

Instituto Metodista Izabela Hendrix

**Praetorium – Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de
Extensão em Direito**

CLÁUDIO MARCELO SPALLA FAJARDO

Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público

**BELO HORIZONTE
2007**

CLÁUDIO MARCELO SPALLA FAJARDO

Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Instituto Metodista Izabela Hendrix e Praetorium para a obtenção do título de Especialista em Direito Público.

**Belo Horizonte/MG
2007**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	7
2.1 Harmonia do Sistema Jurídico.....	7
2.2 Supremacia da Constituição.....	8
2.3 Breve Histórico do Controle de Constitucionalidade.....	9
2.3.1 Modelo Norte-Americano de Controle de Constitucionalidade (Sistema Difuso).	10
2.3.2 Modelo Austríaco de Controle de Constitucionalidade (Sistema Concentrado)...	13
2.3.3 Modelo Francês de Controle de Constitucionalidade (Controle Preventivo).....	15
2.4 O Sistema de Controle de Constitucionalidade no Brasil.....	16
2.4.1 Presunção de Constitucionalidade e Controle Prévio.....	17
2.4.2 Definição de Controle de Constitucionalidade.....	19
2.4.3 Tipos de Inconstitucionalidade.....	20
2.4.4 Reserva do Plenário.....	20
2.4.5 Inexistência de Distinção entre Afastar a Aplicação de Lei ou Ato Normativo e Declarar a Inconstitucionalidade.....	21
2.4.6 Descumprimento de lei ou ato normativo inconstitucional.....	23
2.4.7 Natureza Jurídica do Controle de Constitucionalidade.....	26
2.4.8 Vantagens e Desvantagens do Controle Difuso.....	28
3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....	30
3.1 Competências do Tribunal de Contas da União.....	31
3.2 Apreciação da Legalidade de Atos Sujeitos a Registro.....	33
3.3 Julgamento de contas.....	34
3.4 Súmula n.º 347 do STF.....	36
3.4.1 Premissa nº1: todos têm competência de deixar de aplicar norma inconstitucional.....	39

3.4.2 Premissa nº 2: diferença entre afastar a aplicação de leis e declarar a inconstitucionalidade.....	40
3.4.3 Premissa nº 3: lei ou ato inconstitucional são inexistentes e não surtem efeitos.....	40
3.5 Controle concreto de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas	41
3.6 Controle abstrato de constitucionalidade pelo TCU.....	42
3.6.1 Consulta.....	42
3.6.2 Representação	43
4 – CONCLUSÃO.....	46
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

1. INTRODUÇÃO

Em decisão monocrática¹, proferida em 22 de março de 2006, o Ministro Gilmar Mendes acolheu mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pela empresa Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. A impetrante insurgiu-se contra decisão do Tribunal de Contas da União que determinou a seus gestores que se abstenham de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto n.º 2.745, de 24/08/1998, do Presidente da República. No Acórdão n.º 039/2006, proferido pelo Plenário do TCU, em 25 de janeiro de 2006 (publicado no DOU de 01/02/2006), os Ministros do Tribunal de Contas negam Embargos de Declaração, impetrado por aquela empresa, e reafirmam a competência daquela Corte de Contas em declarar a inconstitucionalidade de atos normativos e demais atos do poder público, quando da apreciação em concreto. Em suas alegações, a impetrante alegou, justamente, a incompetência daquela Corte de Contas para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Ora, a competência da Corte de Contas para deliberar sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Públicos é matéria, de certa forma, pacífica na jurisprudência e na doutrina especializada. A ponto de o Supremo Tribunal Federal ter enunciado, desde 13 de dezembro de 1963, a Súmula n.º 347, que assim dispõe:

“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.”

¹ MS 25888 MC / DF. Ver também MS 26410 MC/DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski e MS 25986 ED-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello

Esses termos não foram suficientes para convencer o Ministro-Relator que deferiu o pedido da impetrante, concedendo a liminar *inaudita altera parte*, assim se pronunciou:

“Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177)(...)” (grifo nosso)

E mais:

“Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual "o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional”

E encerra sua decisão monocrática ao afirmar:

“Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.” (grifo nosso).

Dessa forma, o Ministro Gilmar Mendes pôs em xeque a validade, nos dias atuais, a Súmula 347, bem como a competência da Corte de Contas para continuar, ainda nos dias de hoje, a declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é averiguar a atual procedência desta atribuição do TCU, face ao questionamento suscitado pelo Ministro da Corte Suprema. Devemos, pois, perquirir as razões que jurisprudência e doutrina utilizaram para a aceitação quase que unânime desta competência ora questionada, aferindo se os pressupostos jurídicos anteriores continuam válidos nos dias atuais, considerando a ordem constitucional vigente e os mecanismos de controle de constitucionalidade de leis.

Para tal mister faz-se necessária uma abordagem sobre o instituto do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e confrontá-lo com as atribuições contemporâneas dos Tribunais de Contas, de forma a alcançar o objetivo final de avaliar ou não esta competência.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O Controle de Constitucionalidade é uma disciplina instrumental, operacional do Direito. Incide em todas as áreas do Direito e, por isso, pode ser considerada uma das matérias mais importantes do Direito. Não só do Direito Constitucional, mas de todas as disciplinas jurídicas. Uma vez que todas as normas de um sistema jurídico são passíveis do crivo pelo Controle de Constitucionalidade, sua abrangência perpassa por todos os ramos do Direito, Público ou Privado. Por isso podemos dizer que saber Controle de Constitucionalidade é compreender o Direito como um todo.

O tema, além de relevante, é amplíssimo. Não teremos a preocupação de esgotá-lo, mas pretendemos mostrar, de maneira breve, a evolução do Controle de Constitucionalidade até os dias de hoje, os sistemas existentes, seus pressupostos e espécies, como base para compreensão do papel dos Tribunais de Contas no exercício do controle de constitucionalidade.

2.1 Harmonia do Sistema Jurídico

O ordenamento jurídico deve ser concebido como um sistema, dotado de ordem e unidade, devendo as suas partes conviver de maneira harmoniosa². As normas jurídicas devem ser ligadas umas às outras, através de relações de fundamentação, onde cada norma

² Luís Roberto Barroso, *apud* FERRAZ (2006:421)

tem seu fundamento de validade (sua razão de ser) numa outra norma que lhe é imediatamente superior.³

2.2 Supremacia da Constituição

No ápice desse sistema jurídico harmônico se encontra a Constituição, norma fundamental e inicial de toda ordem jurídica. Para a manutenção da harmonia do sistema jurídico, todas as normas que lhe sejam inferiores devem a ela se conformar. Desse modo a interpretação e a aplicação de todas as normas jurídicas devem ser feitas pelo prisma das normas ínsitas na Constituição, pois é esta que tem o condão de conferir unidade ao sistema.

A supremacia da Constituição pode ser vislumbrada pelo ponto de vista material ou formal. A supremacia material, sob o prisma sociológico, é pertinente até nas constituições costumeiras e nas flexíveis, afinal o conteúdo das normas constitutivas do sistema tem, certamente, primazia, sobre as demais. No entanto, sob o prisma jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apóia na regra da rigidez, seu principal corolário⁴.

A rigidez constitucional decorre do maior grau de dificuldade para sua alteração, em relação às demais normas jurídicas. A supremacia da Constituição, vista acima, é consequência direta da rigidez que se exige para a alteração das normas constitucionais. Pode-se discutir, pelo conteúdo das normas, se é justificável inseri-las no seio da Constituição, como são as normas constitutivas do Estado e os direitos e garantias fundamentais, ou se são normas meramente acessórias. No entanto, essa discussão é inócua⁵, pois a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, conferindo validade a todas as normas nela contidas sobre todas as demais normas, independente do conteúdo que possam apresentar. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a

³ FERRAZ (2006:421)

⁴ SILVA (2006:46)

organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará, de fato, sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.⁶

2.3 Breve Histórico do Controle de Constitucionalidade⁷

Apesar de ser um instrumento essencialmente jurídico, filosoficamente falando, podemos dizer que desde de Aristóteles, já se pensava na existência de um Controle de Constitucionalidade. É sabido que o exímio filósofo da Grécia Antiga fez estudo, junto com seus discípulos, das “constituições” de diversas cidades-estados da Grécia e do entorno do Mediterrâneo. Por esse motivo ele pode ser considerado o primeiro grande constitucionalista da história. Em “Política”, o mestre da Grécia Antiga, já sustentava que “as normas constitutivas são hierarquicamente superiores às demais e que deveria haver mecanismos de controle.” A Polis grega, segundo Aristóteles, tinha **normas constitutivas** da sua própria organização política. E Aristóteles entendia que essas normas eram essencialmente normas distribuidoras de competências. Por exemplo, a Assembléia dos cidadãos retirava a competência para regulamentar certas matérias em razão das **normas constitutivas** da Polis. Os magistrados, que eram os administradores da época, e os juízes, também retiravam suas competências das normas constitutivas o que leva o mestre grego a chegar à seguinte conclusão: se essas **normas constitutivas** da sociedade organizam politicamente a sociedade e distribuem competências entre seus órgãos constituídos, é lógico que elas são hierarquicamente superiores. E se elas são hierarquicamente superiores, qualquer norma a ela

⁵ Sobretudo em nosso sistema jurídico que não admite a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, como a Constituição alemã, que requer uma adequação das demais normas constitucionais com o denominado núcleo constitucional.

⁶ SILVA (2006:45)

⁷ Valemo-nos, neste tópico, sobretudo de anotações de aula proferida por Márcio Luis de Oliveira, referente à disciplina de Direito Constitucional, lecionada no Curso de Pós-Graduação em Direito Público do Instituto Praetorium – Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividade de Extensão em Direito, no dia 20 de novembro de 2006, bem como do artigo do Procurador da República Álvaro Ricardo de Souza Cruz “Breve Histórico do Supremo Tribunal Federal e do Controle de Constitucionalidade Brasileiro”, publicado na obra “Crise e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras” (SAMPAIO, 2004:201-255).

inferior que viole os seus preceitos, viola os preceitos constitutivos da Polis. Portanto, para isso deveria haver instrumento adequado para fazer o controle das normas da Polis em relação às suas normas constitutivas. Uma verdadeira previsão, com séculos de antecedência, das ações diretas de inconstitucionalidade. Muitos séculos de esquecimento depois, John Locke, primeiro, e depois Montesquieu, em suas obras voltaram a abordar a supremacia de normas constitutivas do Estado

2.3.1 Modelo Norte-Americano de Controle de Constitucionalidade (Sistema Difuso)

Passada essa fase primitiva e afastando-se da Filosofia do Direito, a matéria do Controle de Constitucionalidade surgiu de fato, juridicamente falando, perante a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1803, durante o célebre caso *Madison vs Marbury*. Foi neste momento que o Controle de Constitucionalidade deixou de ser mera especulação filosófica para se tornar juridicamente positivo. *Marbury* pleiteava sua manutenção na função de juiz de paz para o qual fora nomeado, face à destituição arbitrária efetuada pelo Ministro da Justiça, Madison, do novo Presidente, Thomas Jefferson. Levado o caso ao *Chief Justice* John Marshall, da Suprema Corte, este decidiu que *Marbury* tinha direito, mas a lei que autorizava a Suprema Corte a julgar a matéria era inconstitucional e indeferiu o pleito. Essa decisão representou uma ruptura de paradigma. Segundo MOARES (2005:639), Marshall afirma que “é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo”.

