquitetura constitucional da Constituição vigente não autoriza a que um decreto do executivo imponha, de forma autônoma, a ineficácia de uma lei vigente, uma vez que “só a lei *inova* em caráter inicial na ordem jurídica” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Malheiro, 1998, p. 200), de tal modo que inexistente no sistema um instrumento autorizado por um parâmetro fundamental que autorize o Executivo ao exercício do controle político repressivo com força para a desconstituição ampla e irrestrita de uma lei (ARAÚJO, Nadja Aparecida Silva de. Atuação do Poder Executivo no controle de constitucionalidade: notas de uma interpretação sistemática do direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 158, p. 249-297, abr./jun. 2003)

Administração que participa do sistema de controle como intérprete qualificada – via interpretação conforme, via recusa de aplicar atos claramente incompatíveis com decisões do STF – e como protagonista na provocação do Supremo, mas não como instância autônoma de desconstituição legislativa. Em termos dogmáticos, a separação de poderes passa a operar explicitamente como limite material à pretensão de órgãos administrativos de se converterem em jurisdição constitucional paralela, ao mesmo tempo em que se preserva, em outro plano, a ideia de um controle compartilhado da constitucionalidade, agora reconfigurado em termos de cooperação institucional e de aplicação administrativa das decisões judiciais, e não de concorrência na declaração de inconstitucionalidade.

#### **4. FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO CHEFE DO EXECUTIVO**

Uma vez delineados os pressupostos e limites do controle político repressivo pela Administração Pública, impõe-se agora um esforço de sistematização, capaz de distinguir planos conceitualmente diversos de atuação administrativa em face da Constituição. O ponto de partida é reconhecer que a relação da Administração com a supremacia constitucional não se esgota na dicotomia “aplicar ou não aplicar” a lei: entre a execução acrítica do comando legislativo e a suspensão unilateral de sua eficácia há um espectro mais amplo de técnicas e estratégias decisórias.

De um lado, há um controle de conformidade constitucional, que se exerce de maneira difusa em toda a máquina administrativa e compreende tanto a aplicação responsiva das decisões do STF (especialmente daquelas dotadas de eficácia vinculante) quanto a interpretação conforme da legislação e a adesão motivada a precedentes constitucionais não vinculantes. Nesse plano, a Administração não “sanciona” a inconstitucionalidade da lei em tese, mas cumpre o dever de interpretar e aplicar o direito à luz da Constituição, afastando leituras incompatíveis com os direitos fundamentais e com a jurisprudência consolidada. Trata-se de um controle essencialmente reconstutivo, voltado a conformar a prática administrativa à ordem constitucional, sem pretensão de neutralizar, por autoridade própria, a presunção de validade das leis.

De outro lado, coloca-se o controle político repressivo em sentido estrito, isto é, a capacidade de o Chefe do Executivo, em situações excepcionais, recusar-se a aplicar

determinada lei por reputá-la inconstitucional. À luz da orientação recente do STF, esse espaço não pode mais ser concebido como poder geral de sustar leis por decreto, solução frontalmente repelida na ADI 5.297/TO. O que resta, então, é um campo residual e fortemente condicionado de atuação repressiva: um poder-dever de curadoria constitucional que se exerce, quando muito, em casos concretos, submetido a balizas orgânicas e procedimentais rigorosas, articulado com o dever de provocar o STF e sempre aberto ao controle judicial subsequente. É esse espaço estreito, porém normativamente relevante, que se buscará precisar nos tópicos seguintes.

É precisamente nesse espectro que se situa o espaço ainda disponível — e normativamente exigível — para a atuação constitucionalmente orientada do Chefe do Executivo e dos demais órgãos administrativos. Nesse item, serão examinadas as formas de controle de constitucionalidade pela Administração Pública, com a identificação das distintas modalidades de atuação possíveis, dos seus respectivos fundamentos normativos e dos limites que as separam do controle repressivo reservado, em seu núcleo decisório, à jurisdição

#### **4.1 Controle autônomo restritíssimo**

O controle administrativo de constitucionalidade se configura em sua forma mais intensa — e é justamente nesse ponto que o debate dogmático adquire maior densidade — quando a Administração Pública se afasta da legalidade estrita com base em juízo próprio, negando a aplicação da lei em casos concretos, independentemente de manifestação judicial prévia. Esse caso não se trata de um exercício originário, ainda que limitado, de ponderação entre Constituição e lei, em que o administrador assume a posição de intérprete primário da supremacia constitucional no âmbito da atuação concreta do Estado.

À luz da orientação recente do STF, em especial da ADI 5.297/TO, essa figura não pode mais ser concebida como um poder amplo e indistinto de o Executivo sustar leis por decreto ou neutralizar, em tese, a presunção de constitucionalidade dos atos legislativos. O precedente repeliu expressamente a possibilidade de que o Chefe do Executivo, dispondo de legitimidade ativa para o controle concentrado, substitua, por ato normativo unilateral, o juízo jurisdicional de constitucionalidade. O que se mantém em aberto, porém, é se essa vedação esgota por completo qualquer espaço para um controle autônomo, em situações concretas, sobretudo quando ausentes canais céleres e eficazes de provocação do STF — como ocorre, por

exemplo, com Prefeitos e outros agentes políticos destituídos de legitimidade ativa para ações diretas de inconstitucionalidade.

