

SÉRGIO AGRIPINO CANDIDO DA SILVA

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Público no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Brasília - DF

2009

SÉRGIO AGRIPINO CANDIDO DA SILVA

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Público no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedico o presente trabalho, em primeiro lugar a Deus, por seu amor infinito. Aos meus pais, por serem minha motivação. Aos meus irmãos, Juliana, Gilvan e Vânia, dos quais me privei de preciosos momentos de convivência. E, em especial, a minha linda esposa, que tem me feito uma pessoa melhor.

Agradeço a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a elaboração deste trabalho monográfico.

Aquilo que se transforma chama muito mais a atenção do que aquilo que continua como sempre foi. Essa é uma lei geral da nossa vida espiritual.
Hans-Georg Gadamer

RESUMO

SILVA, Sérgio Agripino Candido da Silva. **O Controle de Constitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Contas**. 2008. 106 f. Trabalho de conclusão de curso (pós-graduação) – Especialista em Direito Público, Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília, 2008.

O constitucionalismo moderno elevou a Constituição a uma posição de supremacia dentro do sistema normativo. O controle de constitucionalidade representa a mais importante ferramenta criada pelas ciências jurídicas com a finalidade de assegurar a eficácia e a estabilidade da Constituição. Historicamente, este controle tem estado, predominantemente, a cargo de órgãos jurisdicionais que integram a estrutura do Poder Judiciário. O constitucionalismo brasileiro atual privilegiou um sistema híbrido de controle, qual seja: o sistema concentrado e o sistema difuso. Os Tribunais de Contas, na configuração que se apresentam na Constituição, desempenham relevante função, sendo responsáveis por toda fiscalização fiscal, orçamentária, financeira, contábil e patrimonial da administração pública, verificando, necessariamente, se os atos e os normativos que os fundamentam encontram-se de acordo com o arcabouço jurídico no qual se encontram inseridos, sob pena de serem destituídos de validade e eficácia. Nesse contexto, o confronto com a Constituição é inevitável. A partir desta constatação, torna-se necessário, então, verificar se as Cortes de Contas, no exercício de suas atribuições, detêm competência para aferir a incompatibilidade de leis e atos normativos com o texto constitucional, levando-se em conta o modelo de controle de constitucionalidade vigente. Desta forma, o presente trabalho estuda os diversos aspectos relacionados a esta questão, a partir de uma análise histórica e conceitual, tanto do controle de constitucionalidade, como dos Tribunais de Contas, para, ao final, apresentar as conclusões e sugestões que passam, necessariamente, por alterações normativas que visam dotar as referidas Cortes de ferramentas jurídicas para um desempenho mais eficiente de sua função constitucional.

Palavras-chave: Constituição, controle de constitucionalidade, tribunais de contas, Poder Judiciário

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	11
1.1 Pressupostos do controle de constitucionalidade	11
1.1.1 Sistema jurídico hierarquizado	13
1.1.2 A Constituição como norma supralegal	14
1.2 Formas de controle de constitucionalidade	16
1.2.1 Quanto ao órgão que exerce o controle	18
1.2.1.1 Controle político	18
1.2.1.2 Controle jurisdicional	19
1.2.2 Quanto ao modo que o controle é exercido	20
1.2.2.1 Controle pela via incidental ou controle concreto	20
1.2.2.2 Controle pela via principal ou controle abstrato	21
1.2.3 Quanto ao momento que o controle ocorre	22
1.2.3.1 Controle preventivo	22
1.2.3.2 Controle repressivo	23
1.3 O controle de constitucionalidade no Brasil	23
1.3.1 Evolução histórica	24
1.3.2 O controle de constitucionalidade na Constituição em vigor	29
2. DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL	34
2.1 Origem e evolução	34
2.2 A natureza jurídica	38
2.3 A função jurisdicional	47
2.3.1 O conceito de jurisdição	47
2.3.2 Os limites da função jurisdicional nos Tribunais de Contas	53
2.4 As competências constitucionais	56
2.5 O controle de constitucionalidade	59
2.5.1 Quanto ao controle abstrato	60
2.5.2 Quanto ao controle incidental	68
CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno deu à Constituição o *status* de norma fundamental dentro da estrutura hierarquizada de um ordenamento jurídico. Com isto, tornou-se imperiosa a necessidade de criação de mecanismos que assegurassem a completa observância e a estabilidade dos preceitos e garantias, por ela estabelecidos.

O controle de constitucionalidade encontra-se inserido dentro desta perspectiva e constitui-se no mais importante instituto criado pela ciência do direito com vistas a preservar o valor, a eficácia, a aplicabilidade e a estabilidade do texto constitucional.

Contudo, uma questão crucial que se inicialmente foi saber a quem caberia a responsabilidade de exercer aquele controle, de tal sorte, que a força normativa do texto constitucional restasse assegurada.

Historicamente, esta atribuição tem estado, predominantemente, a cargo de um órgão jurisdicional, que, por força do próprio texto constitucional, integra a estrutura de Poder Judiciário de um dado ordenamento jurídico. As constituições brasileiras, seguindo o modelo americano e o austríaco de controle de constitucionalidade, adotaram este modelo.

Os Tribunais de Contas, desde sua criação, vêm ganhando cada vez mais importância como órgãos fiscalizadores dos gastos públicos. O status por eles alcançados atualmente é algo sem precedente na história jurídica brasileira. Novas e mais importantes atribuições foram sendo agregadas a estes entes que passaram de meros controladores dos gastos públicos, para atuarem como verdadeiros fiscais dos atos de gestão pública referente à toda atividade financeira, orçamentária, contábil e patrimonial do Estado.

Diante de tão importante missão, a fiscalização exercida pelas Cortes de Contas requeria uma atuação, não apenas sob o ponto de vista da legalidade, mas

também da legitimidade e da economicidade dos atos praticados pelos gestores públicos e daqueles que direta ou indiretamente deveriam prestar contas ao erário.

Em razão disto, o legislador constituinte originário de 1988 dotou aquelas Cortes com um abrangente leque de competências e atribuições com o objetivo de tornar sua função constitucional o mais eficiente possível.

Dentro desta perspectiva, os atos submetidos à fiscalização dos Tribunais de Contas precisam estar em perfeita harmonia com a ordem jurídica instituída, sob pena de serem desprovidos de eficácia e validade. Assim, o confronto com a Constituição é mais do que necessário, é inevitável.

Neste contexto, urge que se responda, então, que, se no exercício de tão importante missão, as Corte de Contas, ao verificarem a incompatibilidade de determinado ato ou dispositivo que o fundamenta com a Constituição Federal, estariam ou não exercendo controle de constitucionalidade, nos termos predominantes na ordem jurídica brasileira?

Se a resposta a esta indagação for positiva, uma outra questão necessitará ser resolvida: qual seria a espécie deste controle exercido. Teriam elas competência para pronunciarem-se sobre a constitucionalidade de normas *in abstracto* ou este controle se daria, apenas, pela via difusa, por meio de um procedimento incidental, no curso de um caso concreto sob sua fiscalização?

Estes questionamentos justificam-se na medida em que se avalia, por exemplo, o efeito que a adoção de uma daquelas formas de controle pelos Tribunais de Contas teria sobre a norma jurídica considerada inconstitucional. Seria ela considerada nula? A partir de quando? A decisão se operaria *erga omnes* ou *inter partes*?

Eis as questões que motivaram a presente monografia. Para tanto, o foco de estudo estará centrado, essencialmente, no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, bem como da legislação afeta às Cortes de Contas. Porém,

isto não impede que, sempre que necessário, os demais ramos da ciência do Direito sirvam de fonte.

Optou-se, durante o desenvolvimento do presente trabalho, pelo método dedutivo, uma vez que estar-se-á partindo de conceitos gerais relacionados ao tema.

Quanto à metodologia de procedimento, foram adotadas a histórica e a monográfica. Com o método histórico, foi possível acompanhar a evolução, tanto do controle de constitucionalidade como dos Tribunais de Contas, em suas principais dimensões de forma a evidenciar a importância que ganharam atualmente. Já com o método monográfico, foi possível condensar, num mesmo contexto, dois temas amplos e complexos.

Com o objetivo de subsidiar o trabalho com o maior número de fontes possível, a técnica de pesquisa adotada para a análise do tema foi a bibliográfica e a documental. Serviram, ainda, como fontes de pesquisa a legislação e a jurisprudência pertinentes ao tema, que foram devidamente citadas como referências.

A partir da metodologia eleita, o trabalho foi dividido em dois capítulos. O primeiro trata especificamente do controle de constitucionalidade, seus pressupostos, as formas de controle de constitucionalidade, bem como do período em que este instituto surgiu no Brasil e sua atual configuração na Constituição em vigor.

O segundo capítulo foi dedicado ao estudo dos Tribunais de Contas no Brasil, onde, a partir da análise de sua evolução histórica, buscou-se destacar os principais temas a eles relacionados. Dentre estes, mencionou-se sua função e natureza jurídica, o exercício da função jurisdicional por parte daqueles Tribunais, suas competências constitucionalmente delimitadas e, ainda, a possibilidade daquelas Corte de Contas exercerem controle de constitucionalidade, a partir do modelo que atualmente vige em nosso sistema jurídico, apresentando-se ao final as conclusões decorrentes de todas as análises empreendidas.

1. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 Pressupostos do controle de constitucionalidade

O conceito moderno de Constituição é resultado daquilo que os teóricos do direito constitucional convencionaram chamar de movimento constitucional ou constitucionalismo que surgiu como resultado de uma série de manifestações históricas, culturais e políticas ocorridas em espaços geográficos diferentes, o que tornou praticamente impossível precisar seu marco inicial. No entanto, esta diversidade não foi capaz de impedir que, ao se analisar alguns daqueles movimentos, fossem identificadas características comuns que permitiriam a formulação de um conceito básico sobre eles.

Discorrendo sobre o tema, o mestre constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho, assim leciona:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.¹

Depreende-se do conceito acima que os movimentos constitucionais centravam-se em objetivos bem determinados e específicos com vistas a dotar a sociedade com um instrumento que lhe possibilitasse não apenas sua organização político-social, mas que limitasse os poderes do Estado e assegurasse aos indivíduos um conjunto de garantias e direitos fundamentais.

É dentro deste contexto que o conceito moderno de Constituição deve ser compreendido. Não se trata apenas de um documento escrito que consolida os

¹ CANOTILHO, José Joaquim Comes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 47.

valores de uma sociedade, mas, como bem afirmou Gomes Canotilho, ela deve ser entendida como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política [...] no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.² Eis o pano de fundo subjacente a este trabalho.

Um estudo sobre o controle de constitucionalidade precisa, necessariamente, ser feito em conjunto com o conceito de Constituição, uma vez que no Estado democrático de direito este controle constitui-se em uma das mais importantes ferramentas criadas com o objetivo de garantir “a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental”.³

Dentro desta perspectiva, leciona o professor Ivo Dantas, afirmando que o controle de constitucionalidade “representa um dos pilares fundamentais na defesa do Valor da Constituição e, em consequência, do denominado Estado de Direito”.⁴

Importante, também neste contexto, é o magistério de Alexandre de Moraes que, em consonância com o conceito moderno de Constituição apresentado por Canotilho, afirma que:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.⁵

Diante destas evidências, não restam dúvidas que estamos tratando de um dos mais importantes mecanismos de defesa da ordem jurídico-constitucional.

No entanto, a efetivação e a realização do controle de constitucionalidade na ordem constitucional não decorrem de mera opção doutrinária, como assevera Ivo

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 48.

³ Ob. cit. p. 823. Objetivo das garantias da Constituição.

⁴ DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 8-9.

⁵ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 559.

Dantas.⁶ Seu estudo está sedimentado em pressupostos que legitimam sua existência. Dentre estes pressupostos, interessa-nos, especificamente, dois, quais sejam: o conceito de sistema jurídico hierarquizado e a supralegalidade do texto constitucional, a seguir analisados.

1.1.1 Sistema jurídico hierarquizado

O estudo do controle de constitucionalidade em todos os seus aspectos requer, essencialmente, que se tenha como pressuposto fundamental a existência de um sistema⁷ de normas hierarquizadas. Sem esta perspectiva, torna-se inviável qualquer esforço de proteção do texto constitucional contra normas que lhe sejam incompatíveis.

A idéia de escalonamento do ordenamento jurídico foi desenvolvida, primeiramente, por Hans Kelsen em sua famosa obra *Teoria Pura do Direito*. Em suas análises, o insigne mestre austríaco percebeu que a coerência, complexidade e unidade de uma ordem jurídica qualquer só podem ser explicadas a partir da constatação de que nela existem normas que são classificadas como superiores e outras como normas inferiores.

Para Kelsen, a dinâmica do Direito faz com que ele controle a sua própria criação e desenvolvimento, o que lhe dá uma característica muito peculiar em relação às outras ciências sociais. Seus estudos revelaram que esta capacidade de autoprodução do mundo jurídico pode acontecer de duas formas distintas. A primeira pela existência de normas no ordenamento jurídico que determinam a forma como

⁶ DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. 2.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.

⁷ Entenda-se sistema aqui, no sentido apresentado por Norberto Bobbio, para quem “um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis” *in Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Unb, 1999, p. 80.

outras normas são criadas. A segunda, é que, além da forma, também o conteúdo da norma a ser produzida pode ser determinado por outra.

Dentro desta relação, o mestre austríaco encontrou a explicação para a validade de uma norma que foi produzida, na superioridade da norma que determinou as condições, isto é, forma e conteúdo, daquela outra norma. A partir então, desta perspectiva, formulou sua teoria sobre a hierarquia normativa do sistema jurídico, deixando como legado o seguinte ensinamento:

A ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.⁸

Tem-se, assim, na concepção hierarquizada do ordenamento jurídico, sustentada por Kelsen, um dos primeiros pressupostos ao controle de constitucionalidade.

1.1.2 A Constituição como norma supralegal

Um dos aspectos relevantes da teoria do escalonamento da ordem jurídica, formulada por Kelsen, é que ela apontou para a existência de uma norma dotada de uma superioridade tal que, além de regular a produção de todas as demais normas que compõem o sistema, seria seu fundamento de validade último. Esta norma foi por ele denominada como sendo a norma fundamental de todo o ordenamento jurídico.

⁸ HANS, Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. trad. João Baptista Machado. Coimbra: Sucessor, 1979, p. 310.

Ocorre que a constatação da existência daquela norma tem servido de fonte de inquietação para alguns juristas e filósofos do direito ao longo dos anos. A discussão toda reside exatamente em saber se as normas constitucionais seriam aquela norma fundamental do sistema, apresentada por Kelsen.

Para Norberto Bobbio, a resposta àquela indagação seria negativa. Sustenta ele, que a existência de normas constitucionais pressupõe, necessariamente, a existência de um poder normativo. Esse poder, de onde derivam as normas constitucionais, é o poder constituinte. Segundo Bobbio, ele se constitui no “poder último, ou se quisermos, supremo, originário, num ordenamento jurídico”.⁹

Mas para que o poder constituinte exerça sua função dentro do sistema jurídico, deve-se ter, ainda como pressuposto, a existência de uma norma que autorize aquele poder a produzir as normas jurídicas necessárias ao sistema. Bobbio entende, então, que esta norma última além da qual não se pode mais ir representa a norma fundamental.

Contudo, para a concepção kelseana, o fundamento de validade último de todo o sistema jurídico de um Estado está na Constituição. Conforme ele mesmo leciona ela “representa o escalão de Direito positivo mais elevado”.¹⁰ Registre-se, porém, que Kelsen está se referindo à Constituição em sentido material, isto é, a norma ou o conjunto de normas positivas que regulam a produção de normas jurídicas gerais, podendo ser escrita ou não.

O fato relevante de tudo o que se está sustentando é que, para a teoria hierarquizada do sistema jurídico, conforme sustentado por Kelsen, a Constituição representa a norma superior de todo o ordenamento, estando acima de toda e qualquer lei ou ato normativo. Estas características, portanto, são capazes de lhe conferir o status de norma supralegal, distinguindo-a das demais normas do sistema.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Unb, 1999, p. 58.