Esse sistema americano veio a ser conhecido como *judicial review*, também denominado de sistema descentralizado ou difuso, uma vez que é confiado a todos os tribunais e juízes do país. Por esse sistema, a apreciação da inconstitucionalidade de leis se

daria, com as seguintes características: a) controle judicial; b) repressivo; c) feito nos casos concretos, incidentalmente; d) de forma difusa, por todos os juízes e tribunais.

Segundo FERRAZ (2006:441), “esse modelo funciona através do princípio do *stare decisis*, próprio do sistema do *common law*, segundo o qual os precedentes dos tribunais e, no caso de matérias constitucionais, da Suprema Corte, devem obrigatoriamente ser seguidos por todos os demais juízes e tribunais. Nesta esteira, as decisões da Suprema Corte têm força *vinculante*, do que decorre naturalmente a eficácia *erga omnes* das suas decisões.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824⁸ conferia ao Imperador as funções decorrentes do Poder Moderador⁹. Para alguns, do exercício desse Poder surge a primeira forma de Controle de Constitucionalidade brasileira, ainda que de forma imprópria, pois deveria zelar pela manutenção do equilíbrio e da harmonia entre os demais Poderes e também porque lhe competiria a sanção dos atos normativos propostos pela Assembléia Geral¹⁰. Na verdade, o controle exercido pelo Poder Moderador era amplo, sem referências maiores à

⁸ Todas as Constituições do Brasil foram obtidas no sítio <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 23/02/2007, às 19:20

⁹ “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.”

“Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fórmula do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.

III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado”

¹⁰ Diz a Constituição Imperial: “Art. 62. Se qualquer das duas Camaras, concluida a discussão, adoptar inteiramente o Projecto, que a outra Camara lhe enviou, o reduzirá a Decreto, e depois de lido em Sessão, o dirigirá ao Imperador em dous autographos, assignados pelo Presidente, e os dous primeiros Secretarios, Pedindo-lhe a sua Sancção pela formula seguinte - A Assembléa Geral dirige ao Imperador o Decreto incluso, que julga vantajoso, e util ao Imperio, e pede a Sua Magestade Imperial, Se Digne dar a Sua Sancção.”

“Art. 64. Recusando o Imperador prestar seu consentimento, responderá nos termos seguintes. - O Imperador quer meditar sobre o Projecto de Lei, para a seu tempo se resolver - Ao que a Camara responderá, que - Louva a Sua Magestade Imperial o interesse, que toma pela Nação.”

supremacia da Carta Imperial sobre as demais Leis do Império. E a Corte Suprema do Brasil Imperial, denominada pela Carta de 1824 de Supremo Tribunal de Justiça¹¹ (art. 163), cujos poderes eram extremamente restritos, não detinha entre as suas competências a de decidir sobre a validade de leis e atos do Governo face à Constituição¹².

O Controle de Constitucionalidade, na época do Império, era mecanismo fora do alcance do horizonte dos dezessete juízes que compunham a Corte, que estava longe de ser um órgão máximo de um dos poderes independentes do Estado, mas atuava mais como um dos Ministérios do Governo Imperial. Não se pode olvidar também da influência do constitucionalismo francês sobre a Carta de 1824, sendo que, mesmo naquele país, o texto constitucional estava mais para uma declaração política de direitos do que uma legislação superior com pretensão normativa e os juízes não deveriam ser mais do que a “boca da lei”, ao interpretá-las, segundo Montesquieu.

Ainda assim, Álvaro R. de Souza Cruz (SAMPAIO, 2004:205-206), citando Evandro Lins e Silva, menciona um episódio de coragem e independência do então Supremo Tribunal de Justiça que veio a abrir espaço para o efetivo controle de constitucionalidade. Diz respeito ao ocorrido em dezembro de 1863, quando Cansanção de Sinimbu, Ministro da Justiça, aposentou compulsoriamente vários magistrados, durante as férias do Tribunal. A Corte Suprema, ao tomar conhecimento dos decretos em fevereiro de 1864, recusou-se a cumpri-los, por considerá-los inconstitucionais. O Presidente do Tribunal, Joaquim José Pinheiro de Vasconcelos, Visconde de Monserrate, comunicou a resolução ao novo Ministro

¹¹ O nome do Supremo Tribunal de Justiça antes da Carta de 1824, era “Casa da Suplicação do Brasil”, que, coincidindo com a vinda da Corte Portuguesa que fugia das tropas napoleônicas na Europa, foi criada pelo Alvará de 10 de maio de 1808. (SAMPAIO, 2004:204).

¹² “Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir. Art. 164. A este Tribunal Compete:
I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.

da Justiça, Zacarias de Góis e, diante da manutenção dos decretos, apresentou seu pedido de demissão.

Já com o advento da República, a nova Constituição, de 24 de fevereiro de 1891, veio a deixar claro essa competência em favor do agora denominado Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição. Assim, nascia, sem controvérsias, o controle de constitucionalidade no Brasil, um sistema de controle difuso, nos moldes do sistema norte-americano, com a introdução desse dispositivo em seu art. 59¹³, que, como ressaltou Rui Barbosa:

“obriga esse tribunal a negar a validade às leis federaes, quando contrárias à Constituição, e as leis federaes são contrárias à Constituição, quando o Poder Legislativo, adoptando taes leis, não se teve nos limites, em que a Constituição o autoriza a legislar, isto é, transpassou a competência, em que a Constituição o circunscreve. (*apud* MORAES, 2005:641).”

O controle difuso de constitucionalidade instalou-se de forma efetiva no Brasil com a Lei Federal n.º 221, de 1894¹⁴, que concedeu competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais (MORAES, 2005:641).

2.3.2 Modelo Austríaco de Controle de Constitucionalidade (Sistema Concentrado)

O modelo americano de controle de constitucionalidade não era muito apreciado na Europa por razões históricas¹⁵. Um novo modelo de controle de constitucionalidade foi introduzido na Europa, sob o gênio inspirador de Hans Kelsen. A Constituição austríaca de 1920 consagrou como forma de garantia suprema da Constituição, pela primeira vez a

II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.

III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provincias

¹³ Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas

¹⁴ Art. 13, § 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

existência de um tribunal com **exclusividade** para o exercício do controle judicial de constitucionalidade – o Tribunal Constitucional -, em oposição ao modelo norte-americano de controle difuso. Hans Kelsen, criador do modelo concentrado, justificou a escolha de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade, afirmando que se a Constituição conferisse a qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse a todos. Dever-se-ia evitar tal situação, conferindo a competência para tal a um único órgão jurídico. E se o Controle de Constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação ao caso concreto, mas em relação a todos os casos que a lei se refira. (apud MORAES, 2005:658).

As características do sistema de controle de constitucionalidade proposto por Hans Kelsen seriam então: a) controle concentrado pela Corte Constitucional; b) repressivo; c) feito por ação direta, em controle abstrato, ou através de incidente processual, no caso concreto.

Segundo posição dominante na doutrina, o controle concentrado de constitucionalidade chegou formalmente ao Brasil nos primórdios da Ditadura Militar, quando, por intermédio da Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, que alterou a Carta de 1946, permitindo ao Supremo Tribunal Federal a apreciação de leis em abstrato, através da representação aviada, **exclusivamente**, pelo Procurador Geral da República, mas estava longe de representar uma garantia democrática¹⁶.

¹⁵ Os países europeus não tinha a tradição de um Poder Judiciário forte e independente.

¹⁶ Álvaro R. de Souza Cruz revela que, como não poderia deixar de ser, essa inovação pretensamente moderna e democrática, de valorização do STF, veio atender aos interesses do Regime Militar. Ao consignar como único legitimado à propositura da representação de inconstitucionalidade o Procurador-Geral da República que, à época, nada mais era que elemento institucional da Ditadura (SAMPAIO, 2004:232). Aliás, a tese central do seu citado artigo, mostra que tanto a introdução do controle difuso, pela Constituição Republicana de 1891, como a introdução do controle concentrado, pela EC n.º 16/65, foram introduzidas pelo signo dos interesses governamentais. No caso, do controle difuso, para proteger a nova ordem contra uma possível reação monarquista.

Ressalte-se, entretanto que a Constituição de 1934, introduziu a representação interventiva que foi caracterizada pela jurisprudência do Supremo como mecanismo de fiscalização abstrata de leis ou atos normativos estaduais, ou seja, uma espécie de ação direta e de controle concentrado de constitucionalidade. Segundo o art. 12, §2.^o¹⁷, da Constituição da República, de 16 de julho de 1934, ocorrendo a necessidade de preservar, nos estados, o funcionamento dos princípios constitucionais sensíveis (art. 7.^o, I, “a” a “h”)¹⁸, o Procurador-Geral da República deveria provocar a Corte Suprema (nome dado ao STF, pela Carta de 1934), que apreciaria a constitucionalidade da lei ou ato normativo estadual contrário aos princípios sensíveis da Constituição.

2.3.3 Modelo Francês de Controle de Constitucionalidade (Controle Preventivo)¹⁹

Na evolução histórica do controle de constitucionalidade, ainda merece destaque o modelo francês, que se baseia no controle preventivo realizado pelo Conselho Constitucional. Por motivos históricos, a França possui uma rígida concepção do princípio da separação de poderes e, por essa razão, a apreciação da constitucionalidade de atos legislativos pelo Poder Judiciário seria encarado como uma violação a este princípio. Sendo assim, o controle de constitucionalidade se dá no âmbito do Conselho Constitucional, que tem viés político e se

¹⁷ “Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h , do art. 7.^o, n.^o I, e a execução das leis federais;

§ 2.^o - Ocorrendo o primeiro caso do n.^o V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a inconstitucionalidade.