Nessa perspectiva, o que aqui se denomina controle autônomo restritíssimo corresponde a esse espaço residual e altamente condicionado em que o Chefe do Executivo, diante de uma lei em sentido formal que se revele manifestamente incompatível com a Constituição e sem acesso direto aos instrumentos de controle concentrado, poderia, em tese, recusar-lhe aplicação em casos concretos, sob condições rigorosíssimas de motivação, procedimento e controle. A questão decisiva deixa de ser apenas se esse juízo administrativo de inconstitucionalidade é, em abstrato, concebível, e passa a ser em que contextos federativos e sob que balizas ele pode ser admitido sem colidir frontalmente com o desenho constitucional de repartição de competências e com a posição firmada pelo STF.

Historicamente, o modelo de controle autônomo pela Administração não nasce como categoria geral de “curadoria administrativa da Constituição”, disseminada horizontalmente por múltiplos órgãos, mas se enraíza em uma configuração bem mais concentrada na figura do Chefe do Poder Executivo. A doutrina clássica localizou nesse ator político a prerrogativa — e, em certos discursos, até o dever — de deixar de aplicar leis reputadas inconstitucionais em hipóteses excepcionais, concebendo esse gesto como expressão de um controle repressivo de constitucionalidade exercido no âmbito da função de governo<sup>18</sup>.

Essa “primeira geração” de controle administrativo é marcada por três traços estruturantes que, se hoje já não legitimam um poder amplo, ao menos servem para delinear as condições mínimas de qualquer espaço residual: a) centralização subjetiva da decisão no titular do Executivo, afastando a pretensão de extensão dessa competência a agentes subordinados; b) exigência de motivação qualificada, com explicitação do conflito normativo e das razões que conduzem à prevalência da norma constitucional; e c) sujeição do próprio Chefe do Executivo

---

<sup>18</sup> Em seu voto na Rp. 980, Moreira Alves traz a lição de Miguel Reale: "Assim, em face dos princípios que norteiam a atividade administrativa, que exige plena e total conformidade com a ordem jurídica que assenta, fundamentalmente, nos países de Constituição rígida, como é o nosso, no texto da Constituição — a única conclusão possível é, repetimos, a de que não somente pode o Executivo recusar cumprimento a disposições emanadas do Legislativo, mas evidentemente inconstitucionais, como é de seu dever zelar para que não tenham eficácia na órbita administrativa" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Representação 980/SP*. Relator Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno, julgado em 19 set. 1980). Barroso demonstra a ampla aceitação desse entendimento pela doutrina pré-88 em Parecer sobre o tema aqui tratado (BARROSO, Luis Roberto, Poder Executivo – Lei inconstitucional – Descumprimento, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 181, jul. dez, 1990, p. 387-414).

à responsabilização política e jurídica em caso de abuso, desvio de finalidade ou instrumentalização oportunista da alegação de inconstitucionalidade<sup>19</sup>.

À vista da ADI 5.297/TO, a proposta aqui desenvolvida não ignora que o STF fechou, de modo contundente, a porta do decreto como instrumento de suspensão generalizada de leis em vigor, especialmente quando o Governador dispõe de legitimidade para acionar diretamente a jurisdição constitucional. O que se busca explorar é se, e em que medida, subsiste um espaço estreito para um controle autônomo restritíssimo em situações-limite, nas quais o Chefe do Executivo não dispõe de acesso direto ao controle concentrado, o risco de lesão à Constituição é grave e imediato e a aplicação da lei inconstitucional implicaria sacrifício desproporcional de direitos fundamentais. Nesses casos, o exercício do controle repressivo não poderia assumir a forma de decreto geral, mas apenas de decisões vinculadas a casos concretos, sujeitas a motivação reforçada, à publicidade, à comunicação aos órgãos de controle e, sobretudo, à plena revisão judicial.

Nessa chave, o controle autônomo restritíssimo deixa de ser concebido como uma “licença geral” para o Executivo julgar a validade das leis e passa a figurar como válvula excepcional de proteção constitucional em contextos de bloqueio institucional, nos quais a via jurisdicional concentrada é, na prática, inacessível ao próprio Chefe do Executivo. Ele se articula, de um lado, com o dever de provocar, sempre que possível, os instrumentos de controle jurisdicional existentes — inclusive por intermédio de legitimados ativos — e, de outro, com a sujeição integral de sua decisão ao crivo ulterior dos tribunais. O objetivo, aqui, não é dessacralizar a reserva judicial do controle repressivo, mas indicar o ponto máximo, e ao mesmo tempo o mais estreito, até o qual se pode admitir, à luz da Constituição e da atual jurisprudência, algum espaço de controle autônomo de constitucionalidade pelo Executivo.