¹⁰ HANS, Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. trad. João Baptista Machado. Coimbra: Sucessor, 1979, p. 310

Segundo Ivo Dantas, a supralegalidade constitucional decorre, fundamentalmente, da obrigação que as demais normas do ordenamento têm de “encontrarem-se, onticamente, de acordo com os ditames inseridos na primeira (Constituição)”.¹¹

Nesta mesma linha de entendimento é o magistério de Zeno Veloso que, ao discorrer sobre a supremacia do texto constitucional, assim leciona:

As normas constitucionais são dotadas de preeminência, supremacia em relação às demais leis e atos normativos que integram o ordenamento jurídico estatal. Todas as normas devem se adequar; têm de ser pertinentes, precisam se conformar com a Constituição, que é o parâmetro, o valor supremo, o nível mais elevado do direito positivo, a *lex legum* (a Lei das leis).¹²

Assim, diante de tudo até então demonstrado, tem-se que a Constituição ocupa uma posição soberana na estrutura escalonada da ordem jurídica, havendo, portanto, a necessidade de um mecanismo jurídico que a proteja contra qualquer lei ou ato normativo que a agride ou estejam incompatíveis com seus princípios e comandos.

1.2 Formas de controle de constitucionalidade

Uma vez caracterizada a posição de superioridade do texto constitucional em relação a todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, tornou-se extremamente necessária a criação de mecanismos que a defendessem de quaisquer fatores de desagregação e ruptura de sua unidade em relação a todo o sistema.

¹¹ DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. 2.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.

¹² VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed., 2. tiragem, rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 17.

Neste sentido, o controle de constitucionalidade ocupa lugar de destaque, uma vez que tem como objetivo fazer valer a superioridade do texto constitucional frente a qualquer lei ou ato normativo que lhe sejam incompatíveis.

Ocorre que, dada a diversidade de sistemas jurídicos e a própria dinâmica da ordem constitucional, os doutrinadores, ao analisarem de forma mais sistemática a aplicabilidade do controle de constitucionalidade, sentiram a necessidade de estruturar seu estudo de modo que fosse possível identificar alguns dos principais aspectos relacionados a ele.

Segundo Mauro Cappelletti, os elementos estruturais que envolvem o estudo do controle de constitucionalidade dizem respeito a três aspectos principais. São eles: o aspecto “subjeto”, isto é, quais os órgãos encarregados de exercer o controle, o aspecto “modal” que se refere à maneira como o problema de constitucionalidade é resolvido, e o elemento “funcional” que diz respeito aos “efeitos que a decisão judicial da questão de constitucionalidade produz, quer em relação à lei submetida ao controle, quer, também, em relação ao caso concreto no qual a questão de constitucionalidade se tenha, eventualmente, apresentado”.¹³

Gomes Canotilho¹⁴, em uma análise mais detalhada, acrescenta aos elementos identificados por Cappelletti outros dois aspectos, a saber: o temporal, que se refere ao tempo em que o controle é exercido, e quais são as pessoas legitimadas para fazê-lo.

Para os objetivos aqui delineados, importa analisar, tão-somente, o aspecto subjetivo, o modal e o temporal, no que se refere às formas de controle de constitucionalidade.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2.ed. reimpressão. Porto Alegre: Fabris, 1999, pp. 66-67.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 836-837.

1.2.1 Quanto ao órgão que exerce o controle

Historicamente, o controle de constitucionalidade tem sido exercido por sujeitos diferentes, ou seja, dependendo do país, a verificação de compatibilidade de normas pode ser realizada por órgãos distintos. São eles:

1.2.1.1 Controle político

Ocorre este tipo de controle de constitucionalidade quando a verificação de incompatibilidade vertical de normas em relação ao texto constitucional é feita por órgãos políticos, como, por exemplo, as assembleias representativas.

Mauro Cappelletti, destaca que quando o controle de constitucionalidade é exercido por órgãos de natureza política ele possui duas características básicas, que são: o caráter preventivo e consultivo. Nesse sentido, ele leciona:

Usualmente nestes sistemas o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é *preventivo*, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor, e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais.¹⁵

A França, segundo aquele autor, é o país onde se pode encontrar uma variedade muito grande deste tipo de controle de constitucionalidade.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 26.

1.2.1.2 Controle jurisdicional

Fala-se em controle jurisdicional de constitucionalidade, quando a competência para averiguar se uma lei ou ato normativo está ou não conforme a Constituição está confiada a um órgão judicial.

Paulo Bonavides, alerta para alguns problemas de natureza teórica que podem surgir em razão da adoção deste modelo de controle de constitucionalidade. Dentre eles, destaca a possibilidade de o magistrado ou o órgão judicial assumirem posturas eminentemente políticas. Além disto, chama a atenção para uma possível fragilização do princípio da separação dos poderes.

Contudo, a par destas observações, aquele douto mestre afirma que “a introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis”.¹⁶

A partir da adoção do modelo de controle jurisdicional, dois sistemas são notadamente reconhecidos pela doutrina. São eles: o sistema difuso ou americano e o sistema concentrado ou austríaco. Quando o primeiro sistema é adotado por um determinado país, a missão de fazer a verificação de compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição fica a cargo de qualquer juiz ou Tribunal responsável pela aplicação de uma determinada norma, em um caso concreto onde foi demandada a prestação jurisdicional do Estado. Já quanto ao sistema concentrado, sempre que este é adotado em uma determinada ordem constitucional, o poder de declarar a inconstitucionalidade cabe somente a um órgão, com exclusão de quaisquer outros.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 272.

1.2.2 Quanto ao modo que o controle é exercido

A partir da análise do modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade e dos sistemas que o integram, uma questão importante a ser discutida diz respeito ao modo como as incompatibilidades normativas com o texto constitucional são aferidas e eliminadas pelos juízes ou Tribunais que detêm a competência para resolvê-las. Neste sentido, são identificadas as seguintes maneiras de controle:

1.2.2.1 Controle pela via incidental ou controle concreto

Neste modo de controle, a discussão acerca da inconstitucionalidade de uma norma nunca se constitui no objeto principal da ação. Muito pelo contrário. A argüição de incompatibilidade da lei com o texto constitucional é feita, tão-somente, quando ela se torna necessária para a solução da lide.

Um outro nome dado a este modo de controle é *controle por via de exceção* que, conforme Canotilho explica, citando Rui Barbosa, é assim chamado “porque a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio da justificação do direito, cuja reivindicação se discute”.¹⁷

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Comes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 834.

1.2.2.2 Controle pela via principal ou controle abstrato

Diz-se que o controle ocorre pela via principal ou *in abstracto* sempre que a verificação de inconstitucionalidade normativa é efetivada através de uma ação principal e autônoma.

Neste modo de controle, não há que se falar num contraditório entre partes. Dentre suas características principais pode-se destacar a forma enérgica e radical com que visa retirar do sistema qualquer lei que esteja maculada de inconstitucionalidade.

Ademais, deve-se registrar que o controle de constitucionalidade por via principal reserva a legitimidade para a propositura da ação direta a um número reservado de pessoas e entidades que são constitucionalmente definidas.

Por fim, cabe ainda uma observação quanto ao órgão competente para exercer o controle pela via principal ou de ação. Segundo Bonavides, esta competência “tanto poderá ser de um tribunal ordinário como uma corte especial, a exemplo dos chamados tribunais constitucionais, dotados para esse fim de jurisdição específica”.¹⁸

Discorrendo sobre o tema, Alexandre de Moraes tendo em mente o ordenamento jurídico brasileiro, assim leciona:

Esse controle é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen para o Tribunal Constitucional austríaco e adotados, posteriormente, pelo Tribunal Constitucional alemão, espanhol, italiano e português, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.¹⁹

Por fim, impende destacar uma diferença fundamental entre o controle pela via incidental e o feito pela via principal, nos termos até então apresentados. Esta

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 278

¹⁹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 581.

reside, essencialmente, nos efeitos das decisões exaradas nos respectivos processos.

A decisão exarada como resultado de um controle incidental de constitucionalidade tem efeito, apenas, entre as partes interessadas no caso concreto em que foi suscitado o incidente de inconstitucionalidade. Já no controle pela via principal, a decisão tem efeito *erga omnes*, isto é, contra todos, uma vez que o objeto da ação é a própria lei ou ato normativo e sua conformação com o texto constitucional. Estes aspectos serão melhor analisados posteriormente.

1.2.3 Quanto ao momento que o controle ocorre

A classificação relativa ao momento em que se faz a averiguação quanto a compatibilidade de uma norma com o texto constitucional leva em consideração unicamente o instante em que a lei ou ato normativo ingressam na ordem jurídica. Assim, este controle pode ser de duas maneiras distintas, a saber:

1.2.3.1 Controle preventivo

Este tipo de controle é exercido quando a norma ou o ato normativo ainda não entrou no mundo jurídico, isto é, ainda não possuem vigência e eficácia.

No Brasil, este tipo de controle é realizado no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo. Naquele, a incompatibilidade da nova norma é verificada por meio das Comissões de Constituição e Justiça. Neste, através do chamado veto jurídico

através do qual o chefe do Poder Executivo impede a entrada de uma norma ou parte dela que esteja em confronto com o texto constitucional.

1.2.3.2 Controle repressivo

Quanto ao controle repressivo, este também visa verificar a compatibilidade das normas existentes no ordenamento jurídico com o texto constitucional. Contudo, é exercido por órgãos jurisdicionais.

No sistema normativo brasileiro, a regra é que o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos seja exercido pelo Poder Judiciário.

1.3 O controle de constitucionalidade no Brasil

Após a análise dos aspectos genéricos que envolvem o estudo do controle de constitucionalidade, importa que se faça uma abordagem histórica deste importante instituto jurídico-constitucional, de forma que seja possível retratar a sua evolução dentro do ordenamento jurídico pátrio.

A importância de um estudo da história se faz sentir a partir do momento em que se constata que nenhum texto constitucional é produzido de forma isolada. Ele sempre traz consigo valores e princípios vigentes em momentos históricos anteriores, seja do ponto de vista interno ou externo, que, por fim, acabam por servir de inspiração para a elaboração de uma nova Carta Política.

A propósito, oportuna, neste momento, a lição do professor Ivo Dantas ao asseverar que “uma correta compreensão de qualquer instituto jurídico impõe que

seja conhecida a sua evolução histórica, ou seja, a maneira pela qual surgiu, desenvolveu-se e tomou a forma atual”.²⁰

Assim, para que se tenha uma compreensão adequada do modelo de controle de constitucionalidade que atualmente vige em no ordenamento jurídico brasileiro, é necessária uma análise, ainda que breve, de sua evolução dentro dos textos constitucionais anteriores.

1.3.1 Evolução histórica

O primeiro texto constitucional positivado no Brasil não contemplou qualquer dos sistemas de controle de constitucionalidade, na forma como hoje se apresenta. A Constituição Imperial, datada de 25.03.1824, fortemente influenciada por doutrinadores franceses concedeu ao Poder Legislativo, além da função de fazer leis, interpretando-as, suspendendo-as e revogando-as, a tarefa de garantir a superioridade do texto constitucional. Isto é o que se depreende da leitura do dispositivo abaixo, *in verbis*:

Art. 15. É da atribuição da Assembléia Geral:

[...]

VIII. Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las

IX. Velar pela Guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação.²¹

Uma primeira inferência que se pode fazer do texto acima é que durante a vigência daquela Carta Constitucional não havia espaço para um controle jurisdicional de normas. A função do Supremo Tribunal de Justiça, órgão que no

²⁰DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.73.

²¹BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 out. 2003.

Brasil Imperial, ocupava a cúpula do Poder Judiciário²², “limitava-se a um controle político”²³, conforme leciona Ivo Dantas.

Com a proclamação da República, em 1889, o constitucionalismo brasileiro, fortemente influenciado pelo modelo norte-americano, bem como pelas idéias de Rui Barbosa, passou a prever, já na chamada Constituição Provisória de 1890, no art. 58, § 1º. alíneas “a” e “b”, o sistema difuso de controle de constitucionalidade.

No campo da legislação infraconstitucional a matéria foi positivada por meio do Decreto n . 848, de 11 de outubro de 1890, que “estabeleceu, no seu art. 3º, que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte”.²⁴

Com a promulgação da Constituição Republicana, em 24 de fevereiro de 1891, os dispositivos prescritos, tanto na Constituição Provisória, como no Decreto n . 848, foram definitivamente incorporados ao texto constitucional, conforme se verifica abaixo, *verbis*:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete

[...]

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

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas²⁵.

²² Conforme artigos 163 e 164 da Constituição Imperial de 1824.

²³ DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p 81.

²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 21.

²⁵ BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 13 out. 2003.

No entanto, em que pese a previsão constitucional, a consagração do sistema difuso de controle de constitucionalidade no direito brasileiro somente veio ocorrer com a edição da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que, ao organizar a Justiça Federal, estabeleceu, segundo Zeno Veloso, a supremacia do Judiciário, dispondo em seu art. 13, § 10, que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição”.²⁶

Com a Constituição de 1934, o sistema de controle de constitucionalidade difuso foi mantido na ordem constitucional. No entanto, sofreu importantes alterações, dentre estas, destacam-se as seguintes: a) determinação de que somente pela maioria absoluta dos membros dos tribunais fosse declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, conforme art. 179 daquela Carta política; b) competência ao Senado Federal para suspender a execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, sobre os quais o Poder Judiciário tenha declarado a inconstitucionalidade, conferindo efeito *erga omnes* à decisão judicial, nos termos art. 91, inciso IV.

Contudo, segundo Gilmar Ferreira Mendes, valendo-se de uma expressão cunhada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”.²⁷ A representação de caráter interventivo seria sempre utilizada pelo Procurador-Geral da República quando os princípios consagrados no art. 7º inciso I, alíneas “a” a “h”²⁸, daquela Constituição, fossem ofendidos.

²⁶ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed., 2. tiragem, rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 31.

²⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 24.

²⁸ Art. 7º. Compete privativamente aos Estados:

I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios:
a) forma republicana representativa;

Dava-se, assim, um passo decisivo para a adoção de um controle direto de constitucionalidade, onde a atuação do Supremo Tribunal Federal não se dava mais somente de forma incidental, mas, como leciona Paulo Bonavides, “por efeito de uma provocação cujo objeto era a declaração mesma de constitucionalidade da lei que decretara a intervenção federal”.²⁹

Com a Constituição de 1937, outorgada em 10 de novembro de 1937, ocorreu uma verdadeira ruptura no processo de evolução do sistema de controle de constitucionalidade no país.

Muito embora ela tenha mantido o sistema difuso, nos moldes delineados pela Constituição de 1934, introduziu no parágrafo único do artigo 96, como bem observou Gilmar Ferreira Mendes, “uma peculiar modalidade de revisão constitucional”.³⁰ Isto significava que, na hipótese de uma lei declarada inconstitucional ser, ao juízo do Presidente da República, necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, aquela inconstitucionalidade poderia ser revista pelo Parlamento, por iniciativa do próprio Chefe do Poder Executivo, tornando-se aquela decisão insubsistente, pela votação de dois terços dos votos de cada uma das Câmaras.

Contudo, todas estas inovações não surtiram nenhum efeito prático. Conforme destaca Zeno Veloso, a Constituição de 1937 “foi um documento que não

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

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 257.

³⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 27.

saltou do papel para a vida. Trata-se de uma Constituição apenas nominal. Praticamente não foi executada, não foi aplicada”.³¹

Na Constituição de 1946, resultado do processo de redemocratização do País, o controle de constitucionalidade voltou a ser o difuso, nos moldes estabelecidos nas Constituições de 1891 e 1934, mantendo, inclusive, as inovações trazidas por esta, conforme antes mencionado.

Porém, o verdadeiro avanço em termos de controle de constitucionalidade ocorreu com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. Através desta emenda, o art. 101, inciso I, alínea *k*, da Carta Política de 1946 ganhou nova redação e a competência do Supremo Tribunal Federal foi ampliada, conferindo-lhe o poder para processar e julgar, *in abstracto*, originariamente, normas federais e estaduais incompatíveis com o texto constitucional, mediante representação encaminhada pelo Procurador-Geral da República, que detinha o monopólio, dentro da ordem constitucional vigente, para propositura desta representação.

A partir de então, o controle pela via de ação, ou seja, o controle direto de constitucionalidade, ganhou um perfil mais definido, onde qualquer lei existente dentro do sistema normativo poderia ser alvo de verificação de constitucionalidade através de uma ação específica, com vistas a eliminar pontos incompatíveis.

