
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Vandré Augusto Búrigo¹

1. Introdução

Há certo tempo se discute acerca da possibilidade dos Tribunais de Contas manifestarem-se sobre a (in) constitucionalidade de atos normativos², inclinando-se tanto a doutrina quanto a jurisprudência no sentido de atribuir a essas Cortes Controladoras a faculdade de examinar a adequação dos textos legais ou atos da administração frente à Constituição. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, chegou a editar a Súmula 347:

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

A propósito, tal debate recebeu tratamento especial por ocasião do XVII Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, acontecido em setembro de 1993 na cidade de São Luiz do Maranhão, quando foram levadas à aprovação três teses: “O Controle de Constitucionalidade e os Tribunais de Contas”, de autoria da Procuradora do MP junto ao TC/DF, Dra. Cláudia Fº. Pereira; “As Leis Inconstitucionais e os Tribunais de Contas”, cujo autor foi o Dr. João dos Santos P. Braga, Procurador da MP junto ao TCE/AM e “A Inconstitucionalidade das Leis e Atos Normativos”, de autoria do Dr. Fernando Augusto Mello Guimarães, então Assessor Jurídico do TCE/PR. Exsurgiu claro das exposições tanto dos examinandos quanto dos Conselheiros debatedores, a competência da Corte de Contas pronunciar-se sobre a constitucionalidade dos atos do poder público, idéia fundada nas seguintes premissas:

- 1) A apreciação sobre a constitucionalidade das leis não pode ser entendida como um privilégio do Poder Judiciário; nesse sentido, podem os demais Poderes do Estado, assim como o Tribunal de Contas, de maneira adequadamente justificada, negar aplicabilidade aos atos normativos inconstitucionais, sendo-lhes lícito, pois, deixar de cumprir o mandamento inconstitucional sob o argumento de que este, por assim ser, representaria verdadeiro “câncer” no ordenamento jurídico, poderia/deveria por todos ser combatido, como asseverou o saudoso José Luiz de Anhaia Mello (ex-Conselheiro do TCE/SP e ex-Professor de Direito Constitucional da USP):

¹ Procurador da Fazenda Nacional, Ex-Analista de Controle Externo do TCE/SC (Consultor)

² Signo sob o qual pode-se entender, Conforme Daniele R. F. Coutinho (*in* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 24/141) “(...) todos aqueles [atos] que, embora não sejam lei em sentido formal, têm conteúdo de lei”.

“Ao Tribunal [*de Contas*] compete o poder-dever de negar cumprimento às leis inconstitucionais. De fato, se a lei inconstitucional é um abastema jurídico, como se não existe, não deve um Tribunal trata-la como elemento hábil sob pena de dar efeitos jurídicos a algo nulo e não simplesmente anulável” (grifou-se) ^{3, 4}

- 2) São as Cortes de Contas órgãos verdadeiramente autônomos, e portanto desvinculados de todos os Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciários)⁵, aos quais cabem também, por imperativo funcional, a missão de dizer o direito ao aplicar a lei frente ao caso concreto (no entender de alguns, em certos casos, inclusive com ares de definitividade⁶), conforme anota Roberto Rosas de forma muito clara e sintética ao justificar o enunciado sumular:

³ In Revista do tribunal de Contas do Estado de São Paulo nº 73.

⁴ Para compreender melhor o entendimento segundo o qual podem os poderes do Estado negarem cumprimento às normas que entederem inconstitucionais vide: Josaphat Marinho *in*: “Leis Inconstitucionais e o Poder Executivo” *in* RDP nº 71/50; Themístocles B. Cavalcanti *in* “Do Controle da Constitucionalidade”. 1 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1966. p. 177-180; RE nº 85.787-SC: Relator Min. Soarez Munhoz (STF): “A administração Pública pode negar-se a dar cumprimento à lei inconstitucional”

⁵ A propósito interessante trazer a seguinte lição do Min. Octávio Galloti (STF) sobre os Tribunais Controladores: **“Reconheço, a este último [o Tribunal de Contas], como não poderia deixar de fazê-lo, uma faixa própria de atuação que não pode ser concentrada no Poder Legislativo. O Tribunal de Contas da União, padrão obrigatório das Cortes estaduais correspondentes, composto de ministros investidos das mesmas garantias da magistratura dotado da prerrogativa conferida aos Tribunais do Poder judiciário, tem sua esfera própria de atuação direta estabelecida na Constituição. A despeito da ambigüidade da expressão “auxílio do Tribunal de Contas, utilizada pela Constituição ao estabelecer o modo de exercício do controle externo, pelo Poder Legislativo, é patente, no sistema, autonomia do Tribunal, que não guarda vínculo de subordinação para o Congresso, nem deve ser entendido como mera assessoria deste.”** ([...] incluiu-se) *Apud* Braga, João Santos. “As Leis Inconstitucionais e o Tribunal de Contas” *in* Anais do XVII Congresso de Tribunais de Contas do Brasil. 1993, São Luis. Maranhão.