## 4.2 Controle responsivo às decisões do STF

---

<sup>19</sup> Antes da ADI 5.297/TO, parte da doutrina contrária ao poder do Chefe do Executivo de controlar a constitucionalidade repressivamente de forma generalizada já aludia sobre a possibilidade de exercício desse controle em situações excepcionais, como observa-se nas palavras de Andrade: “Enfim, é direito do Chefe do Poder Executivo interpretar a Constituição, assim como é seu dever garantir sua eficácia e o respeito à sua supremacia. Entretanto, salvo em situações excepcionais, não pode deixar de cumprir lei que repute inconstitucional” (ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo, *Revista CEJ*, Brasília, ano XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011).

Ao lado do controle autônomo, em que a Administração se arrisca a formular juízos próprios de inconstitucionalidade, há uma forma de atuação constitucionalmente orientada que hoje se apresenta como núcleo duro e praticamente incontestado da sua competência: o controle responsivo. Trata-se do controle de constitucionalidade exercido não por iniciativa originária da Administração, mas por adesão e conformidade às decisões jurisdicionais já proferidas, especialmente às decisões do STF em sede de controle concentrado ou dotadas de eficácia vinculante.

Nesse plano, a Administração não decide se a lei é ou não constitucional; ela reconhece que esse juízo foi emitido pelo órgão de cúpula da jurisdição constitucional e ajusta sua atuação concreta a esse parâmetro. Abre-se, assim, o raciocínio sobre a legitimidade do controle administrativo de constitucionalidade embaralhado por duas situações distintas: de um lado, a desaplicação de lei ou ato normativo inconstitucional em cumprimento de ordem judicial, em que a Administração apenas executa uma decisão já tomada pelo Poder Judiciário; de outro, a desaplicação por decisão administrativa autônoma, fundada em juízo próprio de inconstitucionalidade. Quando se confunde essas duas hipóteses sob a mesma rubrica de “controle administrativo”, perde-se a fronteira conceitual que separa o simples dever de conformação a decisões jurisdicionais de um verdadeiro controle político repressivo exercido no interior da Administração Pública.

Negar aplicação a lei reputada inconstitucional pelas instâncias judiciais não configura, em rigor, controle repressivo de constitucionalidade pela Administração, mas mero cumprimento de decisão jurisdicional dotada de eficácia vinculante<sup>20</sup>. É o que se verifica, por exemplo, quando a Administração Pública se curva ao efeito vinculante das decisões do STF (art. 102, §2º, CF/88), às súmulas vinculantes ou às decisões tomadas em controle concentrado com eficácia erga omnes. Nesses casos, há, quando muito, um controle responsivo: o que se passa na esfera administrativa é apenas a repercussão, em plano operativo, do afastamento da presunção de constitucionalidade da norma já determinado pelo Judiciário, em decorrência dos próprios parâmetros constitucionais que conferem força obrigatória às decisões do Supremo

---

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 71; BINENBOIM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 241.

Tribunal Federal. A Administração não “controla” a Constituição; ela apenas recebe e processa, em seus procedimentos, o resultado de um controle que já se exerceu em sede jurisdicional.

Esse fenômeno de controle responsivo encontra expressão normativa clara, no campo do processo administrativo fiscal, no art. 26-A do Decreto 70.235/72, especialmente no diálogo entre o seu *caput* e o §6º<sup>21</sup>. A leitura isolada do §6º poderia sugerir uma vedação absoluta aos órgãos de julgamento administrativo para afastar a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade.

No entanto, a interpretação conjugada com o *caput* revela quadro diverso: não se proíbe o afastamento de normas sob o argumento de inconstitucionalidade quando tais atos já tiverem sido declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal. O que se veda é, justamente, que esses órgãos exerçam um juízo autônomo de inconstitucionalidade; o que se admite é que reproduzam, na esfera administrativa, o juízo já emitido pelo STF. Trata-se, portanto, de uma típica hipótese de controle responsivo: a Administração atua à sombra da decisão judicial, não em paralelo a ela.

Cumprido notar que esses dispositivos foram introduzidos pela Lei 11.941/2009, que alterou o Decreto 70.235/72, regulando o processo administrativo fiscal federal. Seu alcance, por isso, é setorial: dirige-se especificamente às controvérsias de natureza fiscal. Essa delimitação temática revela, por si, o propósito central de sua criação: não se pretendeu consagrar um espaço autônomo de controle repressivo de constitucionalidade pela Administração, mas enfrentar o excesso de litigiosidade — administrativa e judicial — derivado da insistência em aplicar, em sede fiscal, leis e atos normativos já reputados inconstitucionais pelo STF. Em outras palavras, o legislador buscou criar mecanismos de alinhamento obrigatório da atuação administrativa às decisões da Corte, evitando que a Fazenda Pública e os órgãos julgadores insistissem na aplicação de normas “morridas” do ponto de vista constitucional, alimentando uma litigiosidade inútil e disfuncional.

---

<sup>21</sup> “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 dispositivo 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; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009); b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009); 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. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”.