Argumentando sobre o tema, Paulo Bonavides destacou a mudança ocorrida no modelo de controle de constitucionalidade vigente, nas seguintes palavras: “a lei em tese, abstratamente, desvinculada da via incidental, era passível, portanto, de verificação de constitucionalidade, sendo competente para o exercício dessa ação o Procurador-Geral da República.”³²

Neste contexto, merece destaque a observação de Zeno Veloso, que ao discorrer sobre a matéria, traz o seguinte ensinamento:

³¹ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed., 2. tiragem, rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 33.

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 298

Sem prejuízo do controle incidental, e ao lado da representação interventiva (destinada a resolver conflitos federativos), a EC 16/65 introduziu, no Brasil, o controle concentrado da constitucionalidade de lei ou ato federal ou estadual, portanto, controle a ser exercido não incidentalmente, diante de caso concreto, mas fiscalização constitucional genérica, abstrata, da norma em tese, com o escopo de averiguar o vício da inconstitucionalidade e o objetivo precípua de defender a ordem constitucional, garantindo a supremacia da Carta Magna.³³

No mesmo sentido é o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, que assim leciona:

A implantação do sistema de controle de constitucionalidade com o objetivo precípua de “preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconviventes”, veio somar aos mecanismos já existentes um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.³⁴

A Carta Política de 1967, bem como a Emenda Constitucional 1/1969, trouxeram poucas novidades quanto ao modelo de controle de constitucionalidade, preservando, em essência, o que foi instituído pela Constituição de 1946 e pela Emenda Constitucional nº 16/65.

1.3.2 O controle de constitucionalidade na Constituição em vigor

A partir da promulgação da Constituição de 1988 o controle jurisdicional de constitucionalidade foi definitivamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Isto ocorreu como o resultado de um processo de amadurecimento das instituições políticas ao longo dos anos e, acima de tudo, do reconhecimento da importância de se preservar a força normativa do texto constitucional contra quaisquer atos que afrontem sua eficiência e efetividade.

³³ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed., 2. tiragem, rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 34.

³⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 43.

Uma análise da evolução histórica da configuração constitucional, conforme demonstrado anteriormente, aponta para a existência de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade.

Inicialmente, foi possível constatar que a ordem constitucional pátria optou, num primeiro momento, pelo sistema difuso de controle de constitucionalidade, tendo como referencial o modelo americano. Por este sistema, conforme já assinalado, as questões constitucionais eram levantadas apenas incidentalmente e na medida em que fossem necessárias à solução de um caso concreto.

Contudo, a partir da Emenda Constitucional nº 16/1965 o ordenamento jurídico passou a contemplar, em caráter definitivo, o sistema de controle de constitucionalidade concentrado que, somando-se ao sistema de controle difuso já consolidado, tornou-se um mecanismo extremamente eficaz na defesa direta do sistema jurídico objetivo.

Ocorre que neste modelo híbrido, anterior à Constituição de 1988, havia um forte domínio do sistema difuso em detrimento do sistema de controle concentrado. No entanto, com a promulgação da Carta Magna de 1988, esta situação foi invertida de maneira tão significativa que Gilmar Ferreira Mendes, com a perspicácia que lhe é peculiar, afirmou “que esta talvez seja a principal mudança encetada pela Constituição de 1988 no que diz respeito ao controle de constitucionalidade.”³⁵

Discorrendo ainda sobre a inversão de ênfase ocorrida entre aqueles dois sistemas a partir da Carta de 1988, o douto mestre constitucionalista leciona no seguinte sentido:

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, esta situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso ou incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *O Sistema de Controle de Constitucionalidade das Normas da Constituição de 1988 e a Reforma do Poder Judiciário*. In Conferência realizada no Curso de Direito Constitucional promovido pela Escolha Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, 1998. Revista da AJURIS, ano XXVI, n. 75, 1999.

veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.³⁶

Uma das conseqüências diretas desta inversão de ênfase quanto aos sistemas de controle de constitucionalidade a partir da Constituição de 1988 pode ser claramente percebida com a ampliação do leque de órgãos e entes legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Nas constituições anteriores, o Procurador-Geral da República detinha o monopólio para a propositura daquela ação perante o Supremo Tribunal Federal. Contudo, nos termos do art. 103 do atual texto constitucional, não apenas ele, mas também o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia Legislativa, o Governador do Estado e do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e, por fim, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Esta ampliação de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade tem sido classificada pela doutrina como legitimação concorrente.³⁷

Um aspecto de fundamental importância que deve ser observado ainda como conseqüência das modificações implementadas pela Constituição de 1988, é que o legislador constituinte, ao ampliar de forma significativa o número de entes e pessoas que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade, tornou a fiscalização constitucional mais democrática. E não apenas isto. O status dado ao controle concentrado de constitucionalidade é algo sem precedente na história do direito constitucional pátrio.

Nesse sentido, leciona Gilmar Ferreira Mendes:

[...] parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por

³⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 64.

³⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 590.

restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.³⁸

Do texto acima transcrito, bem como das análises empreendidas durante todo este capítulo, algumas conclusões preliminares são possíveis de serem apresentadas, quanto ao controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

De plano, tem-se que o Brasil adota o modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade, isto é, o órgão responsável pela verificação da compatibilidade de leis e atos normativos com o texto constitucional e sua conseqüente declaração de inconstitucionalidade, deve, necessariamente, possuir função jurisdicional e integrar o Poder Judiciário.

Uma segunda conclusão, é que existem na ordem constitucional dois sistemas de aferição de constitucionalidade de leis. O primeiro, denominado sistema concentrado, é exercido por meio da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal e tem como alvo leis e atos normativos federais e estaduais que estejam incompatíveis com a Constituição Federal, que assim dispõe, *verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;³⁹

No âmbito dos Estados-membros, esta competência é dada aos Tribunais de Justiça, conforme disposto no art. 125, § 2º, da Carta Política vigente, em relação às constituições estaduais.

O segundo sistema, é o de controle de constitucionalidade difuso, já analisado anteriormente, e que é exercido por qualquer juiz ou Tribunal judicial, sempre que a questão de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo for

³⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 63.

³⁹ BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2000.

essencial à solução de um caso concreto onde foi demanda a prestação jurisdicional. Este instituto encontra-se positivado, no texto constitucional atual, no art. 102, inciso III, alíneas a, b, e c; e art. 52, inciso X.

A existência destes dois sistemas permite que se classifique o modelo de controle de constitucionalidade atualmente em vigor no Brasil como de característica híbrida. Contudo, conforme dito anteriormente, com uma maior ênfase ao sistema concentrado.

2. DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

2.1 Origem e evolução

O capítulo anterior abordou os principais aspectos relacionados ao controle de constitucionalidade, inclusive, sua configuração a partir do texto constitucional em vigor.

A abordagem ali empreendida teve como objetivo fornecer elementos e conceitos necessários para uma compreensão adequada da discussão acerca do controle de constitucionalidade no âmbito das Cortes de Contas. No entanto, para que isto seja possível, também é importante um estudo envolvendo os principais temas relacionados a estes Tribunais.

Assim, este capítulo será dedicado a uma análise dos Tribunais de Contas que vai desde sua origem e evolução, tanto no contexto externo como interno, até as suas competências constitucionalmente delimitadas na atual Carta Política.

A origem dos Tribunais de Contas está diretamente associada à questão do controle dos atos administrativo. Numa análise, ainda que breve das práticas administrativas dos povos antigos, os historiadores têm encontrado vestígios de sistemas de controle que, provavelmente, lançaram as sementes para a criação daquelas Cortes.

Dentro desta perspectiva histórica, Domingos Pinto da Rocha informa que é possível encontrar as raízes dos Tribunais de Contas em povos cuja existência remonta há 5 mil anos. Nesse sentido, assim leciona:

[...] as raízes históricas dos Tribunais de Contas são encontradas já na civilização suméria, que floresceu há 5 mil anos, na civilização egípcia, na civilização chinesa, na Babilônia com o Código de Hamurabi e no código da cidade-reino Eshnunna. Mas os livros de direito que se ocupam em estudar os Tribunais de Contas costuma localizar seus primórdios na velha Atenas,

onde existia uma Corte de Contas composta de dez oficiais eleitos anualmente pela assembléia do povo, à qual era dada competência para tomar as contas aos arcontes (antigos magistrados gregos, a princípio com poder de legislar e depois simples executores de leis), estrategas, embaixadores, sacerdotes e a todos quantos giravam com dinheiros públicos.⁴⁰

Observa-se no texto acima transcrito que a preocupação em fiscalizar os gastos públicos já inquietava o pensamento dos povos antigos. Esta prática evoluiu de forma tão significativa que aquela semente embrionária lançada há séculos germinou de tal maneira que, ao longo dos anos e em várias nações do mundo, foram surgindo sistemas diferenciados de fiscalização das despesas públicas.

No entanto, a par do surgimento de vários sistemas de controle e fiscalização dos gastos públicos, a doutrina tem destacado apenas três, como sendo os mais importantes. São eles: o sistema francês, o italiano e o belga.

Em cada um destes, a fiscalização ocorre em momentos diferenciados, podendo ser posterior, no caso do francês, prévia, no sistema italiano, ou mista, no caso do modelo belga.

Discorrendo sobre o tema, Alfredo Buzaid resume de forma muito precisa as principais características e diferenças de cada um destes sistemas em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Confira-se:

O sistema francês se funda na confiança outorgada à administração, que realiza as despesas, sujeitando-as posteriormente ao Tribunal. Se a administração ordena e paga além dos limites do orçamento, responde por ato ilegal. *A função do Tribunal de contas é, pois, repressiva*, denunciando e punindo o funcionário que exorbitou, que prevaricou ou que cometeu o delito.

O sistema italiano se funda, ao contrário, numa *ação preventiva*. Considerando, a bem do interesse público, que impedir a violação do orçamento é melhor do que castigar quem o descumpre, levanta um obstáculo intransponível entre o parlamento que vota a despesa e o agente que há de realizá-la. Só depois do exame prévio é que a despesa pode ser executada.

⁴⁰ ROCHA, Domingos Pinto da. Visão legal e constitucional dos Tribunal de Contas. *Revista n. 37*, jul/set 97. Disponível em <<http://www.tce.rj.gov.br/revista/artigos/r37c002.htm>>. Acesso em 16 set. 2003.

O sistema belga guarda maior flexibilidade, porque concilia as duas tendências acima expostas. Mantém o veto, porém limitado; e se o Poder Executivo quer realizar a despesa, malgrado o veto, ordena o registro sob reserva, correndo a responsabilidade do ato ao executor do orçamento.⁴¹ (grifo nosso)

No Brasil, a gênese das Cortes de Contas, segundo Themístocles Brandão Cavalcanti, “está no Conselho da Fazenda criado pelo Príncipe Regente em seu Alvará de 28 de junho de 1808”.⁴² Desde então, iniciou-se um árduo trabalho com vistas à criação e institucionalização de um Tribunal de Contas no Brasil.

A Carta Política do Império chegou a fazer menção a um tribunal encarregado da receita e despesa da Fazenda Nacional, com a seguinte dicção:

Art. 170. A Receita, e despeza da Fazenda Nacional será encarregada a um Tribunal, debaixo de nome de “Thesouro Nacional” aonde em diversas Estações, devidamente estabelecidas por Lei, se regulará a sua administração, arrecadação e contabilidade, em recíproca correspondência com as Thesourarias, e Autoridades das Províncias do Império.⁴³

Percebe-se que a referência constitucional, ainda era muito tímida quando referiu-se a uma Corte de Contas. Tanto isto é verdade que vários foram os esforços empreendidos pelos homens públicos do Brasil imperial na tentativa de fazerem prevalecer a idéia da necessidade de criação de um órgão com a função precípua de fiscalização e controle dos gastos públicos.

Nesse sentido, merece destaque o posicionamento de Pimenta Bueno, então Marquês de São Vicente, citado por Themístocles Brandão Cavalcanti, que assim expressou seu pensamento:

É de uma necessidade a criação de um Tribunal de Contas devidamente organizado, que examine e compare as leis do imposto, que perscrute e siga pelo testemunho de documentos autênticos em todos os seus movimentos e aplicação e emprego dos valores do Estado, e que enfim

⁴¹ BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 62, fasc. II, pp. 37-62.

⁴² CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – órgão constitucional: funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 109, pp. 1-10, jul./set. 1972.

⁴³ BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 out. 2003.

possa assegurar a realidade e legalidade das contas. Sem este poderoso auxiliar nada conseguirão as Câmaras.⁴⁴

Diante de tantos esforços e argumentações convincentes a semente embrionária lançada em 1808, com o então Conselho da Fazenda ganhou definitivamente forma institucional, somente em 1890, após a proclamação da República, por iniciativa de Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda do Governo Provisório que, com a edição do Decreto-Lei nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, criou o Tribunal de Contas no Brasil.

De sua exposição de motivos, tem-se destacado com freqüência os seguintes argumentos:

É o sistema de contabilidade orçamentária defeituoso no seu mecanismo e fraco na sua execução. O Governo Provisório reconheceu a urgência inevitável de reorganizá-lo; e acredita haver lançado os fundamentos para essa reforma radical com a criação do Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que colocado em posição autônoma, com atribuição de revisão e julgamento, cercado de garantias, contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional [...]⁴⁵

A partir de então, todos os textos constitucionais que se seguiram passaram a inserir em seus dispositivos as atribuições e competências do Tribunal de Contas. Inicialmente inserindo-as no capítulo “Dos Órgãos de Cooperação nas Entidades Governamentais”, como o fez a Constituição de 1934. Depois, no capítulo destinado ao Poder Judiciário, no caso da Constituição de 1937.

Com o texto constitucional de 1967, bem como na Emenda Constitucional nº 1/69, houve um deslocamento das atribuições e competências do Tribunal de Contas, passando este, então, a ser arrolado no capítulo destinado ao Poder Legislativo, mais especificamente na seção destinada à Fiscalização Financeira e Orçamentária.

⁴⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – órgão constitucional: funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 109, pp. 1-10, jul./set. 1972, p. 3.

⁴⁵ MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 27, n. 108, p. 114, out/dez 1990.

A atual Constituição manteve o Tribunal de Contas no capítulo referente ao Poder Legislativo, confirmando-se, assim, sua função de órgão auxiliar de controle externo do Congresso Nacional, conforme se depreende do art. 71, adotando o sistema belga, conforme descrito anteriormente, como modelo de fiscalização orçamentária e financeira dos atos de gestão pública.

No entanto, impende destacar que o fato de o Tribunal de Contas figurar no capítulo que trata do Poder Legislativo não deve de forma alguma levar à conclusão de que aquela Corte de Contas é órgão daquele Poder legiferante. A autorização para esta afirmação decorre da leitura do artigo 44 da Carta Política atual, que assim dispõe: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.⁴⁶

No entanto, este entendimento ainda tem sido objeto de acaloradas discussões.

2.2 A natureza jurídica

As discussões acerca da natureza jurídica das Cortes de Contas, principalmente no Brasil, são remotas.

Uma análise, ainda que breve, na evolução histórica daquelas instituições dentro da ordem constitucional, conforme empreendida anteriormente, revela que elas possuem características bastante atípicas, quando comparadas a outros entes estatais.

Um dos primeiros aspectos desta atipicidade está relacionado à localização orgânica que a Corte de Contas ganhou ao longo dos textos constitucionais pátrios.

⁴⁶ BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2000.

Na Constituição republicana de 1891, localizado dentro de um título genérico, as funções que lhe foram atribuídas eram extremamente limitadas, restringindo-se, tão-somente, a “liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso.”⁴⁷

Já com na Carta de 1934, passou a situar-se no capítulo VI que tratava dos Órgãos de Cooperação das Atividades Governamentais, tendo, inclusive, sido ampliado o leque de suas funções.

Na Constituição de 1937, o legislador constituindo deslocou novamente a posição do Tribunal de Contas, inserindo-o dentro do capítulo que dispunha sobre o Poder Judiciário.

Por fim, a partir da Constituição de 1967, ele foi inserido no capítulo que trata do Poder Legislativo, sendo esta localização mantida pela Carta Política de 1988, que ampliou de forma significativa o leque de competências daquela Corte de Contas, inclusive, com a ratificação de sua atribuição de auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo da administração pública, conforme a dicção do art. 71.

