

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

Cláudio Marcelo Spalla Fajardo

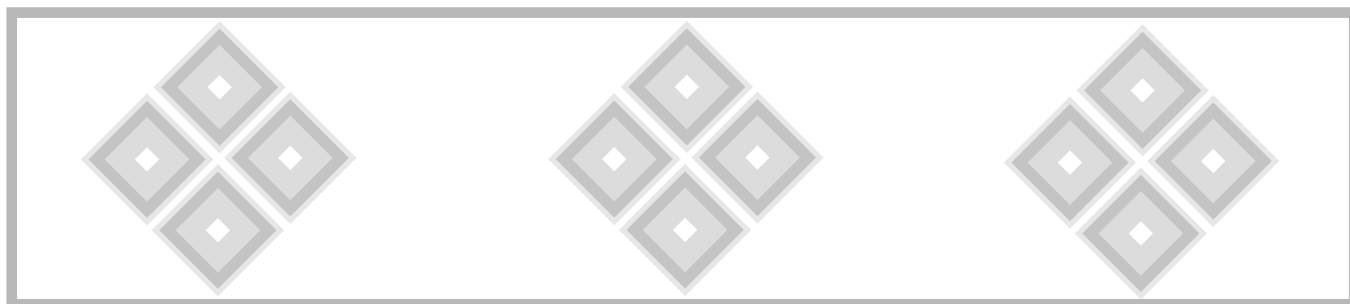
1. INTRODUÇÃO

Em decisão monocrática¹, o Ministro Gilmar Mendes do STF acolheu mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pela empresa Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), que se insurgiu contra o Acórdão nº 039/2006, do TCU, o qual confirmou determinação à estatal para que se abstivesse de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto nº 2.745/98, tido pela Corte de Contas como inconstitucional. Na decisão atacada, o Plenário do TCU nega Embargos de Declaração, impetrado pela empresa, e reafirma sua competência para apreciar a constitucionalidade de atos normativos e demais atos do poder público, quando da apreciação em concreto. Em suas alegações perante o STF, a impetrante alega, justamente, a incompetência daquela Corte de Contas para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo.

Ora, a competência da Corte de Contas para deliberar sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público é matéria, de certa forma, pacífica na jurisprudência e na doutrina especializada. A ponto de o Supremo ter enunciado a Súmula nº 347, que dispõe que “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.”

Cláudio Marcelo Spalla Fajardo é servidor do Tribunal de Contas da União; graduado em direito pela UFMG e em ciências navais pela Escola Naval; especialista em direito público pelo Instituto Izabela Hendrix.

Esse enunciado não foi suficiente para convencer o Ministro-Relator que deferiu o pedido da impetrante, concedendo a liminar **inaudita altera parte**. Resumidamente, pronunciou em seu despacho:

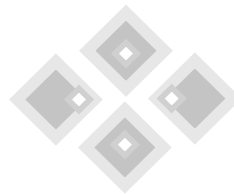




A declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, **parece estar em confronto com normas constitucionais**, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, **as que delimitam as competências do TCU** (art. 71)[...] Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte [...]. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional [...]. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, **está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.** (grifo nosso)

Assim, o Ministro Relator pôs em dúvida a validade atual da Súmula 347 e a competência da Corte de Contas para continuar a declarar a inconstitucionalidade de leis e de atos normativos do Poder Público.

O objetivo deste trabalho, portanto, é averiguar se esta relevante competência do TCU continua procedente. Necessário, para tanto, perquirir as razões que a sustentaram à época e aferir se seus pressupostos jurídicos continuam válidos, face à ordem constitucional vigente. É mister ainda uma breve abordagem sobre o instituto do controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos e confrontá-lo com as atribuições contemporâneas dos



Tribunais de Contas, de forma a alcançar o objetivo final de avaliar ou não esta competência.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é disciplina instrumental, operacional do Direito. Incide em todas as áreas e, por isso, sua importância, não só para o Direito Constitucional, mas de todas as disciplinas jurídicas. Uma vez que todas as normas do sistema jurídico são passíveis do crivo pelo Controle de Constitucionalidade, sua abrangência perpassa por todos os ramos do Direito, Público ou Privado.

O tema, além de relevante, é amplíssimo. Devemos mostrar, de forma breve, a evolução do controle de constitucionalidade até os dias de hoje, os sistemas existentes, seus pressupostos e espécies, como base para compreensão do papel dos Tribunais de Contas no exercício do controle de constitucionalidade.

2.1 HARMONIA DO SISTEMA JURÍDICO

O ordenamento jurídico deve ser concebido como um sistema, dotado de ordem e de unidade, devendo as suas partes conviver de maneira harmoniosa. As normas jurídicas devem ser ligadas umas às outras, através de relações de fundamentação, em que cada norma tem seu fundamento de validade (sua razão de ser) numa outra norma que lhe é imediatamente superior (FERRAZ, 2006, p. 421).

2.2 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

No ápice desse sistema jurídico harmônico, encontra-se a Constituição, norma fundamental e inicial de toda ordem jurídica. Para a manutenção da harmonia do sistema, todas as normas que lhe sejam inferiores devem a ela se conformar. Desse modo a interpretação e a aplicação das normas deve ser feita pelo prisma das normas ínsitas na



Constituição, pois é esta que tem o condão de conferir unidade ao sistema.

A supremacia da Constituição pode ser material ou formal. A supremacia material, sob o prisma sociológico, é pertinente até nas constituições costumeiras e flexíveis (inglesa), afinal o conteúdo das normas constitutivas do sistema tem primazia sobre as demais. No entanto, sob o prisma jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apóia na regra da rigidez, seu principal corolário (SILVA, 2006, p. 46).

A rigidez constitucional decorre do maior grau de dificuldade para sua alteração, em relação às demais normas do sistema. A supremacia da Constituição é, então, conseqüência direta da rigidez que se exige para a alteração de normas constitucionais. Pouco importa o conteúdo: normas constitutivas do Estado e sobre direitos e garantias fundamentais ou normas meramente acessórias. A Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, conferindo validade superior a todas as normas nela contidas sobre as demais normas do sistema, independente do seu conteúdo².

2.3 BREVE HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

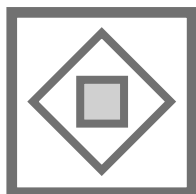
O controle de constitucionalidade é instrumento jurídico recente mas desde Aristóteles já se pensava em sua existência. O exímio filósofo fez estudo das “constituições” de diversas cidades-estados da Grécia e do entorno do Mediterrâneo. Em “Política”, o mestre da Grécia Antiga, já sustentava que as normas constitutivas são hierarquicamente superiores às demais e que deveria haver mecanismos de controle. A Polis grega, segundo Aristóteles, tinha **normas constitutivas** da sua própria organização política, as quais eram essencialmente distribuidoras de competências. A assembléia dos cidadãos retirava delas a competência para regulamentar certas matérias



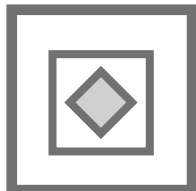
da Polis; os magistrados, administradores da época, e os juízes, também. Logo, dizia o mestre grego, se essas **normas constitutivas** da sociedade organizam politicamente a sociedade e distribuem competências entre seus órgãos, elas são hierarquicamente superiores e qualquer norma, a elas inferior, que viole os seus preceitos, viola os preceitos constitutivos da Polis. Portanto, deveria haver instrumento adequado para fazer o controle das normas da Polis em relação às suas normas constitutivas. Uma verdadeira previsão, com séculos de antecedência, das ações diretas de inconstitucionalidade. Muitos séculos de esquecimento depois, John Locke, primeiro, e depois Montesquieu, em suas obras voltaram a abordar a supremacia de normas constitutivas do Estado.