Vê-se, assim, que o art. 26-A e o seu §6º não inauguram um novo poder de controle para a Administração, mas configuram hipótese de mera repetição infraconstitucional de instrumentos que são, em primeiro lugar, de natureza constitucional. A lei não poderia inovar “para menos”, no sentido de diminuir o dever já existente de observância das decisões vinculantes do STF; se o fizesse, incorreria em inconstitucionalidade por violação direta da supremacia da Constituição e da autoridade da jurisdição constitucional. O que ela faz, ao contrário, é reforçar e operacionalizar, no plano do processo administrativo fiscal, o comando constitucional que impõe à Administração a conformação imediata às decisões do Supremo.

Logo, uma vez declarada a inconstitucionalidade em controle concentrado, convertida em enunciado sumular vinculante ou sucedida por resolução senatorial, quando reconhecida em controle difuso, seus efeitos alcançam a Administração Pública por força direta da Constituição, e não por mera concessão legislativa. Nessas hipóteses, não resta ao órgão administrativo de julgamento outra providência senão exercer um controle responsivo, ajustando sua atuação àquilo que já foi decidido em sede jurisdicional. A decisão administrativa que deixa de aplicar a norma não é expressão de um juízo autônomo de constitucionalidade, mas de fidelidade ao parâmetro constitucional tal como densificado pelo STF. A lei, portanto, cumpre aqui função meramente reforçadora e operacionalizadora do dever de observância dos paradigmas constitucionais: ela organiza e detalha o modo de cumprimento, mas não cria o dever em si, nem transforma esse alinhamento em uma forma de controle repressivo propriamente administrativo.

### **4.3 Controle autônomo por adesão jurisprudencial**

A partir do inciso I do §6º do art. 26-A da Lei 11.941/09 é possível, no entanto, identificar uma modalidade específica de controle administrativo de constitucionalidade que não se confunde nem com o controle meramente responsivo, nem com o controle autônomo originário: trata-se do que aqui se denomina controle autônomo de adesão jurisprudencial. Em um primeiro momento, vimos que o referido dispositivo comporta uma leitura de controle responsivo, na medida em que autoriza — e, em certos casos, impõe — à instância administrativa o afastamento de leis ou atos normativos já declarados inconstitucionais em decisões plenárias definitivas do STF. Essa leitura, porém, não esgota o potencial normativo do dispositivo. Uma análise mais detida revela que, para além do simples dever de conformação a

decisões dotadas de eficácia vinculante, o texto legal abre um espaço decisório próprio para os órgãos de julgamento administrativo, especialmente quando se trata de decisões plenárias desprovidas de força vinculante perante a Administração Pública, como ocorre com os precedentes fixados em repercussão geral (§3º, art. 102, CF).

Se tomada em sua literalidade, a menção genérica a “decisões plenárias do STF” do inciso I do §6º do referido art. 26-A conduziria à conclusão de que todas essas decisões, independentemente de sua natureza e de sua disciplina constitucional quanto à eficácia, seriam obrigatoriamente observadas pelos órgãos administrativos de julgamento. Essa interpretação, todavia, conduz o dispositivo a uma séria suspeita de inconstitucionalidade: em respeito à hierarquia das fontes, não pode a lei ordinária ampliar os efeitos vinculantes de decisões do STF para além do que a própria Constituição estabeleceu. Se a Constituição endereça a tese firmada em repercussão geral primordialmente aos órgãos jurisdicionais, é incompatível com o desenho constitucional que a legislação infraconstitucional redirecione sua eficácia para vincular também a Administração, esvaziando, no âmbito do processo administrativo fiscal, a margem de apreciação que lhe é própria quanto à constitucionalidade da lei ou do ato normativo. A forma de preservar a constitucionalidade do dispositivo, portanto, é compreendê-lo não como criação de um novo regime de vinculação, mas como abertura de um espaço de adesão: a instância administrativa pode aderir à jurisprudência do STF, mas não está juridicamente coagida a fazê-lo.

Nessa chave interpretativa, o que o inciso I do §6º do art. 26-A efetivamente faz é excepcionar a vedação de afastamento da lei ou ato normativo para permitir que a Administração se alinhe, por juízo próprio de constitucionalidade, a declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Plenário do STF, ainda que carentes de eficácia vinculante formal. A lei não transforma tais decisões em paradigmas obrigatórios; ela sinaliza que, nessas hipóteses, não há impedimento para que o órgão julgador delas se valha como fundamento para o afastamento concreto da lei no processo administrativo fiscal. Se se reputar ilegítimo qualquer controle administrativo repressivo, o órgão julgador estaria condenado a manter a aplicação da lei ou ato normativo até que sobrevenha decisão com efeito erga omnes e vinculante, sacrificando a coerência sistêmica e prolongando a eficácia prática de normas já reputadas inconstitucionais pelo Supremo. Se, ao contrário, se admitir a legitimidade desse espaço decisório, abre-se a via para que o órgão administrativo, por adesão jurisprudencial, exerça

controle concreto de constitucionalidade para acolher o precedente do STF, ainda que este não disponha de força vinculante formal, em nome da máxima coerência e unidade da ordem jurídica.