Todas estas imprecisões espaciais quanto à localização das Cortes de Contas dentro da ordem constitucional brasileira têm sido objeto de calorosos debates entre os doutrinadores que têm se esforçado sobremaneira, a partir da concepção tripartite de poderes do Estado, segundo sustentada por Montesquieu, em delimitarem qual seja a real posição daqueles entes estatais.

Dentre os estudiosos que ousaram discorrer sobre o tema, merece destaque a posição sustentada pelo douto tratadista Pontes de Miranda. Seus estudos, a partir da Constituição de 1934, o levaram a conclusão de que, na verdade, em razão das peculiaridades e atribuições específicas dos Tribunais de Contas, eles não faziam parte de qualquer dos poderes estatais, constituindo-se, portanto, em órgãos *sui generis*. Nesse sentido então, assim leciona:

⁴⁷ Conforme art. 89 da Constituição de 1891.

A que poder pertencia o Tribunal de Contas de 1934? Era órgão coordenador? Podia ter sido concebido como tal, porém não o foi. [...] 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. Era órgão do Poder Judiciário? A composição dele era, não havia dúvida, a de órgão do Poder Judiciário (art. 100 e parágrafo único). [...] Era órgão do Poder Legislativo? Em parte: as atribuições de 1891, que conservava, eram de órgão auxiliar do Poder Legislativo, especialmente da Câmara dos Deputados, a que incumbia a tomada de contas (arts. 29, 56, 4º e 57, f, g e h); mas a que se lhe acrescentou em 1934 o fez órgão auxiliar do Poder Judiciário: julgava contas de funcionários e mais pessoas responsáveis por dinheiros e bens públicos. Em órgão do Poder Judiciário, 'sui generis'; órgão, também, *sui generis*, do Poder Legislativo. Criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, destoa das linhas rígidas da tripartição. [...]⁴⁸

Nesta mesma linha de raciocínio, é o magistério de Castro Nunes, conforme transcrito abaixo:

[...] Se o instituto está entre os poderes, é que a nenhum deles pertence propriamente, nem ao Judiciário, nem à administração como jurisdição subordinada, porque, já então, seria absurdo que pudesse fiscalizar-lhe os atos financeiros; nem mesmo ao Legislativo, com o qual mantém maiores afinidades. [...] É um instituto *sui generis*, posto de permeio entre os Poderes políticos da Nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles.⁴⁹

Muitos outros autores poderiam ser aqui citados. No entanto, estes argumentos já são suficientes para que se tenha uma primeira conclusão quanto a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, qual seja, estas instituições, em razão do conjunto de peculiaridades que lhes cercam, são órgãos dotados de total independência em relação aos poderes do Estado.

Ora, ao contrário do que muitos poderiam sustentar, esta autonomia e independência funcional não se constituem em mera formulação doutrinária. Seu fundamento decorre de sua origem constitucional.

Um outro aspecto que deve ser levado em consideração, ainda, dentro da análise aqui empreendida é que quando o legislador constituinte consignou que o controle externo a cargo do Congresso Nacional seria exercido com "auxílio do

⁴⁸ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 246-247, tomo III.

⁴⁹ NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, pp. 25 e 26.

Tribunal de Contas” não se deve entender que esta expressão tenha sido utilizada como sinônimo de inferioridade hierárquica ou subordinação. Isto porque há que se fazer a distinção entre um órgão que possui a missão de auxiliar determinada atividade com aquele que é por natureza um órgão auxiliar.

No caso das Corte de Contas, o auxílio prestado aos respectivos Poderes Legislativos caracteriza-se, fundamentalmente, pela especificidade e pelo tecnicismo da atividade exercida, com autonomia. No entanto, esta autonomia seria impossível na medida em que os Tribunais de Contas integrassem a estrutura organizacional daqueles Poderes, visto que estariam vinculados por uma relação de subordinação e dependência, o que por certo mitigaria a qualidade da atividade desenvolvida.

Neste contexto, importante trazer à colação o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, cujo ensinamento é do seguinte teor:

O ser órgão auxiliar não configura, só por só, a integração em um dado conjunto orgânico; são coisas diversas, coisas distintas. Para que algo se possa considerar interior, intestino a um corpo orgânico, cumpre que existam os vínculos de subordinação, o liame hierárquico ou, quando menos, o vínculo do controle. Um dos dois teria que existir e, no caso do Tribunal de Contas, não existe. O Tribunal de Contas, em verdade, não é subordinado ao Legislativo, nem está sob a tutela dele.⁵⁰

Nesta linha de raciocínio, importante, também, é a lição de Jarbas Maranhão que, ao discorrer sobre a posição dos Tribunais de Contas em relação aos poderes do Estado, assim leciona:

Na verdade, o Tribunal de contas é um órgão independente, em relação aos três Poderes, mas de relevante contribuição, auxiliando-os no desempenho de suas atividades de governo, ou em suas específicas atribuições constitucionais legais.

O Tribunal de Contas é órgão que, funcionalmente, auxilia os três Poderes, porém, sem subordinação hierárquica ou administrativa a qualquer deles. O contrário seria confundir e negar a sua natureza e destinação de órgão autônomo.

Sem essa independência, que é de sua própria substância, ele não poderia atingir suas finalidades.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Tribunal de Contas e sua Jurisdição. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. a. n. 13, jul. 1982, pp. 119-135.

São os Tribunais de Contas, assim órgãos situados entre os Poderes e de cooperação funcional com eles, impondo-se, todavia, que se mantenham independência como órgão e função.⁵¹

Um outro aspecto caracterizador da atipicidade dos Tribunais de Contas, além daquele que o qualifica como órgão autônomo e independente em relação aos poderes estatais, decorre da análise de suas competências, conforme elencadas no texto constitucional em vigor, art. 71. Dentre estas, há uma que tem sido o divisor de águas quanto à caracterização da natureza jurídica destes Tribunais. Confira-se, *verbis*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.⁵²

A partir do dispositivo acima transcrito, bem como de outros elementos que permeiam o texto constitucional relacionados aos Tribunais de Contas, uma questão tem sido levantada por um grande número de doutrinadores. É possível identificar alguma atividade judicante, característica dos órgãos que integram o Poder Judiciário, dentre as atribuições daquelas Cortes?

O tema é polêmico e tem levantado controvérsias, não apenas no atual sistema constitucional, mas também nos antecedentes. Nesta seara, o entendimento doutrinário não tem ecoado de forma uníssona, pois, para alguns, as atribuições dos Tribunais de Contas são de natureza meramente administrativa, não sendo possível, portanto, atribuir-lhes qualquer competência de natureza jurisdicional.

⁵¹ MARANHÃO, Jarbas. Tribunal de Contas: natureza jurídica e posição entre os poderes. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 27, n. 106, abr./jun. 1990, pp. 99-102.

⁵² BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2000.

Dentre os que combatem a tese da natureza judicante de alguns atos emanados pelas Cortes de Contas tem-se em José Cretella Júnior um dos seus mais incisivos defensores.

Para aquele autor, a afirmação de que os Tribunais de Contas exercem, também uma função jurisdicional é resultado de uma terminologia imprecisa e inadequada. Segundo ele, o uso de palavras como “tribunal”, “julgar”, aliadas ao grande número de garantias e prerrogativas concedidas aos membros daquelas Cortes que se assemelham às do Poder Judiciário, induzem alguns a adotarem a tese da natureza jurisdicional para aqueles Tribunais.

Nessa linha de raciocínio, leciona o preclaro doutrinador:

Somente, quem confunde “administração” com “jurisdição” e “função administrativa” com “função jurisdicional” poderá sustentar que as decisões dos Tribunais de Contas do Brasil são de *natureza judicante*. Na realidade, nem uma das muitas relevantes atribuições da Corte de Contas entre nós, é de *natureza jurisdicional*. A Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas as suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa.⁵³

Com a devida *venia* ao posicionamento do douto publicista e daqueles que perfilham o mesmo entendimento, acreditamos ser possível uma interpretação menos restritiva e radical quanto às atribuições das Cortes de Contas, a partir da ordem constitucional em vigor.

Nesse sentido, não estamos como naufragos abandonados na imensidão do oceano. Mestres do quilate de Castro Nunes, Pontes de Miranda, Carlos Casimiro Costa, Vivaldi Moreira, Roberto Rosas, dentre outros, sustentaram a tese de que os Tribunais de Contas, além das competências de natureza administrativas, exercem uma competência jurisdicional que lhe é privativa.

Vivaldi Moreira, refletindo a partir da Constituição de 1946, argumentava ser “inútil e ocioso, em face do texto constitucional, negar-se função judicante ao

⁵³ CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das Decisões do Tribunal de Contas. *Revista Forense*, a. 82, v. 296, out/dez 1986, pp 3-10.

Tribunal de Contas”. Em arremate a esta tese, após confrontar posicionamentos dissonantes, o preclaro doutrinador assim se manifesta:

Não obstante esses esforços, não obstante alguns laivos de judiciaridade das decisões manifestadas em arestos do Supremo Tribunal Federal, ainda pelo texto constitucional, continua o Tribunal de Contas como órgão *sui generis*, auxiliar do Poder Legislativo, com decisões de natureza administrativa, embora nutrido de alguns princípios essenciais à função judiciária.⁵⁴

Na mesma ordem de idéias, era o entendimento de eminente ministro do Supremo Tribunal Federal, Themístocles Brandão Cavalcanti, que, ao discorrer sobre o tema, à luz do texto constitucional de 1967, assim expressou seu entendimento:

Examinando, em seu contexto, a competência e atribuições do Tribunal de Contas, poderemos verificar que ele não está vinculado ao sistema judiciário, mas a uma estrutura administrativa dentro de uma conceituação moderna que inclui aquilo que os americanos chamam de função “quase judicial”.⁵⁵

Já sob a égide da Carta Política de 1988, Rodolfo Mancuso discorrendo sob a configuração das Cortes de Contas ante o modelo de jurisdição positivado na Lei Suprema, leciona no seguinte sentido:

[...] Nesse prisma é que se colocam os Tribunais de Contas, que a Constituição Federal reteve como Cortes diferenciadas, exercentes de uma Jurisdição sobremodo especializada, como deflui à leitura do art. 70 *et. seq.* da Constituição Federal. Conquanto as Cortes de Contas não figurem no rol dos órgãos componentes do Poder Judiciário (CF, art. 92, I a VII), é indisputável que elas exercem com independência, autonomia e exclusividade o segmento específico de Jurisdição em matéria de fiscalização “contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial” (art. 70), como órgão de controle externo [...] Portanto, para efeito do presente estudo, partimos da premissa de que os pronunciamentos desses órgãos colegiados configuram verdadeiros julgamentos, atos judicantes aperfeiçoados e impositivos, embora restritos, obviamente, às matérias constitucionalmente atribuídas a esses Tribunais.⁵⁶

⁵⁴ MOREIRA, Vivaldi. Competência dos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. v. 84, abr./jun. 1966, pp. 421-431.

⁵⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – órgão constitucional: funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 109, jul./set. 1972, pp. 1-10.

⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sobre a Execução das Decisões Proferidas Pelos Tribunais de Contas, Especialmente a Legitimação*. *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 743, set. 1997, pp. 74-95.

Em sua brilhante tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Frederico Pardini, analisando as competências do Tribunal de Contas da União expressas no art. 71 da Carta Política atual que, por força do disposto no art. 75, são, *mutatis mutandis*, as mesmas atribuídas aos Tribunais de Contas Estaduais, Municipais e do Distrito Federal, entende que aquela Corte possui uma função que pode ser classificada como de natureza “híbrida ou multifuncional”⁵⁷. Este hibridismo funcional, segundo ele, seria resultado da existência de competências tanto de natureza administrativa como jurisdicional.

Por fim, registre-se, ainda, a manifestação do eminente Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, em acórdão exarado nos autos do Mandado de Segurança nº 23.550-1-DF, de onde se extrai a seguinte lição:

Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se impõe-se a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, **a fortiori**, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de **colorido quase-jurisdicional**.⁵⁸ (grifo nosso)

Diante destas incontáveis evidências, parece ser perfeitamente razoável o reconhecimento do exercício da função jurisdicional, também, no âmbito dos Tribunais de Contas. Porém, é preciso que fique bem claro que se trata de uma jurisdição especializada, de exclusividade daquelas Cortes.

Contudo, deve-se ter em mente que o reconhecimento dessa função jurisdicional não pode ser decorrente, apenas, do uso de expressões como “julgar” e “julgamento”, que se encontram presentes no rol de competências atribuídas àquelas Cortes. Raciocinar desta maneira é minimizar por demais a importância de

⁵⁷ PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1997, p. 235.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Administrativo. Mandado de Segurança nº 23550-DF. Impetrante: Poli Engenharia Ltda. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 04 de abril de 2001. **STF**, Brasília, 2004. Disponível em: <http://stf.gov.br/jurisprudencia/htm>. Acesso em: 08 abr. 2004.

sua função como órgão autônomo e independente, cuja gênese remonta ao texto constitucional.

Um caminho que parece razoável para que se possa entender a natureza judicante das Cortes de Contas está na análise da natureza das decisões por elas proferidas. Nesse sentido, a lição do professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao discorrer sobre a competência das Cortes Fiscalizadoras, mostra-se oportuna. Segundo o referido doutrinador “o julgamento sobre as contas, decidindo a regularidade ou irregularidade, é soberano, privativo e definitivo”.⁵⁹

Nesta ordem de idéias, esclarecedor é o magistério de Seabra Fagundes que, ao reconhecer o aspecto jurisdicional das Cortes de Contas em sede de julgamento de contas dos administradores públicos, assim leciona:

O teor jurisdicional das decisões, nesses casos, se depreende da própria substância delas; não do emprego da palavra **julgamento** pelos textos do direito positivo. Resulta do **sentido definitivo** da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento seria mero e inútil formalismo, restando inexplicável a mobilização, para fazê-lo, de um órgão altamente qualificado pelos requisitos de investidura e garantias dos seus membros (Emenda no 1, art. 72, § 3º.). Sob este aspecto restrito (o criminal fica ao exame do Poder Judiciário), as **Cortes de Contas decidem conclusivamente**. Cabe aqui a observação de Pontes de Miranda a propósito do texto constitucional de 1946 (e a que se reposta comentando a Emenda no 1, de 1969), de não haver como “interpretar que o Tribunal de Contas julgue (as contas) e outro juiz as **rejulgue** depois”, porquanto nessa duplicidade ter-se-ia “absurdo bis is idem” (“Comentários à Constituição de 1946”, 1ª. edição, vol. II, pág. 95; “Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda no 1, de 1969”, 2ª. edição, tomo III, pág. 251)⁶⁰. (grifos no original)

Deve-se consignar, entretanto, que estas afirmações precisam ser interpretadas a partir das atribuições privativas das Cortes de Contas.

⁵⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, pp. 29/30.

⁶⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. Os Tribunais de Contas na estrutura constitucional brasileira. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 10, n. 20, dez/1979, p. 82.

2.3 A função jurisdicional

As análises anteriormente empreendidas sobre a natureza jurídica dos Tribunais de Contas revelaram que estes entes estatais revestem-se de certas peculiaridades que, dentro da estrutura organizacional do Estado, permitem classificá-los como órgãos de natureza jurídica atípica.

Esta atipicidade revela-se a partir da constatação de dois aspectos principais. O primeiro diz respeito à posição intermediária ocupada por aquelas Cortes em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, não guardando qualquer tipo de dependência ou subordinação a qualquer um daqueles Poderes. O segundo aspecto é decorrente, fundamentalmente, das competências atribuídas pelo legislador constituinte a estes Tribunais, que permitem identificar dentre elas o exercício de uma jurisdição especial, que lhe é privativa.

Assim, com vistas a uma melhor compreensão da natureza jurídica das Cortes de Contas, principalmente no aspecto relativo à atividade judicante resultante de suas atribuições constitucionais, é necessária uma breve investigação sobre o conceito de jurisdição.

2.3.1 O conceito de jurisdição

Desde sua primeira aceção no Direito Romano até os dias atuais, o conceito de jurisdição vem sendo objeto de estudo pelos mais renomados doutrinadores das ciências jurídicas.

Autores, tanto da literatura alienígena como da nacional, não mediram esforços na tentativa de tornarem o significado daquela expressão o mais claro possível.