2.3.1 MODELO NORTE-AMERICANO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (SISTEMA DIFUSO)

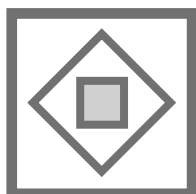
Passada essa fase primitiva e afastando-se da Filosofia do Direito, a matéria do controle de constitucionalidade surgiu de fato perante a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1803, durante o célebre caso *Madison versus Marbury*. Neste momento que o controle de constitucionalidade deixa de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



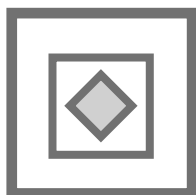
Esse sistema americano veio a ser conhecido como *judicial review*, também denominado de sistema descentralizado ou difuso, uma vez que é confiado a todos os tribunais e juízes do país. Nele, a apreciação da inconstitucionalidade de leis dar-se-ia, com as seguintes características: a) controle judicial; b) repressivo; c) feito nos casos concretos, incidentalmente; d) de forma difusa, por todos os juízes e tribunais.



No Brasil, a Constituição Imperial de 1824³ conferia ao Imperador o exercício do Poder Moderador (art. 98). Para alguns, essa seria a primeira forma de controle de constitucionalidade nessas terras. Na verdade, o controle exercido pelo Poder Moderador era amplo, cabendo ao Imperador zelar pelo equilíbrio e harmonia entre os Poderes e a sanção dos atos normativos propostos pela Assembléia Geral (art.62/64), sem considerar a supremacia da Carta Imperial sobre as demais leis do Império, fundamento do controle de constitucionalidade. E a Corte Suprema do Brasil Imperial, o Supremo Tribunal de Justiça⁴ (art. 163), cujos poderes eram restritos, não detinha a competência de decidir sobre validade de leis face à Constituição.



O controle de constitucionalidade no Império era mecanismo fora do horizonte dos 17 juízes que compunham a Corte, que estava longe de ser um órgão máximo de um dos poderes independentes do Estado, mas atuava mais como um dos Ministérios do Governo Imperial⁵. Não se pode olvidar também da influência do constitucionalismo francês sobre a Carta de 1824, sendo que, mesmo naquele país, o texto constitucional estava mais para uma declaração política de direitos do que para uma legislação superior com pretensão normativa e os juízes não deveriam ser mais do que a “boca da lei”, ao interpretá-las, segundo Montesquieu.



Já com o advento da República, a Constituição de 1891 deixou clara essa competência em favor do agora denominado Supremo Tribunal Federal. Assim, nascia, sem controvérsias, o controle de constitucionalidade no Brasil, um sistema de controle difuso, nos moldes do sistema norte-americano, com a introdução desse dispositivo em seu art. 59, que, como ressaltou Rui Barbosa, “obriga esse tribunal a negar a validade às leis federaes, quando contrárias à Constituição (...), quando o Poder Legislativo, adoptando taes leis, não se teve nos limites, em que a Constituição o autoriza a legislar”. De forma efetiva, o controle difuso de constitucionalidade instalou-se com a Lei Federal nº 221, de 1894 (art.13,§10), que concedeu competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e dos regulamentos, e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais (MORAES, 2005, p. 641).

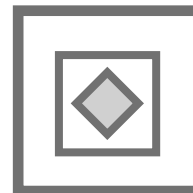
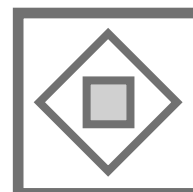
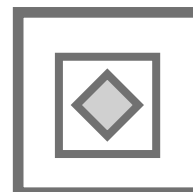
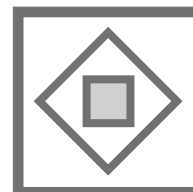
2.3.2 MODELO AUSTRIACO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (SISTEMA CONCENTRADO)

O modelo americano de controle de constitucionalidade não era muito apreciado na Europa por razões históricas⁶. Um novo modelo de controle de constitucionalidade foi introduzido na Europa, sob o gênio inspirador de Hans Kelsen. A Constituição austríaca de 1920 estabeleceu, pela primeira vez, a existência de um tribunal com **exclusividade** para o exercício do controle judicial de constitucionalidade – o Tribunal Constitucional -, que concentraria questões relativas à inconstitucionalidade de leis, em oposição ao modelo norte-americano de controle difuso. As características desse sistema proposto por Hans Kelsen seriam então: a) controle concentrado na Corte Constitucional; b) repressivo; c) feito por ação direta, em controle abstrato, ou através de incidente processual, no caso concreto.

Segundo posição dominante na doutrina, no Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade chegou aos primórdios da Ditadura Militar, quando, por intermédio da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, o STF passa a poder apreciar leis em abstrato, através da representação aviada, **exclusivamente**, pelo Procurador-Geral da República. No caso, por óbvio, estava longe de ser uma garantia democrática⁷. Ressalte-se, porém, que a Constituição de 1934 introduziu a representação interventiva (art. 12, §2º), mecanismo de fiscalização abstrata de leis ou de atos normativos estaduais, ou seja, uma espécie de ação direta e de controle concentrado de constitucionalidade.

2.3.3 MODELO FRANCÊS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (CONTROLE PREVENTIVO)

Na evolução histórica do controle de constitucionalidade, ainda merece destaque o modelo francês, que se baseia no controle preventivo. Por motivos históricos, a França possui uma rígida concepção do princípio da separação de poderes. Logo, a apreciação da constitucionalidade de atos legislativos pelo Poder Judiciário seria encarado como uma violação a este princípio. Por isso, o controle de constitucionalidade se dá no âmbito do Conselho Constitucional, que tem viés político e se situa fora da estrutura dos Poderes, mediante provocação do Governo ou do Presidente de qualquer das Casas Legislativas, durante o processo legislativo, ou seja, antes da promulgação do ato legislativo de qualquer espécie (FERRAZ, 2006, p. 442).





O controle preventivo também existe no Brasil. É feito, em geral, pelo Poder Legislativo e pelo Presidente da República. Segundo a Constituição, durante o processo legislativo, as deliberações da Câmara de Deputados e do Senado Federal serão precedidas por um juízo de atendimento aos pressupostos constitucionais (art. 62, §5º). Esse juízo prévio é exercido pelas conhecidas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJs). O projeto de lei aprovado é encaminhado para a Presidência da República, cabendo o Presidente, se considerar o projeto constitucional e de interesse público, sancioná-lo (art. 66, §1º)⁸. Dessa forma, cabe também ao Presidente da República o exercício do controle prévio de constitucionalidade.

Não é comum o controle prévio exercido pelo Poder Judiciário, que costuma ser bastante cuidadoso para não se intrometer em assuntos *interna corporis*. Mas também é possível exercê-lo pela inobservância de normas do processo legislativo⁹.

2.4 O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Como vimos, no Brasil o controle de constitucionalidade foi fundado no sistema difuso, segundo o modelo norte-americano, evoluindo para o sistema concentrado, sem abandonar o sistema anterior, mas permitindo a coexistência de ambos os modelos, incluindo ainda o controle prévio. Um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso, por via de defesa, com o critério de controle concentrado por de ação direta de inconstitucionalidade (SILVA, 2006, p. 558).