Pode-se afirmar, assim, que a Lei 11.941/09 institui, no campo fiscal, um espaço delimitado de controle autônomo de adesão jurisprudencial, caracterizado por quatro notas fundamentais: a) incide apenas sobre leis e atos normativos que versem sobre matéria fiscal; b) a sua aplicação se circunscreve ao âmbito do processo administrativo fiscal regulado pelo Decreto 70.235/72; c) a verificação da constitucionalidade é atribuída ao órgão colegiado de julgamento, e não a qualquer agente isolado da Administração; e d) exige a existência de decisão definitiva do Plenário do STF sem caráter vinculante constitucionalmente previsto, à qual o órgão poderá aderir por decisão motivada.

Nessa modalidade, o controle é autônomo porque há juízo próprio de constitucionalidade por parte da Administração, mas é, ao mesmo tempo, jurisprudencialmente orientado, porque esse juízo se ancora em precedente do STF. A Administração não cria, *ex nihilo*, a tese de inconstitucionalidade, nem está formalmente compelida a segui-la; ela decide, dentro de parâmetros institucionais e com motivação reforçada, aderir à leitura constitucional já externada pelo Supremo, convertendo a jurisprudência em critério de decisão administrativa sem usurpar o papel do Poder Judiciário.

#### **4.4 Controle responsivo com contenção da autotutela**

As formas de controle até aqui examinadas — o controle autônomo restritíssimo e o controle responsivo — dizem respeito, em grande medida, ao momento da decisão: trata-se de saber se, diante de determinado conflito entre Constituição e lei, a Administração pode ou deve deixar de aplicar o comando normativo no caso concreto ou ajustar sua atuação às decisões do STF. Há, contudo, uma terceira dimensão do problema, menos visível e não menos relevante, que se projeta sobre o tempo: o modo como a Administração lida, retrospectivamente, com atos já praticados à sombra de normas inconstitucionais. Nesse plano, o controle de constitucionalidade já não se exerce apenas na chave da autorização para “afastar” a norma, mas na chave, mais delicada, da decisão sobre se, quando e até onde desconstituir situações consolidadas em nome da supremacia da Constituição.

Sob essa perspectiva, o autocontrole administrativo assume uma feição peculiar, quase invertida em relação à lógica expansiva do controle repressivo: mais do que ampliar o poder de invalidação, a Constituição e o direito infraconstitucional passam a conter e calibrar o exercício desse poder, em nome da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima. A disciplina do art. 54 da Lei 9.784/1999, a jurisprudência do STF no Tema 839 da repercussão geral e as decisões que rejeitam invalidações automáticas em massa de atos praticados sob a égide de normas inconstitucionais revelam que existe, ao lado do controle autônomo e do controle responsivo, uma verdadeira dimensão temporal do controle de constitucionalidade pela Administração: trata-se de um controle de estabilização, pelo qual se decide não apenas se o ato é inconstitucional, mas se é constitucionalmente legítimo desconstituí-lo, em que medida e por quais procedimentos.

O problema do aspecto temporal do autocontrole de constitucionalidade pela Administração encontra, no direito brasileiro, um primeiro ponto de ancoragem no art. 54 da Lei 9.784/1999, segundo o qual “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Esse dispositivo positivou, em chave de segurança jurídica, uma limitação temporal ao poder-dever de autotutela, autorizando a Administração a invalidar atos específicos de que se beneficiem particulares — por razões de ilegalidade ou de inconstitucionalidade —, mas vedando a perpetuidade desse poder quando estejam em jogo efeitos favoráveis ao administrado. A regra quinquenal de decadência busca estabilizar as relações entre Administração e administrados, impondo que, transcorrido determinado lapso temporal, a confiança legítima do destinatário prevaleça sobre o interesse público em rever atos viciados, salvo hipótese de má-fé.

A partir daí, coloca-se a questão central: esse limite decadencial também se aplica aos atos administrativos fundados em norma posteriormente declarada inconstitucional pelo STF em controle concentrado? Em outras palavras, a Administração está impedida, após cinco anos, de anular atos favoráveis ao particular mesmo quando assentada, em sede jurisdicional, a inconstitucionalidade do fundamento normativo que lhes deu suporte? O debate sobre o alcance da autotutela administrativa — e, em especial, sobre a possibilidade de superação do prazo do art. 54 — não pode ser isolado da discussão mais ampla acerca do regime de nulidade da lei inconstitucional e da própria “temporalidade” da inconstitucionalidade. A construção clássica,

fundada na tese da nulidade absoluta, parte da premissa de que a lei inconstitucional jamais ingressa validamente no ordenamento; sob esse prisma, nenhum ato praticado à sua sombra poderia consolidar-se definitivamente, porque faltaria, desde a origem, um fundamento normativo constitucionalmente idôneo.