Ocorre que as vozes destes estudiosos têm ecoado de forma dissonante ao discorrerem sobre o tema. Nesse sentido, merece destaque a observação de Jacoby Fernandes que, a partir da observação de Ugo Rocco, quanto à imprecisão conceitual da doutrina sobre o significado de jurisdição, assim leciona:

[...] certos doutrinadores situam a jurisdição como tutela de direitos subjetivos pelo Estado. Para outros, não há como caracterizar a jurisdição, a não ser considerando o órgão de que promana, *necessariamente um juiz*. Outros ainda consideram que o elemento característico da jurisdição é a existência de um *contraditório* ou a composição do conflito de *interesses*.⁶¹

Observa-se do texto que vem de ser transcrito que há uma forte tendência por parte daqueles que perfilham o entendimento acima exposto em associar o conceito de jurisdição a um universo estritamente judiciário e forense de competência exclusiva do Poder Judiciário. Expressões como “tutela de direitos subjetivos”, “juiz”, “contraditório” e “conflito de interesses” evidenciam este direcionamento.

Contudo, parece ser possível alcançar um conceito menos restritivo que possibilite reconhecê-la, também, no âmbito das competências atribuídas aos Tribunais de Contas, sem ferir, no entanto, os rigores da lógica científica de investigação. Para isto, torna-se necessário algumas breves considerações sobre a teoria da separação dos poderes.

O Estado Democrático de Direito consolidado no Brasil a partir de 1988 tem como princípio fundamental de sua ordem jurídica a concepção tripartida dos poderes do Estado desenvolvida por Montesquieu. Nesse sentido, dispõe o art. 2º do

⁶¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 111.

texto constitucional que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo, e o Judiciário”.⁶²

Uma leitura menos atenta do texto constitucional citado no parágrafo anterior pode levar o leitor a pensar que o Poder do Estado é fracionado. Tal conclusão, contudo, seria equivocada. Na verdade, não se trata de uma divisão de Poder, pois esse, em sua essência, é uno e indivisível. O que acontece é, tão-somente, uma repartição de funções entre órgãos estatais que exercem, de forma preponderante mas não exclusiva, determinada parcela daquele Poder estatal.

Nesse passo, esclarecedor é o magistério do douto constitucionalista José Afonso da Silva, cujo pensamento é do seguinte teor:

Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões com duplo sentido. Exprimem, a um tempo, as funções legislativas, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título da *organização dos poderes*. [...] Vale dizer, portanto, que o poder político, *uno, indivisível e indelegável*, se desdobra e se compõe de *varias funções*, fato que permite falar em distinção de funções que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.⁶³

Extrai-se do ensinamento do preclaro mestre, que na estrutura organizacional do Estado existem órgãos incumbidos do exercício das funções que lhe são essenciais. Neste sentido, então, é possível falar em um Poder Legislativo, cuja atividade primordial é legislar, um Poder Executivo encarregado, precipuamente, de administrar, e, por fim, tem-se o Poder Judiciário incumbido, preponderantemente, da atividade jurisdicional do Estado.

Historicamente, porém, o entendimento doutrinário sobre o princípio da separação dos poderes assumiu contornos diversos. Houve época em que os teóricos do Estado radicalizaram de tal forma a doutrina separatista, que ela foi erigida à condição de um dogma jurídico, onde não se concebia, por exemplo,

⁶² BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2000.

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 97 e 99.

qualquer tipo de interação entre os três Poderes. Assim, a função que era desempenhada por um poder não poderia ser exercida por outro.

Hodiernamente, esta segregação funcional rígida dos poderes não encontra mais aquele status, nem na melhor doutrina e nem nos textos constitucionais. Esclarecedor, neste sentido, é a lição do professor Carlos Roberto Siqueira Castro, que assim leciona:

É certo, por outro lado, a despeito da leitura histórica original que radicalizava a tese separatista, que a convivência política e institucional entre os três Poderes terminou por acatar as práticas mais diversas de mútua colaboração e, especialmente, de recíproco controle entre os órgãos e agentes estatais, isto como exigência incontornável do regime democrático, que, de ordinário, não tolera o absolutismo ou a incontrastabilidade do exercício da autoridade.⁶⁴

Como exemplo desta concepção moderna da teoria separatista dos Poderes, o professor Carlos Castro cita a Constituição norte-americana de 1787 que, na vanguarda de seu tempo, tornou a teoria de Montesquieu mais permeável de forma a consolidar uma convivência interdependente e harmônica entre os poderes estatais. Esta tese foi, também, abraçada pelo constituinte originário de 1988, consoante a dicção do art. 2º de nossa Lei Maior, citado anteriormente.

Esta breve digressão não foi aleatória. O objetivo ao traçar estas pequenas considerações sobre princípio da tripartição dos Poderes e sua nova concepção a partir do Estado Democrático de Direito foi assentar as bases para que se pudesse refletir sobre a possibilidade de uma concepção mais ampla do sentido de jurisdição.

Conforme procurou-se demonstrar nos parágrafos anteriores, o Poder do Estado é uno e indivisível. Contudo, é expresso por meio de três funções essenciais, em caráter não exclusivo, pelos poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ocorre que em determinadas situações específicas é possível atribuir-se a um determinado órgão, integrante de outra esfera de poder, certas atribuições que

⁶⁴ CASTRO. Carlos Roberto Siqueira. *A atuação do Tribunal de Contas em face da separação dos Poderes do Estado*. Revista n. 38, ou/dez 97. Disponível em <<http://www.tce.rj.gov.br/revista/artigos/r38c002.htm>>. Acesso em: 16 set. 2003

demandam o exercício de uma função que não lhe é própria, sem que, com isso, haja qualquer ofensa ao princípio da separação tripartida dos poderes.

A título de ilustração do que vem de ser argumentado, pode-se citar alguns exemplos extraídos do texto constitucional em vigor.

Ocorre o exercício de funções de natureza legislativa quando o presidente da república, chefe do Poder Executivo, tem iniciativa de leis e edita medidas provisórias, com força de lei, nos termos do art. 84, incisos III e XXVI, respectivamente;

Ocorre o exercício da função jurisdicional no âmbito do Poder Legislativo, nos julgamentos do Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos, consoante dispõe o art. 52, incisos I e II;

Ocorre o exercício de função legislativa no âmbito do Poder Judiciário na elaboração dos regimentos internos dos tribunais, art. 96, inciso I, alínea "a"; quando da prolação de sentença normativa em dissídio coletivo, conforme art. 114, § 2º;

Percebe-se, a partir dos exemplos acima mencionados, que foi o próprio legislador constituinte originário quem refutou a tese da segregação rígida da separação dos poderes, consoante sustentada por alguns, na medida em que atribuiu a outros poderes o exercício de uma função que não lhe é própria.

Com efeito, a ordem jurídica brasileira, a par de adotar o princípio da tripartição funcional do Poder estatal, não o faz de forma absoluta e exclusiva, comporta algumas exceções, nos termos anteriormente demonstrados.

Estas constatações, são de fundamental importância para que se possa alcançar um conceito de jurisdição que não esteja associado, apenas, ao Poder Judiciário. Assim, como uma das funções essenciais do Estado, ela é exercida preponderantemente por aquele Poder. Porém, não há nenhuma ofensa ao princípio

da tripartição funcional do Poder do Estado, na medida que em casos pontuais, haja o exercício da prestação jurisdicional mediante a atuação de outros órgãos integrantes da estrutura orgânica estatal.

Nesta ordem de idéias, portanto, é possível entender a jurisdição como sendo o exercício de uma função estatal por meio da qual o direito é aplicado concretamente, em decorrência do Poder do Estado. Embora seja exercida, precipuamente, pelo Poder Judiciário, a ele não está restrita, conforme tem-se procurado demonstrar.

Importante para a compreensão da tese que vem de ser sustentada, é a lição ministrada por De Plácido e Silva que, ao discorrer sobre o significado de jurisdição, apresenta um conceito mais amplo e menos restritivo, com a seguinte dicção:

[...] em sentido lato, jurisdição quer significar todo *poder* ou *autoridade conferida* à pessoa, em virtude da qual pode *conhecer* de certos negócios públicos e os *resolver*. E neste *poder*, em que se estabelece a *medida das atividades funcionais* da pessoa, seja juiz ou autoridade de outra espécie, estão incluídas não somente as atribuições relativas à matéria, que deve ser trazida a seu conhecimento, mas ainda a extensão territorial, em que o mesmo exercita.⁶⁵

Estabelecido o conceito de jurisdição, resta, ainda, identificar suas características fundamentais, pois de nada adiantaria o Estado aplicar o direito aos casos concretos, se não pudesse torná-lo verdadeiramente efetivo.

Nesse sentido, então, a doutrina tem encontrado três elementos essenciais que estão associados ao conceito de jurisdição e, por conseqüência, ao exercício da função jurisdicional. São eles: o pronunciamento em caráter definitivo, julgamento imparcial e independência do órgão emissor da decisão em relação aos que serão alcançados por ela, seja direta ou indiretamente.

Eduardo Carone, ao discorrer sobre as características da jurisdição, apresenta aquelas que entende como sendo as principais, quais sejam:

⁶⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 466.

[...] o caráter substitutivo, o poder de decidir dizendo o direito e o poder de impor sua decisão coercitivamente e acrescentar-lhes outra, importantíssima, que é o caráter de que se revestem os atos típicos de jurisdição.⁶⁶

Tem-se, portanto, que a ordem jurídico-constitucional brasileira comporta perfeitamente a tese do exercício, por parte da Cortes de Contas, de uma função jurisdicional de natureza especializada.

No exercício de suas atribuições, aquelas Cortes aplicam o direito ao caso concreto e seus pronunciamentos, nas matérias de sua competência revestem-se de todas aquelas características qualificadoras da função jurisdicional, conforme mencionado anteriormente.

2.3.2 Os limites da função jurisdicional nos Tribunais de Contas

As análises até aqui empreendidas já permitem chegar a algumas conclusões acerca das Cortes de Contas.

Os argumentos trazidos sobre sua natureza jurídica apontaram para uma caracterização atípica desses entes que se fundamenta, essencialmente, pela sua localização de permeio entre os Poderes do Estado e pelo hibridismo de suas funções que se revelam, em dado momento, tanto de natureza administrativa como jurisdicional.

A tese do exercício da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas é perfeitamente plausível, na medida em que se considera o princípio da tripartição funcional do Poder estatal em sua acepção moderna, conjugada com um conceito de jurisdição mais amplo e não restrigente, conforme antes demonstrado.

⁶⁶ COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. As funções jurisdicional e opinativa do Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Conas do Estado de Minas Gerais*, a. 2, v. 39, abr./jun. 2001, p. 66.

Nesta ordem de idéias, portanto, uma vez que entendido que os Tribunais de Contas aplicam concretamente o direito, importa, agora, que se investigue qual o âmbito de atuação de sua função jurisdicional, ou, em outras palavras, quais são os limites de sua jurisdição.

Esta investigação, porém, deve ter como fonte principal a própria lei, pois é nela que se encontra explicitado, não apenas o ente que possui o poder-dever do exercício da função jurisdicional, como também os limites de sua atuação tanto material como formal.

Nesse diapasão, é o magistério de Moacyr Amaral Santos ao lecionar sobre o tema, cujo ensinamento contém a seguinte dicção:

A competência é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos pela lei. Diz-se que um juiz é competente quando, no âmbito de suas atribuições, tem poderes jurisdicionais sobre determinada causa. Assim a competência limita a jurisdição, é a delimitação da jurisdição.⁶⁷

No caso dos Tribunais de Contas, a delimitação de que trata o texto que vem de ser transcrito encontra-se fundamentalmente no texto constitucional inserto no art. 71, inciso II, da Lei Maior em vigor. Este dispositivo descreve de forma clara qual o raio da atuação jurisdicional daquelas Cortes, circunscrevendo-o, especificamente, ao julgamento das contas públicas. Tal competência, em razão de sua origem constitucional não pode de forma alguma ser usurpada ou mitigada, sob pena de infringir preceito estabelecido diretamente pelo legislador constituinte originário.

Com efeito, ao julgar as contas dos administradores públicos, bem como daqueles que, ao lidar com bens públicos, causaram prejuízos ao erário, as Cortes de Contas atuam no exercício pleno de uma competência que lhe é privativa, limitada, portanto, ao exercício de sua função jurisdicional. Nesse sentido, então, suas decisões ganham caráter de imutabilidade e definitividade.

Sobre este tema, o Pontes de Miranda, com a percuciente capacidade de analisar a ordem jurídica, que sempre lhe foi própria deixou a seguinte lição:

⁶⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 198/199.

Desde 1934, a função de julgar as contas estava, claríssima, no texto constitucional. Não havíamos de interpretar que o Tribunal de Contas julgasse e outro juiz as rejugasse depois. Tratar-se-ia de absurdo bis in idem. Ou o Tribunal de Contas julgava ou não julgava. O art. 114 da Constituição de 1937 também dizia, insofismavelmente: “julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos.” A de 1946 estendeu a competência às contas dos administradores das entidades autárquicas e atribuiu-lhe julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias reformas e pensões. Tal jurisdição excluía a intromissão de qualquer juiz na apreciação da situação em que se acham, “ex hypotesi”, tais responsáveis com a Fazenda Pública.⁶⁸

Extrai-se do texto que vem de ser transcrito aquilo que se tem procurado demonstrar nos parágrafos anteriores. Embora trate-se de ensinamentos com base numa ordem constitucional anterior, sua aplicação é perfeitamente plausível no sistema jurídico em vigor.

Assim, pode-se concluir *prima facie* que os Tribunais de Contas exercem uma função jurisdicional especializada, cujo limite de atuação encontra-se adstrito ao julgamento das contas públicas, não podendo de forma alguma ser usurpada por qualquer dos Poderes estatais.

Esta constatação é de extrema importância, pois na medida que é defeso ao Poder Judiciário, por exemplo, intervir no âmbito da competência privativa dos Tribunais de Contas, nos termos delimitados pelo texto constitucional, o contrário também mostra-se verdadeiro.

Antes do encerramento deste tópico, é preciso consignar que a limitação jurisdicional abordada nos parágrafos anteriores, também aplica-se às demais Cortes de Contas pátrias, por força do disposto no art. 75, daquela Carta Política.

⁶⁸ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 250, tomo III

2.4 As competências constitucionais

No tópico anterior, ao se discorrer sobre os limites da função jurisdicional dos Tribunais de Contas, foi analisada a questão de sua competência como sendo o limite de atuação estabelecido pelo legislador constituinte, para o exercício daquela função no âmbito daquelas Cortes.

A partir de agora, porém, estar-se-á falando de competência num sentido mais amplo, ou seja, como sendo o conjunto de atribuições que foram outorgadas pelo legislador constituinte às Corte de Contas com vistas a tornar o mais eficiente possível o exercício de sua função constitucional do Controle Externo.

Nesse sentido, então, assim dispõe o texto constitucional, *verbis*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

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

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

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

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

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

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

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

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

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

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

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.⁶⁹

Vale ressaltar, novamente, que os comandos normativos que vem de ser transcritos, embora dirigidos ao Tribunal de Contas da União, aplicam-se, *mutatis mutandis*, aos demais Tribunais de Contas brasileiros.

De plano, observa-se pela leitura dos dispositivos constitucionais acima mencionados, que houve uma gradativa ampliação do leque de competências dos Tribunais de Contas, desde sua instituição no texto constitucional republicano de 1891.

Na medida em que a atividade contábil, financeira e orçamentária do Estado foi se tornando cada vez mais complexa, em razão do próprio dinamismo da sociedade, novas e específicas atribuições foram sendo agregadas aos Tribunais de Contas.

Com efeito, passaram a atuar, não mais como meros órgãos controladores da legalidade dos gastos públicos, mas sim, como verdadeiros fiscais de toda a gestão financeira e patrimonial do Estado, alçando todos aqueles que direta ou indiretamente sejam responsáveis pela administração dos bens e valores públicos.

⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2000.

Importante para a compreensão do que vem de ser argumentado é o magistério do professor Carlos Castro, que ao comentar o quanto que as atribuições das Cortes de Contas foram elásticas no texto constitucional de 1988, assim leciona:

Assim é que, enquanto a Carta Política objeto da Emenda Constitucional 1. de 1969, limitava-se a declarar, no art. 71, competir ao Congresso Nacional a “fiscalização financeira e orçamentária da União”, a nova Constituição alude, por expresse, às entidades da Administração direta e indireta, bem como à generalidade dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, como, ainda, às contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital a União participe, além da referência categórica à aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.⁷⁰

Mas, além destas inovações que vem de ser demonstradas e tão bem identificadas pelo professor Carlos Castro, a Lei Maior de 1988 ampliou ainda mais o universo de atuação das Cortes de Contas. Os avanços foram extensivos ao próprio conteúdo da função constitucional do controle externo exercido.