No decorrer da história do Direito Brasileiro, podemos perceber a Corte Suprema do Brasil se desincumbindo de competências típicas de corte recursal, para assumir competências mais ligadas ao controle concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido foi a introdução pela EC nº 45/2004 do instituto da **repercussão geral** (art. 102, §3º), que limita a propositura do recurso extraordinário junto ao STF a casos com aplicação generalizada na sociedade, restringindo, portanto, o papel daquela Corte nos exames de casos concretos¹⁰. Isso, entretanto, não a converte em Corte Constitucional (SILVA, 2006, p.558-559), modelo preconizado por Hans Kelsen. Afinal, além de preservar outras competências¹¹ que não dizem respeito à apreciação de questões constitucionais, “não é único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção”. Ou seja, conforme prevê o art. 102, compete **precipua**mente a **guarda da Constituição**, mas não **exclusivamente**, de modo que a base de nosso sistema de controle de constitucionalidade continua a ser o sistema difuso.

2.4.1 PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E DESCUMPRIMENTO DE LEI OU DE ATO NORMATIVO INCONSTITUCIONAL

Os atos legislativos, emanados do Poder Legislativo, são dotados de presunção de constitucionalidade. Uma presunção relativa, já que, pela atuação dos órgãos competentes, podem ser posteriormente declarados inconstitucionais. A presunção de constitucionalidade decorre da existência do controle prévio, visto acima, durante o processo legislativo, que só desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído pela Constituição Federal. A audiência do Advogado-Geral da União na defesa do ato normativo impugnado (CF, art.103,§3º) reforça a presunção de constitucionalidade, pois estabelece o contraditório no processo de ação declaratória de inconstitucionalidade. (MOTTA, 2006, p. 546).

Por força da presunção de relativa de constitucionalidade, toda norma legislativa¹² de ordem pública tem dever geral de observância e execução, até que um órgão competente afaste sua aplicação e autorize seu descumprimento, mediante procedimento específico, o controle de constitucionalidade. No Estado Democrático de Direito não é qualquer pessoa que pode se recusar a dar cumprimento à norma legislativa, mas apenas os órgãos competentes para adotar o procedimento de controle de constitucionalidade e afastar sua presunção de validade. No Brasil, são órgãos competentes o Poder Judiciário, o TCU, o Congresso Nacional e o Presidente da República (os dois últimos, em controle prévio). Esse pensamento, apesar de considerarmos o mais apropriado juridicamente, não é pacífico. Além da recente controvérsia em relação à competência do TCU, suscitada pelo citado MS 25888 MC/DF, há controvérsias quanto à possibilidade de descumprimento da norma tida como inconstitucional pela Administração Pública.

É certo que o Poder Executivo, como todos os Poderes de Estado, é obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade. Dessa forma, estaria o Poder Executivo apto a negar o cumprimento de uma lei considerada inconstitucional? É conferido ao Poder Executivo competência para fazer esse juízo de adequabilidade constitucional da norma, após a oportunidade do controle prévio exercido pela sanção? Alexandre de Moraes afirma que sim, se a inconstitucionalidade for flagrante, pois não se poderia exigir do chefe do Poder Executivo o cumprimento de lei ou de ato normativo nessas condições (2005, p. 632). Idem Sylvio Motta, que menciona a Súmula 473 do STF¹³, para dizer que o órgão estatal tem o poder-dever de anular atos que violem dispositivos legais e que, se o Chefe de Poder Executivo se depara com decreto de seu antecessor, em plena vigência, que repute inconstitucional, poderá, baseando-se no sobredito verbete nº 473, editar outro decreto

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

Na jurisprudência do STF encontramos respaldo para a tese dos citados doutrinadores, desde que restrita ao Chefe do Poder Executivo (e Legislativo), que, sem declarar inconstitucionalidade da norma, poderá determinar que seus órgãos subordinados deixem de aplicar administrativamente leis e atos com força de lei que considerem inconstitucionais¹⁴. Com certeza, esse entendimento vai de encontro a tese esposada de presunção de constitucionalidade nas normas, prevalecente no Estado de Direito, pois permite que o Poder Executivo se negue a dar cumprimento à lei, ao seu alvedrio, bastando considerá-la inconstitucional, sem qualquer procedimento prévio para tão relevante decisão.

Não compartilhamos desse entendimento. O próprio relator da decisão acima demonstra certa insegurança, diante do alargamento da possibilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade (argumento similar ao utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes, no MS 25.888). Por isso, mas principalmente pelo argumento da presunção de constitucionalidade, divergimos dos doutrinadores acima, entendendo que deva ser negada, inclusive ao Chefe do Poder Executivo, a possibilidade de deixar de aplicar leis, ainda que as considere inconstitucionais. Quanto à aplicação da Súmula 473 do STF, citada por Sylvio Motta, entendemos que não se aplica ao caso, pois se refere exclusivamente ao **controle de legalidade**, ou seja, um vício de constitucionalidade reflexa, indireta. Inclusive o exemplo citado, da anulação de decreto do Chefe do Poder Executivo antecedente, sendo norma de mesmo grau hierárquico e cuja edição é da sua competência, entendemos que esteja perfeitamente adequada a aplicação da Súmula do STF.

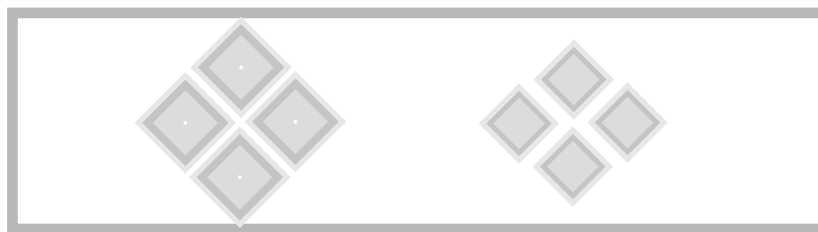


2.4.2 RESERVA DO PLENÁRIO E A INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE AFASTAR A APLICAÇÃO DE LEI OU ATO NORMATIVO E DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE

Grande polêmica se deu no controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais, por força da dita cláusula de reserva de plenário (CF, art.97), que dispõe que a declaração de inconstitucionalidade só poderá ser feita pelo plenário do órgão, não em decisões monocráticas ou de órgãos fracionários (câmaras). Introduzida no direito pátrio pela Constituição de 1934 (art.179), a reserva de plenário, não foi bem aceita por alguns magistrados, resistentes em perder parte de sua competência, apesar da ascensão na carreira jurídica. Sustentavam a tese de que o magistrado poderia não declarar a inconstitucionalidade da norma, mas apenas afastá-la ou recusar-se a dar-lhe cumprimento, que não foi acolhida pela jurisprudência. Pacificou-se, então, não haver diferenciação entre declarar a inconstitucionalidade de uma norma e afastar a sua aplicação, no caso concreto, pois não existe diferença ontológica entre a declaração a inconstitucionalidade e a sentença que não aplica lei formalmente válida por entendê-la inconstitucional¹⁵ (POLETTI, 2001, p. 198).