¹⁸ Art 7.^o - Compete privativamente aos Estados:

I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios:

a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões;

¹⁹ FERRAZ (2006:442) ainda menciona um quarto modelo de controle de constitucionalidade, o modelo inglês, justamente caracterizado pela ausência de controle de constitucionalidade. Como a Inglaterra não adota distinção formal entre normas constitucionais e demais normas jurídicas (constituição flexível), não há mecanismo formal de controle de constitucionalidade. Vale como observação, mas nos parece impróprio classificar uma espécie, cuja principal característica é a sua inexistência.

situa fora da estrutura dos Poderes (FERRAZ, 2006:442), mediante provocação do Governo ou do Presidente de qualquer das Casas Legislativas, durante o processo legislativo, ou seja, antes da promulgação do ato legislativo de qualquer espécie.

Acrescente-se ainda que, apesar de tradicionalmente o modelo francês ser traduzido como um **modelo preventivo** de controle de constitucionalidade, MORAES (2005:636) observa que o art. 37.2 da Constituição Francesa previu uma forma de controle repressivo de constitucionalidade, quando o Conselho Constitucional analisa abstratamente a repartição constitucional de competências entre Governo e Parlamento, ou seja, após a consumação das normas constitucionais.

2.4 O Sistema de Controle de Constitucionalidade no Brasil

Conforme visto, o sistema brasileiro de Controle de Constitucionalidade é fundado no sistema difuso, segundo o modelo norte-americano, evoluindo para o sistema concentrado, sem abandonar o sistema anterior, mas permitindo a coexistência de ambos os modelos. O eminente constitucionalista José Afonso da Silva corrobora essa tese ao afirmar que o “Brasil adotou o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso, por via de defesa, com o critério de controle concentrado por de ação direta de inconstitucionalidade”²⁰ (SILVA, 2006:558).

No decorrer da história do Direito Brasileiro, podemos perceber a Corte Suprema do Brasil se desincumbindo de competências típicas de corte recursal, desde a antiga Casa da Suplicação (1808) e do Supremo Tribunal de Justiça (Carta Imperial) até às emendas à atual Carta de 1988, para assumir competências mais ligadas ao controle concentrado de constitucionalidade. A mais recente mudança neste sentido, por exemplo, foi a introdução,

pela Emenda Constitucional n.º 45, do instituto da **repercussão geral** (art. 102, §3.º), que limita a propositura do recurso extraordinário junto ao STF a casos que tenham aplicação generalizada na sociedade, restringindo, portanto, o papel daquela corte, nos casos de apreciação da constitucionalidade de leis, em casos concretos. Entretanto, como bem afirma José Afonso da Silva, isso não o converte em Corte Constitucional (2006:558-559), conforme o modelo preconizado por Hans Kelsen. Principalmente porque, além de preservar várias outras competências²¹ que não dizem respeito à apreciação de questões constitucionais²², “não é único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção” (SILVA, 2006:559). Ou seja, conforme prevê o art. 102, compete *precipualemente* a *guarda da Constituição*, mas não *exclusivamente*, de modo que a base de nosso sistema de controle de constitucionalidade continua a ser o sistema difuso.

2.4.1 Presunção de Constitucionalidade e Controle Prévio

Os atos legislativos emanados do Poder Legislativo brasileiro são dotados de uma presunção de constitucionalidade. Trata-se de uma presunção relativa²³, uma vez que podem, pela atuação dos órgãos competentes para exercer o controle de constitucionalidade, ser posteriormente declarados inconstitucionais. A presunção de constitucionalidade dos atos legislativos decorre da existência de um controle prévio, exercido durante o processo

²⁰ Art. 103, §2.º da Constituição Federal prevê também a declaração, pelo STF, de inconstitucionalidade por omissão, nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais (SILVA, 2006:47).

²¹ Como, por exemplo, casos de extradição de estrangeiros, julgamento, por infrações penais comuns do Presidente e Vice-Presidente da República, de membros do Congresso Nacional, Ministros e o Procurador-Geral da República, litígio de Estado estrangeiro ou organismo e a União ou Estados-membros, etc (art. 102, I, “b”, “c”, “e” e “g”).

²² Seguindo essa tendência de aliviar o STF de questões não constitucionais, a EC n.º 45, transferiu para o Superior Tribunal de Justiça a competência para a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do “exequatur” às cartas rogatórias (art. 105, I, “i” e revogação do art. 102, I, “h”).

legislativo que culmina com a expedição da norma. Sylvio Motta esclarece que “o princípio da presunção de constitucionalidade baseia-se na eficácia do controle preventivo e pugna pelo entendimento que toda espécie normativa nasce de acordo com a Constituição e, como tal, deve ser preservada” (MOTTA, 2006:546).

A presunção só desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído pela Constituição Federal. Podemos considerar que a audiência do Advogado-Geral da União, com a incumbência de defender o ato ou texto impugnado, previsto no art. 103, § 3.º da Constituição²⁴, reforça a presunção de constitucionalidade, pois estabelece o contraditório no processo de ação declaratória de inconstitucionalidade. (SILVA, 2006)

O controle de constitucionalidade preventivo, no Brasil, é feito, em geral, pelas Casas legislativas, e pelo Presidente da República. Segundo a Constituição Federal, durante o processo legislativo, as deliberações da Câmara de Deputados e do Senado Federal serão precedidas por um juízo de atendimento aos pressupostos constitucionais²⁵. Esse juízo prévio de constitucionalidade é exercido pelas conhecidas CCJ ou CCJC, as Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, que atuam separadamente na Câmara e no Senado. Após a deliberação no Parlamento, o projeto é encaminhado para a Presidência da República, cabendo o Presidente, se considerar o projeto constitucional e de interesse público, sancioná-lo²⁶. Dessa forma, também cabe ao Presidente da República o exercício do controle prévio de constitucionalidade.

Não é comum o controle prévio ser exercido pelo Poder Judiciário, que costuma ser bastante cuidadoso para não se intrometer em assuntos *interna corporis*. Mas também é possível o controle prévio de constitucionalidade, pela inobservância de normas do processo

²³ No caso da França, onde a Conselho Constitucional atua de maneira prévia e definitiva, podemos dizer que essa presunção de constitucionalidade seria absoluta.

²⁴ § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

²⁵ Art. 62, §5.º da Constituição.

²⁶ Art. 66, §1.º da Constituição.

legislativo. A professora Germana de Oliveira Moraes, na obra *O Controle Constitucional da Constitucionalidade no Processo Legislativo*,²⁷ chama a atenção para o caso do MS-22503 MC/DF, de 12/04/1996, em que o Ministro Marco Aurélio concedeu medida liminar, determinando que a Câmara de Deputados se abstinisse da prática de qualquer ato concernente à tramitação da PEC n.º 33-A/95, que tratava da Reforma da Previdência Social (que resultou na EC n.º 20, de 15 de dezembro de 1998). O STF foi instado a trancar a tramitação da proposta porque, segundo o entendimento do impetrante, violava o art. 60, §5.º, da Constituição²⁸. Sendo assim, vislumbramos a possibilidade, via controle preventivo do Poder Judiciário, de se proceder o trancamento de proposta de emendas tendentes a abolir: a) forma federativa de Estado; b) o voto direto, secreto, universal e periódico; c) a separação dos Poderes; d) os direitos e garantias individuais, por ofender o art. 60, §4.º, da Constituição; além de uma possível violação de normas do processo legislativo para tramitação de emendas constitucionais.

2.4.2 Definição de Controle de Constitucionalidade

No ponto em que chegamos é possível apresentar uma definição para o controle de constitucionalidade, tal qual se entende no Brasil. A melhor definição que encontramos foi a do professor Márcio Luís de Oliveira²⁹, que assim define:

“Controle de constitucionalidade é o juízo de adequabilidade incidente sobre a presunção relativa de validade dos: a) atos normativos infraconstitucionais³⁰ em

²⁷ *Apud* MOTTA (2006:551-553).

²⁸ Art. 60, § 5º - “A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

²⁹ Aula proferida por Márcio Luis de Oliveira, referente à disciplina de Direito Constitucional, lecionada no Curso de Pós-Graduação em Direito Público do Instituto Praetorium – Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividade de Extensão em Direito, no dia 29 de novembro de 2006.

³⁰ No controle difuso, admite-se o controle de atos infraconstitucionais de qualquer grandeza. Já no controle concentrado só se admite o controle em relação a atos normativos primários (leis, medidas provisórias ou decretos autônomos). FERRAZ (2006:436) não faz essa distinção, afirmando que a “**há inconstitucionalidade apenas quando for caso de inconstitucionalidade direta**”. No caso, a inconstitucionalidade indireta ou reflexa, proveniente de normas secundárias, seria meramente caso de ilegalidade, não passível de controle de constitucionalidade. *Idem* MOTTA (2006:547)

relação à Constituição formal³¹; e b) atos normativos constitucionais derivados (emendas), em relação aos limites ao Poder Reformador previstos na Constituição originária^{32, 33}; c) atos concretos³⁴.”

2.4.3 Tipos de Inconstitucionalidade

O vício da inconstitucionalidade tanto pode se dar pela afronta ao conteúdo na norma constitucional (**inconstitucionalidade material**), quanto pela afronta ao processo legislativo (**inconstitucionalidade formal objetiva**), quando há “vício da norma elaborada sem a observância das normas constitucionais concernentes ao processo legislativo ou aos limites ao poder de reforma do texto constitucional ou, ainda, quando há vício de iniciativa da norma (**inconstitucionalidade formal subjetiva**) (MOTTA, 2006:549).

2.4.4 Reserva do Plenário

No caso de o Controle de Constitucionalidade ser operado no âmbito de tribunais, por força do dispositivo constitucional ínsito no art. 97³⁵ da Constituição, a declaração de inconstitucionalidade só poderá ser feita pelo plenário do órgão, não em decisões monocráticas ou de órgãos fracionários (câmaras). É denominado de princípio (ou cláusula) de reserva de plenário, e foi introduzida pela primeira vez no direito pátrio, pelo art. 179 da Constituição de 1934³⁶.

³¹ Somente em relação às normas constitucionais formais, já que o STF não admite o controle com base no Bloco de Constitucionalidade, que incluiria também as normas **materialmente** constitucionais, mas fora da Constituição Federal. O parâmetro para o controle de constitucionalidade são as regras e os **princípios** da Constituição formal apenas.

³² Os limites podem ser implícitos e deduzidos da Constituição originária. No caso, é pacífico a possibilidade de haver normas constitucionais inconstitucionais, se forem derivadas.

³³ A inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, em confronto com um “Núcleo Constitucional” não é aceita no Brasil.

³⁴ Os atos não normativos também podem sofrer controle de constitucionalidade pela via difusa ou pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), pela via concentrada, tendo como parâmetro a Constituição formal.

³⁵ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

³⁶ Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

Segundo MORAES (2005:642), a “*cláusula de reserva de plenário* atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado.”

