

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOB A
PERSPECTIVA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

IACI ROLIM DE SOUSA

Fortaleza-CE
Junho, 2007

IACI ROLIM DE SOUSA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOB A
PERSPECTIVA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Monografia apresentada no Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Danilo Santos Ferraz

Fortaleza – Ceará
2007

IACI ROLIM DE SOUSA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOB A
PERSPECTIVA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Monografia apresentada à banca
examinadora e à Coordenação do
Curso de Direito da Universidade
Federal do Ceará, adequada e
aprovada para suprir exigência parcial
inerente à obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Danilo Santos Ferraz

Apresentada em ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Danilo Santos Ferraz (Orientador)

Prof. William Paiva Marques Júnior (UFC)

Rafaela Távora Ximenes (Bacharel em Direito - UFC)

Dedico este estudo monográfico a minha mãe, Mônica, e meus irmãos, Rodrigo e Renata, por todo o amor e carinho que me proporcionaram e por sempre me apoiarem em todos os meus passos.

Agradeço ao professor Danilo Santos Ferraz que sempre me ajudou a desvendar os mistérios do direito, seja como amigo, seja como monitor, seja como professor e orientador. Ao professor Willian Paiva Marques Junior, por sua total paciência e assistência. À Rafaella, cuja força de vontade sempre me serviu de inspiração, por ter disponibilizado parte de seu tempo para compor a presente banca.

Aos amigos de faculdade, que, através de vários grupos de estudos, contribuíram de maneira significativa para meu aprimoramento intelectual e humano, durante o período acadêmico. À tia Tânia, pelos lanches maravilhosos durante as longas horas de estudos. Aos chefes: Dr. André Dias Fernandes e Dr. Marcelo Lopez Barroso, que me mostraram, respectivamente, o mundo imparcial do julgador e a realidade dos necessitados no âmbito criminal.

Ao Lucas, pela ajuda material para a realização do presente estudo monográfico.

RESUMO

O controle de constitucionalidade sob a perspectiva dos Tribunais de Contas. Primeiramente, faz-se uma abordagem acerca dos denominados órgãos de Contas, procurando-se analisar a origem dos órgãos de controle das finanças do Estado, no direito comparado, apresentando os principais modelos existentes. Analisa-se a origem, no direito brasileiro, dos Tribunais de Contas, fazendo-se um pequeno estudo acerca da evolução de suas competências, tendo como referência as diversas Constituições no Brasil. Discute-se, ainda, acerca de sua natureza jurídica, se pertencem ou não a quaisquer dos poderes do Estado, e de suas funções. Passa-se, em seguida, a analisar em que consiste o controle de constitucionalidade, quais os sistemas existentes e o utilizado pelo Brasil. Apresentam-se os diversos critérios utilizados pelos doutrinadores para classificá-lo. Apontam-se quais os órgãos incumbidos do exercício de tal função. Estuda-se a competência dos Tribunais de Contas para o exercício do controle de constitucionalidade, com análise em especial à Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal. Analisa-se a possibilidade de o Executivo se recusar aplicar dada lei sob o argumento da inconstitucionalidade. Aborda-se a relevância da função fiscalizatória dos Tribunais de Contas, relacionando-a com os direitos fundamentais e o regime democrático, tendo como supedâneo os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, para fins de justificar a competência do exercício do controle de constitucionalidade por esses órgãos. Analisa-se qual a modalidade de controle exercido pelos Tribunais de Contas, se difusa ou concentrada ou ambas e qual o procedimento a ser seguido. Conclui-se que, em face da relevância das funções por eles desenvolvidas, possuem competência para, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de dada lei ou ato normativo, quando relativos as suas atribuições, não existindo, entretanto, procedimento uniforme a ser seguido, e, com relação, aos Tribunais de Contas da União, não há qualquer regulamentação nesse sentido.

Palavras-chave: Tribunais de Contas. Fiscalização de contas públicas. Controle de Constitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DA UNIÃO	12
1.1 Da origem e evolução dos Tribunais de Contas	14
1.2 Dos principais modelos dos Tribunal de Contas no direito comparado	16
1.2.1 Corte de Contas Francesa	16
1.2.2 Corte de Contas Italiana	17
1.2.3 Corte de Contas Belga	17
1.3 Nas Constituições brasileiras	18
1.4 Natureza Jurídica	22
1.4.1 Teoria da Separação dos Poderes do Estado e os Tribunais de Contas	23
1.4.1.1 Como órgão integrante do Poder Legislativo	27
1.4.1.2 Como órgão integrante do Poder Executivo	28
1.4.1.3 Como órgão integrante o Poder Judiciário	30
1.4.1.4 Como órgão <i>sui generis</i>	33
2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	36
2.1 A supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade	36
2.2 Critérios de controle de constitucionalidade	38
2.2.1 Quanto à natureza do órgão de controle	38
2.2.1.1 Controle político	39
2.2.1.2 Controle judicial	39
2.2.1.3 Controle misto	40
2.2.2 Quanto ao momento de exercício do controle	40
2.2.2.1 Controle preventivo	41
2.2.2.2 Controle repressivo	41
2.2.3 Quanto à forma ou modo de controle judicial	42
2.2.3.1 Controle difuso ou aberto	42

2.2.3.2 Controle Concentrado	43
2.3 A atuação do Legislativo e do Executivo no controle de constitucionalidade	44
2.3.1 Poder Executivo	44
2.3.2 Poder Legislativo	45
3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS	49
3.1 Competência do Tribunal de Contas para apreciação da constitucionalidade e a Súmula 347 do STF	50
3.2 Inexecução de ato normativo pelo Executivo sob a alegação de inconstitucionalidade ..	54
3.3 A relevância das funções do Tribunal de Contas e o controle de constitucionalidade	56
3.3.1 Princípios informadores da atuação do Tribunal de Contas	57
3.3.1.1 Princípio da legalidade	57
3.3.1.2 Princípio da Economicidade	58
3.3.1.3 Princípio da Legitimidade	59
3.3.2 Os Tribunais de Contas e o Controle Difuso de Constitucionalidade	60
3.4 A apreciação da norma em tese pelo Tribunal de Contas – controle concentrado	64
3.5 Procedimento para o exame da matéria constitucional de forma incidental	68
CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

A atuação do Estado deve sempre visar ao atendimento dos anseios da sociedade. A fim de garantir, aos cidadãos, a prestação de serviços essenciais, tais como educação, moradia, transporte, saúde, lazer, dentre tantos outros direitos, o Estado arrecada recursos, sendo que o Tesouro Público, na maior parte, é composto de receitas provenientes de contribuições compulsórias arrecadadas junto à coletividade por meio da tributação.

Tendo, portanto, a função de gerir o dinheiro público, o Estado dever estar sujeito à fiscalização para fins de controle econômico-financeiro de seus gastos, e este controle, na maioria dos países, é realizado ou auxiliado por uma instituição própria, cuja função primordial é velar pelas contas do Governo. No Brasil, esse órgão é o Tribunal de Contas, que existe a nível federal, estadual e municipal, auxiliando o Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública.

O Tribunal de Contas no Brasil foi instituído pela primeira vez em 1890, pelo Decreto nº 966-A, por iniciativa do então Ministro da Fazenda Ruy Barbosa, sendo órgão de envergadura constitucional desde a promulgação da Constituição Republicana de 1891.

Além de ter a composição e a maioria das competências previstas na própria Carta Magna de 1988, a função justificadora de sua existência, qual seja, a fiscalização das contas públicas, é hoje reconhecidamente princípio sensível da nossa Constituição Cidadã, previsto no seu art. 34, VII, “d”, e 35, II, o qual estabelece ser caso de intervenção federal e estadual a não prestação de contas por parte do respectivo Poder Executivo.

Em face do preeminente papel dessa instituição de controle, precisamente no Estado Democrático de Direito, dentre as demais competências previstas no art. 71 da CF/88, questiona-se acerca da possibilidade de essas Cortes de Contas, no sistema constitucional brasileiro, no qual o controle de constitucionalidade é eminentemente jurisdicional, principalmente o controle

repressivo, exercerem o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos que serviram de supedâneo para prática de atos por agentes públicos sujeitos à fiscalização pelos Tribunais de Contas. Para tanto, tomar-se-á, como ponto de partida, o enunciado da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, editada em 1963, sob a égide da Constituição Federal de 1946, que confere aos Tribunais de Contas a competência para, dentro de suas atribuições, apreciarem a constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público.

Diante dessas noções introdutórias, alguns questionamentos serão respondidos, nesse estudo monográfico, tais como: embora no ordenamento jurídico brasileiro não haja previsão legal acerca da possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem o controle de constitucionalidade, tal competência pode, por eles, ser exercida em face da primazia de suas funções - a fiscalização econômico-financeira do tesouro público -, bem como em decorrência do enunciado da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal? Tal súmula foi, de fato, revogada com a edição da Emenda Constitucional nº 16, em 1965, que modificou o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil? Ainda há, hodiernamente, a possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem o controle de constitucionalidade? Em qual modalidade tal controle pode ser exercido? Se no difuso, há necessidade de observância do *quorum* previsto no art. 97 da Constituição Federal? E qual o procedimento a ser seguido?

A justificativa para a escolha do tema proposto decorre, principalmente, da escassa discussão acerca da problemática levantada. Junte-se a esse fato, o atual entendimento do STF negando aplicação à Súmula em questão, quando, na atual ordem político-jurídica, mais do que nunca, faz-se necessária a atribuição de tal competência a órgãos responsáveis pelas verbas públicas.

No que tange aos aspectos metodológicos, procede-se à pesquisa bibliográfica e documental, com análise aprofundada da jurisprudência dos tribunais pátrios, principalmente do Supremo Tribunal Federal, bem como dos Tribunais de Contas brasileiros – Tribunal de Contas da União e Conselhos de Contas estaduais.

Seguindo todo esse raciocínio lógico, com o objetivo de esclarecer as questões suscitadas, inicialmente, no primeiro capítulo, apresentamos uma análise acerca da origem e natureza dos órgãos de Contas, no direito comparado, bem como na ordem jurídica brasileira, sem nos esquecermos de conceituar o instituto e apresentarmos os principais paradigmas no Direito

Internacional.

No segundo capítulo, faz-se uma abordagem, embora de forma perfunctória, acerca do controle de constitucionalidade. Inicialmente, busca-se a sua origem e os principais sistemas. Em seguida, procura-se enquadrar o sistema adotado no Brasil, classificando o controle de constitucionalidade sob diversos critérios, com atenção especial no que tange ao controle por órgãos não pertencentes à estrutura do Judiciário, tais como o Executivo e Legislativo, o que denota, existir, no Brasil, o denominado controle político, em que pesce ser eminentemente jurisdicional.

O estudo dos assuntos acima aludidos é de grande importância para esta pesquisa, pois somente conhecendo um pouco os órgãos integrantes dos Tribunais de Contas, bem como em que consiste o controle de constitucionalidade, poderá se entender o porquê da celeuma levantada pelos doutrinadores e analisada nesse estudo acerca da possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem o controle de atos normativos com a Constituição Federal.

É no terceiro capítulo do presente trabalho, entretanto, em que se resolve a questão principal, qual seja, a análise acerca do exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, hodiernamente, verificando-se se ainda deve ser aplicada a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, ou se ela, de fato, foi revogada com a edição da Emenda Constitucional nº 16 de 1965. Para tal intuito, faz-se abordagem, embora escassa, da doutrina específica sobre o tema, bem como analisa-se o entendimento passado e presente do Supremo Tribunal Federal.

Esse, portanto, é, em síntese, o tema do presente estudo, que, como já salientado, fora escolhido em face de sua especificidade e, principalmente, pelo fato de a doutrina jurídica ter pouco discutido, merecendo, por tal motivo, atenção redobrada.

1 DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL

Os Tribunais de Contas, no Brasil, possuem envergadura constitucional, na medida em que sua forma de composição e algumas atribuições encontram-se previstas na Carta Magna. São instituições incumbidas de auxiliar o Poder Legislativo na fiscalização da aplicação das verbas públicas, e cujas decisões são deliberadas por órgão colegiado.

O Tribunal de Contas da União, nos termos previstos no art. 73 da Constituição Federal de 1988, é integrado por 9 (nove) ministros, dentro os quais um terço deverá ser nomeado pelo Presidente da República, enquanto ao Congresso Nacional cabe a escolha dos demais, na forma disposta no respectivo regimento interno.¹

Os membros que compõem o tribunal terão as mesmas prerrogativas, garantias, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40, da Lei Suprema, e deverão ser nomeados entre brasileiros que preencherem determinados requisitos preestabelecidos, quais sejam: ter mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; idoneidade moral e reputação ilibada; notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; e mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados anteriormente.

No que tange às funções desempenhadas pelo Tribunal de Contas da União, tem-se que deverá, primordialmente, auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo e na fiscalização financeira da União.

Analizando-se o art. 70 da Constituição Federal de 1988, constata-se que cabe ao Congresso Nacional a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial

¹ Art. 73, CF – O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, mediante controle externo, assim como ao sistema de controle interno de cada Poder.

Tal função, entretanto, não será desenvolvida, isoladamente, pelo Congresso Nacional. Este receberá o auxílio do Tribunal de Contas, que, além de emitir parecer prévio acerca das contas do Poder Executivo, possui muitas outras competências de variadas e controvertidas naturezas, a serem posteriormente analisadas com mais afinco, atuando ora como órgão opinativo, ora como controlador além de, segundo uma leva de doutrinadores, exercer função jurisdicional, ao julgar as contas dos administradores públicos.

Ressalte-se que tal órgão não existe apenas a nível federal. A própria Constituição Republicana, em seu art. 75, prevê a existência de Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, a serem integrados por sete Conselheiros, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

A tais órgãos de contas, deverão ser aplicadas as normas pertinentes ao Tribunal de Contas da União, no que couber, quanto à sua organização, composição² e fiscalização, sendo que às Constituições estaduais caberá dispor sobre os Tribunais de Contas respectivos.

Em face das funções que lhe foram atribuídas, pode-se afirmar, portanto, que os Tribunais de Contas não são meros órgãos de fiscalização. Na verdade, são instituições essenciais ao desenvolvimento da democracia, sendo co-responsáveis pela efetivação do princípio da probidade administrativa, pois, nos termos previstos nos arts. 34, VII, *d*, e 35, II, a prestação de contas pela administração pública direta e indireta é princípio sensível do nosso ordenamento jurídico.³

Feitas rápidas considerações acerca dessa instituição de controle, passar-se-á a analisar, neste primeiro capítulo, alguns aspectos pertinentes a essas instituições, abordando-se, perfunctoriamente, sua origem, tanto no direito comparado, quanto no sistema jurídico do Brasil, e sua natureza jurídica.

² Súmula 653 do STF – No Tribunal de Contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembléia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro a sua livre escolha.

³ Art. 34, CF – A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (...) d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. Art. 35, CF – O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: (...) II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei.

1.1 Da origem e evolução dos Tribunais de Contas

A idéia de instituições com função específica de fiscalizar as contas públicas, em alguns sistemas políticos, remonta a períodos antigos, sendo muito difícil, entretanto, identificar o momento certo de sua criação. Como afirma Speck,

A identificação de um desses momentos, como início da criação de instituições superiores de controle financeiro, terá sempre um certo grau de aleatoriedade. No estado atual da pesquisa sobre essas instituições, grande parte das investigações são realizadas por integrantes dos órgãos de controle. A identidade das instituições superiores de controle às quais os autores pertencem tendem a ter um impacto decisivo sobre a fixação de uma data de referência para identificar as raízes históricas da instituição.⁴

Têm-se relatos mais precisos acerca do surgimento dessas instituições apenas por volta do século XIX, com o surgimento dos Estados Modernos. Durante esse período, o controle era executado de maneira técnica e sistemática por órgãos específicos, sendo que, no entanto, detinham competências bastante limitadas, além de não possuírem plena independência com relação às demais funções estatais: ora estavam subordinados ao Executivo, ora ao Legislativo.

A origem das instituições de controle, em regra, decorre, principalmente, de dois fatores: um de natureza gerencial, consistente na preocupação com a correta aplicação dos recursos públicos, e outro de natureza liberal, em que se vê a necessidade de limitar o Poder Executivo.

A inquietação com relação à correta aplicação dos recursos públicos surge dentro do próprio âmbito da administração, implicando o surgimento de instituições de controle ligadas ao Poder Executivo.

Citam-se, apenas a título ilustrativo de criação de órgão de controle em face da preocupação com o bom uso dos recursos públicos, o *Tribunal de Cuentas*, na Espanha, criado no século XV, bem como o Império Austro-Húngaro, em 1761. Segundo Speck, “em todos esses casos, partia do Executivo a iniciativa de incluir, no programa de modernização administrativa, a criação de uma instituição que tivesse poder suficiente para controlar gestão financeira de administradores.”⁵

⁴ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 27.

⁵ SPECK, Bruno Wilhelm., *op. cit.*, 2000, p. 33.

O mesmo não ocorre quando se busca instituir órgão de controle visando à limitação do Chefe de Governo ou Estado. Nesse caso, há vinculação não com o Executivo, mas, sim, com órgãos representativos, que correspondem, na Idade Média, às Cortes Gerais, e, nos modernos sistemas políticos, aos órgãos do Poder Legislativo.

Em se tratando dessa alocação junto ao Poder Legislativo, a história nos indica que a preocupação em limitar a atuação do Executivo surgiu, primeiramente, de comissões internas do próprio Legislativo, especializadas em fiscalizar, surgindo, posteriormente, o modelo de instituições externas de assessoria ao parlamento, com o qual podemos identificar os Tribunais de Contas.