A experiência comparada e a própria prática do STF, evidenciaram, contudo, a insuficiência de uma leitura rígida desse dogma. Ao longo do tempo, foi-se relativizando a tese da nulidade absoluta, seja por via normativa — como no art. 27 da Lei 9.868/1999, que autoriza a modulação dos efeitos das decisões em controle concentrado —, seja por meio de técnicas jurisprudenciais que, em linha com a inspiração kelseniana, ajustam a intensidade e a retroatividade da invalidação à luz de critérios de segurança jurídica e proteção da confiança. O ponto sensível passa a ser menos o “tudo ou nada” da nulidade e mais a calibragem dos efeitos no tempo: quando, como e até onde a declaração de inconstitucionalidade pode desconstituir situações já consolidadas sem destruir expectativas legítimas e sem produzir efeitos socialmente desestabilizadores. É justamente nesse cruzamento entre teoria da nulidade e modulação que se situa o problema da incidência — ou não — do prazo decadencial da autotutela sobre atos inconstitucionais.

Admitir que a Administração possa rever atos fundados em lei inconstitucional para além do prazo do art. 54 da Lei 9.784/1999 significa reconhecer que a inconstitucionalidade qualifica o vício de tal forma que sua dimensão temporal não pode ser tratada como uma ilegalidade qualquer. A construção de um regime específico para esses casos foi densificada, em chave jurisprudencial, pelo STF no Tema 839 da repercussão geral (“Possibilidade de um ato administrativo, caso evidenciada a violação direta ao texto constitucional, ser anulado pela Administração Pública quando decorrido o prazo decadencial previsto na Lei n. 9.784/99”). No julgamento do recurso extraordinário paradigma, a Corte firmou a tese de que é possível à Administração anular ato administrativo inconstitucional mesmo após o transcurso do prazo decadencial, admitindo, portanto, um poder de autocontrole atemporal em matéria de inconstitucionalidade. O voto do Min. Dias Toffoli sintetiza a ideia ao afirmar que não pode haver “usucapião de constitucionalidade”<sup>22</sup>: o tempo não derroga a força obrigatória da

---

<sup>22</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário n. 817.338*. Rel. Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 19 out. 2019.

Constituição, nem pode converter em estável aquilo que nasceu em frontal desconformidade com o texto constitucional.

O caso concreto versava sobre portaria concessiva de anistia a militar, com fundamento no art. 8º do ADCT, discutindo-se a possibilidade de sua anulação por autocontrole administrativo após ultrapassado o prazo de cinco anos. Não se tratava, portanto, de vinculação a decisão do STF em controle concentrado, mas de exercício autônomo de anulação do ato, na exata moldura do art. 54. O entendimento consolidado foi o de que a estabilidade própria do ato jurídico perfeito e acabado — e, com ela, a segurança jurídica — protege apenas os atos constitucionais, não os atos inconstitucionais; de outro modo, subverter-se-ia o primado da supremacia constitucional. Em linha semelhante, o Min. Luiz Fux sublinhou que, embora a fixação de prazos decadenciais seja expressão da segurança jurídica, é inadmissível que norma infraconstitucional acabe por blindar situações que afrontem literalmente a Constituição, transformando em imutável aquilo que é inconstitucional desde o berço<sup>23</sup>. A mensagem é clara: o princípio da supremacia da Constituição não se compatibiliza com um regime que pressupõe a validade definitiva de atos eivados de vício constitucional.

Esse resultado, porém, não se esgota na afirmação de um poder perpétuo de autocontrole. Ele exige, ao menos, duas consequências adicionais. A primeira é a distinção entre autocontrole autônomo e controle responsivo: se a Administração pode, por decisão própria, anular atos inconstitucionais para além do prazo decadencial, com maior razão deve poder fazê-lo quando sua atuação se limita a cumprir decisões proferidas em controle concentrado, às quais está vinculada por desenho constitucional. O art. 54 regula apenas hipóteses de autotutela com margem de decisão própria; não alcança, por definição, situações em que a Administração apenas se curva a comandos do STF. Nessas hipóteses de controle responsivo, não há espaço para falar em decadência da autotutela: entender de modo diverso equivaleria a projetar o prazo de cinco anos sobre a própria eficácia do controle concentrado, em desconformidade com a Constituição.

A segunda consequência remete ao modo de desconstituição dos atos administrativos inconstitucionais. Mesmo antes do Tema 839, o STF já afirmava que o autocontrole administrativo deve efetivar-se em procedimento próprio, com pleno respeito às

---

<sup>23</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.889*. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma, julgado em 20 mai. 2014.

garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. A Administração não está autorizada — nem após o prazo decadencial, nem antes — a instaurar uma espécie de “controle concentrado administrativo” de constitucionalidade, generalizado e abstrato. O que se admite é, no máximo, um controle difuso administrativo, caso a caso, orientado por procedimentos formais e pela proteção da confiança legítima. A mesma exigência se aplica às situações em que a desconstituição do ato ocorre em resposta a decisão em controle concentrado: tão lesivo à Constituição quanto a manutenção de situações inconstitucionais é o sacrifício abrupto e indiscriminado da segurança jurídica sob o pretexto de corrigi-las. A invalidação automática de todos os atos praticados sob a égide de norma inconstitucional, sem qualquer filtragem procedimental, converte a supremacia da Constituição em instrumento de desproteção da confiança, rompendo o equilíbrio delicado que o próprio sistema — por meio da modulação de efeitos e da limitação da autotutela — procura assegurar.