Assim, se nos Textos Políticos antecedentes o controle a cargo dos Tribunais de Contas restringia-se apenas a uma verificação da legalidade formal da gestão dos gastos público, com a Carta de 1988, o legislador constituinte agregou outros princípios axiológicos ao complexo de suas atribuições, de sorte que às Cortes Controladoras passaram a aferir, também, a legitimidade e a economicidade dos todos os atos envolvam a gestão dos bens e valores públicos, buscando, desta forma, encontrar a perfeita relação de custo/benefício entre aqueles atos e os reais benefícios atingidos, em prol da sociedade.

Diante de tantas inovações, não restam dúvidas que o legislador constituinte de 1988, dotou os Tribunais de Contas com um grande cabedal de atribuições, de sorte que, hodiernamente, estas Cortes constituem-se em verdadeiros guardiões, não apenas da legalidade administrativa, mas, também, da eficiência e da moralidade dos atos de gestão financeira e patrimonial do Estado.

⁷⁰ CASTRO. Carlos Roberto Siqueira. *A atuação do Tribunal de Contas em face da separação dos Poderes do Estado*. Revista n. 38, ou/dez 97. Disponível em <<http://www.tce.rj.gov.br/revista/artigos/r38c002.htm>>. Acesso em: 16 set. 2003

2.5 O controle de constitucionalidade

A questão que é preciso enfrentar a partir de tudo o que vem de ser argumentado até este momento é saber se dentro do conjunto das novas atribuições e considerando-se, principalmente, a natureza jurídica híbrida dos Tribunais de Contas, que lhe confere competências tanto administrativas como jurisdicional, pode-se falar, também, em um controle de constitucionalidade no âmbito das atribuições dos Tribunais de Contas.

Nos tópicos anteriores procurou-se discorrer sobre os principais temas voltados ao controle de constitucionalidade e aos Tribunais de Contas.

O objetivo naquele momento era, a partir de uma análise histórico-conceitual, obter-se as ferramentas necessárias para se enfrentar com maior segurança toda discussão relacionada ao controle de constitucionalidade no âmbito das Cortes de Contas.

Partindo do pressuposto de que o controle de constitucionalidade visa assegurar a supremacia constitucional, como demonstrado anteriormente, e que os Tribunais de Contas, no exercício de suas competências constitucionais, estão obrigados, como bem observou a procuradora Cláudia Fernanda, “a dizerem o direito em sua ampla acepção, inclusive sobre o direito infraconstitucional, e, pois, se ele obedece a Constituição Federal”,⁷¹ importa, então, que avaliar se é possível, de fato, falar em controle de constitucionalidade, a partir do modelo de controle adotado em nosso sistema jurídico, como uma das competências dos Tribunais de Contas.

Para tanto, esta análise buscará nos dispositivos constitucionais que regulam a matéria, subsídios para que permitam responder com maior segurança as indagações aventadas anteriormente quanto à possibilidade ou não das Cortes de

⁷¹ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. O Controle de Constitucionalidade e as Cortes de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*. Brasília, v. 18, 1992, p. 59.

Contas exercerem o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos incompatíveis como o texto constitucional.

Quando se discorreu sobre o controle de constitucionalidade, no primeiro capítulo deste trabalho, foi possível concluir que a ordem jurídica brasileira adota o modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade, privilegiando o sistema híbrido de aferição de normas.

Com efeito, comporta a possibilidade de se verificar a constitucionalidade de normas que estejam em desarmonia com a Constituição Federal, tanto de forma direta, *in abstracto*, como de maneira incidental, no curso de um caso concreto.

Cada um destas formas possui características próprias, conforme já mencionado. Porém, neste momento, faz-se necessária uma análise mais pormenorizada de cada uma de sorte que se possa ou não situá-las no âmbito das competências outorgadas às Cortes de Contas pátrias.

Dentre os caminhos que se apresentam possíveis nesta empreitada, um que parece razoável refere-se aos efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade, tanto na forma direta como pela via incidental.

Tudo está a indicar que, a partir dos efeitos decorrentes das decisões emanadas no âmbito daqueles dois sistemas de controle, ter-se-á melhores condições de se responder quanto a possibilidade ou não de os Tribunais de Contas exercerem a verificação de compatibilidade de leis e atos normativos, tanto com a Constituição Federal, como com as respectivas Constituições estaduais.

2.5.1 Quanto ao controle abstrato

Nos termos apresentados pelo Texto Constitucional de 1988, a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação

declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos que não se encontrem conforme a Constituição Federal, pertence ao Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, assim dispõe a Carta Magna, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;⁷²

Este mesmo tipo de controle também pode se exercido pelos Tribunais de Justiça Estaduais, sempre que alguma lei ou ato normativo estadual estiver em desarmonia com as respectivas constituições estaduais. Outra não é a dicção do Texto Constitucional, *verbis*:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.⁷³

Extrai-se dos dispositivos constitucionais que vem de ser transcritos, que o controle abstrato, a par de ser exercido por órgãos jurisdicionais específicos, tem como objeto a norma em si mesma, isto é, a lei em seu sentido genérico.

Busca-se, portanto, através daquele controle, a adoção de uma medida enérgica e radical que possibilite combater todas as normas que estejam gerando situações de insegurança jurídica e instabilidade social.

Com efeito, por meio do controle abstrato, visa-se a proteger, precipuamente, a supremacia da Carta Magna e não interesses individuais ou coletivos. É o que a doutrina tem classificado de processo objetivo.

Nesta ordem de idéias, assim leciona Oswaldo Luiz Palu:

⁷² BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2000.

⁷³ Idem, Ob. cit.

O processo objetivo tem como característica o fato de não conter o contraditório e nele não haver partes; existe um autor, mas não existe a contrapartida no pólo passivo. “Característica do processo objetivo é a *não exigência* de um interesse jurídico específico”. Não há um interesse subjetivo particularizado, simplesmente tutela-se a ordem jurídica.⁷⁴

Ora, na medida em que a ordem jurídica encontra-se maculada por normativos que, de alguma forma, sejam incompatíveis com a superioridade e a força normativa do Texto Constitucional, urge que sejam adotadas medidas que visem a eliminar do sistema tais incompatibilidades, de modo que a segurança e a estabilidade jurídica sejam preservadas e restabelecidas.

Neste sentido, então, o controle abstrato de normas exercido por meio de uma ação direta e nos termos estabelecidos pela Constituição Federal tem papel fundamental dentro da ordem constitucional. Esta importância pode ser observada, principalmente, a partir da análise dos efeitos da decisão emanada em razão do exercício do controle *in abstracto* de leis e atos normativos.

A questão, porém, é complexa e tem sido objeto de grandes controvérsias, tanto na doutrina pátria como na alienígena. A polêmica reside exatamente em identificar se a norma declarada inconstitucional é nula, anulável ou inexistente, e se os efeitos da sentença operam retroativamente, *ex tunc*, ou prospectivamente, isto é, *ex nunc*.

Aqui no Brasil, diante do silêncio constitucional sobre o tema, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foram se consolidando no sentido de considerarem a norma declarada inconstitucional nula de pleno direito. Com efeito, a decisão que a declarou incompatível com o texto constitucional possui eficácia *ex tunc*, o que invalida, de plano, todos os atos praticados sob a égide da lei inconstitucional.

Nesta ordem de idéias, torna-se importante trazer à colação o entendimento do eminente ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no julgamento

⁷⁴ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev., amp. e atual. de acordo com as leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 192.

da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652 – MA, onde deixou consignado que o repúdio às normas inconstitucionais requer sempre como pressuposto a supremacia da Constituição, que sempre deve ser preservada. Nesse sentido, assim se pronunciou Sua Excelência:

Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guarde, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isto mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência de qualquer carga de eficácia jurídica.⁷⁵

Depreende-se do texto acima transcrito que o entendimento consolidado na Corte Suprema era o da nulidade absoluta da lei, visto que os atos praticados ao amparo de uma lei declarada inconstitucional eram destituídos de qualquer eficácia jurídica.

Com efeito, em razão deste predomínio doutrinário e jurisprudencial, passou-se a conviver com um sério problema de insegurança jurídica, uma vez que situações legitimamente constituídas, em decorrência da presunção de validade constitucional das leis e atos normativos do Poder Público, poderiam ser declaradas nulas de pleno direito.

Contudo, esta perspectiva foi definitivamente resolvida com a edição da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que, ao dispor sobre os efeitos da decisão prolatada em sede de controle abstrato de normas, estabeleceu graus máximo, médio e mínimo de retroatividade da respectiva decisão.

Nesse sentido, o texto legal é da seguinte dicção:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652-5.- MA. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Maranhão e Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 02 de abril de 1992. **STF**, Brasília, 2004. Disponível em: <http://stf.gov.br/jurisprudencia/htm>. Acesso em: 08 abr. 2004.

tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.⁷⁶

Além deste efeito temporal de que se reveste a decisão prolatada em sede de controle abstrato, capaz de retirar do mundo jurídico a norma declarada inconstitucional, há que se destacar, ainda, os sujeitos afetados por aquela decisão.

Em razão da própria natureza do instituto, seu alcance não poderia ser de forma alguma restrito e limitado. O que está em evidência é a supremacia da Constituição e a estabilidade da ordem normativa. Assim, a eficácia da decisão de inconstitucionalidade para alcançar seus objetivos de proteção constitucional precisa ter alcance geral e irrestrito sobre todos, isto é, ela possui efeitos *erga omnes*.

Dentro desta ordem de idéias, importa que se faça, agora, uma correlação entre as características do controle abstrato de normas, conforme vem de ser demonstrado, com as competências dos Tribunais de Contas mencionadas anteriormente, de forma que se possa identificar se ele pode ser exercido no âmbito dessas Cortes.

De plano, pode-se afirmar com segurança que não há que se falar, em hipótese alguma, em controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, em tese ou abstratamente, no âmbito dos Tribunais de Contas.

Por mais que tenha sido ampliado o conjunto de atribuições conferidas às Cortes Fiscalizadoras, aquele controle escapa por completo do âmbito de suas competências.

Esta conclusão decorre, fundamentalmente, de dois aspectos principais. O primeiro é que o próprio legislador constituinte originário estabeleceu quem são os entes responsáveis para declarar em sede de controle abstrato a inconstitucionalidade de normas.

⁷⁶ BRASIL. Lei no 9.868, de 10 dezembro de 1999. Dispõe o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Planalto, Brasília, DF, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em: 08 abr. 2004.

Em caso de afronta à Constituição Federal, a competência originária é do Supremo Tribunal Federal, conforme art. 101, inciso I, alínea “a”, da Carta Política em vigor, anteriormente citado. Quando a inconstitucionalidade se dá em face das Constituições Estaduais, esta competência está a cargo dos respectivos Tribunais de Justiça Estaduais, por força do art. 125, § 2º, da Lei Maior.

O segundo aspecto que permite afastar do âmbito das competências dos Tribunais de Contas o exercício do controle de normas *in abstracto* decorre dos efeitos oriundos da declaração de inconstitucionalidade por parte da Corte julgadora. Conforme se argumentou anteriormente, esta declaração tem como corolário a retirada do mundo jurídico da norma que se encontra em desarmonia com a ordem constitucional, efeito este de que padece qualquer decisão oriunda das Cortes de Contas.

Contudo, há vozes discordantes do entendimento que vem de ser sustentado nos parágrafos anteriores. Com efeito, sustentam a possibilidade de os Tribunais de Contas apreciarem leis ou atos normativos em tese, o que não é outra coisa senão controle abstrato de normas, cuja competência pertence originariamente ao Supremo Tribunal Federal, conforme antes demonstrado.

Dentre os que perfilham este entendimento, pode-se citar o ex-Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Jorge Ulisses Jacoby que, com esteio na Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal⁷⁷, combinada com o art. 1º, inciso XVII, § 2º, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União⁷⁸, leciona no sentido de que, a

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 347**. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp>>. Acesso em 08 abr. 2004.

⁷⁸ 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 à 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.

partir destes dispositivos, “fica, assim, evidenciada a competência do Tribunal para o exame de preceito normativo, inclusive em tese, como é o exemplo da consulta”.⁷⁹

Sem embargos do entendimento sustentado pelo douto conferencista, não parece ser esta a melhor interpretação a ser dada à Sumula 347 do Supremo Tribunal Federal e nem aos dispositivos da Lei Orgânica acima mencionados. Vejamos.

A Súmula 347 mencionada anteriormente é decorrente de um Recurso em Mandado de Segurança julgado pela Corte Suprema em 11 de dezembro de 1961, sob o número 8.372. Tal recurso teve seu provimento negado pelo eminente relator, Ministro Pedro Chaves, sendo acolhido *in totum*, por unanimidade, pelo Pretório Excelso. Do venerando acórdão, extrai-se o seguinte trecho:

Nego provimento ao recurso. Considerada sem efeito a lei que servira de fundamento ao ato de aposentação do recorrente, não poderia ser feito o registro por falta de ordem doutrinária, pois não quero ficar vinculado a um tema que tenho constantemente repellido.

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 distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão dos poderes do Estado.

Feita essa ressalva, nego provimento ao recurso⁸⁰.

O texto que vem de ser transcrito e que serviu de gênese à Sumula 347 foi resultante da apreciação de um caso concreto pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará que negou registro a um ato de aposentadoria por considerar a lei que lhe servira de fundamento sem efeito no mundo jurídico.

Ao apreciar o caso em sede de Recurso em Mandado de Segurança a Suprema Corte Federal chancelou a posição adotada pela Corte de Contas estadual

⁷⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 292.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Recurso em Mandado de Segurança. Nº 8.372. Recorrente; José Maria Catunda. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Ministro Pedro, Brasília, DF, 11 de dezembro de 1961. **STF**, Brasília, 2004. Disponível em: <http://.stf.gov.br/jurisprudência/htm>. Acesso em: 08 abr. 2004.

ratificando sua competência para deixar de aplicar leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos ao crivo de suas competências constitucionais, não disciplinando, em momento algum, que esta apreciação poderia ser exercida abstratamente.

Ademais disto, deve-se considerar o aspecto temporal de edição da multicitada Súmula. Em 1963 predominava na ordem constitucional brasileira o modelo de controle difuso de constitucionalidade. Somente em 1965, com a Emenda Constitucional nº 16, que ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, *in abstracto*, originariamente, normas federais e estaduais incompatíveis com o texto constitucional, que o controle concentrado foi definitivamente introduzido em nossa ordem jurídica.

Ora, não parece razoável que aquela Corte Suprema tenha editado uma Súmula conferindo aos Tribunais de Contas competência para apreciação de normas em tese, visto que, à época, ela própria tinha sua competência limitada para o exercício de tal apreciação. Assim, entende-se não ser de bom alvitre uma interpretação da Súmula 347 que esteja dissociada no contexto que resultou em sua edição.

Quanto aos dispositivos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União que lhe conferem competência para, em sede de consulta, decidir sobre dúvidas suscitadas quanto à aplicação de leis, embora constitua um prejudgamento de tese, tratar-se de uma decisão de natureza administrativa que não tem o condão de retirar do mundo jurídico a norma sob consulta.

Afastada a hipótese do exercício do controle abstrato de normas no âmbito das competências das Cortes de Contas, resta, ainda, analisar se o controle de constitucionalidade pode ser exercido a partir do sistema difuso, isto é, de forma incidental.

2.5.2 Quanto ao controle incidental

O sistema difuso de controle de constitucionalidade caracteriza-se pela possibilidade de qualquer juiz ou Tribunal pronunciar-se sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, sempre que isto for necessário à solução de um caso concreto sob exame.