A Inglaterra pode ser considerada a precursora na instalação dessas instituições de controle integrantes do Legislativo, tendo influenciado vários países a adotarem sistema de controle do Executivo pelo Legislativo, pois, em 1861, criou-se o comitê de contas públicas, no parlamento britânico, encarregado de fiscalizar as contas da administração. Já em 1866, esse comitê passou a ser assistido por um auditor geral, instância externa ao parlamento.

Há, ainda, quem remonte a período anterior o exercício de função fiscalizadora pelo parlamento britânico. Kildare Gonçalves Carvalho afirma que, no século XIV, antes mesmo de ser atribuído o exercício da função legislativa, o parlamento britânico “reunia-se para ‘saber da regularidade da captação de recursos pelos emissários reais, para depois fixar as contribuições dos feudos e escrevê-las, a pedido do rei’.”⁶

A função legislativa, na verdade, teria sido conferida ao parlamento, por meio de uma barganha. Como o monarca consultava o parlamento para fazer leis e lançar impostos, em troca da extensão de suas funções, como a legislativa, não se opunha ao citado lançamento.

O modelo francês, no entanto, criando em 1807, denominado *Cours des Comptes*, trouxe uma nova configuração para a instituição que ora se estuda, influenciando diversos países, haja vista o fato de a instituição de controle ficar eqüidistante dos demais poderes estatais. Na era Napoleônica, *La Cours de Comptes* alcançou grande destaque em face das prerrogativas da magistratura que restaram e restam, até hoje, asseguradas aos seus membros.

⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 168.

As instituições superiores de controle, que, hodiernamente, no Brasil, denominamos de Tribunal de Contas, portanto, nem sempre foram marcadas pela independência e autonomia com relação aos demais poderes estatais, o que comprometia, sobremaneira, o desempenho de suas funções.

Na verdade, esses órgãos amoldam-se à forma de governo adotada, bem como ao sistema político do país, motivo pelo qual as suas transformações não são nitidamente percebidas, estando ora vinculados ao Legislativo, ora ao Executivo, ora a nenhum deles. Ou seja, suas alterações institucionais ocorrem muito mais pela dinâmica do processo político-administrativo do que por motivos intencionais, como se perceberá quando da análise da evolução dos Tribunais de Contas no Brasil, assunto pertinente a tópico adiante do presente estudo.

1.2 Dos principais modelos de Tribunal de Contas no direito comparado

Importante fazer algumas considerações acerca dos principais modelos de Tribunal de Contas existentes na Europa Continental, ressaltando o sistema adotado pela Inglaterra de Controladoria e Auditoria Geral.

A primeira observação a ser feita consiste na diferença entre os sistemas residente no fato de que, em alguns, o controle é feito através de órgão colegiado, como o Tribunal de Contas, e, em outros, por órgão singular, como ocorre na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Outro ponto interessante encontra-se na natureza de tais instituições, pois enquanto umas possuem natureza jurisdicional, outras têm natureza administrativa.

Far-se-á, entretanto, apenas uma análise superficial acerca dos Tribunais de Contas de alguns países da Europa Continental, notadamente daqueles que, de algum modo, influenciaram a criação dos Tribunais de Contas no Brasil.

1.2.1 Corte de Contas francesa

A Corte de Contas francesas é, nos dias atuais, a principal jurisdição administrativa especializada da França, *les jurisdictions financières*. Cabe-lhe, em geral, a função de julgar a regularidade das contas pública, exercendo, portanto, a Corte de Contas função jurisdicional.

Suas decisões, quando dotadas de jurisdicionalidade, são passíveis de revisão pelo Conselho de Estado, assim como também o são as decisões de primeira instância dos Tribunais Administrativos. O mesmo não ocorre quando se trata de atribuições de caráter consultivo, não jurisdicional, tais como a elaboração de pareceres, relatórios anuais, etc.

Como leciona Eduardo Lobo Gualazzi,

[...] a Corte de Contas (*Cours des Comptes*) permanece, nos dias atuais, como a principal jurisdição administrativa especializada de França. As decisões finais da Corte de Contas são passíveis de revisão pelo Conselho de Estado, assim como o são as decisões dos Tribunais Administrativos da França, primeira instância do contencioso administrativo.⁷

Esse tipo francês caracteriza-se pela realização de fiscalização posterior, ou seja, após a verificação das despesas. Cabe, assim, ao tribunal analisar se as despesas foram feitas de acordo com as leis e regulamentos em vigor. Em face de caber-lhe apenas o exame *a posteriori*, com o qual não se impedem os abusos e as despesas ilegais, apenas busca punir os culpados, o modelo francês não possuía muitos partidários.

1.2.2 Corte de Contas italiana

A Corte de Contas italiana foi instituída em 1862, possuindo, assim como a brasileira, *status* constitucional e competência relativa à contabilidade pública, dentre outras especificadas em lei. Exerce, em suma, três espécies de funções: de controle, administrativas e jurisdicionais. Percebe-se, portanto, que, embora não haja dualidade de jurisdição, como no modelo francês, o Tribunal de Contas exerce função jurisdicional.

De fato, na Itália, em que pesa o entendimento de Eduardo Lobo Gualazzi, que defende, apenas, a possibilidade de exercício da função jurisdicional pela Corte de Contas, não a considerando órgão do Poder Judiciário⁸, o texto da Constituição italiana é bastante claro em admitir o recurso de cassação contra decisão das Cortes de Contas.

Quanto ao momento do controle, tem-se o registro prévio com o voto absoluto às ordens de pagamento mal classificado ou excedente do crédito votado e relativo com relação aos decretos e contratos, realizando, nesses casos, o registro prévio *com reservas*.

1.2.3 Corte de Contas belga

⁷ GUALAZZI, Eduardo Lobo *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 159.

⁸ GUALAZZI, Eduardo Lobo *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby., *op. cit.*, 2005, p. 161.

Por último, tem-se o modelo belga, que, em apenas uma análise perfunctória, já que não se trata do tema central do presente trabalho, assemelha-se muito ao italiano, pois desenvolve atividades de natureza administrativa e jurisdicional, assim como também exerce um controle prévio. A diferença entre ambos decorre do fato de que, no tipo belga, o registro prévio é, sempre, com veto limitado: se a Corte de Contas se recusar a registrar o ato, comunica ao ministro ordenante, que pode, licitamente, discordar dos fundamentos, caso em que o registro da despesa é feito com reservas.

No Brasil, como se verá, o Tribunal de Contas foi instituído para funcionar nos moldes do modelo italiano e belga.

Após, uma pequena abordagem acerca da origem e evolução dessa instituição de controle, bem como dos principais modelos existentes na Europa Continental, passemos ao estudo do progresso do Tribunal de Contas no direito brasileiro.

1.3 Nas Constituições brasileiras

No Brasil, notadamente influenciado pelas nações ibéricas, desde o Império surgiram propostas para a instituição de um órgão específico de controle de receitas e despesas públicas, um Tribunal de Contas. Na época, o enfoque principal não era a corrupção, desvio de verbas e fraudes, ao contrário do que se percebe hodiernamente, mas sim a necessidade de se conter gastos excessivos e desnecessários.

Dessa forma, foi que, em 1826, os senadores Visconde de Barbacena, José Inácio Borges e Felisberto Caldeira Brant propuseram a introdução de um órgão especializado. Como o projeto previa apenas o controle posterior, considerado, pois, inócuo pelo senador Conde de Baependi, ex-Ministro da Fazenda, foi, de modo ferrenho, por ele combatido. Para o senador Baependi, apenas um tribunal que realizasse o controle antes da prática do ato seria útil.

As tentativas de criação de um tribunal de controle financeiro do Governo persistiram durante o Império, podendo-se citar o projeto elaborado, em 1838, pelo também então Ministro da Fazenda, Marquês de Abrantes, e um esboço de Manoel Alves Branco, Ministro das Finanças, em 1845, que propôs a organização de um Tribunal de Contas que apurasse, de fato, a

responsabilidade dos exatores da Fazenda Pública, com o poder de ordenar a prisão dos desobedientes e contumazes e de julgar à revelia as contas que tivessem de prestar.

A idéia, também, teve, como defensor, Pimenta Bueno (Marquês de São Vicente), Silveira Martins (Visconde de Ouro Preto) e João Alfredo, não havendo, entretanto, êxito na instituição de um órgão de contas durante o Império.

Assim, apenas com a proclamação da República, por iniciativa do ora ministro da Fazenda, Ruy Barbosa, foi criado o Tribunal de Contas da União, em 07 de novembro de 1890, pelo Decreto nº 966-A, figurando, pela primeira vez, na Constituição de 1891, permanecendo até os dias atuais. Ressalte-se que, como se verá, suas competências nem sempre foram as mesmas. Variaram de acordo com o momento político do país.

Propunha Ruy Barbosa a criação de um órgão que realizasse o controle preventivo das verbas públicas, com a incumbência de apreciar a legalidade da despesa antes mesmo que fosse realizada, inspirando-se, portanto, no modelo italiano e belga de instituição de controle. Em suas palavras:

Dois tipos capitais discriminam essas instituições [os Tribunais de Contas], nos países que a têm adotado: o francês e o italiano... No primeiro sistema a fiscalização se limita a impedir que as despesas sejam ordenadas, ou pagas, além das faculdades do orçamento. No outro, a ação dessa magistratura vai muito longe: antecipa-se ao abuso, atalhando em sua origem os atos do Poder Executivo, susceptíveis de gerar despesa ilegal.

Dos dois sistemas, o último é o que satisfaz cabalmente os fins da instituição, o que dá toda a elasticidade necessária ao seu pensamento criador. Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância ou a prevaricação, para as punir. Circunscritas a estes limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia, ou impotente. Convém levantar, entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que cotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a legislatura, intervindo na administração, seja não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias, por um voto oportuno aos atos do Executivo, que direta ou indiretamente, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças.⁹

Os Tribunais de Contas, no Brasil, entretanto, jamais alcançaram esse perfil a que aludiu Ruy Barbosa.

Em face de grande influência do então ministro da fazenda, o Tribunal de Contas foi incorporando à Constituição de 1891, cuja Assembléia Constituinte, por sua Comissão de Vinte e

⁹ BARBOSA, RUY. *Exposição de Motivos de 07/10/1890*. Revista do TCU nº 46, comemorativa do 1º Centenário, p. 199-213.

Um membros pendera para o sistema italiano de registro prévio com o voto absoluto, sendo que foi aprovado apenas o exame prévio com o voto limitado.

Ressalte-se, entretanto, que o Decreto nº 966-A/1890 dispensou mais atenção a esta instituição de controle do que a 1^a Constituição Republicana, pois esta apenas mencionou, nas Disposições Gerais, que estava instituído, no Brasil, o Tribunal de Contas, senão vejamos:

“Art 89 - É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso.

Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.”

Embora tecnicamente instituído em 1890, apenas em 1892, com a edição do Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892, o Tribunal de Contas passou a ter executoriedade, visto que o Decreto nº 966-A/1890 não chegou a ser regulamentado, por ter Ruy Barbosa abandonado o Ministério logo depois de sua edição. Com esse decreto, o modelo brasileiro de Tribunal de Contas aproximou-se, significativamente, do italiano, na medida em que o art. 30 do Decreto nº 1.166 firmara a competência para a recusa impeditiva absoluta.

O voto absoluto, característico do modelo italiano, perdurou até 1896, quando a primeira lei orgânica do Tribunal criou o registro sob reservas, existente no modelo belga, que autorizava a realização da despesa, mesmo quando o Tribunal não a aprovasse, devendo este fazer o registro sob reservas.

A Constituição de 1934 manteve o Tribunal de Contas da União, conferindo-lhe atribuições semelhantes ao que idealizara Ruy Barbosa, no que concerne ao controle prévio. Nesta Constituição, o Tribunal de Contas foi inserido no capítulo referente aos órgãos de cooperação, dos quais faziam parte, também, o Ministério Público e os Conselhos Técnicos.

De fato, o seu art. 101 previa que todos os contratos que, de algum modo, influenciassem as despesas e receitas só seriam havidos como perfeitos e acabados após a realização do registro pelo Tribunal de Contas. Caso fosse indeferido, a execução do contrato deveria ficar suspensa até o pronunciamento do Poder Legislativo. Assim como os contratos, os atos administrativos que resultassem obrigação ou pagamento pelo Tesouro Nacional também deveriam ser registrados previamente. Ocorre que, nestes casos, a recusa do registro era proibitiva quando se tratava de falta de saldo do crédito ou imputação a crédito impróprio.

Em se tratando dos demais atos, podia o Presidente da República, por meio de despacho, autorizar a despesa, mesmo havendo recusa por parte dos Tribunais de Contas. Nestes casos, o registro prévio era feito com reservas, cabendo recurso *ex officio* para a Câmara dos Deputados.

Além dessa função, que pode ser caracterizada como uma espécie de “controle prévio”, pela primeira vez foi estabelecida a emissão do parecer prévio com referência as contas do Chefe do Executivo, que deveria ser enviado à Câmara dos Deputados.

Na Constituição de 1937, pejorativamente chamada de Polaca, inspirada na Constituição fascista da Polônia, o Tribunal de Contas foi inserido no capítulo que tratava do Poder Judiciário, sem, entretanto, dele fazer parte.

Era época do Estado Novo, caracterizado pelo autoritarismo de Getúlio Vargas, estando, portanto, todos os demais poderes, de certa forma, subordinados ao Poder Executivo. Nesse contexto, todas as competências atribuídas pela Constituição de 1934 ao Tribunal de Contas permaneceram, com exceção, apenas, do parecer prévio sobre as contas presidenciais.

Com a promulgação da Constituição de 1946, a competência para a fiscalização orçamentária e financeira da União foi atribuída ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, nos termos do art. 22 da respectiva Carta Magna. Reporta-se desse momento o papel do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Legislativo, desempenho este que permanece até os dias atuais, estando, portanto, inserido dentro do capítulo referente ao Poder Legislativo.

As competências, previstas no art. 77, em resumo, são as mesmas que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal de 1934, quais sejam, o registro prévio e o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos. Permaneceu, também, o julgamento da legalidade dos contratos, também já previsto na Constituição de 1937, mas acresceu-se o julgamento da legalidade das aposentadorias, reformas e pensões.

Em 1964, houve a supressão da democracia, em face do golpe de Estado promovido pelos militares. Por tal motivo, as atribuições do TCU sofreram algumas modificações que passaram a constar tanto na Constituição Federal de 1967, como na Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Suas atribuições eram muito mais restritas do que as constantes nas Cartas de 1934 e 1946, pois ao Presidente da República, através do Ato Institucional nº 5, de 1968, foram conferidos amplos poderes para interferir em outros setores do Estado.

De fato, foi retirada do Tribunal de Contas a competência para o exame e julgamento da legalidade de concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ficando a cargo do Tribunal, tão-somente, a apreciação da legalidade para fins de registro.¹⁰ Extinguiu-se, também, em 1967, o registro prévio.

Como inovação, incumbiu-se ao Tribunal o exercício de auditoria financeira e orçamentária sobre as contas das unidades dos três poderes da União, tendo sido, a partir de então, introduzido, no Brasil, o conceito de controle externo, exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, e de controle interno, realizado pelo próprio Poder Executivo.

No pertinente à Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a principal contribuição foi a previsão expressa de que fossem criados os Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, desde que, neste caso, o município tivesse pelo menos dois milhões de habitantes e receita tributária superior a quinhentos milhões de cruzeiros novos.

Em face desses requisitos exigidos é que, hodiernamente, só existem dois Tribunais de Contas do Município, o do Rio de Janeiro e o de São Paulo. Ressalte-se que a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 foi vedada, pelo art. 30, § 4º, a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais, mantendo os já existentes.

Ultrapassado esse período nebuloso da história do Brasil, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, através da qual as competências atribuídas aos Tribunais de Contas foram, substancialmente, alargadas.

Até então, o Tribunal de Contas preocupava-se, apenas, com o controle contábil, financeiro e orçamentário, no que tange à legalidade do ato. Com o advento da Constituição, ao Tribunal de Contas, foi incumbido o dever de velar pela legalidade, economicidade e legitimidade dos gastos públicos. Passou, portanto, a ter competência para fiscalizar aspectos operacionais e patrimoniais, tudo isso visando à melhoria do desempenho da administração pública.

1.4 Natureza jurídica

¹⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Breve Histórico. Disponível em: <http://www2.tcu.gov.br/portal/page>. Acesso em 28 de mar. 2007.

É bastante controvertido o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da natureza jurídica dos Tribunais de Contas, remontando desde a sua criação, como se percebe nas palavras de Ruy Barbosa, em sua Exposição de Motivos referente ao Decreto de 1890:

É, entre nós, o sistema de contabilidade orçamentária defeituoso em seu mecanismo e fraco na sua execução. O Governo Provisório reconheceu a urgência inadiável de reorganizá-lo; e a medida que vem propor-vos é a criação de um Tribunal de Contas, **corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças**, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil. (grifos não originais)¹¹

De fato, como se verá nas próximas linhas, os Tribunais de Contas já foram considerados como órgãos pertencentes a cada uma das funções estatais, quais sejam, a executiva, legislativa e judiciária, variando o seu enquadramento de acordo com o respectivo sistema político-jurídico.

1.4.1 Teoria da Separação dos Poderes do Estado e os Tribunais de Contas

Necessária a realização de uma pequena abordagem acerca do tema em epígrafe para melhor entendimento acerca do estudo que ora se propõe.