Em outro precedente, o STF manifestou-se criticamente quanto à postura do TCU de fulminar atos administrativos por inconstitucionalidade sem considerar as particularidades de cada caso, sob o pretexto de assegurar a autoridade das decisões relativas à regra do concurso público:

“Sem desconhecer a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a exemplo dos julgados nas ADI’s n. 112, 231, 245, 368, 785, 837 e 1345, se firmou no sentido da inconstitucionalidade das formas derivadas de investidura em cargos públicos, por sua contrariedade aos princípios do concurso público e da legalidade, e sem se opor censura à iniciativa do Tribunal de Contas da União de pretender assegurar a máxima efetividade da Constituição da República e a plena eficácia das decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade por este Supremo Tribunal, tem-se que os efeitos vinculantes e a eficácia *erga omnes* que notabilizam essas decisões não podem ser indistintamente estendidos a todos os casos que versem matéria relativa a servidores públicos. O cumprimento das decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, de suas partes dispositivas, se impõe a todos em razão daquelas características, mas há de se considerar as peculiaridades de cada caso para os julgamentos”<sup>24</sup>.

Com essas considerações, o STF parece traçar uma linha de dupla contenção: de um lado, afasta a ideia de que a decisão de inconstitucionalidade, ainda que dotada de eficácia vinculante, autorize, por si só, a invalidação automática, *ipso facto*, de todos os atos administrativos praticados sob a égide da norma viciada; de outro, recusa igualmente a solução simétrica e oposta, de blindagem absoluta desses atos em nome de uma segurança jurídica

<sup>24</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 28.953*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 28 fev. 2012.

compreendida de forma meramente estática. Entre esses dois extremos, a Corte exige da Administração Pública um juízo qualificado de aplicação das decisões de inconstitucionalidade, que passa por cuidadoso sopesamento das circunstâncias concretas, consideração dos contextos em que os atos foram praticados, avaliação dos impactos distributivos da desconstituição em massa e análise do grau de confiança legítima gerada no administrado. Em outras palavras, a decisão vinculante do STF é condição necessária, mas não suficiente, para legitimar a desconstituição de atos inconstitucionais: o que se demanda é uma implementação constitucionalmente responsável dessa decisão, sob pena de que a correção do vício normativo se converta em nova forma de violação da própria Constituição, agora pelos flancos da segurança jurídica, da proteção da confiança e, por vezes, da própria dignidade dos administrados atingidos.

À guisa de conclusão, pode-se dizer que o comando constitutivo decorrente da pronúncia de inconstitucionalidade realiza, em plano normativo, a supremacia da Constituição, mas seus efeitos não podem ser projetados sobre a realidade administrativa como se à Administração coubesse atuar como simples autômato executor da vontade do STF. O reconhecimento da inconstitucionalidade inaugura um dever de conformação, não um automatismo desprovido de mediações jurídicas e procedimentais. A tarefa que se impõe à Administração Pública — tanto quando exerce autocontrole quanto quando atua em regime de controle responsivo — é a de traduzir a decisão do STF em prática administrativa compatível, simultaneamente, com a supremacia da Constituição e com os demais valores constitucionais relevantes, em especial a segurança jurídica, a confiança legítima e o devido processo legal. A realização da Constituição em sua máxima extensão não se confunde com a aplicação irrefletida e mecânica das decisões de inconstitucionalidade, mas com a construção de respostas institucionais que, ao corrigir o estado de inconstitucionalidade, não produzam, em seu lugar, um estado de incerteza generalizada e de erosão das expectativas legítimas que a própria ordem constitucional se propõe a proteger.

## **5. CONCLUSÃO**

A trajetória reconstruída ao longo do estudo permite afirmar que o problema do controle de constitucionalidade pela Administração Pública deixou de ser um tema periférico

para se tornar um ponto sensível da dogmática constitucional brasileira. A partir da ADI 5.297/TO, o STF consolidou um movimento de fechamento do sistema em torno da centralidade jurisdicional, repelindo de forma explícita a ideia de que o Chefe do Executivo possa, por decreto, suspender a eficácia de leis em vigor sob o pretexto de inconstitucionalidade. Esse dado jurisprudencial não elimina a controvérsia; ao contrário, obriga a reformular o problema em termos mais refinados: se o controle repressivo em sentido forte permanece reservado ao Judiciário, que espaços restam à Administração para fazer valer a supremacia da Constituição na gestão cotidiana de casos concretos?

A resposta construída no texto partiu de uma inflexão sobre o princípio da legalidade e sobre a separação de poderes. Ao invés de seguir lendo a legalidade administrativa como obediência cega à lei, propôs-se compreendê-la como legalidade constitucionalmente qualificada: cumprir a lei significa cumpri-la enquanto e na medida em que seja constitucional. Essa reconceptualização não relativiza a posição do STF, mas reforça a centralidade da Constituição como parâmetro máximo de validade e evidencia que a sua força normativa não se realiza apenas pelas decisões judiciais, mas também pela atuação responsável dos órgãos administrativos. A Administração deixa de ser mera destinatária passiva da Constituição via lei para assumir um lugar de curadoria administrativa da Constituição, ainda que sob balizas mais estreitas do que aquelas imaginadas pela doutrina clássica do controle político repressivo.