Precisa, neste contexto, foi a definição do mestre Carlos Mário da Silva Velloso, que leciona no sentido de que “o controle difuso ocorre quando qualquer juiz ou Tribunal tem o poder-dever de, diante do conflito entre o ato normativo e a Constituição, deixar de aplicar aquele em benefício desta.”⁸¹

Nesta mesma ordem de idéias, leciona José Afonso da Silva que o controle constitucionalidade difuso pode ser entendido como sendo aquele através do qual “qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo”.⁸²

Já Gilmar Ferreira Mendes, fazendo uso de uma outra terminologia aduz que “o controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito Brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de um processo de sua competência”.⁸³

Extraí-se dos conceitos que vem de ser transcritos dois elementos comuns ao controle difuso de constitucionalidade, quais sejam: a possibilidade de ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal judicial e a sua necessária vinculação a um caso concreto.

Com efeito, então, uma vez argüida uma determinada questão prejudicial de inconstitucionalidade, um procedimento *incidenter tantum* será gerado cujo objetivo

⁸¹ VELLOSO, Carlos Mario da Silva. *Temas de direito público*. 2. tiragem, Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 152.

⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 55.

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas e a Lei nº-9.756, de 1998. *Repertório IOB de Jurisprudência*. 1ª quinzena de janeiro, n. 1/2000, caderno 3, p. 22.

é verificar a existência ou não de incompatibilidade da norma com a Constituição, que, uma vez constatada, será declarada inconstitucional, implicando, portanto, em sua não-aplicação no caso concreto sob exame.

Esta declaração de inconstitucionalidade, porém, poderá ser feita tanto pelo juiz singular como pelos Tribunais, devendo, quanto a estes últimos, ser obedecida a regra inserta no art. 97 da atual Constituição Federal, que dispõe no sentido de que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.⁸⁴

Deve-se obter, contudo, que, ao contrário da declaração de inconstitucionalidade produzida em razão do exercício do controle *in abstracto*, que tem o poder de afastar do mundo jurídico a incidência da norma que padece de vício de inconstitucionalidade, operando efeitos *erga omnes*, isto é contra todos, o mesmo não se dá quando se obtém esta declaração de forma incidental, pela via difusa. Em casos que tais, há uma limitação dos efeitos da decisão que declara a norma inconstitucional, observando-se, ainda, que não se trata de uma decisão definitiva.

Nesta ordem de idéias, merece destaque o magistério de Zeno Veloso, cuja lição é de seguinte teor:

Não há a invalidação da lei, de modo geral, perante todos. A decisão afasta, apenas, a sua incidência *no caso, para o caso e entre as partes*. A eficácia da sentença é restrita, particular, refere-se, somente, à lide, subtrai a utilização da lei questionada ao caso sob julgamento, não opera *erga omnes*. A lei, teoricamente, continua em vigor, não perde a sua força obrigatória com relação a terceiros, sendo aplicada a outros casos.⁸⁵

Porém, havendo recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal e, caso este se manifeste definitivamente pela inconstitucionalidade da norma questionada, esta decisão ganha força de coisa julgada material, não sendo

⁸⁴ BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2000.

⁸⁵ VELOSO, Zeno, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. 2. tiragem, rev. Atual. e amp., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 41.

passível, portanto de interposição de recursos. Contudo, seus efeitos continuam, ainda, operando *inter partes*, apenas.

Somente quando o Senado Federal no uso sua competência privativa expressa no art. 52, inciso X, da Constituição Federal⁸⁶, edita uma resolução suspendendo, no todo ou em parte, a norma guerreada, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sentenciada pelo Supremo Tribunal Federal, passam a ser sentidos por todos, mas, apenas, a partir da data de publicação daquela resolução, isto é, *ex nunc*.

Assim, pode-se concluir, então, que quando da declaração de inconstitucionalidade ocorrida pela via difusa, *incidenter tantum*, seus efeitos podem ser analisados sob dois aspectos distintos. Num primeiro momento, eles ocorrem entre as partes envolvidas e somente sobre o caso concreto sob exame. Sobre estes, aquela declaração opera retroativamente, isto é, *ex tunc*, atingindo todos os atos constituídos ao amparo da norma guerreada, desde sua origem, visto que são destituídos de qualquer eficácia jurídica.

O segundo aspecto refere-se aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade contra todos, que somente se operará a partir da edição da resolução suspensiva da decisão pelo Senado Federal, com efeitos, portanto, *ex nunc*.

A partir destas características levantadas sobre o controle de constitucionalidade exercido de forma incidental, torna-se necessário, mais uma vez, confrontá-las com as competências constitucionais dos Tribunais de Contas de forma que se possa, à luz do que vem de ser argumentado, verificar se existe a possibilidade destas Cortes, tendo em conta a amplitude de suas atribuições, declararem a inconstitucionalidade de normas, incidentalmente.

A questão é complexa e tem motivado algumas discussões em torno do tema.

⁸⁶ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Cláudia Fernanda, procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, numa tentativa de demonstrar algumas das diferentes posições doutrinárias sobre o tema, cita, primeiramente, a posição do Ministro Ivan Lins que, com esteio no magistério de grande tratadista Pontes de Miranda, leciona no seguinte sentido:

Não tenho dúvida quanto à competência deste Tribunal para julgar da constitucionalidade das leis (...). Outra não é a lição de Pontes de Miranda, ao referir-se expressamente ao Tribunal de Contas: “A inconstitucionalidade não é mais que a espécie. A espécie mais conspícua de ilegalidade. O Tribunal de Contas pode apreciá-la e decretar a nulidade do contrato por maioria absoluta dos seus membros – art. 200 da Constituição Federal”(vide Pontes de Miranda: Comentários à Constituição Federal, vol. II, p/105, ed. de 1946.⁸⁷

Externando posição diametralmente oposta, a douta Procuradora apresenta o entendimento do professor Wilson Accioli de Vasconcelos, cujo magistério é do seguinte teor:

Pronunciar-se, porém, a Corte de Contas no sentido de negar aplicação à lei ou decreto que não foram ainda examinados pelo Tribunal idôneo – pelo simples fato de julgá-los eivados de nulidade – afigura-se-nos exorbitância desbordada e insustentável. Na realidade, menos grave é declarar uma lei inconstitucional, do que lhe negar aplicação.⁸⁸

Analisando os textos que vem de ser transcritos, percebe-se que apontam para caminhos extremados e que não se coadunam com a ordem constitucional em vigor.

Conforme pudemos constatar anteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as Cortes de Contas tiveram suas competências ampliadas sobremaneira.

Os atos, objeto de sua fiscalização, no exercício de sua função constitucional de controle externo, passaram a ser analisados de uma maneira muito mais abrangente, envolvendo, não somente, os aspectos legais que o fundamentam, mas também a sua legitimidade e economicidade.

⁸⁷ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. O Controle de Constitucionalidade e as Cortes de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*. Brasília, v. 18, 1992, p. 59.

⁸⁸ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. O Controle de Constitucionalidade e as Cortes de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*. Brasília, v. 18, 1992, p. 59.

Dentro desta perspectiva, portanto, precisam, necessariamente, estar em perfeita harmonia com todo arcabouço jurídico dentro do qual se encontram inseridos. Com efeito, o confronto com a Constituição Federal⁸⁹ torna-se inevitável na medida em que esta se constitui no fundamento último de validação da ordem jurídica.

Assim, constatada a incompatibilidade ou a não conformação com o Texto Maior dos dispositivos legais que fundamentam qualquer dos atos sujeitos à fiscalização dos Tribunais de Contas, devem aquelas Contas deixar de aplicar a norma inconstitucional.

A questão que se coloca, porém, é saber qual a natureza daquele ato praticado pelos Tribunais de Contas quando consideram uma norma inconstitucional e deixam de aplicá-la ao caso concreto, sujeito a sua competência fiscalizadora.

Primeiramente, deve-se consignar que a não aplicação de uma norma incompatível com o texto constitucional é dever de toda autoridade ou ente público. Nesse sentido é o entendimento de Carlos Maximiliano, citado por Vivaldi Moreira ao discorrer sobre o tema, que leciona no sentido de que “qualquer aplicador da norma positiva, judiciário ou administrativo, toda e qualquer autoridade, tem o dever precípua de a descumprir, desde que determinação ordinária, em flagrante dissídio com a fundamental”.⁹⁰

Com efeito, não há nenhuma excepcionalidade na atuação das Cortes de Contas quando deixam de aplicar uma norma por considerá-la em desarmonia com a Constituição Federal. Isto se constitui em uma obrigação que decorre de sua função constitucional.

Ocorre que vezes há, que vislumbram naquela decisão das Cortes Fiscalizadoras o exercício do controle de constitucionalidade incidental, característico do sistema difuso. Este entendimento deve ser visto com reservas.

⁸⁹ Este mesmo confronto ocorre no âmbito das Constituições Estaduais e no caso do Distrito Federal e os municípios, com as respectivas Leis Orgânicas.

⁹⁰ MOREIRA, Vivaldi. Competência dos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. v. 84, abr./jun. 1966, p. 429.

Nos parágrafos anteriores, quando se discorreu sobre o controle difuso de constitucionalidade, foram conclusivos que dentre seus elementos caracterizadores estão a possibilidade de ele ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal judicial em um caso concreto sob exame, com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade operando-se num primeiro momento, tão-somente, entre as partes, até que haja decisão final do Supremo Tribunal Federal, ficando o efeito *erga omnes* condicionado a edição de resolução pelo Senado Federal.

Este entendimento decorre da interpretação conjunta dos artigos 97, 102, inciso III, alínea “c” e 52, inciso X, da atual Carta Política que, para uma melhor compreensão do que vem de ser demonstrado, transcrevemos abaixo, *in verbis*:

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

[...]

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

[...]

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;⁹¹

Depreende-se dos dispositivos constitucionais acima mencionados que todo o processo que declara a inconstitucionalidade de uma norma pela via difusa, incidentalmente, é exercido, tão-somente, por órgãos que integram o Poder Judiciário. Somente após esta declaração que há a participação de um órgão integrante de outro Poder.

⁹¹ BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2000

Assim, ainda que seja possível identificar nos Tribunais de Contas algumas características que se assemelhem aos Tribunais Judiciais tais como: órgão colegiado, garantias e prerrogativas aos seus membros típicas dos integrantes do Poder Judiciário, exercício de função jurisdicional em matérias de sua competência, consoante demonstrado anteriormente, bem como a possibilidade de se organizarem internamente, no que couber, conforme as Cortes Judiciais, consoante dispõe o art. 73 da Carta Federal, não parece evidente que a ordem constitucional em vigor tenha concedido às Cortes Fiscalizadoras de Contas a competência para declararem incidentalmente a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

Nesta ordem de idéias, importante para a tese que vem de ser sustentada é o magistério de Themístocles Brandão Cavalcanti, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal que, com a percuciência que sempre lhe foi peculiar, assim leciona:

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

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

Ao Poder Judiciário cabe a competência privativa de declarar a inconstitucionalidade, **mas qualquer dos poderes responsáveis pela aplicação de uma lei, ou de um ato, pode deixar de aplicá-los quando exista um preceito constitucional que com eles conflite de maneira ostensiva, evidente.** Privativo do Poder Judiciário é considerar inválido o ato ou a lei em face da Constituição.⁹² (grifos nosso)

Outra também, não foi a conclusão de Ricardo Goulart Jahn, auditor do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, que ao discorrer sobre o tema, assim se posicionou:

Não podem os Tribunais de Contas declarar a inconstitucionalidade de uma lei, pois essa função é reservada aos órgãos do Poder Judiciário. Enquanto não emitida essa declaração em definitivo pelos meios previstos no

⁹² CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – órgão constitucional: funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 109, jul./set. 1972, p. 8.

ordenamento jurídico, a norma inconstitucional continuará a aplicar-se à generalidade dos casos. Entretanto, o Tribunal de Contas, ao verificar da regularidade de ato sujeito à sua apreciação, deve examiná-lo à luz da Constituição, e se o ato está fundado em norma contrária à Constituição deve aplicar a norma constitucional cabível, recusando eficácia à norma inferior para o caso e julgando irregular o ato. Nisso consiste o poder-dever dos Tribunais de Contas de apreciar a constitucionalidade dos atos sujeitos a seu exame e controle.⁹³

Neste mesmo diapasão é o que ensina Roberto Rosas, já sob a égide da Carta Política de 1988, nos seguintes termos:

Ao Tribunal de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, nos termos do art. 97, que dá essa competência aos tribunais enumerados no art. 92.

Caso o ato esteja fundado em lei divergente da Constituição, o Tribunal de Contas pode negar-se à aplicação porque **há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado.**⁹⁴ (grifo nosso)

No entanto, a par destas incontáveis evidências, há os que argumentam, em defesa do exercício de um controle difuso por parte das Cortes de Contas, que a declaração de inconstitucionalidade de que trata o art. 97 da Constituição Federal, citado anteriormente, corresponde, na verdade, a um mero afastamento de aplicação, ao caso concreto, da norma que padece de conformação com o texto constitucional, uma vez que declaração de inconstitucionalidade em sua plenitude e de caráter definitivo ocorre somente com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, então, estariam os Tribunais de Contas albergados naquele dispositivo, com competência para “declarar” a inconstitucionalidade de normas, devendo observar, no entanto, a reserva de plenário ali estabelecida.

Sem embargos de entendimentos contrários, divergimos deste posicionamento. O artigo 97 da Constituição diz respeito somente aos tribunais judiciais. Quando o legislador constituinte originário quis conceder competências e

⁹³ JAHN, Ricardo Goulart. O exame da constitucionalidade das leis e atos pelos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 5, n. 8, dez/97, p. 135.

⁹⁴ ROSAS, Roberto Ferreira. *Direito Sumular*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 137.

atribuições as Cortes de Contas semelhantes às dos Tribunais judiciais ele o fez expressamente, como foi o caso, por exemplo, do art. 73, parte final.

Dar uma interpretação extensiva ao art. 97, de modo que as Cortes de Contas possam ser ali inseridas, é dar a elas uma competência que extrapola os limites de sua função constitucional.

Ademais disso, ainda que se admitisse, *ad argumentandum*, que o legislador constituinte conferiu aos Tribunais de Contas competência para declarar ou apreciar da constitucionalidade de normas consoante dispõe o multicitado art. 97, esta tese restaria fragilizada na medida em que se confrontasse a natureza da decisão exarada pelas Cortes de Contas, com esteio naquele artigo.

Isto porque se aquela decisão tivesse o mesmo status da oriunda dos Tribunais Judiciais, um dos aspectos que a caracterizaria seria sua natureza terminativa no que se refere ao incidente de inconstitucionalidade, sendo passível de revisão, apenas, mediante recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, uma vez que não há uma instância superior que harmonize as decisões oriundas das Cortes de Contas.

No entanto, não foi isto que ocorreu, por exemplo, com a decisão prolatada pelo Egrégio Tribunal de Contas do Distrito Federal que, ao analisar ato de aposentadoria de sua competência, considerou a Lei Distrital nº 90/92 incompatível com a Constituição Federal, teve aquela decisão revista através de Mandado de Segurança, que restou assim ementado pelo Conselho Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

MANDADO DE SEGURANÇA - LEI DISTRITAL Nº 92/90 - TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL - DECISÃO - INCONSTITUCIONALIDADE - PROVENTOS - PROFESSOR DE ENSINO MÉDIO - REDUÇÃO - TEMPO DE INATIVIDADE - LEI COMPLEMENTAR Nº 30/77 - CONTAGEM PARA TODOS OS EFEITOS - PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE - REJEIÇÃO - SEGURANÇA CONCEDIDA - UNÂNIME. A conversão em diligência do julgamento de ilegalidade de aposentadoria pela Corte de Contas, não obriga a autoridade administrativa a cumprir o determinado. **Pela redação atual do texto constitucional, não se extrai a conclusão de que o Tribunal de Contas do Distrito Federal possa apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, ex vi o art. 71, item III, da CF.** A Lei Distrital nº 92/90, considerou como de

efetivo exercício, lapso de tempo em que os professores do Grupo Magistério estiveram aposentados, por culpa exclusiva da administração, possuindo direito líquido e certo à percepção das vantagens pessoais adquiridas no ato de aposentação.⁹⁵(grifo nosso)

Dentro deste contexto, portanto, como entender, então, a Súmula 347 do Excelso Pretório que dispõe que “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público”?⁹⁶

Uma possível resposta a esta indagação pode ser encontrada no voto do relator do Recurso em Mandado de Segurança que culminou na edição da referida Súmula.