2.4.3 NATUREZA JURÍDICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

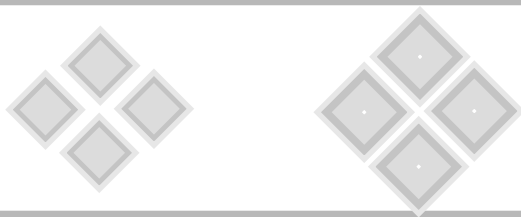
Qual a natureza jurídica do controle de constitucionalidade? Muita dúvida na doutrina ainda paira sobre o tema. Em 1803, o *Chief Justice* John Marshal chegou a definir que seria, em essência, uma **função legislativa negativa**, em oposição à função legislativa positiva do Congresso, quando edita uma lei. O Poder Judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade, desconstitui a norma jurídica, negando-lhe validade. Essa concepção da natureza do controle de constitucionalidade, no entanto, apesar de dominante na doutrina, parece inadequada. Afinal, quando efetivada em razão do controle difuso, os seus efeitos se limitam à relação entre as partes litigantes. E ainda que a decisão pela inconstitucionalidade seja do STF, no sistema concentrado, e sua eficácia seja *erga omnes* ou que o Senado Federal suspenda a execução da norma (art. 52, X), a norma continuará



vigente. A decisão do Poder Judiciário só fulmina a eficácia da norma, mas não atinge a sua vigência, de modo que seria imprópria a concepção de função legislativa negativa.

Classificá-lo como função judicial também soa inadequado. No controle concentrado não há lide propriamente dita. Também no controle difuso de constitucionalidade o objetivo não é discutir a lide, mas a operabilidade da norma jurídica¹⁶. Sendo incidental ao processo, o controle difuso não pretende exatamente resolver a lide, mas resolver questão prejudicial ao aferir a adequação da norma à constituição. Não sendo, por óbvio, administrativa, em qual função estatal, então, se enquadraria o controle de constitucionalidade?

Uma doutrina ainda incipiente se inclina por inserir o controle de constitucionalidade na função estatal de “controle”, segundo uma classificação mais moderna das funções de Estados. A par das funções clássicas, legislativa, judicial e administrativa, a **função de controle** seria uma quarta função estatal, ainda que não esteja sistematizada organicamente em um dos Poderes da União, como o Legislativo, o Judiciário e o Executivo (CF, art.2º), mas representada pela atuação de outros órgãos autônomos, também de estatura constitucional, sem vinculação com aqueles Poderes, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União. Apesar do agrupamento em funções estatais básicas, proposto por Montesquieu ter validade até os dias atuais, sobretudo em relação à divisão **orgânica e formal** dos Poderes, o Estado Moderno, com atuações mais específicas, encontra dificuldade de situar alguns órgãos nesta divisão clássica. Seriam os casos, como citado acima, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, casos em que a doutrina, a respeito destes órgãos, com frequência se divide,



apesar de considerar a complexidade e a ampliação das funções do Estado atual¹⁷.

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

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, é um órgão cuja atuação estatal está intimamente ligada ao controle. Afinal ele tem a função precípua de auxiliar o Congresso Nacional, que é titular de uma espécie de controle, denominado de **controle externo**, nos termos do art. 70 da Constituição. A significação do termo “controle externo” vai além da posição geográfica em relação ao objeto controlado, numa acepção leiga ou de oposição ao **controle interno**, previsto no art. 74 da CF/88. O controle externo, tal qual menciona a Constituição, na seção relativa à “Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária”, é espécie de controle que diz respeito à administração dos haveres da União (com aplicação, pelo princípio da simetria, a todos os entes da Federação). Um controle específico que se origina de um **princípio sensível**¹⁸ da Constituição, o dever de prestar contas que cabe a “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária” (CF, art. 70, parágrafo único).

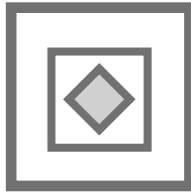
Certamente que não é por ser o controle a função estatal típica do Tribunal de Contas, que lhe restaria a competência para exercer outra espécie de atividade de controle, o controle de constitucionalidade. Afinal, o Ministério Público também tem suas atividades inseridas da função estatal do controle e nem por isso possui competência para efetuar o controle de constitucionalidade. A competência do TCU

para exercício do controle de constitucionalidade decorre, sobretudo, de sua atividade fim: o controle externo, mediante o julgamento de contas dos administradores públicos, além da apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal e concessões de aposentadoria, reformas e pensões. Para entendermos um pouco, precisamos repassar as competências a Constituição Federal confere ao Tribunal de Contas da União.

3.1 COMPETÊNCIAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

As competências conferidas à Corte de Contas pela Carta Magna têm inequívoca relação com o exercício geral da fiscalização contábil, financeira e orçamentária: julgar contas, apreciar a legalidade de atos sujeitos a registro, suspender atos/contratos, imputar débitos/multas, fiscalizar a aplicação de recursos públicos, apuração de denúncias, etc. Com base na legislação infraconstitucional, ao TCU também incumbe: a) apuração de coeficientes de participação dos Estados na apuração do IPI (art. 3º, Lei Complementar nº 61/1989); b) fiscalização do cumprimento de metas financeiras da LRF (art. 59, §2º, Lei Complementar nº 101/2000); c) acompanhamento de processo de improbidade administrativa (art. 15, Lei nº 8.429/1992); d) acompanhamento de editais de licitações (art. 113, Lei nº 8.666/1993); e) registro próprio dos bens e rendas do patrimônio privado de autoridades públicas (art. 1º da Lei nº 8.730/1993); entre outras.

Apesar de extensas, não consta entre as competências dos Tribunais de Contas a reconhecida pelo STF de apreciar a constitucionalidade de leis. Não é de se estranhar, pois também para os juízes e tribunais não há expressa previsão constitucional para apreciar a constitucionalidade de leis, pela via difusa, já que essa é uma atribuição instrumental para o exercício da jurisdição e não uma competência finalística. Em suma, a competência para apreciar a constitucionalidade não requer discriminação específica, nem para os juízes e tribunais do Poder Judiciário, nem para o Tribunal de Contas, pois se trata de competência acessória ao exercício, quer da jurisdição, quer do controle externo.



3.1.1 APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DE ATOS SUJEITOS A REGISTRO

Obviamente, nem todas as competências do TCU vêm a exigir uma possível apreciação da constitucionalidade de leis ou dos atos normativo. Destacamos o julgamento de contas e a apreciação da legalidade dos atos sujeitos a registro. Em relação a estes (art. 71, III, CF/88), “o controle da legalidade implica ainda o da **superlegalidade**, ou seja, o da constitucionalidade das leis e atos administrativos”, na feliz expressão de TORRES (1994, p. 266). Isso porque, ao apreciar, v.g., a legalidade dos atos de aposentadoria, o Tribunal necessita averiguar se estão de acordo com as normas jurídicas cabíveis à espécie. Ora, se a norma em que se baseou a aposentação não estiver em consonância com dispositivos constitucionais, a Corte de Contas não poderia ficar de mãos atadas, impedida de cumprir seu desígnio constitucional e dizer a suprallegalidade, ou pior, ser impelida a acatar, por puro formalismo, uma “falsa legalidade”, que seria a concessão de uma aposentadoria de acordo com uma norma **inconstitucional**. Como dizer que é legal, se é inconstitucional? Ou seja, a competência do Tribunal de Contas para o exercício do controle de constitucionalidade decorre, no caso da competência constitucional, para apreciação da legalidade dos atos sujeitos a registro, na própria natureza da competência constitucional.