2.4.5 Inexistência de Distinção entre Afastar a Aplicação de Lei ou Ato Normativo e Declarar a Inconstitucionalidade

A questão da cláusula de plenário fez nascer uma polêmica no direito brasileiro que dizia respeito a possibilidade do magistrado não declarar a inconstitucionalidade da norma, mas simplesmente afastá-la ou recusar-se a dar-lhe cumprimento. Essa questão se tornou relevante porque, no âmbito dos tribunais, como visto, a declaração de inconstitucionalidade é prerrogativa limitada ao plenário, gerando certa indisposição com autoridades pertencentes a tribunais que não se conformavam em ver sua parcela de competência, no caso a declaração de inconstitucionalidade, reduzida, apesar da promoção na carreira jurídica.

No entanto, essa polêmica encontra-se atualmente pacificada pela jurisprudência que tem entendido não haver diferenciação entre declarar a inconstitucionalidade de uma norma e afastar a sua aplicação, no caso concreto.

Nesse sentido, Vânia Hack de Almeida escreveu: “exerce o controle incidental de constitucionalidade o juiz ou tribunal que afasta a aplicação da norma, em face da inconstitucionalidade, mesmo sem a declaração ou reconhecimento expresso na decisão.” (ALMEIDA, 2005).

Já Antonio Joaquim Ferreira Custódio, em sua obra “Constituição Federal Interpretada pelo STF”, cita o HC 69.939-MS, da Primeira Turma do STF (*in* RTJ 150/524), em que afirma, referente ao art. 97 da Constituição Federal, ser “irrelevante que se tenha ou

não formulado arguição explícita, bastando que a aplicação da norma da lei incidente haja sido afastada, no caso concreto, sob fundamento de contrariedade à Constituição.” (CUSTÓDIO, 2000:133).

Em belíssimo ensaio intitulado “Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União”, a analista de controle externo do TCU Mariana Priscila Maculan Sodré (SOUZA JÚNIOR, 2006:134) resgata a origem desta divergência na obra de José Afonso da Silva (“Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina”), publicada em 1978 na Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

“Tentou a doutrina divergente estabelecer, entre nós, a distinção que algumas constituições latino-americanas fazem entre inaplicabilidade da lei e declaração de inconstitucionalidade (El Salvador, artigos 95 e 96; Honduras, artigo 236; Uruguai; 258).

[...] Foi o que, de certo modo, se pretendeu sustentar no Brasil, sob a Constituição de 1946, querendo distinguir entre julgamento de inconstitucionalidade e declaração de inconstitucionalidade, para concluir, sem razão, no entanto, que a “competência para a primeira é reconhecida, indistintamente e irrestritamente, a todos os órgãos do judiciário, tanto de primeira como de segunda instância”, ao passo que a “declaração de inconstitucionalidade é privativa do tribunal pleno e somente pode ser pronunciada pela maioria absoluta da totalidade dos seus juízes.

“Pelo que vimos antes, essa doutrina ficou logo superada pela jurisprudência e pela corrente que sustentava que qualquer juiz poderia declarar a inconstitucionalidade das leis e demais atos do poder público, assim como os tribunais; apenas a declaração destes, para valer, terá que decorrer do voto favorável da maioria absoluta de seus membros (SILVA, 1978, p. 130/131).”

Mariana Sodré (SOUZA JÚNIOR, 2006:134) cita ainda Ronaldo Poletti (Controle da Constitucionalidade das Leis. 2.^a ed. 8.^a tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001:198), que, a nosso ver, esclarece categoricamente a polêmica:

“Inexiste diferença ontológica entre declaração de inconstitucionalidade e sentença, onde não se aplicou lei formalmente válida por entendê-la inconstitucional seu prolator. A diferença é de eficácia, quanto aos efeitos, daquela decisão dos tribunais e daqueloutra pelos juízes singulares ou pelo Supremo Federal. (POLETTI, 2001, p. 198).”

Enfim, colacionamos enxertos do RE 432954/MG, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que servem para esclarecer de forma definitiva a posição da jurisprudência sobre o tema:

“O Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos, manifestou-se pelo provimento do recurso, em parecer no qual restou assentado (fls. 166-168): ‘5. *In casu*, afastou a Corte a quo a aplicabilidade dos parágrafos 1o a 3o do art. 3o da Lei Estadual no 13.803/00, por entender que seus termos conflitam com a CF, como se observa do seguinte excerto, extraído do acórdão impugnado: ‘...Tem-se, assim como conflitantes com regras da CF e da Lei Complementar no 63/00, os parágrafos 1o a 3o da Lei Estadual no 13.803/00, cuja aplicação deve ser afastada por inconstitucionalidade’. Verifica-se, portanto, violado o princípio da reserva de Plenário, conforme jurisprudência dominante nesta Corte. Nesse sentido o RE 179.170, Rel. Moreira Alves, 1a T., DJ 30.10.98, assim ementado: “EMENTA: Controle difuso de constitucionalidade de norma jurídica. Art. 97 da Constituição Federal. - A declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica “*incidenter tantum*”, e, portanto, por meio do controle difuso de constitucionalidade, é o pressuposto para o Juiz, ou o Tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida como inconstitucional. Por isso, não se pode pretender, como o faz o acórdão recorrido, que não há declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica “incidenter tantum” quando o acórdão não a declara inconstitucional, mas afasta a sua aplicação, porque tida como inconstitucional. Ora, em se tratando de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser declarada em controle difuso por Tribunal, só pode declará-la, em face do disposto no artigo 97 da Constituição, o Plenário dele ou seu Órgão Especial, onde este houver, pelo voto da maioria absoluta dos membros de um ou de outro. No caso, não se observou esse dispositivo constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (grifo nosso).

2.4.6 Descumprimento de lei ou ato normativo inconstitucional

Como vimos, toda norma jurídica no Brasil goza de presunção relativa de constitucionalidade. Portanto, toda norma de ordem pública tem dever de observância e execução, até que um órgão competente superior autorize o seu descumprimento. Ninguém da sociedade pode simplesmente deixar de cumprir a norma por considerá-la inconstitucional. Essa autorização de descumprimento se dá pela adoção de procedimento específico, previsto no ordenamento jurídico, que é controle de constitucionalidade. No Estado Democrático de Direito, não é qualquer pessoa que pode se recusar a dar cumprimento à norma, mas apenas os órgãos competentes para adotar o procedimento de Controle de Constitucionalidade e afastar sua presunção de validade. E no Brasil, a nível federal, são considerados órgãos competentes: o Poder Judiciário, o Congresso Nacional, o Presidente da República e o Tribunal de Contas da União³⁷.

³⁷ Anotações de aula proferida por Márcio Luis de Oliveira, referente à disciplina de Direito Constitucional, lecionada no Curso de Pós-Graduação em Direito Público do Instituto Praetorium – Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividade de Extensão em Direito, no dia 20 de novembro de 2006.

Esse pensamento, no entanto, não é pacífico, apesar de o considerarmos o mais adequado. Além da recente controvérsia em relação à competência do Tribunal de Contas da União, suscitada pela decisão do Ministro Gilmar Mendes, a que nos propomos a estudar (MS 25888 MC/DF), há controvérsias quanto à possibilidade de descumprimento da norma tida como inconstitucional pela Administração Pública.

É certo que o Poder Executivo, assim como os demais Poderes de Estado são obrigados a pautar suas condutas pela estrita legalidade. Dessa forma, estaria o Poder Executivo apto a negar o cumprimento de uma lei ou ato normativo considerado inconstitucional? É conferido ao Poder Executivo competência para fazer esse juízo de adequabilidade constitucional da norma, após a oportunidade do controle prévio exercido pela sanção? Segundo o Professor Alexandre de Moraes (2005:632), sim, se a inconstitucionalidade for flagrante, pois não se poderia exigir do chefe do Poder Executivo o cumprimento de lei ou ato normativo nessas condições, podendo e devendo, lícitamente, negar-se cumprimento, sem prejuízo de exame posterior pelo Poder Judiciário. Esse também é o entendimento do professor Sylvio Motta, que reconhece “a possibilidade de um chefe do Poder Executivo simplesmente não aplicar uma lei ou um decreto que entenda inconstitucional, até que o controle abstrato repressivo seja acionado e se pronuncie, ainda que liminarmente, sobre o conflito” (2006:551).

Para enriquecer o debate, o professor Sylvio Motta ainda cita a lição de Rodrigo Lopes³⁸ (LOURENÇO, 1998) que evoca a Súmula 473 do STF³⁹, para afirmar:

“reconhece-se pacificamente que o órgão estatal que desempenhe atividade administrativa tem o poder-dever de anular atos que violem dispositivos legais. A *fortiori*, se tais atos desacatarem comandos constitucionais, deverá o órgão anulá-los. Assim, por exemplo, se o chefe de Poder Executivo se depara com decreto de seu antecessor, em plena vigência, que repute inconstitucional, poderá, baseando-se no sobredito verbete n.º 473, editar outro decreto anulando aquele por

³⁸ LOURENÇO, Rodrigo Lopes. Controle de Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

³⁹ “A administração pode anular seus próprios atos quando eivado de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”

inconstitucionalidade. Neste caso, como se torna evidente, exerceu-se controle da constitucionalidade político (rectius: não-jurisdicional) e repressivo”. (2006:551).”

A jurisprudência do STF, pelo visto, acolhe parcialmente a tese dos citados doutrinadores, desde que restrita ao Chefe do Poder Executivo (e Legislativo), que, sem declarar inconstitucionalidade da norma, poderá determinar que seus órgãos subordinados deixem de aplicar administrativamente leis e atos com força de lei que considerem inconstitucionais. Esse é o entendimento do Ministro Moreira Alves, em seu voto na ADI-MC n.º 221, como podemos ver:

“Os poderes executivo e legislativo, por sua chefia - e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade -, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.”

Com certeza, esse entendimento vai de encontro a tese consolidada na doutrina e jurisprudência, vista no tópico anterior, de que inexistente distinção efetiva entre afastar a aplicação de lei ou ato normativo e declarar a inconstitucionalidade. Também se afasta da tese da presunção de constitucionalidade nas normas, prevalecente no Estado de Direito, pois permite que o Poder Executivo se negue a dar cumprimento à lei, ao seu alvedrio, bastando considerá-la inconstitucional, sem qualquer procedimento prévio para tão relevante decisão.

Não compartilhamos desse entendimento. Pelo voto acima exposto, proferido em 1990, o próprio relator demonstra certa insegurança em esposar a tese da possibilidade do Poder Executivo negar aplicação de norma, diante do alargamento da possibilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Por isso, e para sermos mais coerentes com as teses anteriormente expostas, entendemos que deva ser negada, inclusive ao Chefe do Poder Executivo, a possibilidade de deixar de aplicar leis, ainda que as considere inconstitucionais. Quanto à aplicação da Súmula 473 do STF, citada por Rodrigo Lopes, entendemos que não se aplica ao caso, pois se refere exclusivamente ao **controle de legalidade**, ou seja, um vício de constitucionalidade reflexa, indireta. Inclusive o exemplo

citado, da anulação de decreto do Chefe do Poder Executivo antecedente, sendo norma de mesmo grau hierárquico e cuja edição é da sua competência, entendemos que esteja perfeitamente adequada a aplicação da Súmula do STF.