Primeiramente, não há que se confundir *distinção das funções do poder* com *separação dos poderes*. As funções, denominadas por alguns de essenciais, do Estado – legislativa, executiva e jurisdicional – correspondem às atividades por ele desenvolvidas, analisadas sob o enfoque material. Não se leva, portanto, em consideração os órgãos que as exercem. Já a divisão dos poderes consiste em atribuir a órgãos diferentes do Governo (órgão ou Poder Legislativo, Executivo e Judiciário) a especialização de uma das funções estatais, recebendo, por tal motivo, com exceção do Poder Judiciário, o nome da respectiva função. Sensível a esta distinção foi José Afonso da Silva:

Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões com duplo sentido. Exprimem, a um tempo, as funções legislativas, executivas e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título da organização dos poderes.

¹¹ BARBOSA, RUY. *Exposição de Motivos de 07/10/1890*. Revista do TCU nº 46, comemorativa do 1º Centenário, p. 199-213.

Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções que fundamentalmente são três: legislativa, executiva e jurisdicional.¹²

Remonta à Grécia Antiga o surgimento da teoria acerca da tripartição dos poderes estatais. Já preconizava Aristóteles, em sua obra *Política*, a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano: a de editar normas gerais, a de aplicar referidas normas no caso concreto e a de julgar, dirimindo os conflitos oriundos da execução das leis. Aristóteles, entretanto, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa. A sua contribuição, portanto, foi no sentido de identificar as três denominadas funções essenciais do Estado.

A teoria aristotélica foi aprimorada por Montesquieu, na sua famosa obra denominada *L'Esprit des Lois*, de 1748. Segundo o filósofo, a história teria demonstrado que, quem possui o poder, tende a dele abusar, motivo pelo qual é necessário que o poder freie o poder. Dessa forma, o grande pensador inovou ao afirmar que as funções supracitadas deveriam ser atribuídas a órgãos diversos.

John Locke, filósofo liberal inglês, cerca de um século antes de Montesquieu, também já tinha formulado, ainda que implicitamente, a teoria em questão.

Tamanha foi a relevância da questão que, no século XVII, houve a sua positivação, constando no texto da Declaração do Bom Povo da Virgínia, em 1776, e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, nas quais se preconizava a necessidade da separação dos poderes legislativos, executivos e judiciários para fins de garantir a liberdade dos cidadãos.

Ocorre que, no mundo contemporâneo, o princípio da separação dos poderes não se mostra de forma tão rígida como outrora, em que ao Poder Legislativo cabia, única e exclusivamente, a função de editar normas de caráter geral e impessoal, ao Executivo de executar as leis e ao Judiciário de aplicá-las.

Atualmente, a ampliação das atividades do Estado fez com que surgisse a necessidade de colaboração dos órgãos entre si, devendo, portanto, haver uma interligação entre os poderes do Estado, a fim de que se possam assegurar, de forma mais efetiva, os princípios inerentes ao

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 01.2004, p. 106 e 108.

Estado Democrático de Direito. Por isso, caracterizam-se os poderes como independentes e harmônicos entre si.

Observara Groppali que

[...] a concepção tradicional de Montesquieu, que pressupunha divisão rígida do exercício dos poderes do Estado entre pessoas diversas, sem possibilidade de intercâmbio, embora com o fim de garantir equilíbrio entre tais poderes e impedir a eventual hipertrofia de algum funcionando cada qual por conta própria, sem interferência dos demais, acabaria por tornar impossível a vida do Estado, já que este, ao contrário de ser estático, se constitui justamente em “iniciativa, atividade e movimento.¹³

No Brasil, a Constituição de 1988 adotou o pensamento da separação dos poderes de forma moderada, afirmando, em seu art. 2º, que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Ressalte-se, também, a possibilidade de, a par de sua função específica, a cada conjunto de órgãos de um poder serem atribuídas funções acessórias pertencentes a outro. Daí se falar em funções típicas e atípicas.

Analizando-se detidamente a Constituição Republicana de 1988, constata-se que a um dos órgãos dos poderes são atribuídas funções pertencentes a outro poder. José Afonso da Silva denominou tais casos de “*exceções ao princípio da tripartição dos poderes*”,¹⁴.

No que concerne ao exercício da função legislativa, pode-se dizer que o próprio Executivo, em algumas situações exerce tal função, na medida em que possui a iniciativa exclusiva para a propositura de alguns projetos de leis; tem o poder de sanção ou veto aos projetos aprovados pelo Congresso Nacional, bem como o de editar Medidas Provisórias, em caso de relevância e urgência, espécie legislativa que possui força de lei, cuja apreciação deve ser submetida ao Congresso Nacional na forma e prazos previstos na Constituição.

O Judiciário, também, embora tenha, como função típica, a atividade jurisdicional, exerce tarefa legislativa, pois possui a iniciativa para a propositura de projetos de lei no que tange a alguns aspectos do seu funcionamento, como a criação e extinção de cargos e fixação de remuneração dos respectivos ocupantes. Também estão autorizados, constitucionalmente, a elaborarem o seu Regimento Interno.

¹³ GROPPALI, Alexandre *apud* DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*. São Paulo, Dialética, 2006, p. 30.

¹⁴ SILVA, José Afonso da., *op. cit.*, 2004, p. 111.

A função jurisdicional também não é exclusiva do Poder Judiciário. De fato, ao Legislativo foi atribuída a competência para julgar, por crime de responsabilidade, o Presidente de Republica, Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, conforme art. 52, I, da Constituição Federal.

Há controvérsias, entretanto, no que diz respeito ao Executivo exercer a atividade jurisdicional. No Brasil, não existem, segundo a maior parte da doutrina, os denominados tribunais administrativos, haja vista a adoção da teoria da jurisdição una. Há, entretanto, quem defende o posicionamento contrário:

[...] sempre que órgão estruturalmente encartado como no Poder Executivo decide lide, o que ocorre, para citar um exemplo, sempre que particular impugna lançamento tributário, cabendo a decisão da impugnação a outro órgão, que não aquele que o realizou, exerce função jurisdicional.¹⁵

Por fim, a função executiva, acerca da qual não pairam controvérsias significantes.

A exceção reside, por exemplo, na permissão de parlamentares exercerem funções de Ministro de Estado, que é agente auxiliar do Chefe do Executivo, respeitando-se o paralelismo no que tange aos Estados, como preceituado no art. 56, da CF.¹⁶

Assim como o Legislativo, o Judiciário também exerce função administrativa quando delibera, por exemplo, sobre férias de seus serventuários.

Analizada a teoria da tripartição dos poderes estatais, inclusive na ordem jurídica pátria, não se pode deixar de mencionar as correntes doutrinárias contrárias a tal teoria, às quais defendem a existência de outras funções que não, necessariamente, a legislativa, executiva e judiciária.

Não são poucos os que consideram a teoria da tripartição ultrapassada, em face da grande evolução das atividades desenvolvidas pelo Governo, surgindo várias atribuições estatais que não são passíveis de serem enquadradas em nenhuma das três funções já exaustivamente mencionadas. Sustentara Artur Orlando, citado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que

¹⁵ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunal de Contas no Brasil.*, op. cit., 2006, p. 34.

¹⁶ Art. 56, CF – Não perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária.

Há funções que não são legislativas, administrativas e judiciárias, e nem por isso deixam de se funções políticas garantidas pela Constituição. A divisão tripartida da soberania nacional, ainda repetida de Constituição em Constituição, sem que os constitucionalistas tenham percebido que novos órgãos surgiram, em desempenho de novas funções.¹⁷

Dentre tais funções, podem-se destacar, tomando como exemplo o sistema político-jurídico do Brasil, as atribuições do Ministério Público e do Tribunal de Contas, que, por não se amoldarem perfeitamente a nenhuma das denominadas funções essenciais do Estado, mas por serem consideradas de suma relevância, em se tratando de Estado Democrático de Direito, serviram de fundamento para o enquadramento de tais instituições num denominado “Quarto Poder”. Tal ponto, entretanto, será estudado no momento oportuno.

Feita uma pequena abordagem acerca da separação dos poderes, analisar-se-á a natureza jurídica do Tribunal de Contas, bem como de algumas de suas funções.

1.4.1.1 Como órgão integrante do Poder Legislativo

Há doutrinadores que entendem ser o Tribunal de Contas órgão pertencente ao Poder Legislativo. Aduzem, para tanto, que tais órgãos de controle foram inseridos, pelo Constituinte, no Capítulo pertinente ao Parlamento, qual seja, TÍTULO IV, CAPÍTULO I, fazendo, portanto, parte desde. Tal posicionamento, no entanto, encontra-se equivocado, pelas várias razões que se passará a expor.

Como primeiro argumento, tem-se que a Constituição Brasileira de 1988 é clara ao definir, no art. 14, quais os órgãos que compõem o Parlamento: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.”

Justifica-se a localização do Tribunal de Contas na Carta Magna pelo fato de este órgão de fiscalização ter a função de, nos termos do art. 71 da Carta Magna, auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, oferecendo-lhe suporte técnico para o desempenho de algumas de suas funções. Cita-se, como exemplo, a prestação de contas pelo Presidente da República, que deve ser apreciada pelo Congresso Nacional, mediante parecer prévio do Tribunal de Contas da União.

Ser órgão auxiliar do Parlamento, entretanto, não quer dizer estar a ele subordinado; não significa inferioridade hierárquica. Na verdade, o Tribunal de Contas contribui de forma efetiva e significativa para o exercício da função estatal de controle, não dependendo, para o exercício de

¹⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby., *op. cit.*, 2005, p. 133.

várias de suas competências elencadas na Constituição, do crivo do Legislativo. Compete-lhe, inclusive, o controle das unidades administrativas do Poder Legislativo, conforme art. 71, IV, da CF, sendo, portanto, um contra-senso o poder fiscalizante ser, funcionalmente, subalterno ao poder fiscalizado.

Assim, não pairam dúvidas acerca da não integração do Tribunal de Contas ao Poder Legislativo, mas será que, dentre as funções por ele desenvolvidas, inclui-se a legislativa?

Como visto, os poderes estatais possuem as denominadas funções típicas e atípicas, não existindo, portanto, exclusividade no exercício das funções estatais.

No que tange ao Tribunal de Contas, há controvérsias acerca da possibilidade de exercício da função legislativa.

Decomain, citando Alexandre Groppa e Marçal Justen Filho, defende que não possuem natureza legislativa¹⁸, pois não há competência para a elaboração de normas de caráter impessoal e geral.

Esse, entretanto, não é melhor entendimento acerca do assunto, haja vista que ao Tribunal de Contas é atribuída a competência para a elaboração de seu Regimento Interno, norma de caráter geral e impessoal, embora restrita a um certo grupo de pessoas, tendo, portanto, dentre suas atribuições, uma de natureza legislativa.

Ressalte-se que não se está afirmando possuírem as funções de controle do Tribunal de Contas natureza legislativa, como acontecera em outrora¹⁹, mas, sim, que, como ocorre com relação aos órgãos pertencentes aos demais Poderes Estatais, o Tribunal de Contas exerce função de natureza legiferante, por exemplo, ao elaborar o seu regimento interno.

1.4.1.2 Como órgão integrante do Poder Executivo

Não há que se considerar o Tribunal de Contas como órgão integrante do Poder Executivo, pois não existe, na Constituição Federal, qualquer indício nesse sentido, nem que seja, na verdade, um tribunal administrativo.

¹⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto., *op. cit.*, 2006, p. 154.

¹⁹ Na obra de Pedro Roberto Decomain, *Tribunal de Contas no Brasil.*, *op. cit.*, 2006, p. 154, há citação referente às opiniões de Francisco Campos e Guimarães Menegale, no sentido de que “... as funções de controle exercidas pelo Tribunal de Contas, ele as exerce em nome, por autoridade e com sanção do Parlamento. São, consequintemente, pela sua natureza e seus efeitos, funções congressionais ou parlamentares. Não é o seu controle um controle administrativo, mas constitucional.”

O Poder Executivo é composto de órgãos (constitucionais) que exercem função de chefia, de governo e de administração, não se enquadrando, portanto, as atribuições dos Tribunais de Contas dentre às incumbidas a este poder estatal, pois estes órgãos possuem a função de fiscalização, exercendo, portanto, o controle técnico das contas públicas, inclusive no que tange às contas do Presidente da República.

É órgão, também, de fiscalização do Poder Executivo. Logo, se tem a função de controlá-lo, limitando, dentro da lei, os seus passos, não há lógica em considerá-lo como integrante desse poder.

Já nesse sentido, o emérito doutrinador Pontes de Miranda, referindo-se à Constituição de 1934, assim mencionava:

Era órgão do Poder Executivo? Não. Fiscalizava o Poder Executivo. Se admitirmos que cooperava com ele, seria exterior tal cooperação, delimitadora, cerceante, restringente. Cooperação de órgãos heterogêneos.

.....

O art. 101 viera acentuar o caráter fiscalizador do Tribunal de Contas e ao mesmo tempo afastar a hipótese de ser órgão do Poder Executivo. Órgão que obstasse seria figura absurda.²⁰

Há quem alega terem suas atribuições natureza administrativa, caracterizando-o, como acima salientado, um Tribunal Administrativo. Ocorre que os órgãos dos Tribunais de Contas possuem antes de conotação administrativa, conotação constitucional e, segundo alguns, política, pois encontram-se, quase que exaustivamente, regulamentados pela própria Constituição, com atribuições nitidamente política. Nesse sentido, os ensinamentos de Aliomar Baleeiro:

À primeira vista, o Tribunal de Contas poderá parecer simples órgão administrativo, colegiado, com funções jurisdicionais sobre os ordenadores e pagadores de dinheiros públicos, no interesse da probidade administrativa. Mas a análise da Constituição mostra que existe algo de mais importante e profundo nesse órgão imediato da Constituição: é a sua função essencialmente política que decorre do papel de órgão da fiscalização do Congresso.²¹

Também corroborando o entendimento há pouco exposto, José Dalton Vitorino Leite defende que a atividade desenvolvida pelos Tribunais de Contas não possui natureza administrativa típica, uma vez que esta está sujeita a duas espécies de controle: o controle externo e o controle exercido pelo Poder Judiciário. Já a atividade desenvolvida pelo Tribunal de Contas

²⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo III (art.73 –128). 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 19.

²¹ BALEIRO, Aliomar *apud* DECOMAIN, Pedro Roberto., *op. cit.*, 2006, p. 45.

só está sujeita ao controle do Poder Judiciário, que se restringirá a analisar, apenas, a legalidade de seus atos, não adentrando no mérito.²²

Em que pese o entendimento retroexpedido, não se pode olvidar que, internamente, os órgãos dos Tribunais de Contas exercem função administrativa na medida em que organizam as suas atividades e seu pessoal.

1.4.1.3 Como órgão integrante do Poder Judiciário

No sistema jurídico pátrio, os Tribunais de Contas não integram o Poder Judiciário, pelo mesmo motivo que também não compõem o Poder Legislativo, nem o Executivo: a Constituição foi clara em estabelecer quais órgãos compõem cada um dos três poderes do Estado.

As dúvidas surgem devido à redação do art. 73, *caput*, que afirma se aplicarem ao Tribunal de Contas algumas das disposições referentes ao Poder Judiciário. Outrossim, o art. 73, §3º, confere aos Ministros dos Tribunais de Contas as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

No caso em questão, entretanto, o art. 92 elenca quais os órgãos que compõem o Poder Judiciário, não estando o Tribunal de Contas no rol supracitado. Destarte, não há dúvidas de que os órgãos de controle objeto do presente estudo não integram o Poder Judiciário.

O assunto, entretanto, não se mostra tão simples quando se perquire a natureza jurídica das funções desenvolvidas pelos Tribunais de Contas, pois muitas são as opiniões doutrinárias que se dividem acerca de exercerem tais órgãos função jurisdicional, tratando-se, portanto, de um tema bastante polêmico.

Primeiramente, é mister que se analise o que se entende por jurisdição.

Conceituar jurisdição também não tem sido uma tarefa fácil entre os estudiosos. Reservamo-nos, entretanto, o direito de mencionar as definições mais conhecidas no âmbito do direito processual, quais sejam, a de *Giuseppe Chiovenda* e *Francesco Carnelutti*.

Para *Chiovenda*, jurisdição é definida da seguinte forma:

²² LEITE, José Dalton Vitorino. *Temas de direito público (administrativo, constitucional e tributário)*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999, p. 266.

[...] função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente, efetiva.²³

Percebe-se que *Chiovenda* realça a característica da substitutividade, de fato, inerente à jurisdição, afirmando que ela procura declarar o direito, reconhecendo a sua preexistência.

Já *Carnelutti* adota uma definição com a qual, particularmente, discordamos, afirmando ser a jurisdição uma função de busca pela “justa composição da lide”.²⁴

A jurisdição, no entanto, não se resume, apenas, a compor lide. Em algumas situações, o Estado-Juiz é invocado não para dirimir conflitos, mas para chancelar a atuação das partes. É o caso dos procedimentos denominados de Jurisdição Voluntária. Ressalte-se, entretanto, que os adeptos da teoria clássica não consideram os procedimentos de jurisdição voluntária verdadeiro exercício da função jurisdicional, mas sim função administrativa.²⁵

Destarte, em que pese o entendimento supra, tem-se como melhor definição de jurisdição aquela em que reconhece o caráter de substituição das partes pelo Estado-juiz, em que este aplica, de forma imparcial, ao caso concreto a norma jurídica, quando provocado pelas partes interessadas.

Percebe-se, assim, ter a jurisdição como características essenciais, a inércia, substitutividade, imparcialidade e natureza declaratória. Faltando qualquer dos elementos há pouco citados, não há que falar em exercício de atividade jurisdicional.