3.1.2 JULGAMENTO DE CONTAS

O julgamento de contas dos administradores públicos é a pedra angular do sistema de controle externo. Trata-se de instrumento que permite a responsabilização individualizada do gestor público que, após cumprimento do dever de prestar contas que lhe é imposto pela Constituição (art. 70, parágrafo único), passará pelo crivo da Corte de Contas que verificará boa e regular aplicação dos recursos públicos que lhe foram confiados. No âmbito do Tribunal de Contas, o julgamento de contas é

tão importante que a fiscalização (levantamento, auditoria, inspeção e monitoramento, arts. 238 a 243, do RITCU), outra relevante atividade, lhe é acessória para “instruir o julgamento das contas” (art. 249, I, do RITCU)¹⁹, aderindo, posteriormente, ao processo de prestação ou de tomada de contas de um determinado órgão ou entidade, após a apreciação do relator ou do Tribunal. Tanto que o Congresso Nacional, como titular da função de controle externo, reserva para si a competência de julgar as contas do Presidente da República (art. 49, IX, da CF/1988), o gestor máximo do Executivo Federal, ao passo que todos os demais gestores públicos são julgados pela própria Corte de Contas (art. 71, II, da CF/1988).

O **julgamento de contas** é tema que tem gerado diversas controvérsias, principalmente pelo desconhecimento dessa jurisdição exercida sobre os gestores públicos, que leva muitos doutrinadores a subestimar a espécie de jurisdição, acreditando tratar-se de mera contabilização de valores²⁰. Trata-se de jurisdição especialíssima que foi confiada às Cortes de Contas, como uma das exceções previstas na Constituição ao princípio da inafastabilidade (art. 5, XXXV, CF/1988) do Poder Judiciário²¹. Neste sentido, diversos autores já se manifestaram. Podemos citar como exemplo a autoridade de Miguel Seabra Fagundes:

Duas exceções restritas admite a Constituição ao monopólio do Poder Judiciário, no que concerne à matéria contenciosa administrativa. A primeira nos casos de julgamentos por crimes de responsabilidade do Presidente da República, no Senado Federal. E a segunda se refere ao julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos atribuído ao Tribunal de Contas ²² (FAGUNDES, 1984, p. 139).

Assim, da mesma forma que na competência para a apreciação dos atos sujeitos a registro, a competência para exercer a jurisdição de contas há de requerer a competência complementar, acessória, de apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo. Em face de deliberação sobre atos de gestão espaldados em lei ou ato normativo inconstitucional, não poderá se escusar a dizer o direito, no caso concreto de

O julgamento de contas é tema que tem gerado diversas controvérsias, principalmente pelo desconhecimento dessa jurisdição exercida sobre os gestores públicos, que leva muitos doutrinadores a subestimar a espécie de jurisdição, acreditando tratar-se de mera contabilização de valores²⁰.

juízo de contas, muito menos quedar silente, resignando-se à gestão incúria. Incidentalmente ao julgamento do processo de contas, deve o Plenário apreciar a constitucionalidade do ato legislativo que lhe sustenta e, só então, retornar ao julgamento das contas.

3.2 SÚMULA Nº 347 DO STF E O TRIBUNAL DE CONTAS

Lastreado no enunciado da Súmula 347, o Tribunal de Contas construiu jurisprudência de afastar a aplicação de leis e de atos normativos do Poder Público sempre que, ao apreciar matéria de sua competência, se deparasse com normas que afrontam regras ou princípios constitucionais²³. O Regimento Interno do TCU (com fulcro nos arts. 73, *caput*, e 96, I, a, da Constituição e no art. 66 da Lei Orgânica do TCU²⁴) conferiu ao Plenário da Corte de Contas competência para deliberar sobre conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição (art. 15, I, e, do RITCU).

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

Nego provimento ao recurso. Considerando sem efeito a lei que servira de fundamento ao ato de aposentadoria do recorrente, não poderia ser feito o registro por falta de supedâneo

jurídico. A meu ver o acórdão recorrido bem decidiu a espécie, mas não posso deixar de lhe opôr um reparo de ordem doutrinária, pois não quero ficar vinculado a uma tese que tenho constantemente repellido.

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

Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é a obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado. Feita essa ressalva, nego provimento ao recurso.

Não por acaso, o Ministro Relator adota a mesma tese predominante na época, baseada nas seguintes premissas: a) “toda lei ou ato normativo inconstitucional é nulo, inexistente, e não pode produzir efeitos”; b) “por ser inexistente, o Tribunal de Contas, assim como todos os poderes da administração pública têm o poder-dever de afastar a aplicação da norma jurídica marcada pela inconstitucionalidade”; c) “não obstante, só o Poder Judiciário tem a competência para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos”.

As premissas acima proferidas resumem bem o pensamento da época, mas vão colidir frontalmente com teses mais modernas, já consolidadas na doutrina e na jurisprudência. Vários autores, de inegável representação, se pronunciaram de acordo com essas teses, de sorte que até hoje ecoam em nosso meio jurídico, apesar de não serem mais apropriadas nos dias de hoje. O eminente Ministro Themístocles Cavalcanti, do STF, por exemplo, aprovava que o Tribunal de Contas pudesse deixar de aplicar ato inconstitucional nestes termos:

Exerce o Tribunal de Contas o controle de constitucionalidade usando apenas da técnica da interpretação que conduz à valorização da lei maior. Neste ponto tem aplicado o princípio da supremacia da Constituição. Não pode, entretanto, anular o ato, nem anular a lei, mas apenas deixar de aplicá-la por inconstitucional. Ao Poder Judiciário cabe à competência privativa de declarar a inconstitucionalidade, mas, qualquer dos poderes responsável pela aplicação de uma lei, ou de um ato, pode deixar de aplicá-los quando exista um preceito constitucional que com eles conflite de maneira ostensiva, evidente. Privativo do Poder Judiciário é considerar inválido o ato ou a lei em face da Constituição. (CAVALCANTI, 1972, p. 8)

Percebe-se que o renomado Ministro conhecia a necessidade de os Tribunais de Contas interpretarem as leis aplicáveis à sua matéria em conformidade com a Constituição Federal, mas, a forma como se pensava o controle de constitucionalidade à época denota que passamos por grande evolução para os dias atuais²⁵. Podemos, então, agrupar a orientação do pensamento vigente à época em três premissas básicas.

3.2.1 PREMISSA Nº 1: TODOS TÊM COMPETÊNCIA DE DEIXAR DE APLICAR NORMA INCONSTITUCIONAL.

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

3.2.2 PREMISSA Nº 2: DIFERENÇA ENTRE AFASTAR A APLICAÇÃO DE LEIS E DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE.

Abordamos no item 2.4.2 que não existe mais diferença prática entre deixar de aplicar determinada norma por inconstitucionalidade e declarar sua inconstitucionalidade, tese pacificada para anular decisões de tribunais que descumpriam a cláusula da reserva de plenário, previsto na CF/1988. Esta tese também se aplica ao caso dos juízes de primeira instância e ao TCU, quando realizam controle difuso de constitucionalidade: ao apreciar um caso concreto, e diante de uma norma inconstitucional, o magistrado deve, incidentalmente à lide, decidir pela não-aplicação da norma. Como vimos, não existe diferença ontológica entre afastar a aplicação da norma e declarar sua inconstitucionalidade, de forma que também esta premissa estaria ultrapassada.