Nessa chave, o estudo sistematizou quatro formas de atuação constitucionalmente orientada do Chefe do Executivo e da Administração em geral. O controle autônomo restritíssimo foi concebido como espaço residual, excepcional e altamente condicionado, reservado a situações-limite em que não há acesso direto ao controle concentrado e em que a aplicação imediata da lei implicaria sacrifício grave e desproporcional de direitos fundamentais. O controle responsivo às decisões do STF foi identificado como núcleo duro e incontestado: a Administração apenas repercute, em seus procedimentos, o afastamento da presunção de constitucionalidade já realizado pela jurisdição constitucional. Entre esses polos, o controle autônomo por adesão jurisprudencial permite à Administração alinhar-se, motivadamente, a precedentes não dotados de eficácia vinculante formal, evitando a aplicação prática de normas já reputadas inconstitucionais pelo Supremo sem transformar tais precedentes em comandos obrigatórios infraconstitucionalmente.

O exame da dimensão temporal da autotutela revelou, por sua vez, uma quarta feição do controle: o controle responsivo com contenção da autotutela. A disciplina do art. 54 da Lei 9.784/1999, a tese afirmada no Tema 839 da repercussão geral e os precedentes que recusam invalidações automáticas em massa de atos praticados sob a égide de normas inconstitucionais mostram que não há “usucapião de constitucionalidade”, mas também não há licença para destruir, sem filtros, situações consolidadas. O STF afastou tanto a blindagem absoluta de atos inconstitucionais em nome de uma segurança estática quanto a desconstituição indiscriminada em nome de uma supremacia constitucional compreendida de modo abstrato e descontextualizado. Entre esses extremos, a Corte exige da Administração um juízo qualificado de aplicação das decisões de inconstitucionalidade, sensível ao devido processo, à proteção da confiança e aos impactos concretos da correção do vício normativo.

Ao final, a tese que se afirma é a de um controle de constitucionalidade compartilhado entre Administração e Judiciário. O STF conserva, em caráter irrenunciável, a palavra autorizada sobre a sanção de inconstitucionalidade e sobre a estabilização das respostas constitucionais em abstrato; a Administração, por sua vez, atua como instância primária de concretização da Constituição, chamada a filtrar a legislação e os próprios atos administrativos em diferentes planos: responsivo, autônomo restritíssimo, por adesão jurisprudencial e de estabilização temporal. O desafio que se projeta à dogmática — e, em alguma medida, ao legislador — é densificar os critérios de competência, motivação, procedimento, participação do administrado e coordenação com a jurisdição, para que esse controle difuso administrativo deixe de ser visto como anomalia ou ameaça e passe a funcionar como peça integrada e confiável da engrenagem de tutela da Constituição em um Estado Democrático de Direito complexo e policêntrico.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo, *Revista CEJ*, Brasília, ano XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011

ARAÚJO, Nadja Aparecida Silva de. Atuação do Poder Executivo no controle de constitucionalidade: notas de uma interpretação sistemática do direito brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 158, p. 249-297, abr./jun. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luis Roberto, Poder Executivo – Lei inconstitucional – Descumprimento, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 181, jul. dez, 1990, p. 387-414.

BINENBOIM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. *Recurso Voluntário n. 138.220*. Rel. Caio Marcos Candido. Tribunal Pleno, julgado em 25 fev. 2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 23.121*. Primeira Turma. Rel. Min Humberto Gomes de Barros, julgado em 06 out. 1993.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário n. 817.338*. Rel. Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 19 out. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar n. 2.390*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, julgado em 19 ago 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 775/RS*. Relator Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 03 abr. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 221*. Rel. Min. Moreira Alvez. Tribunal Pleno, julgado em 29 mar. 1990.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5295*. Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 14 ago 2025.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 25.888*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 19 out. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.889*. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma, julgado em 20 mai. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 28.953*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 28 fev. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 32.582*. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 31 ago. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 32.865*, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 02 jun 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Representação 980/SP*. Relator Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno, julgado em 19 set. 1980.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Súmula 347*. Tribunal Pleno, aprovada em 13 dez. 1963.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Civitas, 1983: reimpressão de 1994.

KUSTER, Roberto Baumgarten, O controle de constitucionalidade desempenhado pela Administração Pública no processo administrativo fiscal: (im)possibilidade de exercício, *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 1, 2016, p. 235-253.

LAURENTIIS, Lucas Catib, Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 133-166, mai. ago. 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Galego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

MATOS, André Salgado de. *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade, *Revista de Informação Legislativa*, n. 134, p. 11-39, abr. jun. 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiro, 1998.

VALADÉS, Diego. *El control del poder*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

Submetido em 10.08.2025

Aceito em 11.12.2025