⁶ Entendendo não ser absoluto o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da CRFB/88) se posto em confronto com a atribuição de julgar concedida pela Constituição aos Tribunais de Contas (art. 71, II da CRFB/88), pela irrevisibilidade das decisões exaradas pelos Tribunais de Contas em julgamento de contas dos administradores e daqueles que deram causa a dano ao erário público, com consistência de argumentos advoga Jorge Ulisses Jacoby Fernandes *in* “Tomada de Contas Especial”. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1998, p. 25.

“O art. 71 da Constituição prevê o exercício pelo Tribunal de Contas da verificação da ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, etc.; e a legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões. Em face desses preceitos basilares, cabe à Corte de Contas o exame das exigências legais nos casos enunciados e em geral a ela submetidos, colocando o seu exame em confronto com a Constituição, não procedendo o argumento da privatividade da interpretação das leis pelo Poder Judiciário. Se os atos submetidos ao Tribunal de Contas não estão conforme a Constituição, logo são atos contra a lei, portanto inconstitucionais. Lúcio Bittencourt não foge deste ponto quando afirma caber essa declaração a todos os tribunais ordinários ou especiais, apesar de pertencer a última palavra ao STF (O Controle..., p. 34), encontrando a adesão de Carlos Maximiliano (Comentários à Constituição, v. III/263)”⁷.

Verificada a possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem, de fato, o controle de constitucionalidade, cabe investigar então em quais circunstâncias tal exame poderia ser levado a cabo.

Nesse sentido, interessante primeiramente rever-se algumas questões pertinentes ao próprio controle de constitucionalidade em si.

2. Breves noções acerca do Controle de Constitucionalidade

Prevê a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, duas formas de controle: o difuso e o concentrado.

Pelo controle concentrado, o exame da constitucionalidade é feito pela via direta, através de ação própria, declaratória de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade (art. 102, I, “a”) intentada com a finalidade específica de obter a declaração de (in) constitucionalidade⁸. Para tanto, é unicamente competente o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”)⁹, que pode ser provocado neste sentido, mediante o requerimento de uma gama restrita de legitimados

⁷ *In* “Direito Sumular”. 9 ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 137.

⁸ A propósito vale destacar que o pronunciamento acerca da (in)constitucionalidade de dado ato normativo tem dupla face. Se a Corte Suprema se pronuncia no sentido de julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade-ADIn que lhe foi dirigida é porque entendeu pela constitucionalidade do ato. Desse mesmo modo mas em reverso, se a Corte decidir pela improcedência da ação declaratória de constitucionalidade-ADC, é porque entendeu inconstitucional o dispositivo posto em discussão.

⁹ *“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;”*

(art. 103 da CRFB/88)¹⁰, cuja decisão tem o condão de gerar efeitos retroativos à data da edição do ato julgado inconstitucional (*ex tunc*), a não ser que por razões de “segurança jurídica ou de excepcional interesse social” (art. 27 da Lei 9.868/99) assim não entenda o Tribunal.

Por ser meio de ataque direto – pois combate a norma em si ou pelo menos uma parte dela em sua “abstratidade” – o julgado atinge a todos indistintamente e não só aqueles que participarem do processo de declaração de inconstitucionalidade (*erga omnes*).

Uma vez declarada pelo Pretório Excelso a inconstitucionalidade, a norma inquinada é tida como automaticamente extirpada do ordenamento jurídico, não se revestindo de condição *sine qua non* a comunicação a qualquer órgão ou Poder.

Já no controle pela via difusa, também chamada de “via de exceção”, a declaração ocorre incidentalmente, no curso de um processo, de ofício¹¹ ou mediante a argüição de uma das partes envolvidas na demanda, na defesa de seu interesse. A competência para declarar a inconstitucionalidade neste caso é aberta, podendo qualquer juiz, temporário ou vitalício, fazê-lo¹².

Sendo o órgão julgador um Tribunal (e órgão pertencente ao Poder Judiciário), a declaração imprescindirá no entanto, dos votos da maioria absoluta dos membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 97 da CRFB/88)¹³ e surtirá efeitos retroativos (*ex tunc*) apenas entre as partes dos participantes do processo (*inter partes*).