3.2.3 PREMISSA Nº 3: LEI OU ATO INCONSTITUCIONAL SÃO INEXISTENTES E NÃO SURTEM EFEITOS.

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

o Professor da UFMG, Florivaldo Dutra de Araújo, cita Sérgio Carlos Covello, para tratar da **teoria da aparência**: “o direito deve se amoldar à natureza das coisas, visto que a norma expressa um dever que será tanto melhor cumprido quanto mais exprimir o que de ordinário acontece realidade fática.” Segundo ARAÚJO, “a expressão de maior intensidade da teoria da aparência é a que faz geradora de direitos subjetivos uma situação fática em contrariedade com o ordenamento jurídico.” (ARAÚJO, 1992, p. 55)

Ora, não é por outra razão que na Lei nº 9868/1999, que trata da apresentação de ADI perante o STF, há previsão de, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pela maioria de dois terços dos membros, restringir os efeitos da declaração ou decidir que tenha eficácia somente a partir de seu trânsito em julgado, por razões de segurança jurídica ou interesse social (art. 27)²⁶. Assim, também não há como prosperar a idéia de que a norma inconstitucional seria inexistente e, por isso, tanto os Tribunais de Contas, como qualquer outro órgão poderia desconsiderá-la, recaindo na premissa nº 1, citada acima.

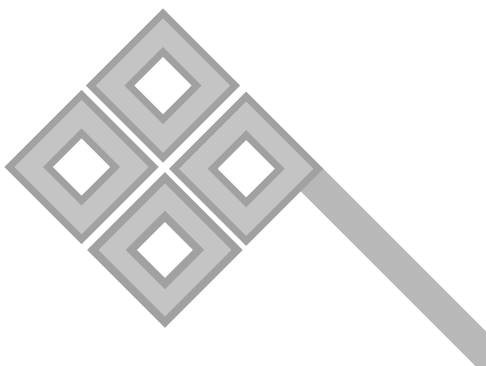
A nosso ver, portanto, as três premissas citadas, que embasaram a formulação da Súmula nº 347, não se coadunam mais com o a evolução do pensamento jurídico brasileiro, em que pese a competência para a apreciação da constitucionalidade de leis em casos concretos ter inteira validade, tanto para os juízes,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

3.3 CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS

A questão que prospera, então, é a necessidade de a Corte de Contas usar a prerrogativa de exercer o controle de constitucionalidade como instrumento essencial ao controle externo. A apreciação da constitucionalidade, nestes termos, é **incidental**. Se a Corte de Contas se deparar com uma norma inconstitucional que, **supostamente**, autorizaria algum órgão de sua jurisdição ao cometimento de ilícito, não teria outra solução que não fosse afastar a aplicação da norma, de forma que não viesse a afetar ainda mais o patrimônio e a moralidade pública. Da mesma forma que nos tribunais do Poder Judiciário, o Tribunal de Contas, ao apreciar uma questão que lhe cabe decidir, deparar-se com uma incompatibilidade entre a norma ou ato normativo e a Constituição, deverá resolver a questão prejudicial de inconstitucionalidade preliminarmente ao julgamento de mérito do caso concreto, caracterizando assim o controle difuso de constitucionalidade.²⁷

“Ao juiz não é autorizado eximir-se de proferir o julgamento. Se o tribunal julga determinado ato, frente à lei e, atuando em maior amplitude, verifica que essa lei encontra-se em atrito com aquela de maior hierarquia – Constituição Federal – e partindo do pressuposto lógico de que não pode eximir-se do julgamento, deverá dizer do conflito de normas e de suas conseqüências sobre o caso concreto, tratando-se tal dicção de um juízo de constitucionalidade.” FERNANDES (2003, p. 293)

Importante ressaltar que a competência de apreciar a constitucionalidade de leis, nos casos concretos, pelos juízes do Poder Judiciário, também não decorre de expressa previsão constitucional²⁸, mas da natureza de sua atividade que, desautorizado a se recusar a dizer o direito, deve apreciar se o direito invocado tem amparo na Constituição da República. Da mesma forma, a competência do controle de constitucionalidade pela Corte de Contas decorre não da expressa autorização constitucional, mas da natureza de sua função constitucional.



3.4 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TCU

3.4.1 CONSULTA.

Apesar de ser freqüentemente associado ao controle difuso (nem tanto pela difusão de órgãos aptos ao controle, mas pela associação que se faz desse método com o controle no caso concreto), em decorrência de oposição à, aparentemente exclusiva, prerrogativa do STF de exercer o controle concentrado, o Tribunal de Contas da União possui atribuições que podem ensejar também a necessidade de “dizer o direito” **em tese**, e não apenas no caso concreto²⁹. É o que pode acontecer, diante da competência que o Tribunal possui para decidir sobre consulta, atribuição prevista no art. 1º, XVII e §2º, da Lei nº 8.443/1992.

Ora, se a consulta, apresentada pelos legitimados a propô-la (art. 264 do RITCU), versar sobre matéria de conflito entre lei ou ato normativo com a Constituição Federal, novamente o Tribunal não poderá opor-se a declarar o direito, perante o órgão jurisdicionado competente à propositura. Importa ressaltar que a decisão, conforme prevista no §2º, constitui em prejulgamento de tese, mas não do fato ou caso concreto. Não parece razoável deixar a corte de se pronunciar a respeito de possível inconstitucionalidade de textos legais editados, ficando no aguardo da execução da norma para, só então, atacar os atos praticados, pois deixar de examinar oportunamente a constitucionalidade de determinada norma pode ocasionar efeitos danosos ao erário e ao interesse público (FERNANDES, 2003, p. 290-1).

Na verdade a idéia de que o Tribunal de Contas só está legitimado a apreciar a constitucionalidade de leis do caso concreto está ligada à concepção de ser o controle de constitucionalidade uma atividade tipicamente jurisdicional, o que, como vimos, não corresponde a realidade. Os Tribunais de Contas exercem tanto uma atividade jurisdicional, como de fiscalização, no exercício do controle externo. No julgamento de contas e na apreciação da legalidade dos atos de registro, de fato, só poderia exercer o controle nos casos concretos. Mas no exercício de suas demais competências, nada obsta que aprecie a constitucionalidade em tese³⁰.

3.4.2 REPRESENTAÇÃO

O Tribunal de Contas também pode se deparar com a necessidade de ter de apreciar a constitucionalidade em tese de uma lei quando tiver de decidir sobre uma representação. Mediante provocação do Ministério Público junto ao TCU, por exemplo, o Procurador-Geral apresentar requerimento para que o Tribunal se pronuncie a respeito de determinada lei ou ato normativo que entenda inconstitucional, conforme previsão no art. 81, I, da Lei nº 8.443/1992³¹ e o art. 62, I, do RITCU.