Em seus argumentos, o eminente Ministro relator procurou deixar bem claro que escapa a competência específica dos Tribunais de Contas declarar a inconstitucionalidade de normas tanto in abstracto como incidentalmente, pois, como restou consignado, “há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão dos poderes do Estado”.⁹⁷

⁹⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mandado de Segurança no 131205. Impetrante: Urumaju Rayol. Impetrados: Governador do Distrito Federal e outro. Relator: Desembargador Lécio Resende. Brasília, DF, 22 de agosto de 2000. **TJDF**, Brasília, 2004. Disponível em: < <http://www.tjdf.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2004.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 347**. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp>>. Acesso em 08 abr. 2004.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Recurso em Mandado de Segurança. Nº 8.372. Recorrente; José Maria Catunda. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Ministro Pedro, Brasília, DF, 11 de dezembro de 1961. **STF**, Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 08 abr. 2004.

CONCLUSÃO

As análises empreendidas nos capítulos anteriores requerem, neste momento, algumas reflexões com vistas à uniformização de tudo o que vem de ser argumentado.

No início deste trabalho, a questão que reclamava por respostas e que serviu de norte para toda pesquisa era saber se os Tribunais de Contas, no exercício de suas competências, significativamente ampliadas a partir da Constituição de 1988, poderiam exercer controle de constitucionalidade nos moldes estabelecidos pela ordem constitucional e qual seria a natureza deste controle.

Nesse sentido, o primeiro passo foi fazer um estudo sobre o controle de constitucionalidade procurando destacar suas principais características e modelos existentes. Em seguida, ao se analisar sua evolução dentro do ordenamento jurídico brasileiro e sua atual configuração, chegou-se à conclusão de que o controle de constitucionalidade no Brasil é predominantemente jurisdicional, isto é, a competência para verificar a incompatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição Federal pertence aos órgãos integrantes do Poder Judiciário.

Além desta característica, a ordem jurídica contempla um modelo híbrido de controle, isto é, ele pode ser exercido tanto abstratamente como de forma incidental no curso de um processo. Ao primeiro, dá-se o nome de sistema concentrado, visto que a competência é exclusividade de um único órgão. Quanto ao segundo, denomina-se difuso visto que qualquer juiz ou Tribunal poderá deixar de aplicar uma norma por se encontrar em desarmonia com a Constituição, sempre que isto for necessário à solução do caso concreto sob exame.

A partir destas premissas, a investigação voltou-se para uma análise sobre os Tribunais de Contas desde sua criação e evolução no direito pátrio, levando-se em conta alguns aspectos a eles relacionados, tais como: sua função e natureza

jurídica, suas competências, chegando até a configuração atual na Carta Política em vigor.

De plano, foi possível concluir que as Cortes de Contas constituem-se em órgãos atípicos, ou, como já dito alhures, *sui generis*. Isto decorre do fato de não ser possível situá-las como um órgão pertencente a qualquer dos Poderes. Com efeito, estes entes se caracterizam por sua autonomia e independência no exercício de sua função de auxiliar o controle externo dos respectivos Poderes Legislativos.

Um outro aspecto caracterizador desta atipicidade das Cortes de Contas, ainda relacionado à sua natureza jurídica, diz respeito à complexidade de suas atribuições, que ora se apresentam como de natureza meramente administrativa e ora, de natureza jurisdicional.

Embora a doutrina não seja uníssona quanto ao exercício de função jurisdicional por parte daquelas Cortes, esta pesquisa mostrou que é possível falar no exercício daquela função no âmbito dos Tribunais de Contas sem que isto implique numa ruptura do princípio da tripartição funcional do Poder, nos termos elaborados por Montesquieu.

Superadas as questões sobre a natureza jurídica das Cortes de Contas o foco do trabalho foi voltado para uma análise das suas competências. Constatou-se que o legislador constituinte originário de 1988 ampliou de tal forma o leque de atribuições daquelas Cortes que elas deixaram de ser meras controladoras dos gastos públicos para tornarem-se verdadeiros entes fiscalizadores de todos os atos de gestão financeira, orçamentária, contábil e patrimonial da Administração Pública.

Nesse sentido, os atos de gestão submetidos à fiscalização dos Tribunais de Contas devem guardar harmonia com todo sistema jurídico em que se encontram inseridos, e, acima de tudo, com o texto constitucional, sob pena de serem considerados inválidos.

Identificada esta competência das Cortes Fiscalizadoras de verificarem a compatibilidade de atos e normas com o Texto Maior, restava, então, responder se

isto poderia ser caracterizado como controle de constitucionalidade, conforme o modelo vigente em nossa ordem constitucional.

De plano, foi afastada a possibilidade dos Tribunais de Contas verificarem a incompatibilidade de normas *in abstracto*, pois isto é competência originária do Supremo Tribunal Federal, no caso de normas em desarmonia com a Constituição Federal, e dos Tribunais de Justiça Estaduais, sempre que a incompatibilidade da norma for em relação às Constituições Estaduais.

Um outro aspecto que foi analisado, foi que a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em sede de controle abstrato tem o poder de retirar do mundo jurídico a norma eivada de vício de inconstitucionalidade, algo, que nenhuma decisão emanada de um Tribunal de Contas teria poder.

Vencida a hipótese de controle *in abstracto* de normas pelas Cortes de Contas, era necessário, ainda, analisar se a verificação levada a efeito, quando aquelas Cortes confrontavam os atos sujeitos à sua fiscalização com a Constituição, poderia ser caracterizado como sendo um controle incidental de normas pela via difusa.

Aqui a conclusão, também, foi no sentido negativo. Embora algumas das características do controle de constitucionalidade exercido pela via difusa possam ser visualizadas quando os Tribunais de Contas, no exercício de suas atribuições, deixam de aplicar uma norma por não guardar conformidade com a *Lex Mater*, a ordem constitucional brasileira em vigor não contempla o exercício do controle de constitucionalidade, seja *in abstracto* ou de forma incidental, fora do Poder Judiciário.

E nem se diga que a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, estudada anteriormente, aponta em sentido contrário do que vem de ser argumentado, pois, a decisão da Suprema Corte que culminou na sua edição informa claramente a quem cabe o exercício do controle de constitucionalidade de normas, competência esta, que escapa aos Tribunais de Contas, nos termos do voto do Ministro relator que resultou na multicitada Súmula.

Com efeito, então, como caracterizar aquela competência das Cortes de Contas quando aferem se os atos sob sua fiscalização guardam conformidade com a Constituição Federal?

À luz do modelo vigente, trata-se de um controle de constitucionalidade exercido, apenas, com base na técnica interpretativa, conforme sustentou alhures Themístocles Brandão Cavalcanti, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal⁹⁸.

No entanto, a importância da função constitucional das Cortes de Contas demanda muito mais que isto. Não se pode situá-las no mesmo nível de outros entes e autoridades do Poder Público que têm o dever de não aplicar normas que padecem de vício de inconstitucionalidade. A relevância histórica dos Tribunais de Contas no Brasil e o status que lhes foi atribuído pelo legislador constituinte de 1988 permitem tal ilação.

Há que se obtemperar, ainda, a qualidade intelectual de seus membros. Pessoas dotadas de elevado saber jurídico, contábil, econômico, financeiro e de administração pública.

Assim, concluímos que se faz necessária uma reformulação de nossa ordem constitucional de modo que as competências constitucionais dos Tribunais de Contas sejam ainda mais privilegiadas, para que, em matéria de controle de constitucionalidade, suas decisões se revistam de maior efetividade, coercibilidade e definitividade, até porque, conforme procurou-se demonstrar, é possível reconhecer o exercício da função jurisdicional no âmbito destas Cortes.

Dentre os caminhos que se apresentam possível, poder-se-ia, por exemplo, incluir as Cortes de Contas como entes legitimados para a propositura de ação de inconstitucionalidade, assim como se fez com o Governador e a Câmara Legislativa do Distrito Federal por meio da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, visto que estes não figuravam no texto constitucional.

⁹⁸ Vide nota nº 90 página 88.

Uma outra alternativa seria fazer constar no próprio texto constitucional que os Tribunais de Contas, em matérias de sua competência, podem declarar inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nos termos prescritos pelo art. 97 da Constituição Federal, dando, assim, às suas decisões a natureza jurídica de uma sentença produzida em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Por fim, há ainda uma alternativa, legitimar os Tribunais de Contas para ajuizarem ação de descumprimento de preceito fundamental, desde que adstrita à matérias de sua competência privativa.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Sebastião Baptista. *Os Tribunais de Contas no contexto do poder judiciário*. Revista n. 42, out/dez 97. Disponível em <<http://www.tce.rj.gov.br/revista/artigos/r42c003.htm>>. Acesso em: 16 set. 2003.

ALMEIDA, Fernando Bessa de. A fiscalização financeira e orçamentária na Constituição de 1967. *Revista de Administração Pública*. jan/jun 1967, p. 103-143.

BALEEIRO, Aliomar. O Tribunal de Contas e o controle da execução orçamentária. *Revista de Direito Administrativo*. v. 31, jan/mar 1963, p. 10-22.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Unb, 1999,

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 257.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 out. 2003.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 13 out. 2003.

_____. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2000.

BRASIL. Lei n. 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: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm>. Acesso em: 01 out. 2003.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Planalto, Brasília, DF, 2004. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 08 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Administrativo. Mandado de Segurança nº 23550-DF. Impetrante: Poli Engenharia Ltda. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF,

04 de abril de 2001. **STF**, Brasília, 2004. Disponível em: <http://.stf.gov.br/jurisprudência/htm>. Acesso em: 08 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652-5.-MA. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Maranhão e Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 02 de abril de 1992. **STF**, Brasília, 2004. Disponível em: <http://.stf.gov.br/jurisprudência/htm>. Acesso em: 08 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 347**. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp>>. Acesso em 08 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Recurso em Mandado de Segurança. Nº 8.372. Recorrente; José Maria Catunda. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Ministro Pedro, Brasília, DF, 11 de dezembro de 1961. **STF**, Brasília, 2004. Disponível em: <http://.stf.gov.br/jurisprudência/htm>. Acesso em: 08 abr. 2004.

BÚRIGO, Vandrê Augusto. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 33, n. 94, p. 48 -54, out/dez. 2002.

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 9, dezembro. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2003.

BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 62, fasc. II, p. 37-62.

CANOTILHO, José Joaquim Comes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Reimpressão, Porto Alegre: Fabris, 1984.

COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. As funções jurisdicional e opinativa do Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Conas do Estado de Minas Gerais*, a. 2, v. 39, abr./jun. 2001, p. 66.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de poderes do Estado. *Revista n. 38, ou/dez 97*. Disponível em <<http://www.tce.rj.gov.br/revista/artigos/r38c002.htm>>. Acesso em: 16 set. 2003.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas e sua competência constitucional. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 3, p. 13 - 22, janeiro. 1946.

_____. O tribunal de contas: órgão constitucional – funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 109, p. 1-10, jul/set. 1972.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: Uma questão política? *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 12, março, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2003.

COSTA. Carlos Casimiro. Funções jurisdicionais e administrativas dos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. v. 53, jul/set 1958, p. 29-55.

CRETELLA JÚNIOR. José. Natureza das decisões dos Tribunais de Contas. *Revista Forense*. v. 296, ano 82, out/dez 1986, p.3-10.

DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mandado de Segurança no 131205. Impetrante: Urumaju Rayol. Impetrados: Governador do Distrito Federal e outro. Relator: Desembargador Lécio Resende. Brasília, DF, 22 de agosto de 2000. **TJDF**, Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br/jurisprudencia/framejuris.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2004.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Os Tribunais de Contas na estrutura constitucional brasileira. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 10, n. 20, dez/1979, p. 80-88

FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. Decisões dos tribunais de contas: eficácia de título executivo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n.113, ano 29. p. 331-344, jan/mar. 1992.

_____. Controle de constitucionalidade no tribunal de contas. *Revista do Tribunal de Contas do DF*. Brasília, v. 28, p. 35 -76, jan/dez. 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A apreciação da constitucionalidade das normas pelos tribunais de contas. *L & C – revista de direito e administração pública*. Brasília, v. 51, ano V. p. 16-21, 2002.

_____. Os tribunais de contas e o exame de constitucionalidade de lei. *Revista do Tribunal de Contas do DF*. Brasília, v. 26, p. 33 -53, jan/dez. 2000.

_____. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

_____. *Tomada de Contas Especial*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Os tribunais de contas e o controle de constitucionalidade. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, v. 9, ano XVII. p. 705 - 706, 2001.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Tribunal de Contas, órgão ou poder*. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. a. 8, n. 13, jul. 1982, p. 95-102.

_____. Da competência na atividade administrativa. *Revista n. 35*, jan/mar 97. Disponível em <<http://www.tce.rj.gov.br/revista/artigos/r35c001.htm>>. Acesso em: 16 set. 2003.

JAHN, Ricardo Goulart. O exame da constitucionalidade das leis e atos pelos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 5, n. 8, p. 133 -141, 1967.

KELSEN. Hans, *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. trad. João Baptista Machado. Coimbra: Sucessor, 1979.

LAURÉ. Vitor Rolf. Considerações acerca da conformação constitucional do tribunal de contas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n.113, a. 29. p. 307-326, jan/mar. 1992.

LEAL, Vitor Nunes. Valor das decisões do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. v. 12, abr/jun 1948, p. 418-431.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a Execução das Decisões Proferidas Pelos Tribunais de Contas, Especialmente a Legitimação. *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 743, set. 1997, pp. 74-95.

MARANHÃO. Jarbas. Origem dos tribunais de contas: evolução do tribunal de contas no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n.113, a. 29. p. 327 - 330, jan/mar. 1992.

MARANHÃO, Jarbas. Tribunal de Contas: natureza jurídica e posição entre os poderes. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 27, n. 106, abr./jun. 1990, pp. 99-102.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 27, n. 108, p. 114, out/dez 1990.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*. v. 72, out/dez 1984, p. 133-150.

_____. O Tribunal de Contas e sua jurisdição. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. a. 8, n. 13, jul. 1982, p. 119-135.

MELLO. José Luis de Anhaia. Considerações jurídico-constitucionais sobre os Tribunais de Contas. *Revista de Direito Público*. v. 2, ano I, out/dez de 1967, p. 165-172.

MELLO. Oswaldo Aranha Bandeira de. Tribunais de Contas – natureza, alcance e efeitos de suas funções. *Revista de Direito Público*. n. 73, ano XVIII, jan/mar 1985, p. 181-192.

MENDES. Gilmar Ferreira. O sistema de controle de constitucionalidade de normas da Constituição de 1988 e a reforma do poder judiciário. *Revista da AJURIS*. n. 75, ano XXVI, setembro de 1999, p. 234-247.

_____. Controle incidental de normas e a Lei n. 9.756, de 1998. *Repertório IOB de Jurisprudência*. n. 1, caderno 3, janeiro de 2000, p. 18-22.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, tomo III.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA. Vivaldi. Competência dos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 84, p. 42-431, abr/jun. 1966.

NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev., amp. e atual. de acordo com as leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1997.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. O controle de constitucionalidade e as Cortes de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do DF*. Brasília, v. 18, p. 57 -60, jan/dez. 1992.

RESENDE. José de Moura. Posição jurídico-constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista dos Tribunais*. v. 309, a. 50, julho de 1961, p. 26-34.

ROCHA, Domingos Pinto da. Visão legal e constitucional dos Tribunal de Contas. *Revista n. 37*, jul/set 97. Disponível em <<http://www.tce.rj.gov.br/revista/artigos/r37c002.htm>>. Acesso em: 16 set. 2003.

ROSAS, Roberto Ferreira. Aspectos jurisdicionais na competência do tribunal de contas. *Revista do Tribunal de Contas do DF*. Brasília, n. 1, p. 105-113, jan/dez. 1975.

_____. Roberto Ferreira. *Direito Sumular*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999,

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1993.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Controle de constitucionalidade – com as modificações introduzidas pelas Leis n. 9.868/99 e 9.882/99*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O tribunal de contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n.121, a. 31. p. 265 - 271, jan/mar. 1994.

VINHADELI, Marli. O processo legislativo democrático e o sistema distrital de controle de constitucionalidade. *Revista do Tribunal de Contas do DF*. Brasília, v. 26, p. 11 -16, jan/dez. 2000.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. *Temas de direito público*. 2. tiragem, Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. rev., atual., e amp. Belo Horizonte: DelRey, 2003.



INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO PÚBLICO

SÉRGIO AGRIPINO CANDIDO DA SILVA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO
DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Brasília – DF
2009