2.4.7 Natureza Jurídica do Controle de Constitucionalidade

Qual a natureza jurídica do Controle de Constitucionalidade? Ainda há muita dúvida na doutrina a respeito desse tópico. Quando surgiu, em 1803, o *Chief Justice* da Corte Suprema, John Marshal, chegou a definir qual seria a essência do controle de constitucionalidade, segundo a visão que ele tinha em 1803⁴⁰. Segundo John Marshall, o Congresso americano, exercendo uma função legislativa, havia positivado uma norma, uma lei. E essa norma estava sendo objeto de discussão, no Poder Judiciário, a respeito de sua validade. Declarando sua invalidade, John Marshal dizia que o Poder Judiciário estaria fazendo uma função legislativa às avessas. Seria uma **função legislativa negativa**. Enquanto o Congresso americano, pela função legislativa, **positiva** uma norma jurídica, o Poder Judiciário, ao exercer o Controle de Constitucionalidade, **desconstitui** a norma jurídica, negando-lhe validade. Essa seria a essência do controle de constitucionalidade: o exercício da função legislativa em caráter negativo, em caráter desconstitutivo da norma jurídica.

Essa concepção da natureza do Controle de Constitucionalidade, no entanto, apesar de dominante na doutrina, parece inadequada. Afinal, quando efetivada em razão do controle difuso, os seus efeitos se limitam à relação entre as partes litigantes. E ainda que a decisão pela inconstitucionalidade seja tomada no Supremo Tribunal Federal, ainda que a sua eficácia seja tomada a título *erga omnes* ou que o Senado Federal⁴¹ suspenda a execução da norma (art. 52, X da Constituição), a norma continuará vigente. A decisão do Poder Judiciário

⁴⁰ Anotações de aula proferida por Márcio Luis de Oliveira, referente à disciplina de Direito Constitucional, lecionada no Curso de Pós-Graduação em Direito Público do Instituto Praetorium – Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividade de Extensão em Direito, no dia 29 de novembro de 2006.

só fulmina a eficácia da norma, mas não atinge a sua vigência, de modo que seria imprópria a concepção de função legislativa negativa.

Também seria inadequada a classificação como função judicial, pois no controle difuso de constitucionalidade não se pretende discutir a lide, mas a operabilidade da norma jurídica⁴². O objetivo do controle não é exatamente resolver a lide, mas a adequação da norma à constituição. Muito menos função administrativa. Em qual função estatal, então, se enquadraria o controle de constitucionalidade?

Uma doutrina ainda incipiente se inclina por classificar o Controle de Constitucionalidade na função estatal de “Controle”, segundo uma classificação mais moderna das funções de Estados. A par das funções clássicas, legislativa, judicial e administrativa, a **função de controle** seria uma quarta função estatal, ainda que não esteja sistematizada, organicamente, em um dos Poderes da União, Legislativo, Judiciário e Executivo, previstos no art. 2.º da Constituição⁴³, mas representada pela atuação de outros órgãos autônomos, também de estatura constitucional, sem vinculação com aqueles Poderes, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União. Apesar do agrupamento em funções estatais básicas, proposto por Montesquieu ter validade, até os dias atuais, sobretudo em relação à divisão **orgânica e formal** dos Poderes, o Estado Moderno, com atuações mais específicas, encontra dificuldade de situar alguns órgãos nesta divisão clássica. Seriam os casos, como citado acima, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, casos em que a doutrina, a respeito destes órgãos, com frequência se divide. Sobre isso, Odete Medauar afirma:

⁴¹ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

⁴² Mesmo no controle difuso exercido nos tribunais, onde a questão incidental deixa em suspenso a lide e é decidida no plenário da corte *a quo*, conforme regra da reserva de plenário (art. 97, CF/88) e prática regimental dos tribunais.

⁴³ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

“Hoje, embora na maioria dos ordenamentos se mantenha o princípio da separação dos poderes, a fórmula originária não se ajusta totalmente à realidade político-institucional dos Estados. Alguns dados demonstram isso. Com o advento do Executivo eleito diretamente, não mais se justificaria a supremacia do Legislativo, pois haveria a situação de opor representantes do povo contra representantes do povo. Por outro lado, a ampliação das funções do Estado e a exigência contínua de adoção de medidas no âmbito econômico e social impõem atuação mais rápida, portanto, incompatível com a lentidão do processo legislativo. Daí a supremacia real do Executivo em todos os países na atualidade; o Executivo passou a ter atividade legislativa intensa, caso das medidas provisórias. Além do mais, verifica-se neste fim de século realidade dotada de maior complexidade em relação à época de Montesquieu; muitas instituições são dificilmente enquadráveis em algum dos três clássicos poderes, como é o caso do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. (Apud LIMA, 2002:14-15).

2.4.8 Vantagens e Desvantagens do Controle Difuso

Interessante análise foi feita pelo Professor Sylvio Motta, entre as vantagens e desvantagens do controle difuso, quando comparado com o sistema concentrado (MOTTA, 2006:656-657).

A primeira desvantagem, obviamente é que profusão de juízos no país possibilita a existência de decisões diferentes para um mesmo caso. Esta é uma característica própria do sistema difuso. MOTTA afirma que “a única forma de evitar decisões diferentes é entregá-las a um mesmo julgador, e num mesmo dia, pois bem pode ser que no dia seguinte ele estude mais, ou aprenda algo, ou veja, ou sinta diferente, e modifique sua decisão”.

Por outro lado, o sistema difuso tem uma nítida vantagem, pois possibilita que “qualquer pessoa, por mais pobre e inculta que seja, se conseguir um defensor público ou um advogado que a atenda, poderá defender-se da inconstitucionalidade. Não precisará arcar com elevados custo de peticionar em Brasília, onde, de qualquer sorte, sua simples condição de cidadã não bastará para ser ouvida pela Corte das Cortes”. Juízes de primeira instância, por sua proximidade com o povo, muitas vezes podem aquilatar melhor o real resultado das normas que, abstratas, nem sempre alcançam a sua devida pacificação social.

MOTTA ainda menciona o fato de que, os juízos de primeira instância serem, em geral, mais técnico e sofrerem menos influências de caráter político. Dependendo do ponto de

vista isso também pode ser uma vantagem ou desvantagem. Já quanto a uma possível maior demora nas decisões:

“...isso não pode ser aprioristicamente considerada como vantagem ou desvantagem, pois nenhuma demora é arriscado e muita demora é negar a jurisdição. No frigar dos ovos, porém cremos que a demora causada pela via indireta permite uma melhor acomodação do pensamento, a oitiva de todas as teses e ilações, a reflexão mais pausada e, assim, mais apta a gerar decisões justas.” (MOTTA, 2006:657)

Por fim, o professor afirma que a imensa maioria dos juízes tende a seguir a as decisões do STF, agregando às decisões das instâncias inferiores.

Partilhamos desse entendimento do eminente professor. Entendemos que, sistematicamente, o Controle de Constitucionalidade está assentado no modelo difuso, pois constitui-se atribuição inafastável do juiz a aferição da conformidade do instituto normativo que se pretende aplicar com a Constituição. Por mais que, numa sociedade de massas como a nossa, torne-se imprescindível a adoção de mecanismos que permitam a celeridade de decisões relevantes, como a que diz respeito ao controle de constitucionalidade das normas, isso não pode significar o colhimento das prerrogativas históricas dos juízes de efetivamente dizerem o direito conforme seu livre convencimento e para tal mister julgamos imprescindível aferir a validade das normas passíveis de serem aplicadas face à nossa Lei Maior.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

No capítulo anterior de nosso trabalho, vimos que, conquanto o Controle de Constitucionalidade seja uma atividade praticada, em regra, pelo Poder Judiciário - **controle repressivo**, na maioria das vezes -, ele também pode ser praticada pelo Poder Legislativo e até pelo chefe do Poder Executivo, como controle preventivo. Vimos também que apesar de ser uma atividade praticada com largueza por órgãos do Poder Judiciário, a mais moderna doutrina tende a enquadrá-la entre as funções estatais típicas de controle.

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, é um órgão cuja atuação estatal está intimamente ligada ao controle. Afinal ele tem a função precípua de auxiliar o Congresso Nacional, que é titular de uma espécie de controle, denominado de **controle externo**, nos termos do art. 70 da Constituição⁴⁴.

A significação do termo “controle externo”, vai além de sua posição geográfica em relação ao objeto controlado, numa acepção leiga ou numa acepção de oposição ao **controle interno**, previsto no art. 74⁴⁵ da CF/88. O controle externo, tal qual menciona a Constituição, na seção relativa à “Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, é espécie de controle que diz respeito à administração dos haveres da União (com aplicação, pelo princípio da simetria, a todos os entes da Federação). Um controle específico que se origina de um

⁴⁴ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante **controle externo**, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.” (grifo nosso).

⁴⁵ “Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.” Da mesma, a acepção de **controle interno**, vai além do posicionamento em relação ao órgão controlado, significando o exercício do controle contábil, financeiro e orçamentário, no âmbito de cada um dos poderes.

princípio sensível⁴⁶ da Constituição, o dever de prestar contas que cabe a “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária” (art. 70, Parágrafo Único, da CF/88).

Certamente que não é por ser o controle uma função estatal típica do Tribunal de Contas, que lhe restaria a competência para exercer outra espécie de atividade de controle, o Controle de Constitucionalidade. Afinal, o Ministério Público também tem suas atividades inseridas da função estatal do controle e nem por isso possui competência para efetuar o Controle de Constitucionalidade. A competência do TCU para exercício do Controle de Constitucionalidade decorre, sobretudo de sua atividade fim: o controle externo, mediante o julgamento de contas dos administradores públicos, além da apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal e concessões de aposentadoria, reformas e pensões.

Para entendermos um pouco, precisamos repassar as competências a Constituição Federal confere ao Tribunal de Contas da União.

3.1 Competências do Tribunal de Contas da União

O art. 71 da Constituição assim dispõe:

“O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas

⁴⁶ Segundo José Afonso da Silva, são princípios sensíveis são aqueles enumerados no art. 34 da Constituição Federal: “a) da forma republicana de governo; b) do sistema representativo e regime democrático; c) dos direitos da pessoa humana; d) da autonomia municipal; e) da prestação de contas da administração pública, direta e indireta”. (SILVA, 2006:612).

e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades

Como pode ser visto, as competências discriminadas pela Carta Magna para a Corte de Contas, como não poderia deixar de ser, têm inequívoca orientação de dotar-lhe de capacidade para proceder a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, inclusive para suspender atos e contratos, imputar débitos ou multas, averiguar a regularidade da aplicação de recursos públicos.