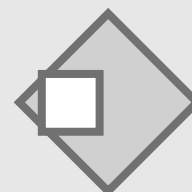
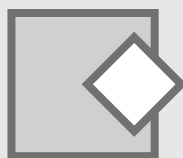
A representação ao Tribunal de Contas não se restringe à atuação do Procurador-Geral. No art. 237 do RITCU encontramos uma série de legitimados a representar ao TCU a respeito de possíveis irregularidades cometidas por órgãos, entidades ou pessoas físicas sujeitas à sua jurisdição (art. 5º da LOTCU c/c art.5º do RITCU). Assim, da mesma forma como a Consulta, a Representação ao Tribunal de Contas poderá fazer alusão a um possível conflito, em tese, de lei ou ato normativo com a Constituição. Somos da opinião, acompanhando o entendimento de Fernandes acima esposado, de que também nesses casos, o Tribunal de Contas não deveria se furtar a declarar a inconstitucionalidade, em abstrato, e não esperar que a norma seja aplicada ao caso concreto para só então se pronunciar a respeito de uma possível inconstitucionalidade.

Esse entendimento, porém, frise-se, não tem prevalecido no âmbito do Tribunal de Contas da União, o qual tem reafirmado sua posição de só apreciar a constitucionalidade em casos concretos, evitando pronunciar-se sobre a matéria constitucionalmente controvertida em sede de mera abstração normativa. Nessa linha é que o TCU exarou o recente Acórdão nº 2.305/2007 – TCU – Plenário, que tratava de uma representação da Secretaria Federal de Controle Interno (SFCI) contra os regulamentos de admissão de pessoal das entidades do Sistema “S”, que poderiam estar afrontando dispositivos constitucionais. No caso, o TCU absteve-se de se manifestar sobre a matéria, sob a alegação de que, com fulcro na Súmula nº 347 do STF, somente poderia declarar a inconstitucionalidade nos casos concretos.

4. CONCLUSÃO

Segundo o nosso estudo, o Tribunal de Contas possui diversas competências auferidas pelo texto constitucional e pela legislação em vigor, as quais podem ser divididas em atividades administrativas, jurisdicionais e legislativas, mas se inserem, de fato, na função estatal de controle. O controle de constitucionalidade, uma atividade típica de controle, é uma prerrogativa acessória, instrumental, tanto quanto aos juízes e tribunais do Poder Judiciário, porém extremamente necessária para exercício da função de controle. Decorre de sua missão especial de apreciar a legalidade dos atos sujeitos a registro e da atribuição de julgar as contas dos administradores públicos, assim como a apreciação da inconstitucionalidade por juízes e tribunais, mesmo sem previsão constitucional, é uma prerrogativa necessária para a solução da lide.

Essa atribuição, como vimos, continua bastante atual, mesmo que o enunciado da Súmula nº 347 do STF tenha se valido de teses já ultrapassadas juridicamente. Podemos verificar, no Direito Brasileiro, uma tendência de se valorizar o controle de constitucionalidade concentrado, em tese, operado no STF. Mas não por isso há de prosperar uma redução da prerrogativas de juízes e tribunais, incluindo os Tribunais de Contas, para apreciar a constitucionalidade no caso concreto, sistema que fundou o controle de constitucionalidade em nosso País, pois seria retirar um instrumento essencial para a dicção do direito e a apreciação da legalidade de atos sujeitos a registro, que se pretende dos Tribunais de Contas.



REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Vânia Hack de. *Controle de constitucionalidade*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Constituições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 01 jul. 2008
- BÚRIGO, Vandrê Augusto. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas. *Revista do TCU*, Brasília, v. 33, n. 94, p.48-54, out/dez. 2002.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. 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.
- CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. *Constituição Federal Interpretada pelo STF*. 5. ed, atual. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.
- FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. Controle de constitucionalidade no tribunal de contas. *Revista do TCDF*, Brasília, v. 28. p.35-76, 2002.
- FERNANDES, Jorge Ulisse Jacoby. Os Tribunais de Contas e o exame de constitucionalidade de lei. *Revista do TCDF*, Brasília, v. 26, p.26-44, 2000.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 1. ed., 2. tiragem. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.
- FERRAZ, Sérgio Valladão. *Curso de direito constitucional: teorias e questões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.
- LIMA, Rogério Medeiros Garcia. *O direito administrativo e o Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- MELO, Renato Sérgio Santiago. Tribunais de Contas: uma teoria geral. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 11, p. 1267-1281, nov. 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. *Direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões*. 18. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. O controle de constitucionalidade e as cortes de contas. *Revista do TCDF*. Brasília. v.18. p. 46-49, 1992.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. Os Tribunais de Contas podem desconsiderar suas próprias e anteriores aprovações de contas públicas? *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 7, p.531-534, 2006.
- ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. Controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (Org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. p. 129-142.

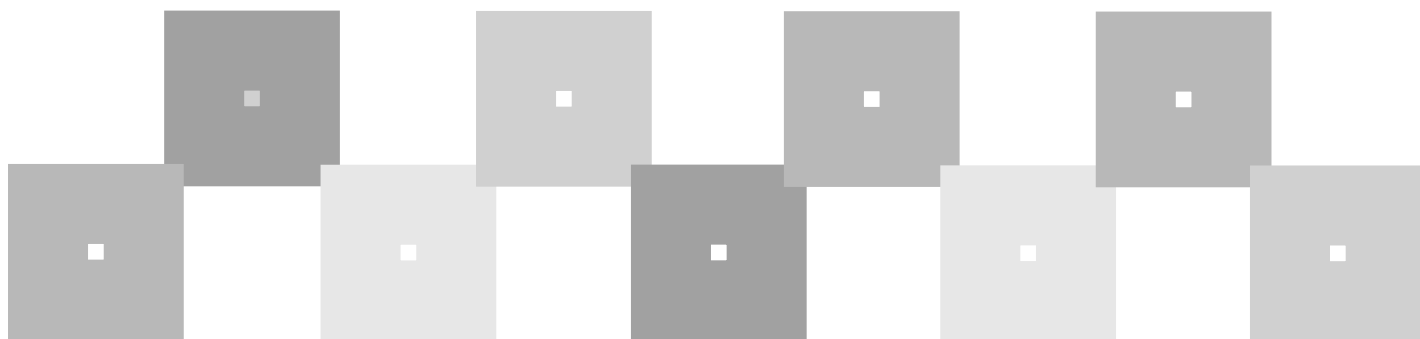
TORRES, Ricardo Lobo. O tribunal de contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31. n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994.