Ultrapassado este ponto, analisar-se-á se, de fato, o Tribunal de Contas, dentre as suas atribuições, exerce função jurisdicional.

A celeuma que ora se apresenta tem como principal fundamento o enunciado do art. 71, II, da Constituição Federal de 1988, que dispõe competir ao Tribunal de Contas da União “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

²³ CHIOVENDA, Giuseppe *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, vol. I, p. 66.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas., *op. cit.*, 2004, p. 66.

²⁵ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 81.

Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

Dentre os estudiosos que defendem o caráter jurisdicional ao julgar as contas, podem-se citar Pontes de Miranda, Seabra Fagundes e Castro Nunes. Em sentido contrário, José Afonso da Silva, José Cretella Júnior, Celso Antônio Bandeira de Melo, Pedro Roberto Decomain, dentre outros, sendo esta a doutrina dominante.

Ao defender o caráter jurisdicional da função de julgar as contas dos administradores públicos, alega Seabra Fagundes:

Não obstante isso, o art. 71, §4º lhe remete ao julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou dinheiros públicos, o que implica investi-lo do parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo.

Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo.²⁶

Percebe-se que Seabra Fagundes, ao defender a natureza jurisdicional dessa função da Corte de Contas, reconhece a definitividade de suas manifestações, impossibilitando-as de serem revistas pelo Poder Judiciário.

Pontes de Miranda também nesse sentido:

[...] desde 1934, a função de julgar as contas está, claríssima, no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue, e outro juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*. Ou o Tribunal de Contas julga, ou não julga. (...) Tal jurisdição exclui a intromissão de qualquer juiz na apreciação da situação em que se acham, *ex hypothesi*, os responsáveis para com a Fazenda Pública.²⁷

Aqueles que defendem a jurisdicionalidade do Tribunal de Contas no que concerne ao julgamento das contas dos administradores públicos afirmam se tratar de mais um caso de exercício de função judicante por órgão não pertencente ao Poder Judiciário, assim como o julgamento do Presidente, Vice-presidente nos crimes de responsabilidade, bem como dos Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, caso em que a competência pertence ao Senado Federal.

²⁶ LEITE, José Dalton Vitorino., *op. cit.*, 1999, p. 260.

²⁷ MIRANDA, Pontes de., *op. cit.*, 1960, p. 22.

Por fim, utilizam como argumento o fato de as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terem eficácia de título executivo, nos moldes do art. 71, §3º da CF. Nesses casos, não cabe mais o ajuizamento de ação de conhecimento no Poder Judiciário, não podendo este, portanto, reexaminar o mérito do julgamento das contas.

Ocorre que, como afirmado, este não é o entendimento que predomina, hodiernamente, na doutrina.

Os estudiosos pátrios negam a jurisdicionalidade na função de julgar as contas dos administradores públicos por não reconhecerem estarem presentes as características essenciais da jurisdição, acima aludidas. Alegam que os Tribunais de Contas atuam de ofício, suas decisões não fazem coisa julgada e não dirimem litígios, relembrando que apenas parte dos estudiosos considera a existência de lide como característica essencial da jurisdição.

Outrossim, há de se mencionar que, no Brasil, vigora o sistema da jurisdição única, pertencendo ao Poder Judiciário o monopólio da tutela jurisdicional, nos moldes do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A questão, entretanto, da natureza jurídica do Tribunal de Contas, bem como de suas funções, tem que ser vista com cautela, pois, de fato, trata-se de órgão com bastantes peculiaridades dentro do ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, em face da grande celeuma desenvolvida acerca do tema, posicionamo-nos, diante das várias teorias apresentadas, fazendo uma abordagem pessoal no próximo tópico do presente trabalho.

1.4.1.4 Como órgão *sui generis*

Analizando-se detidamente as competências dos órgãos de Contas, percebe-se que possuem natureza bastante diversificada. Algumas de suas atribuições, por exemplo, o caracterizam como órgão meramente técnico-opinativo – emissão de parecer prévio acerca das contas do chefe do Executivo -, enquanto outras o aproximam do exercício de função administrativa e até, dependendo do ponto de vista, da função jurisdicional. Por tal motivo, torna-se difícil enquadrar o Tribunal de Contas como órgão pertencente a um dos três poderes do Estado.

A colocação dos Tribunais de Contas como pertencentes a um dos poderes estatais decorre do fato de que os estudiosos, geralmente, qualificam determinado órgão apenas sob a perspectiva

do direito constitucional e administrativo, não realizando uma profunda abordagem acerca da importância das atividades por eles desenvolvidas.

Não são poucos os estudiosos que tendem a considerar o Tribunal de Contas como órgão pertencente a um Quarto Poder. Entendemos bastante pertinente colacionar o posicionamento de Iberê Gilson acerca do enquadramento do Tribunal de Contas como órgão *sui generis*, não pertencente a nenhum dos três poderes do Estado:

Vencida a timidez inicial da abordagem do assunto por sua magnitude e pelo tradicionalismo arraigado que o consagrava, impedindo qualquer manifestação contrária, - o Dr. Emílio Fernandes Camus, Presidente do Tribunal de Contas de Cuba, inspirado no Conselho de Fiscalização da velha, filosófica e cultural China do Dr. Sun Yat-Sem, proclama: 'tanta importância têm estes Organismos de Controle, que é possível sustentar a tese de que constituem um verdadeiro poder, do lado dos demais poderes clássicos do Estado. Se em outras épocas foi necessário manter a separação dos três poderes do estado, não há inconveniente reconhecer agora, devido às realidades que se contemplam, a existência de outros poderes constitucionais que exercem a soberania do estado na esfera das finanças públicas com a mesma independência que os outros. Em uma palavra, que o poder fiscalizador desses órgãos está claramente justificado, fazendo uma análise das funções que se lhes atribuem na Constituição, sobretudo se se consideram dentro do âmbito econômico-financeiro, o que os distingue dos demais poderes do estado, ou seja, do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.²⁸

Em que pese o entendimento supratranscrito, não há como se considerar, tendo como referência o ordenamento jurídico pátrio, o Tribunal de Contas um novo Poder do Estado. Não há respaldo jurídico para tanto, na medida em que a Constituição foi clara em adotar a teoria tripartite dos poderes, posicionando, apenas, pela existência dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Denominar o Tribunal de Contas como um Quarto Poder, apesar da grande importância de suas atribuições na ordem jurídico-política, seria uma afronta direta à Lei Suprema. Não se pode, entretanto, menosprezar a função dessa instituição de controle.

Os Tribunais de Contas, apesar de não poderem ser considerados órgãos pertencentes a um Quarto Poder, possuem, de fato, natureza *sui generis*, sendo de suma relevância para garantir a plena eficácia do estado Democrático de Direito, pois são eles os responsáveis pela fiscalização das contas públicas, apontando aqueles que violaram o dever de probidade e moralidade na Administração Pública.

²⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby., *op. cit.*, 2005, p. 136.

Analizando-se todos os argumentos retroexpostos acerca da natureza jurídica das Cortes de Contas, percebe-se que são órgãos autônomos, auxiliares do Legislativo em sua função de controle externo, não estando subordinados a quaisquer dos poderes estatais.

No que tange à controvérsia acerca do exercício da função judicante pelos órgãos de contas, embora as suas pronunciações que implicam aplicação de multas ou constatação de débitos sejam consideradas título executivo pela Constituição Federal, não se pode, afirmar que, com relação ao julgamento das contas dos administradores públicos, os Tribunais de Contas sejam dotados de jurisdição, na medida em que não há necessidade de provocação para que se manifestem, nem suas decisões possuem autoridade de coisa julgada, podendo serem revistas pelo Judiciário, embora apenas sob o aspecto da legalidade.

Feitas essas análises acerca dos Tribunais de Contas, abordando-se pontos de fundamental importância para a análise do tema proposto neste trabalho, passemos ao estudo do controle de constitucionalidade.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No Brasil, vigora o princípio da supremacia da Constituição Federal sobre as demais normas emanadas dos órgãos públicos, sejam elas leis, medidas provisórias, decretos presidenciais e demais atos normativos. Para fins de garantir que não entrem no ordenamento jurídico ou nele permaneçam normas contrárias aos princípios e regras constitucionais, existe o sistema de controle de constitucionalidade, a ser realizado nos moldes previsto na Lei Suprema do país.

Neste capítulo, far-se-á uma pequena abordagem acerca do controle de constitucionalidade, detendo-se atenção ao princípio da supremacia da Constituição, às diversas formas de classificação do controle e, principalmente, a quais órgãos é incumbida essa importante função.

2.1 A supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade

O ordenamento jurídico é um sistema integrado de normas, sendo, portanto, por caracterizar-se como tal, marcado pela unidade. Da idéia de unidade extrai-se que todas as normas jurídicas que integram um ordenamento jurídico devem guardar consonância entre si, caracterizando-se como um complexo harmônico de normas. A fim de evitar a desarmonia no sistema ou, pelo menos, restabelecer a ordem, são instituídos, pelo próprio mundo jurídico, alguns mecanismos de prevenção e correção. Dentre eles, pode-se citar o controle de constitucionalidade das leis.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos tem, como pressupostos, a supremacia da Constituição em detrimento das demais leis infraconstitucionais, bem como a rigidez constitucional e a necessidade de proteção aos direitos e garantias fundamentais, sendo

que este último caracteriza-se muito mais como um fundamento do que um pressuposto, pois se trata do fim colimado e não de requisito para o exercício do controle.

A existência de um escalonamento no ordenamento jurídico significa que as leis que estejam abaixo daquela que ocupa o ápice devem com ela manter concordância, pois esta é hierarquicamente superior. É nesta norma superior em que estão estabelecidas as regras referentes ao processo de elaboração das leis e o seu conteúdo, a que se devem ater os legisladores. Assim, logicamente, não pode nenhuma lei que dependa da hierarquicamente superior contrariá-la, motivo pelo qual há necessidade do exercício de controle, a fim de manter essa concordância entre normas jurídicas escalonadas. Percebe-se, aqui, uma relação entre pressuposto e finalidade, pois enquanto a supremacia da constituição é condição *sine qua non* para o exercício do controle de constitucionalidade, este visa a garantir a soberania constitucional.

A idéia de supremacia da Constituição também foi defendida por Hans Kelsen, o qual a denominava de norma fundamental. Segundo este emérito jurista,

se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica do Estado, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer, com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.²⁹

Tal controle, como já afirmado, também nos leva à idéia da necessidade de rigidez constitucional.

Em constituições denominadas rígidas, percebe-se a nítida diferença entre poder constituinte e constituído. Aquele estabelece todas as normas a que deverá obediência o poder constituído, não podendo este, em hipótese alguma, afrontar o que fora predeterminado. Afere-se, desse ponto, também, a idéia de supremacia da Constituição, posto ter sido elaborada pelo Poder Constituinte. Assim, para que possam as normas constitucionais servir de paradigma para as demais, é mister que tenham um processo de elaboração mais difícil e complexo do que o estabelecido para a elaboração de leis ordinárias, característica das Constituições rígidas, pois, caso contrário, em se tratando de Constituições flexíveis, a edição de qualquer lei poderia alterar o texto constitucional, já que, em caso de contrariedade da lei posterior, a anterior seria, por ela, revogada, não havendo, portanto, que se falar em inconstitucionalidade, capaz de ensejar o controle da lei posterior.

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Revisão para a edição brasileira Silvana Vieira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 240.

Alexandre de Moraes, nesse sentido, nos informa que

[...] a idéia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário.³⁰

Por fim, o controle de constitucionalidade se mostra como uma medida de proteção dos direitos fundamentais, uma vez que visa a evitar que normas jurídicas contrárias a tais direitos sejam introduzidas no ordenamento jurídico, mesmo que esta seja a intenção da maioria parlamentar. Por tal motivo é tido, por alguns estudiosos, como fundamento do controle de constitucionalidade.

Como os projetos de leis para serem aprovados precisam da maioria parlamentar – absoluta ou relativa – seria muito simples aprovar uma lei em desacordo com os direitos fundamentais, por motivo de ingerência política, pois bastaria a obtenção da maioria do parlamento. Em face, entretanto, do controle de constitucionalidade, isso não pode ocorrer, já que, mesmo tendo o apoio da maioria dos parlamentares, projetos de leis contrários aos direitos fundamentais não são aprovados e, caso sejam, depois serão as leis expurgadas do ordenamento jurídico, através do controle repressivo judicial.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade, que pressupõe a supremacia e rigidez constitucional, mostra-se essencial para a garantia da superlegalidade constitucional, já que de nada adiantaria a existência de um ordenamento jurídico escalonado se não fosse realizado um sistema eficiente de defesa da Constituição, para que ela prevalecesse diante das leis e de outros atos normativos que eventualmente a antagonizassem, visando-se, sempre, à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

2.2 Critérios de controle de constitucionalidade

Existem diversas formas de classificar o controle de constitucionalidade. Deter-se-á, entretanto, atenção na análise de apenas alguns dos vários critérios utilizados pelos doutrinadores.

2.2.1 *Quanto à natureza do órgão de controle*

Quanto a este critério, o controle de constitucionalidade pode ser político ou jurisdicional.

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 635.

2.2.1.1 Controle político

Por determinados sistemas constitucionais reconhecerem que o controle de constitucionalidade das leis tem efeitos políticos e colocam o órgão em posição de preeminência no Estado, achou-se mais adequado cometê-lo a um corpo político, de preferência distinto do Legislativo, Executivo e Judiciário.

Esse modelo tem origem no sistema jurídico francês, tendo florescido durante a Revolução Francesa a partir das idéias do jurista Sieyès, segundo o qual, em face de certas desconfianças surgidas com relação aos órgãos jurisdicionais do *Ancien Régime*, foi criado um órgão especificamente destinado a este fim, diverso dos demais que compõem os Poderes do Estado.

Ocorre que constitucionalistas têm demonstrado que esse tipo de controle é ineficaz.

Alegam que esses órgãos a que é incumbido o controle de constitucionalidade das leis tendem a apreciar as questões a eles submetidos segundo o critério da conveniência e não segundo os ditames constitucionais.

Dessa forma, denomina-se político o controle de constitucionalidade realizado por órgão que possua essa natureza, tais como o próprio Poder Legislativo, como ocorria na Europa no século passado; ou um órgão especial, como o *Conseil Constitutionnel*, vigente, hodiernamente, na França, sendo este o modelo de controle político preferido pelos constitucionalistas, pelos motivos já expostos.

2.2.1.2 Controle judicial

Esse modelo de controle teve origem nos Estados Unidos da América, fruto de uma grande reflexão acerca da supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias. Adquiriu notoriedade mundial a partir do julgamento do famoso caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, pela Suprema Corte norte-americana, no qual o Juiz Marshall defendeu que cabe aos órgãos jurisdicionais interpretarem e aplicarem a lei, sempre tendo como parâmetro a Constituição. Segundo esse modelo, a compatibilidade das leis com o texto constitucional é feita por órgão integrante do Poder Judiciário.

Os críticos desse sistema de controle de constitucionalidade alegam que os juiz e tribunais investidos dessa função assumem uma posição eminentemente política. Em sentido contrário, há publicistas que, nos termos alegados por Paulo Bonavides, “aferrados à tese da inteira neutralidade de procedimento jurisdicional, vêem no controle uma aferição estritamente jurídica dos atos constitucionais.”³¹

O controle de constitucionalidade jurisdicional das leis pode ser exercido de duas formas, como se verá adiante: por via de exceção (controle difuso) e por via de ação (controle concentrado).

2.2.1.3 Controle misto

No que tange ao controle misto, há critérios diversos para a sua definição.

José Afonso da Silva define o controle misto como aquele realizado “quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob o controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.”³²

Outros doutrinadores³³, entretanto, consideram o controle misto/eclético quando há, simultaneamente, o exercício do controle por órgãos político e jurisdicional, citando, a título exemplificativo o Brasil.

No sistema jurídico brasileiro, entretanto, o controle é **eminentemente** de natureza judicial, sendo exercido pelos órgãos jurisdicional, nos termos do art. 102, I, a, 97 e 93, IX, da CF. Entretanto, a própria Constituição estabelece algumas exceções a este modelo, na medida em que prevê o exercício político do controle de constitucionalidade, realizado, no caso, pelo Poder Executivo e Legislativo, como se verá adiante.

2.2.2 *Quanto ao momento de exercício do controle*

O controle de constitucionalidade, quanto ao momento de exercício, pode ser preventivo ou repressivo.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 301.

³² SILVA, José Afonso da., *op. cit.*, 2004, p. 49.

³³ Cita-se, a título exemplificativo, o professor Luis Roberto Barroso, em sua obra “*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*”. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44.

2.2.2.1 Controle preventivo

O controle preventivo é aquele que visa a impedir que seja incorporado ao ordenamento jurídico algum ato normativo incompatível com a Constituição Federal. Não se busca, neste caso, retirar, do mundo jurídico, um ato existente, nem se declarar a sua nulidade. Procura-se, sim, sanar as inconstitucionalidades porventura existentes para que, uma vez constitucional, o ato jurídico entre em vigor.

No Brasil, o controle preventivo tanto obedece ao modelo político, quanto ao judicial, na medida em que é realizado por órgãos políticos, tais como o Executivo e o Legislativo, assim como pelo Judiciário, conforme se observará à frente, no momento oportuno.