Apesar de já extensas, as competências do TCU, não se esgotam nas do art. 71 da Constituição. Podemos citar, entre as disposições constitucionais, a apuração de denúncias (art. 74, §2.º da CF/88)⁴⁷ e a fixação de coeficientes dos fundos de participação dos Estados e

⁴⁷ “§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”

Municípios e a fiscalização da entrega dos recursos (Art. 161, parágrafo único da CF/88)⁴⁸. Já com base na legislação infraconstitucional, ao TCU também incumbe: a) apuração dos coeficientes de participação dos Estados na apuração do IPI (Lei Complementar n.º 61/89); b) fiscalização do atingimento de metas e limites financeiros estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 59, da Lei Complementar n.º 101/2000); c) acompanhamento de processo decorrente de improbidade administrativa (art. 15 da Lei 2.429/92); d) acompanhamento de editais de licitações e controle de despesas decorrentes de contratos administrativos (art. 113, da Lei n.º 8.666/93); e) registro próprio dos bens e rendas do patrimônio privado de autoridades públicas (art. 1.º da Lei n.º 8.730/93); entre outras.

Apesar de extensas, não consta entre as competências dos Tribunais de Contas a reconhecida pelo STF de apreciar a constitucionalidade de leis. Não é de se estranhar, pois também para os juízes e tribunais não há expressa previsão constitucional para apreciar a constitucionalidade de leis, pela via difusa, já que essa é uma atribuição instrumental para o exercício da jurisdição, conforme veremos mais adiante.

3.2 Apreciação da Legalidade de Atos Sujeitos a Registro

Das competências acima relacionadas, destacamos o julgamento de contas e apreciação para fins de registro dos atos de admissão e de concessão de aposentadoria e pensão, os quais grifamos acima. Em relação aos atos sujeitos a registro porque a Constituição confere ao Tribunal de Contas o dever dizer a legalidade de tais atos (art. 71, III). Ora, na feliz expressão de TORRES (1994:266), “o controle da legalidade implica ainda o da *superlegalidade*, ou seja, o da *constitucionalidade* das leis e atos administrativos”. Isso porque, ao apreciar a legalidade dos atos de aposentadoria, por exemplo, do Tribunal necessita averiguar se estão de acordo com as normas jurídicas cabíveis à espécie. Mas se a norma em que se baseou a aposentação não estiver em consonância com dispositivos

⁴⁸ “Art. 161. Parágrafo único. Os dados divulgados pela União serão discriminados por Estado e por Município; os dos Estados, por Município.”

constitucionais, a Corte de Contas não poderia ficar de mãos atadas, impedida de cumprir seu desígnio constitucional e dizer a suprallegalidade, ou pior, ser impelida a acatar, por puro formalismo, uma “falsa legalidade”, que seria a concessão de uma aposentadoria de acordo com uma norma **inconstitucional**. Como dizer que é legal, se é inconstitucional? Ou seja, a competência do Tribunal de Contas para o exercício do controle de constitucionalidade decorre, no caso da apreciação da legalidade dos atos sujeitos a registro, na própria natureza da competência constitucional. Já no que tange ao julgamento de contas, apreciaremos em outro tópico.

3.3 Julgamento de contas

O julgamento de contas dos administradores públicos é a pedra angular do sistema de controle externo. Essa atividade constitui a base do controle externo. Tanto que, no âmbito do Tribunal de Contas, a fiscalização (levantamento, auditoria, inspeção e monitoramento, arts. 238 a 243 do Regimento Interno do TCU), é acessória para “instruir o julgamento das contas” (art. 249, I, do Regimento Interno do TCU)⁴⁹, aderindo, possivelmente, ao processo de prestação ou tomada de contas de um determinado órgão ou entidade, após a apreciação do relator ou do Tribunal. E tanto que o Congresso Nacional, como titular da função de controle externo, reserva para si a competência de julgar as contas do Presidente da República (art. 49, IX, da CF/88)⁵⁰, o gestor máximo do Executivo Federal, ao passo que todos os demais gestores públicos são julgados pela própria Corte de Contas (art. 71, II, da CF/88, grifado acima).

Trata-se de instrumento que permite a responsabilização individualizada do gestor público, o qual, após o cumprimento do dever de prestar contas que lhe é imposto pela

⁴⁹ “Art. 249. Para assegurar a eficácia do controle **e para instruir o julgamento das contas**, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial: I – realizar fiscalizações, na forma estabelecida nos arts. 238 a 243;”

Constituição (art. 70, parágrafo único), passará pelo crivo *exclusivo* da Corte de Contas, quanto a boa e regular aplicação dos recursos públicos que lhe foram confiados.

O **juízo de contas** é um tema que tem gerado diversas controvérsias, principalmente pelo desconhecimento dessa jurisdição exercida sobre os gestores públicos⁵¹, que leva muitos doutrinadores a subestimar a espécie de jurisdição, acreditando tratar-se de mera contabilização de valores. Frisamos o exclusivo acima, porque trata-se matéria especialíssima de jurisdição que foi confiada com exclusividade às Cortes de Contas, como uma das exceções, previstas na Constituição ao princípio da inafastabilidade⁵² do Poder Judiciário⁵³.

Certamente essa matéria não é pacífica, apesar do dizer de FERNANDES (2003:138), “No atual modelo constitucional positivo, ficou indelevelmente definido o exercício da função jurisdicional pelos tribunais de contas”. Mas, acreditamos que tende a ser centralizado, face à clareza de posicionamento de diversos doutrinadores.

Podemos citar, como exemplo, Athos Gusmão Carneiro:

“os tribunais de contas têm atribuições de natureza administrativa. Entretanto, quando “julga” as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, tal julgamento impõem-se ao poder judiciário, no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta”. CARNEIRO (1983:13-14)

E a autoridade de Miguel Seabra Fagundes:

“Duas exceções restritas admite a Constituição ao monopólio do Poder Judiciário, no que concerne à matéria contenciosa administrativa. A primeira nos casos de julgamentos por crimes de responsabilidade do Presidente da República, no Senado Federal. E a segunda se refere ao julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos atribuído ao Tribunal de Contas”. FAGUNDES (1984:139)

⁵⁰ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo. (grifo nosso)

⁵¹ Conforme ensina o Ministro Benjamin Zymler, a competência do Tribunal de Contas não se reduz a “mero exame de conformidade de peças contábeis, dissociando-a de uma avaliação sobre a conduta do agente público”; antes, “estabelece juízo de mérito sobre os atos dos agentes públicos”. Afirma ainda que “nada obsta que o TCU possa avaliar os elementos objetivos e subjetivos da atuação do agentes públicos responsáveis por bens e dinheiros públicos”. Em suma, o TCU não julga contas, mas os gestores, por suas contas. (ZYMLER, 2005:430)

⁵² Art. 5.º, XXXV da CF/88: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”

⁵³ As outras exceções seriam o julgamento do Presidente da República, nos casos de crime de responsabilidade, perante o Senado Federal (art. 86), o julgamento das contas do Presidente da República, pelo Congresso Nacional (art. 49, IX); a proibição de *habeas corpus* em punições disciplinares militares (art. 142§2.º), e a cláusula de exaurimento das instâncias da justiça desportivas (art. 217, §1.º).

Mariana Sodré, também relaciona como argumento a favor do julgamento jurisdicional de contas, algumas semelhanças entre as prerrogativas dos membros do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas:

“Apesar de não se encontrar o Tribunal de Contas da União constitucionalmente inserido no capítulo do Poder Judiciário (III, arts. 92 a 126 da CF) é inegável a função judicante que lhe foi conferida pela Constituição Federal (art. 71, incisos II e III), eis que a Corte de Contas procede a um julgamento técnico-jurídico. Além disso, foram atribuídos aos membros da Corte de Contas os mesmo direitos, garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (§ 3º do Art. 73 da CF). Acrescente-se que sua organização operativa se faz à semelhança do poder judiciário (Art. 73 c/c Art. 96 da CF). SODRÉ (2006:131)

Devemos acrescentar que essa é a posição também de FERNANDES (2003:142), que ressalta não ser por acaso que a Constituição, referiu-se ao julgamento de contas usando os termos *jurisdição* (art. 73), *julgar* (art. 71, II) e *judicatura* (art. 73, §4.º). Outra não seria a razão que não atribuir aos Tribunais de Contas a competência judicante, com força de **coisa julgada**, para a restrita matéria de julgamento de contas.

3.4 Súmula n.º 347 do STF

Assim dispõe o enunciado n.º 347 do Supremo Tribunal Federal:

“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

Lastreado enunciado acima, o Tribunal de Contas construiu sua jurisprudência de afastar a aplicação de leis e atos normativos do Poder Público, por decisão do Plenário, em atenção ao art. 97 da Constituição, sempre que, ao apreciar matéria de sua competência, o controle externo, traduzido por fiscalização contábil, financeira e orçamentária, se depara com normas que afrontam regras ou princípios constitucionais⁵⁴.

⁵⁴ Podemos citar os seguintes julgados, em que o TCU teve a oportunidade de negar a aplicação de leis ou atos normativos considerados inconstitucionais: Processos n.º TCU: TC-600.086/93-3, Decisão n.º 716/96; TC-006.005/98-5, Decisão 171/99; TC-016.126/2001-1, Acórdão 913/2005; TC-002.749/200-9, Acórdão 203/2004; TC-013.631/2001-5, Acórdão 1674/2005.

A Súmula n.º 347, juntamente com a autorização do art. 66 da Lei Orgânica do TCU⁵⁵, serviu então de base para que o Regime Interno do Tribunal de Contas da União distribuísse, em conformidade com o princípio da reserva de plenário citado anteriormente, ao Plenário da Corte de Contas a seguinte competência:

“Art. 15. Compete privativamente ao Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal:
I – deliberar originariamente sobre:
(...)
e) conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria da competência do Tribunal;(...)”

Mas, apesar da clareza do enunciado, a questão não é de todo límpida. Há divergência de conceitos fundantes, desde a elaboração do enunciado sumular. A Súmula n.º 347 foi adotada em 13 de dezembro de 1963, tendo por base o julgado do MS nº 8.372 – Ceará, de 11 de dezembro de 1961, da relatoria do Ministro Pedro Chaves. No caso, ao tratar de recurso de aposentado como Delegado de Polícia substituto contra decisão do Tribunal de Contas do Ceará que negou-se a efetuar o registro ao ato de aposentadoria e contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que manteve a decisão do Tribunal de Contas, o Ministro Relator proferiu o seguinte voto:

“Nego provimento ao recurso. Considerando sem efeito a lei que servira de fundamento ao ato de aposentadoria do recorrente, não poderia ser feito o registro por falta de supedâneo jurídico. A meu ver o acórdão recorrido bem decidiu a espécie, mas não posso deixar de lhe opôr um reparo de ordem doutrinária, pois não quero ficar vinculado a uma tese que tenho constantemente repellido. Entendeu o julgado que o Tribunal de Contas não poderia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade, esta declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas. Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é a obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado. Feita essa ressalva, nego provimento ao recurso”.