A norma declarada inconstitucional no entanto continuará a ser aplicada a todos. No caso do pronunciamento advir do Supremo Tribunal Federal (que naturalmente pode conhecer da argüição também pela via acidental julgando um recurso extraordinário, por exemplo), ato contínuo à declaração procederá este alto Tribunal a comunicação ao Senado Federal, a quem caberá, mediante apreciação discricionária, suspender a eficácia do ato normativo (art. 52, X)¹⁴ em relação a quem do processo não foi parte, suspensão esta cujos efeitos não retroagirão no tempo (*ex*

¹⁰ “Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador do Estado; IV – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

¹¹ Neste sentido vide Gilmar Ferreira Mendes *in* “Controle de Constitucionalidade: São Paulo: Saraiva, 1990, p.202.

¹² Neste sentido vide Nelson Oscar de Souza: “A Inconstitucionalidade” *in* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 25/50: Gilmar Ferreira Mendes *in* ob. cit. p. 347.

¹³ “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.”

¹⁴ “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.”.

nunc), tendo então por válidos todos os atos até então praticados com supedâneo no ato normativo suspenso.

Assim, pode-se bem concluir com as palavras de Daniele R. F. Coutinho, sobre as diferentes finalidades de ambas as formas de controle:

“Foi em razão destas considerações que Meirelles Teixeira afirmou, com base no observado por Crisafulli, que o controle da constitucionalidade tinha dupla finalidade: “primeira, a defesa da própria Constituição, isto é, no interesse objetivo da legalidade, da consonância com as normas inferiores com as normas hierárquicas superiores; segunda, a defesa ou proteção de direitos subjetivos dos particulares, porventura lesados ou ameaçados de violação, direta ou indiretamente, pela norma ordinária inconstitucional, podendo-se talvez, admitir, como faz aquele autor, que esta proteção das situações subjetivas se conceba como meio técnico da legitimidade das leis frente à Constituição, isto é, “legalidade constitucional”, objetivamente considerada”¹⁵ (grifou-se)

Reforce-se apenas que a declaração de (in) constitucionalidade por excelência, pela via direta, atacando a lei ou o ato normativo *in abstracto*, compete somente o Supremo Tribunal Federal fazê-lo, pois assim expressamente a Constituição determinou (art. 102, I, “a”)¹⁶. Quando se diz porém, que podem os tribunais e os juízes declararem a (in) constitucionalidade pela via incidental (controle difuso), como se depreende do que foi exposto acima, corresponde esta afirmativa na verdade não a uma conduta de declaração, mas sim a mero afastamento (da aplicabilidade frente a caso concreto) da norma acoimada de inconstitucional, equivalendo, portanto, a uma negativa de cumprimento: isto sob o argumento de que o ato, afrontando a Constituição deve ser tido como inexistente, aplicando-se então as demais normas do ordenamento jurídico, simplesmente como se o ato inquinado sequer viesse a existir.

3. Exame da (in) constitucionalidade pelo Tribunal de Contas

Se consideradas em sentido estrito algumas das digressões anteriores, poder-se-ia apressadamente concluir outrossim, que em razão do fato da Constituição dar a entender que apenas os tribunais pertencentes ao Poder Judiciário poderiam dizer incidentalmente da constitucionalidade dos atos normativos, não poderiam fazê-lo os Tribunais de Contas.

Tal assertiva, no entanto, não pode ser encarada como correta justamente em razão do que já exposto no item nº 1 deste estudo: ora, como às Cortes Controladoras cabe a função constitucional de dizer o direito (ainda que sem ares de definitividade) sobre dado caso concreto (CRFB/88 – art. 71, II, III, IV, VIII, IX e X, preponderantemente) por bons motivos que a elas também seja dado operar o controle da adequação, formal ou material, das leis em relação à Constituição.

¹⁵ “Controle Incidental da constitucionalidade das leis no Direito brasileiro”. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 24/137.

¹⁶ Cujos termos estão reproduzidos na nota de rodapé nº 08. retro.

Infere-se de todo modo, que se de um lado podem ditas Cortes pronunciar-se sobre a (in)constitucionalidade dos atos normativos, à vista da competência exclusiva da Suprema Corte (art. 102, I “a” da CRFB/88), assim podem fazê-lo somente pela via incidental e com efeitos restritos às partes envolvidas no processo objeto do julgamento ou apreciação (inter partes)¹⁷ e desde que, em prol da harmonia dos procedimentos, seja a decisão também acolhida por dois terços das Cortes. Em consonância com algumas dessas idéias, pelo menos, é a lição de Themístocles Brandão Cavalcanti, ainda muito atual em nossos dias:

“A declaração de inconstitucionalidade é, entretanto, prerrogativa do Poder Judiciário, de que não pode se utilizar o Tribunal de Contas sem invadir a esfera daquele Poder, mas ao apurar a sua própria competência em face da Constituição e das Leis e ao apreciar os atos submetidos ao seu julgamento nada impede que o Tribunal de Contas examine a validade e a eficácia das leis e dos seus atos administrativos perante a Constituição, deixe de aplicá-los e reconheça o seu vigor quando manifesta a inconstitucionalidade”.¹⁸ (grifou-se)