Ressalte-se, entretanto, a controvérsia existente acerca da possibilidade de realização de controle prévio pelo Judiciário.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a possibilidade de parlamentares impetrarem mandado de segurança quando vislumbrarem inconstitucionalidade no processamento de propostas de emendas à Constituição, bem como de projetos de lei. Tal entendimento, no entanto, não é unânime, havendo quem entenda, na Suprema Corte, que tal atitude afronta o princípio da separação dos poderes, bem como torna despiciendo o controle de constitucionalidade realizado pelo Congresso Nacional.³⁴

2.2.2.2 Controle repressivo

³⁴ EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. I. - O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas. II. - Precedentes do STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves (leading case), RTJ 99/1031; MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello, RDA 191/200; MS 21.303-AgR/DF, Ministro Octavio Gallotti, RTJ 139/783; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso, "DJ" de 12.09.2003. III. - Inocorrência, no caso, de ofensa ao processo legislativo, C.F., art. 60, § 2º, por isso que, no texto aprovado em 1º turno, houve, simplesmente, pela Comissão Especial, correção da redação aprovada, com a supressão da expressão "se inferior", expressão dispensável, dada a impossibilidade de a remuneração dos Prefeitos ser superior à dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. IV. - Mandado de Segurança indeferido. (STF - MS 24642 / DF - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO - DJ 18-06-2004 PP-00045) Contra EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Processo Legislativo: Projeto de Lei. 3. Controle de constitucionalidade preventivo. 4. Conflito de atribuições. 5. Comprometimento do modelo de controle repressivo e do sistema de divisão de poderes estabelecidos na Constituição. 6. Mandado de Segurança indeferido. (STF - MS 24138 / DF - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. GILMAR MENDES - DJ 14-03-2003 PP-00028)

O controle repressivo também é denominado de sucessivo ou *a posteriori*. Ele ocorre quando a lei está em vigor e se busca torná-la ineficaz, retirando-a do ordenamento jurídico.

Em regra, é realizado pelo Judiciário, através do controle difuso ou aberto (via de exceção) ou concentrado ou reservado (via de ação), mas reconhece-se, também, a possibilidade de ser exercido por órgão do Legislativo, como a possibilidade de sustação de atos normativos exorbitantes editados pelo Executivo, e pelo Executivo, como a recusa direta em aplicar norma inconstitucional. Este último ponto será objeto de análise exclusiva em subtópico a seguir.

2.2.3 Quanto à forma ou modo de controle judicial

O controle de constitucionalidade pelo Judiciário, como já afirmado, pode ocorrer na modalidade difusa ou concentrada.

2.2.3.1 Controle difuso ou aberto

A origem desse controle é a mesma do controle judicial em geral: o caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803, pela Corte Suprema norte-americana, motivo pelo qual, há quem o denomine de **sistema americano**.

No Brasil, foi introduzido em 1891, com a promulgação da primeira Constituição republicana, conforme se afere do art. 59 da referida Carta Magna³⁵, permanecendo até hoje sem alterações significantes.

Denomina-se difuso o controle realizado por qualquer juízo ou tribunal, que, ao julgar um caso concreto, reconhece a inconstitucionalidade de determinada lei. Por se tratar de controle em que uma das partes alega, em sua defesa, a inconstitucionalidade de uma norma, é também conhecido como “controle por via de exceção (defesa)”.

O art. 97 da Constituição Federal, denominado “cláusula de reserva de plenário”, estabelece que a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou do órgão especial, onde houver, sob pena de nulidade absoluta da respectiva decisão.

³⁵ Art 59 [...] § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: (...) 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.

Tal exigência, entretanto, não quer dizer que juízes monocráticos não possuem competência para, incidentalmente, reconhecerem a constitucionalidade de uma dada lei.³⁶ O dispositivo supracitado apenas determina uma regra especial no que tange aos órgãos judiciários colegiados.

No controle difuso, a questão da constitucionalidade de lei ou ato normativo não corresponde ao objeto da demanda, mas trata-se de uma questão prévia, que precisa ser primeiramente analisada para que o juiz possa se manifestar acerca do real objeto da ação. Dessa forma, a decisão do juiz que reconhece a constitucionalidade da norma não é capaz de expurgá-la do ordenamento jurídico. Há, apenas, o afastamento de sua aplicação no caso concreto levado a juízo, permanecendo válida e obrigatória em relação a terceiros. Diz-se, assim, que os efeitos desse controle é *ex tunc*, com relação às partes, pois retroage à data do pedido, mas *ex nunc* no que concerne a terceiros.

2.2.3.2 Controle concentrado

O controle concentrado da constitucionalidade das leis é exercido, unicamente, por um órgão específico, criado com essa finalidade ou tendo nessa atividade a sua principal função. Esse sistema de controle opõe-se, portanto, ao sistema americano, denominado de *judicial review*. Neste, cada órgão jurisdicional é competente para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos.

O sistema ora em estudo foi instituído, pela primeira vez, em 1920, com a edição da Constituição austríaca, sendo Hans Kelsen um de seus principais idealizadores. O emérito jurista, em suas lições, justifica o controle realizado por apenas um órgão utilizando-se dos argumentos abaixo transcritos, *in verbis*:

Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico.

Conclui, nos seguintes termos:

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não

³⁶ “A instauração de processo popular constitui meio instrumentalmente adequado para a realização, pela via difusa, da fiscalização concreta da constitucionalidade, em ordem a permitir qualquer magistrado a resolução da controvérsia cujo fundamento imponha, a esse órgão do Poder Judiciário, para efeito de acertoamento do litígio, a necessidade de prévio reconhecimento da incompatibilidade vertical dos atos do Poder Público com o Texto da Constituição da República.” (STF – RCL nº 721-0/AL, DJU 19.02.98, p. 8).

só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do direito.”³⁷

No Brasil, foi introduzido através da Emenda Constitucional nº 16, de 06/12/1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência exclusiva pra processar e julgar originariamente as representações do Procurador-geral da República referentes à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Não se pode olvidar, entretanto, que a Constituição de 1934 já previa a representação intervintiva.

Por meio desse controle, busca-se reconhecer a inconstitucionalidade *in abstrato* da lei, retirando-a do ordenamento jurídico. No controle concentrado, o objeto da ação é a própria questão da validade do ato normativo. Visa-se, exclusivamente, retirar norma contrária ao texto constitucional, não se tratando, assim, de mecanismo de tutela de direito subjetivo, mas, sim, de preservação da unidade do ordenamento jurídico. Dessa forma, a manifestação da Corte Suprema vincula todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como a administração direta e indireta federal, estadual e municipal, produzindo, ainda, efeitos *ex tunc*, pois retroage, como se a norma jamais tivesse ingressado no mundo jurídico, e *erga omnes*.

2.3 A atuação do Legislativo e do Executivo no controle de constitucionalidade

No Brasil, adota-se, principalmente, o controle judicial como modelo de fiscalização da constitucionalidade de leis e atos normativos. Dessa forma, apenas os órgãos do Poder Judiciário, em regra, possuem competência para reconhecer e declarar a inconstitucionalidade de determinados atos.

Ocorre que a própria Carta Magna prevê, como se verá adiante, a possibilidade de tal controle ser, também, exercido pelo Executivo e Legislativo, tanto de forma preventiva, quanto repressiva, assim como na modalidade difusa e concentrada.

2.3.1 Poder Executivo

Excetuando o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, em que apenas ao Judiciário cabe o seu exercício, a Carta Magna prevê hipóteses em que é

³⁷ KELSEN, Hans., *op. cit.*, 1991, p. 287-290.

atribuída ao Executivo a possibilidade de evitar a inclusão, no ordenamento jurídico pátrio, de atos normativos inconstitucionais. Trata-se do **veto jurídico**.

O processo legislativo Brasileiro estabelece, como uma de suas fases, a necessidade de remessa do projeto de lei para o Chefe do Executivo para que este o sancione, caso o aprove, ou vete³⁸. Neste caso, constatando-se que o projeto de lei é contrário ao interesse público – veto político – ou à Constituição Federal – veto jurídico –, deverá vetá-lo, no todo ou em parte, sendo, portanto, uma espécie de **controle político preventivo**.

Ressalte-se que, embora haja controvérsias a respeito, não é dado ao Poder Judiciário competência para examinar as razões do veto, pois se trata de ato discricionário e político, insuscetível de revisão judicial.

Para finalizar, pode-se também considerar, como modo de exercício do controle de constitucionalidade, a possibilidade de o Presidente da República, assim como os Governadores dos Estados e do Distrito Federal ajuizarem ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e ação direta de inconstitucionalidade (ADI). É certo que eles não exercem, de fato, nesse caso, o controle das leis e atos normativos. O que ocorre, na verdade, é a admissão da possibilidade de eles poderem participar do processo, na medida em que são legitimados pela Constituição Federal, em seu art. 103, para proporem as ações supracitadas.

2.3.2 Poder Legislativo

Primeiramente, analisar-se-á o **controle preventivo** realizado pelo Legislativo.

As duas casas do Congresso Nacional, em conjunto ou em separado, podem, nos termos do art. 58 da Constituição Federal, instituir comissões temporárias ou permanentes, encarregadas, dentre outras atribuições previstas no respectivo regimento interno ou no ato de sua criação, de estudar e examinar as proposições legislativas, emitindo, no caso, pareceres.

Dentre essas comissões, existe a comissão de constituição e justiça (CCJ), cuja função consiste em analisar a compatibilidade dos projetos de lei ou de emenda constitucional com o

³⁸ Art. 66, CF/88. -- A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do voto.

texto da Carta Magna. Assim, antes de ser aprovada uma lei ou uma emenda à Constituição, o respectivo projeto deve ser apreciado por essa comissão especial para fins de evitar que adentre no ordenamento jurídico texto normativo incompatível com a Lei Suprema do país.

A decisão dessa comissão permanente é passível de revisão pelo plenário da casa legislativa. Ressalte-se que, em face do paralelismo constitucional, tal modelo se estende ao plano estadual e municipal.

Outro exercício de controle de constitucionalidade pelo Legislativo consiste na rejeição do voto do Chefe do Executivo. Como já exposto, o Chefe do Executivo pode vetar projeto de lei quando este for contrário ao interesse público – voto político – ou incompatível com o texto constitucional – voto jurídico.

Ocorrendo, entretanto, a situação de o projeto de lei ser vetado com fundamento em inconstitucionalidade, pode o Congresso Nacional, em sessão conjunta, rejeitar o voto, pela maioria absoluta dos deputados e senadores, em escrutínio secreto.³⁹ Percebe-se, assim, que, nesse caso, a manifestação do Legislativo prevalece sobre a do Executivo.

Analizados os casos de controle preventivo exercido pelo Legislativo, apreciaremos a sua atuação no **controle repressivo**.

O Legislativo exerce, repressivamente, o controle de constitucionalidade quando (1) susta ato normativo do executivo; (2) exerce juízo prévio acerca das medidas provisórias; (3) aprova emenda constitucional superadora da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal; (4) propõe ação direta por órgão do Legislativo; e (5) revoga lei inconstitucional, relembrando, neste último caso, a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade por ato legislativo, pois privativo do Supremo Tribunal Federal. Passaremos a analisar, perfunctoriamente, tais casos a seguir.

O art. 49, V, da Constituição Federal, confere ao Poder Legislativo a competência de sustar ato normativo do Executivo que exorbite do poder regulamentar ou extrapole o limite da delegação legislativa. Assim, praticando o Chefe do Executivo algum ato ilegal, inconstitucional,

³⁹ Art. 66 [...]

§ 4º - O voto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

cabe ao Congresso Nacional, através da edição de um decreto legislativo, a atribuição de sustá-lo, impedindo, dessa forma, que produza efeitos jurídicos.

No que tange ao juízo prévio acerca das medidas provisórias, a emenda constitucional n. 32 de 2001 trouxe novo tratamento para os casos de edição de medidas provisórias. Dentre essas inovações, foi estabelecido que ao Congresso Nacional, previamente, cabe a análise acerca dos pressupostos constitucionais, dentre eles o juízo acerca da constitucionalidade da medida.

De fato, uma vez editada uma medida provisória, ela terá vigência e eficácia imediata, bem como força de lei. Tal medida, no prazo de 60 dias, prorrogável por igual período, deverá ser apreciada pelo Congresso Nacional, que deverá convertê-la em lei, se aprovada, ou rejeitá-la. Nesta última situação, o Congresso Nacional pode fazê-lo por entendê-la inconstitucional.

Percebe-se que se trata de modo repressivo de controle de constitucionalidade na medida em que o ato normativo já está produzindo efeitos, sendo que o Congresso Nacional não o aprova por estar incompatível com a Constituição, retirando-o do ordenamento jurídico.

Apesar do entendimento de que, nesse caso, o controle também é preventivo, não se pode olvidar do posicionamento do Supremo Tribunal Federal⁴⁰, segundo o qual é admitido que as medidas provisórias sejam objeto de ação direta de inconstitucionalidade, da onde se constata que, ao produzir efeitos assim que editada, o controle realizado pelo Congresso Nacional é repressivo.

É notório, portanto, que esse ato normativo pode ser objeto de controle de constitucionalidade repressivo, seja através de proposta de ADI, seja em face do juízo prévio exercido pelo Congresso Nacional ao apreciá-la.

Há, ainda, a situação em que o Legislativo aprova emenda constitucional, superando a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, as decisões proferidas pela Corte Suprema no exercício do controle abstrato das normas têm efeito vinculante com relação aos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, não vinculando, assim, o Legislativo, que pode emendar a Constituição Federal, discordando, assim, do posicionamento definido pelo STF.

⁴⁰ STF – Pleno – Adin nº 295-3/DF – medida liminar – Rel. Min. Paulo Brossard - DJ. 22-6-90.

O professor Luis Roberto Barroso, em sua obra intitulada “O controle de constitucionalidade no direito brasileiro”⁴¹ exemplifica o há pouco afirmado citando o ocorrido com a EC n. 19/98 (relativamente à inclusão de vantagens pessoais no limite máximo de remuneração dos servidores públicos), com a EC n. 29/2000 (relativamente à admissibilidade de IPTU progressivo) e a EC n. 39/2002 (relativamente à cobrança, por Municípios e Distrito Federal, de contribuição para o custeio de iluminação pública).

Por fim, outras situações em que o Legislativo exerce o controle repressivo é quando quaisquer das mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, bem como as Assembléias Legislativas e Câmara Legislativa, no âmbito estadual e distrital, respectivamente, propõem ADI ou ADC, posto que legitimados pela própria Constituição Federal, nos termos do art. 103, assim como quando uma lei inconstitucional é revogada por este fundamento.

Vistas algumas informações pertinentes ao controle de constitucionalidade, passaremos a analisar a possibilidade de essa função ser exercida pelos Tribunais de Contas.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 74.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Como visto no capítulo anterior, o modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil é o jurisdicional, haja vista ser **eminentemente** realizado por órgão integrantes do Poder Judiciário.

Admite-se, entretanto, algumas exceções a esse modelo, pois, na própria Carta Magna, há algumas previsões acerca da possibilidade de o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos ser realizado por órgãos integrantes do Legislativo e Executivo, tais como a necessidade de aprovação de Projeto de Lei pela Comissão de Constituição e Justiça e o veto presidencial, respectivamente. Nesses casos, o controle se torna político e não jurisdicional, razão pela qual se afirma que o sistema adotado pelo Brasil é eminentemente jurisdicional.

Em que pese o forte sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil, não é incomum a edição de leis e atos normativos contrários a princípios e regras constitucionais. Estando em vigência texto normativo inconstitucional, questiona-se se algum órgão ou complexo de órgãos públicos, dentre eles os Tribunais de Contas, para evitar maiores prejuízos à sociedade, podem recusar-se a cumprir tal norma, mesmo que não tenha havido nenhuma manifestação do Judiciário nesse sentido.

Essa é a problemática tratada nesta pesquisa e será o objeto do presente capítulo, no qual se estudará a possibilidade, dentro do sistema jurídico brasileiro, de os órgãos dos Tribunais de Contas exercerem o controle de constitucionalidade. Para tal intuito, analisar-se-ão o entendimento da Corte Suprema e a evolução histórica da instituição.

3.1 Competência do Tribunal de Contas para apreciação da constitucionalidade e a Súmula 347 do STF

Embora haja quem considere estar pacificada a questão referente à possibilidade de o Tribunal de Contas exercer o controle de constitucionalidade⁴², no que tange às matérias de sua competência, este não é o melhor entendimento. De fato, apenas os membros componentes dos Tribunais de Contas não divergem acerca do exercício de tal prerrogativa. O STF, por sua vez, posicionou-se, recentemente, no sentido de não deter as Cortes de Contas competência para apreciar constitucionalidade de leis e atos normativos, conforme se verá mais adiante.

A controvérsia acerca da possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem o controle de constitucionalidade decorre, principalmente, do enunciado da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal.

Na sessão plenária de 13/12/1963, foi editada a referida súmula, contendo o seguinte teor: **“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.”**

A partir de então, conferiu-se, expressamente, a prerrogativa a órgãos não pertencente ao Poder Judiciário de verificar se leis e atos normativos provenientes do poder público são compatíveis com o texto constitucional.

Tal entendimento sumulado teve, como referência, o julgamento do recurso de apelação em Mandado de Segurança nº 8.372, do Ceará, no qual se questionava ato do Tribunal de Contas que negara registro à aposentadoria de Delegado de Polícia feita com base em lei revogada por outra posterior declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessa oportunidade, o relator Ministro Pedro Chaves assim se manifestou:

Entendeu o julgado que o Tribunal de Contas não podia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade, essa declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas.

Mas há que se 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.

Nesse mesmo sentido, já se posicionava Pontes de Miranda.