Não por acaso, o Ministro Relator adota a mesma tese predominante na época, baseada nas seguintes premissas: a) toda lei ou ato normativo inconstitucional é nulo, inexistente, e não pode produzir efeitos; b) por ser inexistente, o Tribunal de Contas, assim

⁵⁵ Art. 66. O Plenário do Tribunal de Contas da União, dirigido por seu Presidente, terá a competência e o funcionamento regulados nesta Lei e no seu Regimento Interno.

como todos os poderes da administração pública têm este poder-dever, de afastar a aplicação da norma jurídica marcada pela inconstitucionalidade; c) não obstante, só o Poder Judiciário tem a competência para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

As premissas acima proferidas resumem bem o pensamento da época, mas vão colidir frontalmente com teses mais modernas, já consolidadas na doutrina e na jurisprudência. Vários autores, de inegável representação, se pronunciaram de acordo com essas teses, de sorte que até hoje ecoam em nosso meio jurídico, apesar de não serem mais apropriadas nos dias de hoje.

CAVALCANTI (1972:8), por exemplo, afirmava que:

“Outra indagação é se o Tribunal de Contas pode deixar de aplicar um ato por inconstitucional. A resposta não me parece ser outra senão afirmativa. Tecnicamente, o processo de aplicação da lei conduz à verificação da constitucionalidade, e, portanto, verificado o conflito com a Constituição, deve esta prevalecer.

Exerce o Tribunal de Contas o controle de constitucionalidade usando apenas da técnica da interpretação que conduz à valorização da lei maior. Neste ponto tem aplicado o princípio da supremacia da Constituição. Não pode, entretanto, anular o ato, nem anular a lei, mas apenas deixar de aplicá-la por inconstitucional.

Ao Poder Judiciário cabe à competência privativa de declarar a inconstitucionalidade, mas, qualquer dos poderes responsável pela aplicação de uma lei, ou de um ato, pode deixar de aplicá-los quando exista um preceito constitucional que com eles conflite de maneira ostensiva, evidente. Privativo do Poder Judiciário é considerar inválido o ato ou a lei em face da Constituição”.

Percebe-se que o renomado ex-Ministro do STF conhecia a necessidade dos Tribunais de Conta interpretar as leis aplicáveis à sua matéria em conformidade com a Constituição Federal. Mas, a forma como se pensava o Controle de Constitucionalidade à época denota que passamos por grande evolução para os dias atuais.

Também, Roberto Rosas, em sua prestigiosa obra “Direito Sumular: comentários às Súmulas do STF e STJ”, afirma:

“Ao Tribunal de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, nos termos do art. 97, que dá essa competência aos tribunais enumerados no art. 92. Caso o ato esteja fundado em lei divergente da Constituição o Tribunal de Contas pode negar-se à aplicação porque há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado (ROSAS, 2004, p.153).” (grifo nosso)

Também BÚRIGO (2002:48), informa a respeito de debate sobre o tema ocorrido em setembro de 1993, por ocasião do XVII Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, em São Luiz/MA, quando foi levantada a tese do controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Contas. Segundo Vandré, exsurgiu claro a competência da Corte de Contas para pronunciar-se sobre a constitucionalidade dos atos do poder público, idéia fundada na seguinte premissa:

1) A apreciação sobre a constitucionalidade das leis não pode ser entendida como um privilégio do Poder Judiciário; nesse sentido, podem os demais Poderes do Estado, assim como o Tribunal de Contas, de maneira adequadamente justificada, negar aplicabilidade aos atos normativos inconstitucionais, sendo-lhes lícito, pois, deixar de cumprir o mandamento inconstitucional sob o argumento de que este, por assim ser, representaria verdadeiro câncer no ordenamento jurídico, poderia/deveria por todos ser combatido, como asseverou o saudoso José Luiz de Anhaia Mello (Ex-Conselheiro do TCE/SP e ex-Professor de Direito Constitucional da USP): *Ao Tribunal (de Contas) compete o poder-dever de negar cumprimento às leis inconstitucionais. De fato, se a lei inconstitucional é um abastema jurídico, como se não existe, não deve um Tribunal trata-la como elemento hábil sob pena de dar efeitos jurídicos a algo nulo e não simplesmente anulável*".

Podemos, então, agrupar a orientação do pensamento vigente à época em três premissas básicas.

3.4.1 Premissa nº 1: Todos têm competência de deixar de aplicar norma inconstitucional.

Esta premissa vai de encontro à tese esposada no item 2.4.1 deste trabalho, que diz respeito à presunção de constitucionalidade das normas jurídicas. Também desconsidera que a necessidade dos Tribunais de Contas decorre de sua competência constitucional e é realizada mediante procedimento especial e não aleatoriamente, ao sabor da conveniência administrativa. Atualmente esse entendimento encontra-se mitigado, mas conserva-se, ainda, para embasar a orientação de alguns juristas de que o chefe do Poder Executivo poderia deter a competência de orientar o descumprimento de uma norma que considere inconstitucional, uma espécie de “desobediência civil” justificada, conforme vimos no item 2.4.6.

3.4.2 Premissa nº 2: diferença entre afastar a aplicação de leis e declarar a inconstitucionalidade

Abordamos no item 2.4.5 que não existe mais diferença prática entre deixar de aplicar determinada norma por inconstitucionalidade e declarar sua inconstitucionalidade, tese pacificada para anular decisões de tribunais que descumpriam a cláusula da reserva de plenário, previsto na CF/88. Esta tese também se aplica ao caso dos juízes de primeira instância e ao TCU quando realizam controle difuso de constitucionalidade: ao apreciar um caso concreto, e diante de uma norma inconstitucional, o magistrado deve, incidentalmente à lide, decidir pela não aplicação da norma. Como vimos, não existe diferença ontológica entre afastar a aplicação da norma e declarar sua inconstitucionalidade, de forma que também esta premissa estaria ultrapassada.

3.4.3 Premissa nº 3: lei ou ato inconstitucional são inexistentes e não surtem efeitos.

Esta visão, carregada de formalismo, desconsidera a necessidade do direito se adequar à realidade que o cerca. Como dizer para o sujeito que teve seu direito amparado por muitos anos, às vezes que envolve direitos subjetivos da personalidade, que ao cabo de uma decisão judicial, tida por meramente declaratória (e não desconstitutiva), que seu direito nunca existiu, porque a lei que o amparava tinha um vício de iniciativa. É possível voltar ao passado e deixar de considerar o tempo em que vigorou o direito, ainda que de maneira inadequada?

Em “Motivação e Controle do Ato Administrativo”, o Professor da UFMG Florivaldo Dutra de Araújo, cita Sérgio Carlos Covello, para tratar da **teoria da aparência**: “... o direito deve se amoldar à natureza das coisas, visto que a norma expressa um dever que será tanto melhor cumprido quanto mais exprimir o que de ordinário acontece realidade fática...”. Segundo ARAÚJO, “a expressão de maior intensidade da teoria da aparência é a

que faz geradora de direitos subjetivos uma situação fática em contrariedade com o ordenamento jurídico.”(ARAÚJO,1992:55).

Ora, não é por outra razão que na Lei n.º 9868/99, que trata da apresentação de ADI perante o STF, há previsão de, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pela maioria de dois terços dos membros, restringir os efeitos da declaração ou decidir que tenha eficácia somente a partir de seus trânsito em julgado, por razões de segurança jurídica ou interesse social (art. 27)⁵⁶. Assim, também não há como prosperar a idéia de que a norma inconstitucional seria inexistente, e por isso tanto os Tribunais de Contas, como qualquer outro órgão poderia desconsiderá-la, recaindo na premissa nº 1, citada acima.

A nosso ver, portanto, as três premissas citadas, que embasaram a formulação da Súmula nº 347, não se coadunam mais com o a evolução do pensamento jurídico brasileiro, em que pese a competência para a apreciação da constitucionalidade de leis em casos concretos ter inteira validade, tanto para os juízes, quanto para os tribunais do Poder Judiciário e Tribunais de Contas.

3.5 Controle concreto de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas

A questão que prospera, então, é a necessidade de a Corte de Contas usar sua prerrogativa de exercer o Controle de Constitucionalidade de forma a alcançar seu objetivo maior que é a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, mediante controle externo. A declaração de inconstitucionalidade, nestes termos, tal qual a declaração de inconstitucionalidade efetuada por juízes, é **incidental**. É instrumento essencial ao controle externo. Se a Corte de Contas se deparar com uma norma inconstitucional que, **supostamente**, autorizaria algum órgão de sua jurisdição ao cometimento de ilícito, não teria outra solução que não fosse afastar a aplicação da norma, de forma que não viesse a afetar ainda mais o patrimônio e a moralidade pública.

⁵⁶ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Sobre isso, o Professor Luís Roberto Barroso, declara com precisão:

“Para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma. Por isso se diz que a questão constitucional é uma questão prejudicial: Porque ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal. (*Apud* SODRÉ, 2006:132).

Mariana Sodré ainda acrescenta:

“Então, se o Tribunal de Contas, ao apreciar uma questão que lhe cabe decidir, deparar-se com uma incompatibilidade entre a norma ou ato normativo e a Constituição, deverá resolver a questão prejudicial de inconstitucionalidade preliminarmente ao julgamento de mérito do caso concreto, caracterizando assim o controle difuso de constitucionalidade.” (SODRÉ, 2006:132)

FERNANDES (2003:293) também faz importante alegação sobre a matéria, aludindo ao fato que ao juiz não é autorizado eximir-se de proferir o julgamento:

“Nesse passo, se o tribunal julga determinado ato, frente à lei e, atuando em maior amplitude, verifica que essa lei encontra-se em atrito com aquela de maior hierarquia – Constituição Federal – e partindo do pressuposto lógico de que não pode eximir-se do julgamento, deverá dizer do conflito de normas e de suas conseqüências sobre o caso concreto, tratando-se tal dicção de um juízo de constitucionalidade.”