Nesse sentido, sendo-lhes lícito levar a cabo apenas o controle difuso, podem os Tribunais de Contas meramente afastar a incidência de norma inconstitucional no caso concreto sob seu exame, tomando, pois, como vigente, aquela(s) existentes ao tempo anterior à edição da norma açoitada. A respeito, merece atenção a ponderação feita por Daniele R.F. Coutinho apoiada na distinção de Celso Ribeiro Bastos:

“Na verdade, aquele que obteve o pronunciamento da inconstitucionalidade, consegue-se eximir do cumprimento da norma. Isto não significa que a norma considerada inconstitucional será retirada do ordenamento jurídico e que todas as pessoas estarão autorizadas a cumpri-la. A norma incidentalmente declarada inconstitucional continua incidindo e sendo aplicada nos demais casos, ressalvada a hipótese de ser julgado o litígio, em grau de recurso pelo STF, com a conseqüente suspensão da eficácia da norma pelo Senado Federal. É que fora desta hipótese a declaração de inconstitucionalidade só produz efeitos para as partes do processo onde foi argüida e decidida”.¹⁹

À vista dessas formulações conclui-se que no cumprimento de suas atribuições constitucionais os Tribunais Controladores podem, por exemplo:

- no cumprimento do art. 71, III da CRFB/88, negar registro de ato de aposentadoria ou admissão de servidor com fundamento na inconstitucionalidade de lei em que se apoiou o ato; ou em reverso...

¹⁷ Nada obstante que transformem em súmula o resultado da apreciação, de forma a uniformizar suas jurisprudências e, a partir daí, que assim decidam de forma reiterada.

¹⁸ *In*: “Pareceres da Consultoria-Geral da República” *apud* ob. cit. p. 179.

¹⁹ Ob. cit. p. 136

- registrar ato de aposentadoria praticado a partir do não atendimento a dispositivo de lei entendida inconstitucional;
- no cumprimento do art. 71, II da CRFB/88, julgar regular as contas do administrador mesmo a despeito do descumprimento de norma, uma vez verificada a inconstitucionalidade desta;²⁰
- no cumprimento do art. 71, IX e/ou X da CRFB/88 declarar a invalidade de contrato celebrado com supedâneo em lei inconstitucional, solicitando a anulação ou sustação;
- no cumprimento do art. 71, II c/c VIII da CRFB/88, determinar o ressarcimento de valores percebidos por agentes públicos com base em ato normativo declarado inconstitucional;²¹ ou em reverso...
- deixar de aplicar multa por descumprimento de norma legal ou regulamentar em razão de entendê-la inconstitucional.

4. Conclusão

Ante o exposto, conclui-se que aos Tribunais de Contas, no cumprimento às atribuições elencadas pela Constituição da República, é lícito pronunciarem-se sobre a constitucionalidade dos atos normativos, negando, se for o caso, cumprimento àqueles que entender incompatíveis formal ou materialmente com a Lei Maior.

²⁰ Importante advertir neste particular que o inverso, ou seja, julgar irregular por **observância** de norma inconstitucional dificilmente poderia ocorrer justamente porque ao **administrador** cabe precipuamente o cumprimento da lei e não questionamento amplo acerca de sua legitimidade/validade formal ou material. Além disso, justamente em razão da presunção de constitucionalidade de que gozam os atos normativos, somente nos casos em que a inconstitucionalidade fosse absolutamente flagrante e houvesse comprovado o dolo ou culpa grave por parte do administrador em cumpri-la, poder-se-ia atribuir responsabilidade (caso haja dano ou erário).

²¹ Como, a propósito, decidiram: o TCU no Processo nº TC 600.086/93-3, cujo Relator foi o Min. Iram Saraiva em decisão publicada no DOU de 20/11/96; e o STJ no Recurso em Mandado de Segurança nº 5.990. Relator Min. Assis Toledo, em decisão publicada no DJU de 11/03/1996, cuja emenda é a seguinte: *“Mandado de Segurança. Ato do Tribunal de Contas do Estado. Reajuste de Remuneração de Vice-Prefeito e Vereadores, concedido para vigorar na mesma legislatura. Inconstitucionalidade, ante o que dispõe o art. 29, V, da Constituição Federal. Decisão do Tribunal de Contas determinando a responsabilidade dos beneficiados, bem como a restituição das importâncias recebidas aos cofres municipais. Legalidade desta decisão, que não ultrapassa os limites de competência do Tribunal de Contas (Súmula 347 – STF). Decisão do Tribunal de Justiça considerando correta a orientação do Tribunal de Contas do Estado, negando a segurança em favor do vice-prefeito e dos vereadores. Recurso em mandado de segurança a que se nega provimento”*.