⁴² SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. *Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União*. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas, 2006, p. 129-142.

Este emérito doutrinador defendia que o Tribunal de Contas, no julgamento de contas de responsáveis por dinheiros ou bens públicos, poderia interpretar a Constituição, definitivamente, e julgar a constitucionalidade das leis, regulamentos ou atos do Poder Executivo:

Imaginemos que texto de lei retire ao Tribunal de Contas o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e, tendo de pronunciar-se a respeito, caiba ao Tribunal de Contas julgar-se competente e, pois, inconstitucional a lei. Seria possível somente porque surgiu lei em sentido contrário, retirar o Tribunal de Contas a si mesmo, a competência? De modo nenhum. [...] Ora, o que se pretendeu, com a inação constitucional do Tribunal de Contas, destoava do sistema que adotamos desde 1891, a respeito dos órgãos judiciários e dos próprios funcionários públicos. Qualquer funcionário público poderia invocar princípio constitucional; só os membros do Tribunal de Contas, não. Seria absurdo! ⁴³

Durante a vigência da Constituição de 1946, portanto, embora divergissem alguns doutrinadores, o entendimento segundo o qual os órgãos dos Tribunais de Contas podiam apreciar a constitucionalidade de leis e atos do poder público se encontrava sumulado pela Corte Suprema. Ressalte-se que não se está pretendendo insinuar que os entendimentos sumulados pelo Supremo Tribunal Federal vinculavam todos os demais órgãos do Estado e, inclusive, os estudiosos. Até mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, as súmulas do STF não passaram a ter efeitos vinculantes. Houve transformações jurídicas quanto a esse ponto apenas com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu o art. 103-A, com o seguinte teor:

Art. 103-A - O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A lei mencionada pelo texto constitucional é a Lei nº 11.417, editada em 2006. Feito este pequeno adendo, voltemos ao tema principal.

A discussão de que ora se trata tomou maiores dimensões a partir do advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema político o controle abstrato de normas, mediante representação do Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, conforme art. 101, I, k, da referida Carta reformada. Não houve, entretanto, qualquer alteração no que tange ao controle incidental ou difuso.

⁴³ MIRANDA, Pontes de., *op.cit.*, 1960, p. 20.

A partir da edição da referida emenda, muitos estudiosos consideraram revogada a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal por falta de receptação, pois defendiam que não haveria mais possibilidade de os Tribunais de Contas apreciarem a constitucionalidade de leis e atos normativos em face da Constituição Federal já que outra era a ordem constitucional.

Hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal nega aplicação à Súmula 347, corroborando com o entendimento há pouco exposto de que o seu conteúdo destoa com a atual ordem jurídica.

Em julgamentos recentes, precisamente do ano de 2006 e 2007, posicionou-se aquele órgão no sentido de que não cabe aos Tribunais de Contas apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, não podendo estes se recusar a aplicar leis vigentes, ou seja, ainda não declaradas inconstitucionais em controle difuso, aos casos concretos. Vejamos o julgamento de Medida Liminar em Mandado de Segurança, proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, no processo de número 26410:

Não me impressiona o teor da Súmula 347 desta Corte, segundo o qual “o Tribunal de Contas, no 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.” Nesse mesmo sentido o MS 25986 ED-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 21.06.2006.

Constata-se, assim, que a mais alta Corte de Justiça do país justifica a edição da Súmula 347 alegando que, à época, era comum e juridicamente possível órgãos não integrantes do Poder Judiciário se recusarem a aplicar normas que considerassem inconstitucional, conferindo, dessa forma, tal prerrogativa, também, aos órgãos dos Tribunais de Contas.

O STF, entretanto, como já afirmado, atualmente admite a declaração de constitucionalidade apenas por órgãos jurisdicionais, o que afasta a aplicação da referida súmula. Argumenta-se que, por a Constituição Federal de 1988 ter ampliado a legitimidade para a propositura da ADI, deixando esta de ser exclusiva do Procurador-Geral da República e possibilitando-se que a proponha o Presidente da República e o Governador dos Estados e Distrito Federal, não se deve mais admitir que órgãos não jurisdicionais se neguem, de ofício, a cumprir a lei. Esse assunto será objeto da análise posterior.

O Superior Tribunal de Justiça, assim como o Supremo Tribunal Federal, nega a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade por órgãos integrantes dos Tribunais de Contas, senão vejamos:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGENTE PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO DE LEI SOB ALEGAÇÃO DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. LICITAÇÕES E CONTRATOS. REMESSA PRÉVIA DO EDITAL. CONTROLE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO-PROVIDO.

1. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o controle dos atos praticados pelos agentes públicos passou a ser exercido com maior amplitude pelos Tribunais de Contas os quais passaram a ter um maior controle preventivo destes atos.
2. Não é permitido a este egrégio Sodalício criar um controle de inconstitucionalidade a latere não contemplado pelo nosso ordenamento jurídico na medida em que não se deve dar respaldo a que um agente público se negue a cumprir preceito de lei ainda não afastado do nosso ordenamento jurídico.
3. Recurso ordinário não-provido.⁴⁴

Ressalte-se, entretanto, que, em 1997, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça era contrário ao supratranscrito, pois admitia-se que os Tribunais de Contas deixassem de aplicar lei tida por inconstitucional, quando no exercício de sua competência:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. VEREADORES. REMUNERAÇÃO. FIXAÇÃO EM PERCENTUAL DA RECEITA DO MUNICÍPIO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS. POSSIBILIDADE.

- A Constituição Federal possibilitou ao Tribunal de Contas exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do poder público. arts. 71 e 75 da CF e Súmula 347/STF.
- É vedado pelo art. 167, IV, da CF, a vinculação de percentual da receita do município para remuneração de vereadores, mesmo se respeitado o limite de 5% previsto no art. 29, VII, da CF, pois o escopo deste dispositivo foi apenas o de estabelecer um teto, mas sem admitir vinculação.
- Recurso a que se nega provimento.⁴⁵

Embora os tribunais pátrios, inclusive a Corte Suprema, se oponham ao exercício, nos moldes expostos, pelas Cortes de Contas, do controle de constitucionalidade, não há como se negar essa competência aos órgãos responsáveis pela garantia do princípio sensível constitucional da prestação das contas públicas.

⁴⁴ STJ - RMS 17996/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01.06.2006, DJ 21.08.2006, p. 233.

⁴⁵ STJ - RMS 5456/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03.06.1997, DJ 04.08.1997, p. 34785.

3.2 Inexecução de ato normativo pelo Executivo sob a alegação de inconstitucionalidade

Como já exposto, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 347 com supedâneo no fato de que a ordem constitucional vigente à época possibilitava que órgãos não integrantes do Poder Judiciário, principalmente o Executivo, se recusassem a dar cumprimento a lei ou ato normativo conflitante com a Constituição Federal.

Atualmente, há dissenso na doutrina acerca de tal faculdade conferida ao Executivo, assim como sobre a possibilidade de não aplicação de lei tida por inconstitucional por órgão pertencente aos Tribunais de Contas, motivo pelo qual merece uma abordagem no presente estudo.

Antes do advento da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que introduziu, no Brasil, o controle abstrato de normas a ser exercido através da propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), cuja legitimidade para propositura cabia exclusivamente ao Procurador-Geral da República, era plenamente majoritário o entendimento que permitia a recusa pelo Poder Executivo de aplicação de lei sob o argumento da inconstitucionalidade.

De fato, era um contra-senso admitir que o Chefe do Executivo, por não dispor de meios de levar ao Judiciário a questão acerca da constitucionalidade de dada lei ou ato normativo, aplicasse lei contrária à Constituição, lei fundamental de um país, quando deveria velar pela legalidade e pela primazia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico.

Isso mudou com a edição da EC nº 16/1965, surgindo forte corrente doutrinária e jurisprudencial argumentando que não poderia mais ser negada aplicação de lei ainda não declarada inconstitucional pelo Judiciário, já que se abriria a possibilidade de o Presidente da República, por meio do Procurador-Geral da República, ao Executivo vinculado, provocar o Judiciário quanto à constitucionalidade do ato normativo.

Acrescentou-se ao argumento supra-exposto o fato de o Executivo já exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos em decorrência do poder de veto na edição de leis. Se no trâmite legislativo, o Executivo não vetou a lei por inconstitucionalidade, alternativa não resta senão o seu fiel cumprimento. Tal situação ainda se agrava caso o Congresso Nacional rejeite o veto e edite a referida lei. Nesse caso, se se admitisse que o Executivo, mesmo assim, se recusasse a aplicá-la, haveria um choque entre os poderes do Estado, acarretando instabilidade

jurídica. De fato, é no poder de vetar, exercido pelo Executivo, e no de rejeitar o veto, pelo Legislativo, que se exerce o sistema de freios e contrapesos da conhecida teoria constitucional.

Junte-se, ainda, o seguinte posicionamento do Ministro Carlos Medeiros:

Toda lei posta em vigor, mediante sanção ou promulgação, goza de presunção de constitucionalidade, porque o Legislativo, como o Executivo, quando de sua elaboração, tem oportunidade de opor ou repudiar os projetos eivados do vício de inconstitucionalidade (...)

Negando cumprimento ao texto legal o que o Executivo faz é negar-lhe vigência, quando ele está em vigor por determinação do órgão constitucional competente, mediante sanção ou promulgação, é opor-lhe novo veto, fora do tempo e agora do texto legal.

A doutrina do repúdio à observância da lei pode se tornar subversiva da ordem jurídica, quando houver sucessão de chefes do Executivo, inconformados com atos de sanção de seu antecessor, por motivos meramente políticos e de caráter subjetivo. (...)

No poder de interpretar a Constituição, não se deve entender, necessariamente ou implicitamente, o de repudiar lei por inconstitucionalidade.⁴⁶

O entendimento contrário, entretanto, mostra-se o mais acertado.

Reza o art. 78 da Constituição Federal de 1988 que o Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de **manter, defender e cumprir a Constituição**, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

Tendo assumido o encargo de dar fiel cumprimento à Constituição Federal, mais coerente a posição que permite ao Executivo se negar a aplicar lei tida por inconstitucional mesmo que não tenha havido manifestação do Judiciário. Afirma Alexandre de Moraes que

[...] não há como exigir-se do chefe do Poder Executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, licitamente, negar-se cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário. Porém, como recorda Elival da Silva Ramos, ‘por se tratar de medida extremamente grave e com ampla repercussão nas relações entre os Poderes, cabe restringi-la apenas ao Chefe do Executivo, negando-se a possibilidade de qualquer funcionário administrativo subalterno descumprir a lei sob a alegação de inconstitucionalidade. Sempre que um funcionário subordinado vislumbrar o vício de inconstitucionalidade legislativa deverá propor a submissão da matéria ao titular do Poder, até para fins de uniformidade da ação administrativa’. ⁴⁷

A jurisprudência, também, nesse sentido já se posicionou, conforme decisão proferida pelo Pleno do STF, na ADIn nº 221/DF, que teve como Relator o Ministro Moreira Alves, na qual ficou ressaltado que “os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido

⁴⁶ STF – MS n. 15.886/DF, Rel. Min. Victor Nunes Leal - DJ 27-06-1967 PP-02023 - RTJ: VOL-00041-03 PP-00669.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de., *op. cit.*, 2006, p. 660/661.

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”

Dessa forma, em que pese o entendimento recente do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade da negação de aplicação de ato normativo inconstitucional pelo Executivo e demais órgãos do Poder Público, há de se ter em mente a incumbência de todos os órgãos públicos velarem pela legalidade dos atos e pela primazia da Lei Suprema do país. Sob esse prisma, portanto, há de se estudar a atuação dos Tribunais de Contas ao se ver diante de um caso em que se deve aplicar lei tida por contrária aos preceitos constitucionais.

3.3 A relevância das funções do Tribunal de Contas e o controle de constitucionalidade

A fiscalização das contas públicas é uma função de suma importância para a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Relembre-se que tais direitos não se limitam aos individuais, denominados de primeira geração, mas vão além, compreendendo também os transindividuais, dentre os quais podem ser inclusos os bens públicos, ou seja, os recursos do Estado.

De fato, os valores arrecadados pelo Estado, grande parte proveniente da tributação, tem como escopo garantir os direitos dos cidadãos, tendo em vista que é do Estado a responsabilidade de assegurar serviços públicos de boa qualidade, tais como educação, moradia, saúde, higiene, lazer, dentre tantos outros que, inclusive, encontram-se previstos no art. 6º da Carta Magna, denominados de direitos sociais.

O Tribunal de Contas, portanto, por ter como atribuição principal o controle dos recursos públicos, pode ser considerado como verdadeiro **órgão protetor dos direitos fundamentais**, além de constituir um instrumento necessário para garantia da efetiva democracia.

Há, ainda, de se mencionar, que a Constituição Federal de 1988 elegeu à categoria de princípio sensível a prestação de contas por partes dos agentes públicos, conforme arts. 34, VII, *d* e 35, II.

É nesse ponto que reside a grande importância que deve ser atribuída a esses órgãos de controle. Vejamos os ensinamentos de Ricardo Lobo Torres:

[...] embora o Tribunal de Contas não seja a rigor um órgão constitucional, pois que não foi criado pela Constituição, não constitui o Estado nem profere decisões vinculantes, é, sem a menor dúvida, **uma das garantias institucionais da Constituição e dos direitos da liberdade nela declarados.**⁴⁸

Para se entender a relação entre os Tribunais de Contas e os direitos fundamentais e sua instrumentalidade no que tange à efetividade da democracia, há de se fazer um breve estudo acerca de alguns dos princípios norteadores da fiscalização financeiro-orçamentária do Estado, quais seja, legalidade, legitimidade e economicidade.

3.3.1 Princípios informadores da atuação do Tribunal de Contas

A Constituição Federal de 1988 foi a única, levando-se em consideração toda a história brasileira, a conferir aos Tribunais de Contas a competência para exercer o controle de legitimidade e economicidade das contas públicas. Todas as demais constituições brasileiras reportavam-se, apenas, à necessidade de se observar o princípio da legalidade, enunciado axiológico que também foi mantido pela nova ordem constitucional.

De fato, o art. 70 da Carta Magna estabelece que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta deve ser feita em observância à legalidade, legitimidade e economicidade. Por esse motivo, esses controles são também denominados de princípios da ordem orçamentária.

3.3.1.1 Princípio da Legalidade

Requer-se do agente público sua atuação sempre dentro da legalidade, ou seja, espera-se dele que aja, a todo o momento, em consonância com o prescrito em lei. Sabe-se que, na Administração Pública, o administrador só pode fazer o que for autorizado por lei, ao contrário do que ocorre nas relações entre particulares, em que vigora o princípio da vontade, segundo o qual lhes é permitido fazer tudo que não for vedado pela legislação.

O agente público, entretanto, além de pautar sua conduta no previsto em lei, deve, também, acima de tudo, observar os preceitos constitucionais.

⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na Constituição*. 2. ed. rev. e atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21.3.2000, e da Lei de responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 4.5.2000) – Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 273.

Dessa forma, os órgãos dos Tribunais de Contas, ao apreciarem as contas apresentadas pelos administradores públicos, deverão fazer o exame formal das contas, ou seja, analisar a adequação da gestão financeira ao orçamento, além de, também, exercer o controle da **superlegalidade**, ou seja, da constitucionalidade das leis e atos normativos, tema este abordado no próximo tópico.

3.3.1.2 Princípio da Economicidade

O princípio da economicidade está intrinsecamente ligado à relação de custo-benefício, à idéia de desempenho qualitativo. Vejamos:

[...] economicidade diz respeito a se saber se foi obtida a melhor proposta para a efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo, para chegar-se à despesa e se ela fez-se com modicidade, dentro da equação custo – benefício.⁴⁹

O Estado deve pautar sua conduta visando sempre a alcançar os resultados de suas atuações sem desperdiçar dinheiro público, ou seja, deve buscar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública. Não se pode, entretanto, olvidar que não basta a escolha, pelo Poder Público, de proposta mais viável apenas sob o ponto de vista econômico. Deve-se analisar se é melhor para a sociedade; se os sacrifícios são inferiores aos benefícios. Leva-nos, portanto, à idéia de proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, segundo a doutrina, possui três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios, conforme ressaltou Paulo Bonavides⁵⁰: o princípio da adequação, o princípio da exigibilidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação consiste em escolher um meio capaz de alcançar o fim desejado, devendo existir uma relação de adequação entre os meios empregados e os fins almejados. Além da adequação, o meio deve ser necessário, ou seja, aquele que comporte menos sacrifícios para os direitos dos indivíduos. Ele, de fato, deve ser imprescindível. Por fim, tem-se o princípio da proporcionalidade em seu sentido estrito, que consiste em optar pelo meio que ofereça o maior número de vantagens, que leve em consideração o maior número de interesses em jogo.

⁴⁹ BUGARIN, Paulo Soares. *Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU*. Revista do Tribunal de Contas da União: Brasília, TCU, 1970. p. 43.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo., *op. cit.*, 2004, p. 396.

Dessa forma, o que se pretende do Tribunal de Contas é que, na fiscalização da gestão pública, observe-se se as decisões tomadas foram equilibradas e tiveram profunda reflexão no que tange à adequação da relação custo-benefício, tendo sempre em vista o custo social. É inegável, portanto, que o princípio da economicidade se harmoniza integralmente com o princípio “eficiência” da Administração Pública introduzido pela Emenda Constitucional n. 19/98.