3.6 Controle abstrato de constitucionalidade pelo TCU

3.6.1 Consulta.

Apesar de ser freqüentemente associado ao controle difuso (nem tanto pela difusão de órgãos aptos ao controle, mas pela associação que se faz desse método com o controle no caso concreto), em decorrência em oposição à quase que exclusividade prerrogativa do STF de exercer o controle concentrado, o Tribunal de Contas da União possui atribuições que podem ensejar a necessidade de “dizer o direito” em tese, e não apenas no caso concreto.

É o que pode acontecer, diante da competência que o Tribunal possui para decidir sobre consulta, atribuição prevista no art. 1.º, XVII e §2.º, da Lei n.º 8.443/92⁵⁷.

⁵⁷ “Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

(...) XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

(...) § 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.”

Ora, se a consulta, apresentada pelos legitimados a propô-la⁵⁸, versar sobre matéria de conflito entre lei ou ato normativo com a Constituição Federal, novamente o Tribunal não poderá opor-se a declarar o direito, perante o órgão jurisdicionado competente à propositura. Importa ressaltar que a decisão, conforme prevista no §2.º, constitui em pré-julgamento de tese, mas não do fato ou caso concreto.

Sobre isso, relevante afirmação encontramos em FERNANDES (2003:291):

“Há os que entendem, todavia, que essa competência há de ser exercida incidentalmente, pelas referidas cortes, na apreciação do caso concreto, no qual se verifique a eventual aplicação de lei ou ato tido por inconstitucional.

E acrescenta:

“Deixar de examinar oportunamente a constitucionalidade de determinada norma pode ocasionar efeitos extremamente danosos ao erário e ao interesse público. Ampla jurisprudência ampara, no mesmo sentido a atuação do tribunal a respeito da matéria, não se afigurando razoável deixar a corte de se pronunciar a respeito de possível inconstitucionalidade de textos legais editados, ficando no aguardo da execução da norma para, só então, atacar os atos praticados” (2003:290)

Precisamente, foi isso que ocorreu no TC-006.005/1998-5, que culminou na Decisão n.º 171/99, do Plenário do TCU⁵⁹. Tratava-se de uma consulta encaminhada pelo Senado Federal, a respeito da legalidade de dispositivo da MP n.º 1.626-51, de 09 de abril de 1998.

3.6.2 Representação

Não apenas por intermédio do instituto da consulta, o Tribunal pode se deparar com a situação de ter que apreciar a inconstitucionalidade em tese de uma lei. Também pode ocorrer, mediante provocação do Ministério Público junto ao TCU, o Procurador-Geral

⁵⁸ Art. 264 do RITCU: O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades: I – presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; II – Procurador-Geral da República; III – Advogado-Geral da União; IV – presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; V – presidentes de tribunais superiores; VI – ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; VII – comandantes das Forças Armadas. § 1º As consultas devem conter a indicação precisa do seu objeto, ser formuladas articuladamente e instruídas, sempre que possível, com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente. § 2º Cumulativamente com os requisitos do parágrafo anterior, as autoridades referidas nos incisos IV, V, VI e VII deverão demonstrar a pertinência temática da consulta às respectivas áreas de atribuição das instituições que representam. § 3º A resposta à consulta a que se refere este artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

Art. 265. O relator ou o Tribunal não conhecerá de consulta que não atenda aos requisitos do artigo anterior ou verse apenas sobre caso concreto, devendo o processo ser arquivado após comunicação ao consulente.

⁵⁹ Publicada no DOU de 14/05/1999.

apresentar requerimento para que o Tribunal se pronuncie a respeito de determinada lei ou ato normativo que entenda inconstitucional, conforme previsão no art. 81, I, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei n.º 8.443/92)⁶⁰ e o art. 62, I, do RITCU, compete:

“Art. 81. Competem ao procurador-geral junto ao Tribunal de Contas da União, em sua missão da guarda da lei e fiscal de sua execução, além de outras estabelecidas no Regimento Interno, as seguintes atribuições:
I - promover a defesa da ordem jurídica, requerendo, perante o Tribunal de Contas da União as medidas de interesse da Justiça, da Administração e do Erário;”

Também em sua exaustiva obra, FERNANDES (2003:292):

“(...) como forma de sistematizar esse controle, dada a sua feição dinâmica, é o ministério público, através do procurador-geral, competente para argüir perante o plenário contra todo ato que tenha causado ofensa ao interesse da proteção e defesa do patrimônio público, devendo a corte assim deliberar, em conformidade com as normas processuais, toda vez que se lhe oferecer argüição sobre a inconstitucionalidade de lei, em matéria de sua competência, conforme dispõe o próprio Regimento Interno da Corte de Contas.”

A competência para encaminhar Representação ao Tribunal de Contas não se limita ao Ministério Público junto ao TCU. No Regimento Interno do Tribunal de Contas da União encontramos, no art. 237⁶¹ uma série de legitimados a representar ao TCU a respeito de possíveis irregularidades cometidas por órgãos, entidades ou pessoas físicas sujeitas à sua jurisdição (art. 5º da LOTCU c/c art.5º do RITCU). Assim, da mesma forma como a Consulta, a Representação ao Tribunal de Contas poderá fazer alusão a um possível conflito, em tese, de lei ou ato normativo com a Constituição. Somos da opinião, acompanhando o entendimento de FERNANDES acima esposado, de que também nesses casos, o Tribunal de Contas não deveria se furtar a declarar a inconstitucionalidade, em abstrato, e não esperar que a norma seja aplicada ao caso concreto para só então se pronunciar a respeito de uma possível inconstitucionalidade.

⁶⁰ “Art. 81. Competem ao procurador-geral junto ao Tribunal de Contas da União, em sua missão da guarda da lei e fiscal de sua execução, além de outras estabelecidas no Regimento Interno, as seguintes atribuições: I - promover a defesa da ordem jurídica, requerendo, perante o Tribunal de Contas da União as medidas de interesse da Justiça, da Administração e do Erário;”

⁶¹ Art. 237. Têm legitimidade para representar ao Tribunal de Contas da União:

I – o Ministério Público da União, nos termos do art. 6º, inciso XVIII, alínea c, da Lei Complementar nº 75/93; II – os órgãos de controle interno, em cumprimento ao § 1º do art. 74 da Constituição Federal; III – os senadores da República, deputados federais, estaduais e distritais, juizes, servidores públicos e outras autoridades que comuniquem a ocorrência de irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do cargo que ocupem; IV – os tribunais de contas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, as câmaras municipais e os ministérios públicos estaduais; V – as equipes de inspeção ou de auditoria, nos termos do art. 246; VI – as unidades técnicas do Tribunal; e VII – outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de lei específica.

Esse entendimento, porém, frise-se, não tem sido predominante no Tribunal de Contas da União, o qual tem reafirmado sua posição de só apreciar a constitucionalidade em casos concretos, evitando pronunciar-se sobre a matéria constitucionalmente controvertida em sede de mera abstração normativa. Nessa linha é que o TCU exarou o recente Acórdão nº 2.305 – TCU – Plenário, que tratava de uma representação da Secretaria Federal de Controle Interno – SFCI contra os regulamentos de admissão de pessoal das entidades do Sistema “S”, que poderiam estar afrontando dispositivos constitucionais. No caso, o TCU absteve-se de se manifestar sobre a matéria, sob a alegação de que, com fulcro na Súmula nº 347 do STF, somente poderia declarar a inconstitucionalidade nos casos concretos.

4. Conclusão

Segundo o nosso estudo, o Tribunal de Contas possui diversas competências auferidas pelo texto constitucional e pela legislação em vigor, as quais podem ser divididas em atividades administrativas, jurisdicionais e legislativas. O Controle de Constitucionalidade, uma atividade típica de controle, é uma prerrogativa necessária, que decorre de sua missão especial de apreciar a legalidade dos atos sujeitos a registro e da atribuição de julgar as contas dos administradores públicos, assim como a apreciação da inconstitucionalidade por juízes e tribunais, mesmo sem previsão constitucional, é uma prerrogativa necessária para a solução da lide.

Essa atribuição, como vimos, continua bastante atual, ainda mais em face de novas perspectivas de controle, ainda que possamos verificar uma tendência de se valorizar o controle de constitucionalidade concentrado, uma necessidade, diante de uma sociedade massificada que vivemos.

Apesar da tendência, na moderna sociedade brasileira, de se valorizar o controle concentrado, pela via direta, não se pode pensar em retirar dos magistrados a competência, ao dizer o direito, de aferir a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo que esteja em confronto com normas hierarquicamente superiores, as normas constitucionais. Da mesma forma, o Controle de Constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Contas, permanecem válidos, como instrumentos necessários para a efetivação de suas competências.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBRAS CONSULTADAS

ALMEIDA, Vânia Hack de. Controle de Constitucionalidade. 2.^a ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Motivação e Controle do Ato Administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. Constituição Federal Interpretada pelo STF (organizada por). 5.^a ed, atualizada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 1.^a ed., 2.^a tiragem. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

FERRAZ, Sérgio Valladão. Curso de Direito Constitucional: teorias e questões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

GUERRA, Evandro Martins. Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia. O Direito Administrativo e o Poder Judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 21.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões. 18.^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

ROSAS, Roberto. Direito Sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coordenador). Crise e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SEABRA FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (Organizador); Arsênio José da Costa Dantas... (*et al*). Sociedade democrática, direito público e controle externo. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

ZYMLER, Benjamin. Direito Administrativo e Controle. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

Sítios consultados:

Constituições do Brasil – <http://www.planalto.gov.br>

Artigos consultados:

BÚRIGO, Vandr  Augusto. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas. R. TCU, v. 33, n. 94, out/dez. 2002. p.48-54.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. “O Tribunal de Contas –  rg o Constitucional – Fun es Próprias e Fun es Delegadas”. Revista de Direito Administrativo, v. 109, jul/set. 1972. Rio de Janeiro. p. 1-10.

FARIAS, M rcia Ferreira Cunha. Controle de Constitucionalidade no Tribunal de Contas. Revista do TCDF. V. 28. P.35-76, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisse Jacoby. Os Tribunais de Contas e o Exame de Constitucionalidade de Lei. Fl. 3353. Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Brasília, 2000. V. 26.P.33/53.

MELO, Renato Sérgio Santiago. Tribunais de Contas: Uma Teoria Geral. Boletim de Direito Administrativo. N. 11, nov. 2005. p. 1267-1281.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de O. O Controle de Constitucinalidade e as Cortes de Contas.Revista do TCDF. Brasília. V.18. p. 57-60.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Os Tribunais de Contas Podem Desconsiderar suas Próprias e Anteriores Aprova es de Contas Públicas?”. Boletim de Direito Municipal, v. 7, 2006. P.531-534.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União. Monografia. Pós-Gradua o Lato Sensu em Direito Público e Controle Externo. UNB. 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. Revista de Informa o Legislativa. Brasília. Ano 31. n.  121. jan/mar 1994. fl. 265-271.