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

NOTAS

- 1 MS 25888 MC/DF, de 23/03/2006. Ver também MS 26410 MC/DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski, e MS 25986 ED-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello.
- 2 Nosso sistema jurídico não admite a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, como a Constituição alemã, que requer uma adequação das demais normas constitucionais com o denominado Núcleo Constitucional.
- 3 Todas as Constituições do Brasil foram obtidas no sítio <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 de fev. de 2007.
- 4 O nome anterior da Corte Suprema, antes da Carta de 1824, era “Casa da Suplicação do Brasil”.
- 5 Em 1863, num gesto raro, a Corte Suprema rebelou-se contra a aposentação compulsória de vários magistrados pelo Ministro da Justiça, recusando-se a cumpri-los, por considerá-los inconstitucionais. (SAMPAIO, 2004, p. 205-206).
- 6 Os países europeus não tinham a tradição de um Poder Judiciário forte e independente.
- 7 Essa inovação veio atender aos interesses do Regime Militar. O Procurador-Geral da República, único legitimado à propositura da representação, à época, representava um elemento institucional da Ditadura (SAMPAIO, 2004, p. 232).
- 8 Já a emenda constitucional, no processo legislativo, não se submete ao controle prévio do Presidente da República.
- 9 Ver MS-22503 MC/DF, de 12 de abr. de 1996, suspendeu na Câmara de Deputados a tramitação da PEC nº 33-A/1995, que se referia à Reforma da Previdência (EC nº 20, de 15 de dez. de 1998).
- 10 Também a transferência para o STJ da competência para a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias (art. 105, I, **i** e revogação do art. 102, I, **h**, EC nº45).
- 11 Extradicação de estrangeiros, julgamento, por infrações penais comuns do Presidente e Vice-Presidente da República, litígio de Estado estrangeiro etc. (art. 102, I, **b, c, e e g**).
- 12 Já os atos normativos do Poder Público, gozam de presunção de legitimidade.
- 13 “A administração pode anular seus próprios atos quando eivado de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.
- 14 Ver ADI-MC 221/DF. Relator Moreira Alves, de 29 de mar. de 1990.
- 15 Ver HC 69.939-MS, Relator Sepúlveda Pertence. Também CUSTÓDIO (2000, p. 133) e ALMEIDA(2005).
- 16 Mesmo no controle difuso exercido nos tribunais, onde a questão incidental deixa em suspenso a lide e é decidida no plenário da corte *a quo*, conforme regra da reserva de plenário (art. 97, CF/1988) e prática regimental dos tribunais.
- 17 Ver MEDAUR *apud* LIMA, 2002, p. 14-15.
- 18 São chamados princípios sensíveis aqueles enumerados no art. 34 da Constituição Federal: “a) da forma republicana de governo; b) do sistema representativo e regime democrático; c) dos direitos da pessoa humana; d) da autonomia municipal; e) da prestação de contas da administração pública, direta e indireta”. (SILVA, 2006, p. 612).
- 19 Art. 249. Para assegurar a eficácia do controle **e para instruir o julgamento das contas**, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa (...), competindo-lhe (...): I – realizar fiscalizações, na forma estabelecida nos arts. 238 a 243;
- 20 Ensina o Ministro Benjamin Zymler que a competência do Tribunal de Contas não se reduz a “mero exame de conformidade de peças contábeis, dissociando-a de uma avaliação sobre a conduta do agente público”. Antes, “estabelece juízo de mérito sobre os atos dos agentes públicos”. Assim o TCU pode avaliar “os elementos objetivos e subjetivos da atuação do agentes públicos responsáveis por bens e dinheiros públicos”. Em suma, o TCU não julga contas, mas os gestores, por suas contas. (ZYMLER, 2005, p. 430)
- 21 Outras exceções: julgamento do Presidente da República por de crime de responsabilidade, pelo Senado (art. 86), o julgamento das contas do Presidente da República, pelo Congresso (art. 49, IX); proibição de *habeas corpus* em punições disciplinares militares (art. 142, §2.º); a cláusula de exaurimento das instâncias da justiça desportivas (art. 217, §1.º).
- 22 Também FERNANDES (2003, p. 138-142) e CARNEIRO (1983, p. 13-14).
- 23 Ver Decisão nº 716/1996; 171/1999 e Acórdãos 913/2005; 203/2004; 1674/2005.
- 24 Lei nº 8.443/1993, art. 66. O Plenário do Tribunal de Contas da União, dirigido por seu Presidente, terá a competência e o funcionamento regulados nesta Lei e no seu Regimento Interno.

- 25 Também Roberto Rosas: “ao Tribunal de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, nos termos do art. 97, que dá essa competência aos tribunais enumerados no art. 92. Caso o ato esteja fundado em lei divergente da Constituição o Tribunal de Contas pode negar-se à aplicação porque há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado” (ROSAS, 2004, p. 153).
- 26 Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.
- 27 SODRÈ, 2006, p. 132.
- 28 Os dispostos no art. 97 da Constituição e no art. 89, §2º, **b**, da Lei Complementar nº 35 (LOMAN), dizem respeito à mencionada reserva de plenário. Não há outro dispositivo que garanta a competência de controle de constitucionalidade aos juízes singulares. Nem há necessidade, pois esta decorre igualmente da natureza de sua função.
- 29 Não podemos esquecer que o juízo de constitucionalidade prévio, exercido pelas CCJ e pelo Presidente da República também é exercido na forma abstrata, e não concreta.
- 30 Apesar de não corresponder ao entendimento dominante do TCU, há registro de controle de constitucionalidade em tese no TC-006.005/1998-5, que culminou na Decisão nº 171/1999, do Plenário. Tratava-se de uma consulta encaminhada pelo Senado Federal, a respeito da legalidade de dispositivo da MP n.º 1.626-51, de 9 de abril de 1998.
- 31 Art. 81. Compete ao procurador-geral junto ao Tribunal de Contas da União: I - promover a defesa da ordem jurídica, requerendo, perante o Tribunal de Contas da União as medidas de interesse da Justiça, da Administração e do Erário.



Responsabilização por desempenho e controle externo da Administração Pública

Dagomar Henriques Lima

INTRODUÇÃO

A responsabilização dos agentes públicos pelo desempenho da ação governamental ou, por simplicidade, a responsabilização por desempenho, insere-se no debate mais geral sobre responsabilidade, que aumentou em importância, e pode ser visto agora como fundamental para todo o futuro do movimento de reforma da administração pública no mundo (FERLIE *et al.*, 1999). Em inglês, o objetivo das auditorias de desempenho é identificado com a performance *accountability* (BARZELAY, 1997, p. 240), que será traduzido por responsabilização por desempenho.

O controle externo da administração pública é exercido pelos parlamentos com o auxílio de órgãos técnicos, chamados de entidades de fiscalização superior (EFS). Esses órgãos assumem duas formas básicas: controladorias, que são órgãos monocráticos sem poderes de impor sanções por desconformidades, e tribunais de contas, que são colegiados que podem impor penalidades administrativas. As controladorias estão presentes em países como Reino Unido, EUA e em dezessete países latino-americanos. Os tribunais são a forma adotada em países como Portugal, Espanha, e em quatro países latino-americanos, entre eles o Brasil, cuja EFS chama-se Tribunal de Contas da União (TCU).

As diversas propostas de reforma do Estado que se seguiram à crise capitalista do final da década de 1970 viram o controle externo de então como representante do controle procedimental passo a passo, característico do modelo burocrático weberiano, que se desejava superar. As controladorias reagiram rapidamente às diretrizes da Nova Gestão Pública (NGP), desenvolvendo a auditoria de desempenho para focar o controle finalístico da administração pública, com ênfase em resultados. Os tribunais de contas, característicos de países com arcabouço legal de forte tradição no direito administrativo, encontraram maior dificuldade em responder às críticas de exercerem um controle pouco eficiente e dissociado das demandas sociais.

Apesar de os deveres de eficiência e de prestação de contas por desempenho serem exigidos do setor público, inclusive em alguns textos legais (BRASIL, 1988, art. 74, II e art. 37, *caput*), observa-se que os mecanismos de responsabilização por desempenho não são tão claros e reconhecidos quanto os mecanismos de responsabilização por conformidade (*compliance*) a normas.

Dagomar Henriques Lima é servidor do Tribunal de Contas da União; especialista em controle externo pelo Instituto Serzedello Corrêa; graduado em estatística pela Escola Nacional de Ciências Estatísticas; professor da FGV, Instituto Serzedello Corrêa e ESAF.