3.3.1.3 Princípio da Legitimidade

O Tribunal de Contas deverá, ao analisar as contas dos administradores públicos e de quaisquer pessoas que tratem com recursos públicos, observar se os atos praticados foram pautados dentro da moralidade administrativa, se visaram única e exclusivamente ao interesse público, ou seja, se configuram atos legítimos.

Jorge Nagel define de forma exemplar o controle de legitimidade:

Controle de legitimidade – significa, por sua vez, não apenas a conformidade do ato às prescrições legais, mas também o atendimento ao princípio e fins da norma jurídica e, em tese, da moralidade e da finalidade pública, ou seja, a despesa pública para ser legítima precisa estar direcionada no sentido da concretização do bem comum.⁵¹

O administrador público deve sempre ter em mente o interesse público, que deve ter primazia em relação ao interesse privado, é o denominado princípio da supremacia do interesse público.

É certo que as condutas dos agentes públicos, por si só, são tidas por legítimas, ou seja, vigora na administração pública a presunção de legitimidade dos atos públicos. Vive-se em um Estado Democrático de Direito, no qual alguns agentes políticos são eleitos pelo povo, motivo pelo qual são chamados de representantes. Como é a própria população que os escolhe, presume-se que os atos por eles praticados estão em consonância com os anseios do povo, por isso a presunção de legitimidade que lhes é conferida. Quanto aos membros do Poder Judiciário e até mesmo dos Tribunais de Contas, o fato de adentrarem na estrutura do Estado através de concurso público, por si só, é suficiente para garantir-lhes legitimidade.

A partir do momento, entretanto, em que passam a atuar em confronto com os interesses da coletividade, surge a necessidade de exercer controle sobre esses atos, pois ilegítimos. Tal função há de ser desempenhada pelos órgãos de controle, tanto interno, quanto externo, passando, portanto, a atuar os Tribunais de Contas.

⁵¹ NAGEL, Jorge *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby., *op. cit.*, 2005, p. 49.

A fim, portanto, de garantir que o agente público paute sua conduta dentro dos princípios da administração pública, notadamente o da moralidade e imparcialidade, foi conferido aos Tribunais de Contas, na atual ordem constitucional, o dever de velar pelo controle da legitimidade dos atos públicos. Ressalte-se, ainda, que, ao fazer o controle de legitimidade, as Cortes de Contas estão atuando no sentido de fortalecer a democracia do país, garantindo-se que os representantes eleitos pelo povo, de fato, ajam conforme esperado.

Assim, os Tribunais de Contas agem como verdadeiro instrumento da cidadania, pois como aos cidadãos é conferida legitimidade para representar, junto a tais órgãos, qualquer irregularidade na gestão da coisa pública, podem, através deles, fiscalizar a atuação dos agentes públicos.

Analizados alguns dos princípios norteadores da atuação dos Tribunais de Contas, em que foi enfocada a importância das funções desempenhadas por esses órgãos de controle, passar-se-á ao estudo da atribuição quanto ao exercício do controle de constitucionalidade.

3.3.2 Os Tribunais de Contas e o Controle Difuso de Constitucionalidade

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal nega aplicação à Súmula 347, que confere aos Tribunais de Contas a competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, quando no exercício de suas competências, conforme visto em momento oportuno.

Defende a Corte Suprema que, quando da edição da referida súmula, a ordem constitucional era diferente da atual. À época, admitia-se que os órgãos do Estado, notadamente o Executivo, recusassem a aplicar lei tida por inconstitucional, conferindo, assim, tal prerrogativa, também, aos órgãos de Contas. Com a edição da Emenda Constitucional nº 16/1965, entretanto, foi introduzido o controle abstrato de normas. A partir de então, passou-se a admitir, apenas, a realização do controle de constitucionalidade de leis pelo Judiciário.

Em que pese o entendimento da mais Alta Corte do país, não são poucos os que defendem a competência do Tribunal de Contas para, reconhecendo a inconstitucionalidade, afastar a aplicação de dada lei ou ato normativo, posicionamento com o qual corroboramos, pelas razões que abaixo se inserem.

O primeiro ponto a ser observado consiste no fato de que a Súmula permanece em plena vigência, não tendo sido revogada pelo Supremo Tribunal Federal. Por tal motivo, muitas são as

Cortes de Contas que permanecem reconhecendo a inconstitucionalidade de determinadas leis, quando da apreciação das contas e dos atos dos agentes públicos, sem que os seus atos tenham sido declarados inconstitucionais pelos órgãos jurisdicionais.⁵²

Mas não reside nesse ponto o principal argumento que sustenta a competência das Cortes de Contas para a apreciação da consonância de atos normativos com a Constituição.

Como já exaustivamente mencionado, os Tribunais de Contas são órgãos de suma importância para garantia da democracia e dos direitos fundamentais. São responsáveis por examinar a legalidade (e, consequentemente, superlegalidade) de todos os atos administrativos que geram despesas, podendo, inclusive, sustar a sua execução, desde que não se trate de contrato, hipótese em que a competência é transferida, por noventa dias, ao respectivo Poder Legislativo. Os Tribunais de Contas só irão poder apreciar, no caso de contratos, caso o Legislativo mantenha-se inerte.

Além dessa competência, possuem as demais atribuições previstas nos incisos do art. 71 da Carta Magna, como realizar tomadas de contas, verificação de licitações e contratos, atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, dentre outras.

Se aos Tribunais de Contas cabe analisar a consonância dos atos administrativos com a legislação infralegal, não há razão para ser-lhe vedado o exercício do controle de constitucionalidade.

O entendimento preconizado pelo STF, hodiernamente, nos leva a crer que, caso os Tribunais de Contas se deparem com atos praticados com base em lei manifestamente contrária aos preceitos constitucionais, mesmo assim, deverão aprová-los, pois respaldados em lei. Isso é um absurdo. Se a lei é inconstitucional, de sua aplicação poderão advir graves prejuízos para o Estado e, consequentemente, para a coletividade.

⁵² EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DO TCU. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. REJEIÇÃO. 1 - Embora o TCU não possua competência para declarar, em abstrato, a inconstitucionalidade de atos normativos, pode declará-la quando da apreciação, em concreto, de atos normativos e demais atos do poder público. 2 - Não se verificando a omissão apontada, rejeitam-se os embargos declaratórios.

(TCU - Acórdão 39/2006 – Relatório: Benjamin Zymler – Órgão Julgador: Plenário). No mesmo sentido: TCU – Acórdão 97/2006 – Relator: Guilherme Palmeira – Órgão Julgador: Primeira Câmara

É, portanto, bastante coerente com o ordenamento jurídico e preceitos axiológicos que, ao analisar o ato administrativo, os Tribunais de Contas façam profunda análise acerca de sua compatibilidade com os preceitos da Carta Magna, recusando-se a aprová-los quando vislumbrar inconstitucionalidade, mesmo que tenham sido praticados com base em lei ou ato normativo em vigor. De fato, se praticado com supedâneo em ato normativo eivado de inconstitucionalidade, há, também, de ser inconstitucional por derivação.

Ressalte-se que não se está fazendo distinção entre os termos declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de normas inconstitucionais, pois, na verdade a declaração consiste no pressuposto da não aplicação.

De fato, para algum órgão se recusar a aplicar dado ato normativo, há, primeiramente, que reconhecer a sua inconstitucionalidade, declarando-a, para, então, afastá-lo do caso concreto. Não se pode, entretanto, afirmar que as decisões dos Tribunais de Contas que reconhecerem a inconstitucionalidade terão o condão de anular o ato ou a lei. Deixa-se, apenas, de aplicá-la ao caso concreto.

Pretendeu e ainda pretende a doutrina, entretanto, fazer distinção entre declarar a inconstitucionalidade e não aplicar norma inconstitucional para fins de justificar a possibilidade de atuação dos Tribunais de Contas, pois afirma que a estes órgãos cabe apenas a atribuição de afastar a norma tida por contrária à Constituição Federal. Quanto à declaração de inconstitucionalidade, seria competência exclusiva dos órgãos jurisdicionais.

Corroboramos, entretanto, com as lições de Luis Roberto Barroso, segundo a qual

Sempre que o órgão julgador afastar a incidência de uma norma, por considerá-la inconstitucional, estará procedendo a uma declaração de inconstitucionalidade, mesmo que o faça sem explicitar e independentemente de arguição expressa. Essa linha de entendimento, que é intuitiva, tem a chancela do Supremo Tribunal Federal, que em hipóteses diversas invalidou decisões de órgãos fracionários de tribunais inferiores, por violação ao art. 97 da Constituição. O fio condutor dos pronunciamentos da Corte foi o de que a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, em controle difuso, é pressuposto para o afastamento da aplicação da norma tida por inconstitucional. E que tal declaração, em se tratando de decisão proferida por tribunal, só pode ser feita pelo plenário ou pelo órgão especial, por maioria absoluta.⁵³

Dessa forma, irrelevante a celeuma acerca da distinção entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de norma inconstitucional, pois o Tribunal de Contas,

⁵³ BARROSO, Luis Roberto., *op. cit.*, 2006, p. 84.

primeiramente, deverá reconhecer a inconstitucionalidade de dada lei ou ato normativo, para fins de afastá-la da aplicação do caso concreto posto ao seu exame.

Admitido o exercício do controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas, questiona-se se esse controle ocorrerá na modalidade difusa ou concentrada.

Foi visto em momento anterior que o controle de constitucionalidade pode ser exercido de forma concentrada, por via de ação, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, em que a norma em abstrato é considerada inconstitucional e retirada do ordenamento jurídico, produzindo efeitos vinculantes e *erga omnes*, e por via incidental, podendo ser exercido por qualquer órgão ou tribunal, desde que respeitado o previsto no art. 97 da Constituição Federal. É o denominado controle difuso, em que a inconstitucionalidade, na verdade, é questão prejudicial ao mérito.

Quando o Tribunal de Contas depara com uma questão em que há uma incompatibilidade entre a norma ou ato normativo e a Constituição, deverá resolvê-la preliminarmente ao julgamento do mérito do caso concreto, ou seja, de forma prejudicial, caracterizando, assim, o controle difuso de constitucionalidade.

Dessa forma, não pairam dúvidas acerca da competência do Tribunal de Contas de deliberar, por meio do controle difuso de constitucionalidade, acerca de conflitos de leis e atos normativos com a Constituição Federal, no que concerne à apreciação dos casos concretos a ele submetidos.

O Ministro do Tribunal de Contas da União, Ubiratan Aguiar, no voto do acórdão nº 913/2005, nesse sentido se manifestou:

20.1. Só para relembrar à recorrente que, conquanto seja prerrogativa privativa do Egrégio Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade, com efeitos ‘erga omnes’, nos termos do art. 102 da CF, o próprio Pretório Excelso, em decantada jurisprudência, reconheceu que esta Corte, ‘no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público’ (Súmula n. 347).

20.2 De fato, o controle de constitucionalidade no âmbito do TCU é aquele de ordem difusa, destarte, não há prejudicialidade em, a cada processo, afastar-se norma por inconstitucional, ainda que a questão esteja em debate no STF. De mais a mais, a Lei n. 9.868/98 não veda a realização controle difuso, ante a tentativa de afastar norma do mundo jurídico por meio do controle concentrado. Ressalva apenas a vinculação à decisão do STF nas Ações Direta e Indireta de Inconstitucionalidade, o que ainda não ocorreu.

20.3 Assim, está plenamente legitimado este Tribunal, no exercício de suas competências constitucionais, em velar pela constitucionalidade dos atos poder público,

especialmente os atos de natureza infra-legal, como é o caso da Resolução 388/97 do TST, que receberá mais comentários adiante.⁵⁴

Problema maior surge quanto à possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem o controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, apreciarem a norma em tese, em abstrato, conforme se analisará a seguir.

3.4 A apreciação da norma em tese pelo Tribunal de Contas – controle concentrado

A competência para o controle abstrato da norma é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dicção do art. 102, I, a, da Constituição Federal, não se admitindo que qualquer outro órgão delibere no sentido de declarar a constitucionalidade de dada lei ou ato normativo, com efeito *erga omnes*, expurgando-o do ordenamento jurídico.

Questiona-se se, ao Tribunal de Contas, cabe apreciar a constitucionalidade de uma dada norma, sem que esta seja questão prejudicial a um dado caso concreto, ou seja, se é competente para o exercício de controle de norma em tese.

Na doutrina, existem estudiosos que admitem a possibilidade de o Tribunal de Contas apreciar uma dada norma em abstrato, ou seja, sem ter sido levada à cognição do Tribunal através de um caso concreto. Argumentam, entretanto, que não se trata de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, haja vista não considerarem exercício de controle de constitucionalidade concentrado.

Segundo defendem, quando o Tribunal de Contas examina a norma, o faz mirando em seus efeitos concretos. Ele analisa dada lei ou ato normativo e informa à Administração ou aos interessados como julgará a matéria caso o ato venha a ser, de fato, concretizado com base naquela norma jurídica. Utilizam, como fundamento legal, a própria Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, Lei nº 8.443/92, quando trata da consulta, função infralegal desempenhada pelo Tribunal de Contas da União concernente em fornecer orientações antecipadas aos agentes públicos, a respeito de assuntos ligados à Administração.

Vejamos a redação do art. 1º da supracitada lei:

⁵⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Normas e Jurisprudência. Disponível em <<http://www2.tcu.gov.br/portal/page>>. Acesso em 23 de maio. 2007.

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.⁵⁵

Dessa forma, com supedâneo no dispositivo há pouco transcrito, os juristas que defendem essa corrente argumentam que a própria Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, não declarada inconstitucional, prevê a possibilidade de o Tribunal de Contas da União se manifestar acerca da aplicação, em tese, de dispositivos legais e regulamentares, abrangendo, nesse caso, a manifestação acerca de sua constitucionalidade. Para eles, essa manifestação, na verdade, em que pese o posicionamento de que se trataria de controle concentrado, visa à aplicação da norma no caso concreto, e justifica-se para fins de evitar que danos vultosos sejam causados ao patrimônio público.⁵⁶

Aduzem, ainda, que a decisão do Tribunal de Contas acerca da constitucionalidade de dada lei, antes mesmo da prática do ato, não obriga os agentes públicos a agirem conforme foi determinado. Os atos podem ser praticados com base na lei tida por inconstitucional pelo órgão de contas. Procura-se, apenas, evitar a prática do ato, na tentativa de inibir a ocorrência de danos.

Com todo o respeito aos que defendem essa corrente, a declaração de inconstitucionalidade em sede de consulta formulada ao Tribunal de Contas, de fato, caracteriza-se como exercício do

⁵⁵ BRASIL. *Lei nº. 8.443, 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.

⁵⁶ Na última apreciação deste feito, o ilustre Conselheiro Jacoby Fernandes pediu vista do processo, objetivando “avaliar melhor a constitucionalidade da Lei n.º 2.610.” E também “reafirmar a competência deste Colegiado para a apreciação preventiva da constitucionalidade das leis.” No respeitante à preliminar de competência deste Tribunal para exercer o controle concentrado de normas, o nobre Conselheiro aduz o seguinte: “*Certo é que o Tribunal jamais pretendeu substituir-se ao Supremo Tribunal Federal ou ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal no controle de constitucionalidade concentrado, que lhes é reservado em moldes absolutos.*” Mais adiante assevera: “*De modo algum o Tribunal de Contas atua na modalidade de controle concentrado, mas, assim entendo, exerce um controle difuso atípico. Como uma inversão de procedimento. É que o controle difuso surge no Poder Judiciário dentro de um processo regularmente autuado e processado, considerando-se o princípio geral de que o processo nasce por exclusiva iniciativa das partes, verificado o tríplice requisito (ou condições da ação): possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e qualidade para agir*” (grifo inexistente no original). (TCDF - Processo n.º 2.662/00 – Sessão Ordinária de 5.12.2002)

controle de lei em tese, competência esta que não pode ser atribuída a outro órgão senão ao Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça, conforme previsto na Constituição Federal.

É bastante pertinente ao assunto o pronunciamento do Ministro do TCU, Benjamin Zymler, constante no Acórdão 39/2006, motivo pelo qual, embora extenso, transcrevemos, em parte:

É de notar que o TCU não possui competência para declarar, em abstrato, a constitucionalidade de atos normativos. Essa questão, inclusive, foi objeto de considerações quando do julgamento do TC nº 009.764/2003-1, o qual versou sobre consulta formulada por comissão de fiscalização da Câmara dos Deputados acerca da alienação de imóveis federais localizados na área de proteção ambiental da Bacia do Rio São Bartolomeu - Distrito Federal. No caso, foram feitas considerações sobre a Lei nº 9.262/96 que bem retratam o âmbito de atuação do TCU no que tange à declaração de constitucionalidade de atos normativos:

'35. Antes de finalizar o exame desta questão, gostaria de ressaltar que teria dificuldade em conhecer da presente consulta, caso entendesse que a Lei nº 9.262/96 é constitucional, pelas razões que exponho a seguir. O objeto da consulta consiste em determinar quais seriam as possíveis interpretações da referida Lei. O § 2º do art. 1º da Lei nº 8.443/92 estabelece que a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejuízamento da tese.

36. Significa dizer que a decisão a ser adotada em sede de consulta deve ser obedecida pelos órgãos sujeitos à jurisdição do Tribunal e que venham, de qualquer forma, a ser abrangidos pela matéria objeto do feito. Assim, por exemplo, se a consulta versar sobre a correta aplicação de determinado dispositivo legal afeto a todo o Poder Judiciário, a resposta do Tribunal não obrigará apenas ao órgão conselente, mas estender-se-á a todos os demais órgãos do Judiciário Federal. Este o alcance do caráter normativo de que trata o citado dispositivo legal.

37. Tais processos apresentam, por conseguinte, verdadeira eficácia erga omnes, pelo menos no que pertine à administração pública sujeita à matéria objeto da consulta. Ora, se o processo versa a respeito da aplicação de determinada norma legal e se a conclusão alcançada alude à sua constitucionalidade, estará, na verdade, o Tribunal exercendo competência constitucional que não detém, qual seja, o controle abstrato de normas, ainda que de efeitos restritos.'

No entanto, embora não possua a dita competência 'em abstrato', pode o TCU declarar a constitucionalidade, em concreto, de atos normativos e demais atos do poder público. É o que diz a Súmula nº 347 do STF, in verbis:

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

No mesmo sentido dessa súmula, o Regimento Interno do TCU, por meio da alínea 'e' do inciso I do art. 15, dispõe que compete ao Plenário deliberar originariamente sobre 'conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria de competência do Tribunal.'

Como corolário inevitável da competência mencionada nessa súmula, surge para o TCU a possibilidade de, frente a cada caso concreto, posicionar-se acerca da constitucionalidade do ato normativo apreciado. Pode o TCU, inclusive, alterar seus posicionamentos, o que seria fruto da evolução jurisprudencial que, inexoravelmente, permeia a atuação de todas as Cortes. Assim, não há falar, como já dito, em vinculação

de determinada decisão em razão de peça recursal interposta no âmbito de decisão anterior.⁵⁷

De fato, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de reconhecer com relação às decisões proferidas pelo TCU em consulta seu caráter normativo, bem como de constituírem prejulgamento da tese, senão vejamos:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Decisão nº 819/96 do Plenário do Tribunal de Contas da União nos autos do Processo nº TC-007.925-4. - As decisões do Tribunal de Contas da União proferidas em consultas têm caráter normativo e constituem prejulgamento da tese, nos termos do § 2º do artigo 1º da Lei nº 8.443/92. São, portanto, atos normativos. - Relevância da arguição de inconstitucionalidade da acumulação de proventos e vencimentos, quando a acumulação de vencimentos não é permitida na atividade. Precedentes do Plenário do S.T.F. - Conveniência da concessão da liminar. Medida liminar deferida para suspender a eficácia, "ex tunc", da Decisão nº 819/96 prolatada pelo Plenário do Tribunal de Contas nos autos do Processo nº TC-007.925/96-4, até o julgamento final da presente ação direta de inconstitucionalidade.⁵⁸

Dessa forma, se a resposta da consulta vincula os órgãos diretamente envolvidos, de fato estaria o Tribunal de Contas exercendo controle concentrado de constitucionalidade ao reconhecer a incompatibilidade de uma dada norma com o texto constitucional em sede de consulta.

Não é, entretanto, pelo fato de nosso ordenamento jurídico não admitir o exercício do controle abstrato de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas que não reconhecemos a importância da atribuição de realização de consulta por esses órgãos.

A consulta permite que os administradores saibam como o ato será julgado pelo Tribunal de Contas caso venha a ser concretizado, evitando, assim, que ocorram grandes prejuízos financeiros para o Estado.

É sabido que o controle prévio é de eficácia superior àquele realizado após a prática do ato, pois muitos atos já concretizados podem acarretar danos irreparáveis ao erário e, consequentemente, afetar toda a sociedade.

Márcia Ferreira Cunha Farias, Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, reforçou essa importância:

⁵⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Normas e Jurisprudência. Disponível em: <<http://www2.tcu.gov.br/portal/page>>. Acesso em 24 de maio. 2007.

⁵⁸ STF - ADI-MC 1691 / DF - Relator(a): Min. MOREIRA ALVES - Julgamento: 30/10/1997 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - DJ 28-11-1997 PP-65613.

“O controle externo da administração que realizam os Tribunais de Contas no Brasil, na sistemática da Constituição de 1988, é posterior, mas também preventivo. Não abraçou a Constituição de 1988 o registro prévio, que, aliás, já não era exigido na Constituição anterior; mas o controle preventivo dos Tribunais de Contas não só é desejável, é impositivo. Controle tardio é sempre ineficaz.”⁵⁹

Como visto, apesar dos posicionamentos em contrário, cabe ao Tribunal de Contas apenas a declaração de inconstitucionalidade de forma incidental, ou seja, na apreciação do caso concreto.

Passemos, nesse momento, a analisar qual o procedimento a ser seguido pela Corte de Contas para se reconhecer e afastar da aplicação do caso concreto preceito normativo incompatível com a Constituição Federal.

3.5 Procedimento para o exame da matéria constitucional de forma incidental

Uma vez concluído que ao Tribunal de Contas é conferida apenas a prerrogativa de declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, quando no exercício de suas funções, há de se perquirir qual o procedimento que, por ele, deve ser adotado.

Em se tratando do Poder Judiciário, os órgãos fracionários de um Tribunal, com exceção do órgão especial, ao se depararem com o incidente de inconstitucionalidade, hão de proceder conforme o estabelecido nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. Excepcionam-se os órgãos especiais, porque bastam respeitar o *quorum* previsto no art. 97 da Constituição Federal para deliberar acerca da incompatibilidade de uma dada norma com o texto da Constituição.

Quando é argüido incidente de inconstitucionalidade perante alguma Turma, Seção ou Câmara de Tribunal, cabe ao órgão fracionário respectivo, após ouvir o representante do *Parquet* pronunciar-se acerca da questão. Caso a maioria do órgão julgador se manifeste no sentido de aceitar a argüição, os autos deverão ser remetidos ao pleno ou órgão especial, pois são estes os competentes para declarar a inconstitucionalidade incidental no tribunal.

Ocorre, aqui, uma cisão funcional de competência, ou seja, ao plenário (ou órgão especial) caberá decidir da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo e ao órgão fracionário caberá, após o pronunciamento do pleno (ou órgão especial) julgar o mérito do processo conforme o que fora decidido pelo tribunal pleno (ou órgão especial).

⁵⁹ TCDF. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/MpjTcdf/tmp/constitucionalidade>>. Acesso em: 25/05/2007.

No que tange aos Tribunais de Contas, apenas analisando as Constituições federal e estaduais no pertinente, bem como a legislação infralegal, é que se pode afirmar se há procedimento regulamentador do processo de declaração incidental de inconstitucionalidade, o que não ocorre no caso dos Tribunais de Contas da União, bem como do Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

Com relação ao Tribunal de Contas da União, da leitura do respectivo Regimento Interno, precisamente do art. 15, I, e, constata-se que foi incumbida ao plenário a decisão sobre a existência de conflito de norma com a Constituição. Em que pese tal previsão, tal dispositivo carece de regulamentação.

Há quem argumente que ainda não tenha ocorrido regulamentação nesse sentido em face da controvérsia existente no Tribunal de Contas acerca da distinção entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de norma constitucional. Temem os membros do Tribunal de Contas que, ao declarar a inconstitucionalidade, estejam invadindo a competência do Supremo Tribunal Federal, bem como dos demais órgãos jurisdicionais.

Como já fora salientado, entretanto, a controvérsia levantada se mostra desprovida de efeitos práticos, não havendo necessidade de se distinguir entre a declaração e não aplicação de norma contrária à Constituição.

Existem muitos estudiosos que pretendem aplicar o art. 97 da Constituição Federal ao controle incidental de constitucionalidade realizado pelo Tribunal de Contas, ao afirmarem que o termo “tribunal” do referido dispositivo alcança, também, os órgãos de contas.

Esse dispositivo, entretanto, trata, apenas, dos órgãos jurisdicionais, que, como visto não inclui o Tribunal de Contas. Não pelo motivo de que ao Tribunal de Contas não cabe a competência para declarar a inconstitucionalidade, mas, apenas, a de não aplicar a norma ao caso concreto, pois, como visto, essa distinção não deve ser feita. Na verdade, não é alcançado pelo dispositivo, simplesmente porque não há, na Constituição Federal, na parte em que trata do Tribunal de Contas, qualquer remissão nesse sentido.

O fato de o art. 97 não se aplicar ao Tribunal de Contas, entretanto, não afasta a competência de os Tribunais de Contas apreciarem a constitucionalidade de leis e atos normativos. Eles são competentes, como já visto, sendo que não precisam respeitar o *quorum* previsto no artigo supracitado.

Conclui-se, assim, que o Tribunal de Contas vem declarando, incidentalmente, a constitucionalidade, negando aplicação de normas a casos concretos, sem adotar procedimento específico, em face da completa ausência de legislação. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, inclusive, como Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, propôs projeto nesse sentido.

É medida, portanto, que se faz necessária a implementação de um regime específico para análise de matéria constitucional pelos Regimentos Interno dos Tribunais de Contas.

CONCLUSÃO

No desenvolver do presente estudo, foi analisada a questão referente à possibilidade de o controle de constitucionalidade, que consiste na aferição da compatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição Federal, ser realizado pelos Tribunais de Contas, órgãos não pertencentes a qualquer dos três poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário -, considerando-se a teoria clássica de Montesquieu.

No Brasil, o controle é eminentemente jurisdicional, admitindo-se que apenas os órgãos do Poder Judiciário exerçam tal função. Existem, entretanto, certas exceções a esse modelo jurisdicional previstas na própria Carta Magna, consistente na possibilidade de o controle ser exercido por órgãos integrantes do Legislativo e Executivo, podendo-se, portanto, afirmar a existência, também, do controle político.

Em que pese existir, no ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, apenas os casos há pouco aludido de exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, editada em 1963, ainda em vigor, prevê a prerrogativa de os Tribunais de Contas apreciarem a compatibilidade de leis e atos normativos com as regras e princípios constitucionais.

Com respaldo no enunciado sumulado há pouco referido, não são poucos os órgãos de Contas que continuam exercendo tal atribuição, mesmo tendo o Supremo Tribunal Federal, recentemente, posicionado-se contra tal prerrogativa, sob a alegativa de que outra era a ordem jurídica brasileira quando da edição da referida súmula.

Com todo o respeito ao posicionamento do egrégio Supremo Tribunal Federal, foi defendida, nesta obra, em face da importância do controle exercido pelos órgãos de contas, a competência de se negarem a julgar regular dado ato proveniente de agente público realizado com respaldo em lei ou ato normativo inconstitucional. Assim, na apreciação de dado caso

concreto, está dentro das atribuições dos órgãos de contas o exercício do controle de constitucionalidade, devendo ser declarada a lei ou ato normativo inconstitucional para fins de afastá-los de aplicação do caso concreto. Ressalte-se que, no trabalho, não se pretendeu diferenciar declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de norma inconstitucional, pois defendeu-se ser aquela pressuposto para a ocorrência da não aplicação.

A prerrogativa, entretanto, concerne apenas ao exercício do controle de constitucionalidade em sua modalidade difusa, ou seja, na apreciação de caso concreto, não sendo a inconstitucionalidade objeto propriamente dito da ação, mas, sim, questão prejudicial, devendo ser previamente resolvida para que se possa adentrar no mérito do caso. Esse é o entendimento mais conducente com a ordem jurídica, haja vista ter sido a Constituição Federal clara ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal (e aos Tribunais de Justiça, quando se tratar de inconstitucionalidade de lei municipal em face de Constituição Estadual) a competência exclusiva para o controle abstrato das normas, sendo apenas sua a atribuição de declarar a inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculante a todos os órgãos da administração pública, direta e indireta e ao Poder Judiciário.

Embora seja atribuída essa função a tais órgãos de contas, não há uma uniformização acerca do procedimento a ser seguido. No caso do Tribunal de Contas da União, não há previsão legal do procedimento a ser adotado, ao contrário do que ocorre com os órgãos do Poder Judiciário, cujo modo de proceder encontra-se previsto no Código de Processo Civil e no art. 97 da própria Constituição Federal.

Assim, por se tratar de órgão responsável pelo controle das finanças públicas, questão essa intimamente ligada à garantia dos direitos fundamentais e da democracia, embora não seja integrante do Poder Judiciário e ter o Supremo Tribunal Federal se manifestado em sentido contrário, há de ser conferido aos Tribunais de Contas o exercício do controle difuso de constitucionalidade, e, a fim de conferir maior credibilidade ao posicionamento desses órgãos, o procedimento a ser seguido deve ser regulamentado.

REFERÊNCIAS

LIVROS

- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. Vol. I.
- _____. *Lições de Direito Processual Civil*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. Vol. II.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1992
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunal de Contas no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2006.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- _____. *Responsabilidade fiscal, questões práticas do ordenador de despesas; na terceirização da mão-de-obra; na função do controle administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. Revisão para a edição brasileira: Silvana Vieira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- LEITE, José Dalton Vitorino. *Temas de direito público (administrativo, constitucional e tributário)*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo III (art.73 –128). 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das Constituições Brasileiras*. Rio de Janeiro: Edigraf, 1965. Vol. VI.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1981*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005. Ed. Fac-similar.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito positivo*. 23 ed., rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 01.2004.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. *Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União*. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas, 2006.

SOUZA, Alfredo José de et al, *O Novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SPECK, Bruno Wihelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 2. ed. rev. e atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 327, de 21.3.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 4.5.2000. Rio de Janeiro, Renovar, 2000. Vol. V.

DISSERTAÇÕES DE MESTRADO

BARBOSA, Raíssa Maria Rezende de Deus. *A moralidade administrativa sob o controle realizado pelos tribunais de contas do Brasil*. Fortaleza, UFC, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2004.

FEITOSA, Leilyanne Brandão. *Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará – controle nas prestações de contas municipais*. Fortaleza, UFC, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2005.

PERIÓDICOS

BARBOSA, RUY. *Exposição de Motivos de 07/10/1890*. Revista do TCU nº 46, comemorativa do 1º Centenário.

BRITTO, Carlos Ayres. *O regime constitucional dos tribunais de contas*. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. 3. ed., 2002, ano XX. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2002/03/-sumario>. Acesso em: 21 abr. 2007.

BUGARIN, Paulo Soares. *Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU*. Revista do Tribunal de Contas da União: Brasília, TCU, 1970, p. 41 - 45.

JAYME, Fernando G. *A competência jurisdicional dos tribunais de contas do Brasil*. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. 4. ed., 2002, ano XX. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2002/04/-sumario>. Acesso em: 21 abr. 2007.

SILVA, Elke Andrade Soares de Moura. *Os tribunais de contas e o controle de constitucionalidade das leis*. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. 4. ed., 2002, ano XX. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2004/03/-sumario>. Acesso em: 21 mar. 2007.

APRESENTAÇÃO EM CONGRESSO

FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. *O controle de constitucionalidade no Tribunal de Contas*. In: XXI Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/dga/sedoc/Revista28.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2007.

DOCUMENTOS JURÍDICOS

CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 20 mar. 2007.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 20 mar. 2007.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 20 mar. 2007.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 20 mar. 2007.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 20 mar. 2007.

_____. *Emenda Constitucional nº 1*, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 20 mar. 2007.

_____. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. *Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm>. Acesso em: 20 maio de 2007.

JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI – ação direta de inconstitucionalidade. Número: 295-3. Relator: Ministro Paulo Brossard. UF: DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 22/06/1990. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI – ação direta de inconstitucionalidade. Número: 221. Relator: Ministro Moreira Alves. UF: DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da Decisão: 16/09/1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 mar 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI – ação direta de inconstitucionalidade. Número: 1.691-7. Relator: Ministro Moreira Alves. UF: DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Data da decisão: 05/02/2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 24 maio 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIMC – ação direta de inconstitucionalidade na medida cautelar. Número: 1.691-7. Relator: Ministro Moreira Alves. UF: DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 30/10/1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 24 maio 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS – mandado de segurança. Número: 8372. Relator: Ministro Pedro Chaves. UF: CE. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 11/12/1961. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 de mar. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS – mandado de segurança. Número: 15886. Relator: Ministro Victor Nunes. UF: DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 26/05/1966. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 de maio 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS – mandado de segurança. Número: 24138. Relator: Ministro Gilmar Mendes. UF: DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 28/11/2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 mar 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS – mandado de segurança. Número: 24642. Relator: Ministro Carlos Velloso. UF: DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 18/12/2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS – mandado de segurança. Número: 25986. Relator: Ministro Celso de Mello. UF: DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 21/06/2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. MSMC – medida cautelar no mandado de segurança. Número: 26410. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. UF: DF. Data da decisão: 15/02/2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. RCL – Reclamação. Número: 721-0. Relator: Ministro Nelson Jobim. UF: AL. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 29/01/1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 mar 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. RMS – recurso em mandado de segurança. Número: 9372. Relator: Ministro Pedro Chaves. UF: DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 11/12/1961. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14 mar 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS – recurso em mandado de segurança. Número: 5456; Relator: Ministro Felix Fischer. UF: PE. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data do Julgamento: 03.06.1997. DJ 04.08.1997. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 20 jun. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS – recurso em mandado de segurança. Número: 17996. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado. UF: RJ. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data do Julgamento: 01.06.2006. DJ 21.08.2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 20 jun. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. SÚMULA 347. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2007.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 913/2005. Relator: Ubiratan Aguiar Disponível em: <<http://www2.tcu.gov.br/portal/page>>. Acesso em 23 de maio 2007.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 39/2006. Relator: Benjamin Zymler Disponível em: <<http://www2.tcu.gov.br/portal/page>>. Acesso em 24 de maio 2007.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 97/2006. Relator: Guilherme Palmeira. Órgão Julgador: Primeira Câmara Disponível em: <<http://www2.tcu.gov.br/portal/page>>. Acesso em 23 de jun. 2007.

_____. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Representação. Processo n.º 2.662/00 – Sessão Ordinária de 5.12.2002. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2007.