

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

DANILO GALAN FAVORETTO

**Tribunais de Contas e Controle de Constitucionalidade de leis e atos
normativos emanados do Poder Público**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

DANILO GALAN FAVORETTO

**Tribunais de Contas e Controle de Constitucionalidade de leis e atos
normativos emanados do Poder Público**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora, como exigência para a obtenção do título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, área de concentração Efetividade do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Pedro Estevam Alves Pinto Serrano.

São Paulo

2016

Danilo Galan Favoretto

BANCA EXAMINADORA

Orientador:

Prof. Dr. Pedro Estevam Alves Pinto Serrano

1º Examinador:

Prof. Dr.

2º Examinador:

Prof. Dr.

São Paulo, _____ de _____ de 2016.

“Os Tribunais de Contas precisam deixar de fazer necrópsia para passar a fazer biópsia”.

Carlos Átila Alvares da Silva
ex-Ministro do Tribunal de Contas da União

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, que iluminou o meu caminho e me permitiu vencer mais essa etapa.

Aos meus pais, Griselda e Francisco, de forma grandiosa, pelo apoio irrestrito e incondicional, pela educação que me proporcionaram e por acreditarem sempre na minha capacidade de realização. A vocês que, muitas vezes, renunciaram aos seus próprios sonhos para que eu pudesse realizar o meu, partilho a alegria deste momento.

À memória da minha vó Lola, que me viu mestrando, mas não me viu mestre, na certeza que contribuiu, e muito, para minha formação como pessoa e que me ajudou a chegar onde estou, com amor e saudades.

Ao Prof. Dr. Pedro Serrano, por me acolher como seu orientando, pela oportunidade oferecida junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por toda a atenção dispensada ao longo dessa jornada e pela confiança na realização de um trabalho bem feito.

A todos os amigos e demais familiares que acompanharam a realização deste trabalho e sempre me concederam a força e o incentivo necessário para sua conclusão.

À Imprensa Oficial do Estado S/A e a todos os amigos que dela fazem parte, por todo auxílio e compreensão, imprescindíveis à concretização deste objetivo.

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo lançar luzes ao tema afeto à atuação dos Tribunais de Contas no Brasil e suas imbricações no exercício do controle de constitucionalidade das normas jurídicas emanadas do Poder Público. Busca-se definir o papel dos Tribunais de Contas no âmbito do contexto em que estão inseridos, de modo a elucidar toda a matéria que envolve o exame de conformidade constitucional dos atos administrativos de gestão pública sob seu exame e, via de consequência, das leis e dos atos normativos que os fundamentam. O estudo dedica-se, então, à análise do modo de proceder dos Tribunais de Contas diante de leis e atos administrativos inconstitucionais, considerando, notadamente, a ampliação das atribuições a eles cometidas a partir de 1988, examinando-se a questão à luz da Constituição da República, do sistema normativo, da doutrina e da jurisprudência, haja vista a importância de que se reveste para o controle de constitucionalidade brasileiro.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Tribunais de Contas. Exame de Conformidade Constitucional. Constituição Federal de 1988. Súmula n.º 347/STF.

ABSTRACT

This work has as its main scope highlighting the subject related to the Brazilian Court of Auditors performance and its implications in the exercise of the constitutionality control of the legal rules issued by the Public Power. It seeks to define the role of Court of Auditors within the context in which it is inserted, in order to clarify any subject involving the constitutionality conformity exam of the administrative acts regarding the public management under its evaluation and, consequently, of the laws and normative acts that underlie them. Such study is dedicated, then, to the analysis of the Court of Auditors procedure mode before unconstitutional laws and administrative acts, particularly considering the extension of the attribution for such Court committed from 1988, examining the issue in the light of Constitution, the legal system, the doctrine and jurisprudence, given the importance that it takes for the Brazilian constitutionality control.

Key-words: Constitutionality Control. Brazilian Court of Auditors. Constitutionality Conformity Exam. Federal Constitution of 1988. Súmula n.º 347/STF.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	13
2.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS: NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL E O SURGIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO	13
2.2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA: O DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE AO LONGO DOS TEMPOS	21
2.3	PRINCIPAIS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXISTENTES NO MUNDO	28
2.3.1	A Experiência Norte-Americana: Origem do Controle Difuso de Constitucionalidade	29
2.3.2	Modelo Concentrado Austríaco: A Concepção Kelseniana sobre a defesa da Constituição	37
2.3.2.1	O guardião da Constituição para Hans Kelsen	43
2.3.3	Modelo Francês de Controle de Constitucionalidade: Controle Político	45
3	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	51
3.1	HISTÓRICO GERAL: ORIGEM E EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	51
3.2	SISTEMA BRASILEIRO DE FISCALIZAÇÃO DAS LEIS COM O ADVENTO DA CF/88: PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO	61
3.3	ATUAÇÃO DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	64
3.4	A CONTROVERSA QUESTÃO DA COMPETÊNCIA PARA NEGAR A APLICAÇÃO DE LEIS E ATOS NORMATIVOS INCONSTITUCIONAIS: DESCUMPRIMENTO DE LEI INCONSTITUCIONAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	67
3.4.1	Controle de Constitucionalidade por Órgãos Administrativos	82
4	TRIBUNAIS DE CONTAS	86
4.1	ORIGEM DO TRIBUNAL DE CONTAS E SEU DESENVOLVIMENTO NO CENÁRIO NACIONAL	86
4.2	POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DIANTE DOS PODERES CONSTITUÍDOS NO BRASIL	96
4.3	NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL	105
4.4	LIMITES À REVISIBILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS	113
5	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS	120
5.1	TRIBUNAL DE CONTAS COMO AGENTE DE CONTROLE NA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES	120
5.2	ALARGAMENTO DAS ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS COM O ADVENTO DA CF/88	128
5.3	AMPLITUDE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE	133
5.4	PREMISSA ESSENCIAL PARA ORIENTAR A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO EXAME DE CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DE LEIS E ATOS NORMATIVOS	141
5.5	EXAME DE CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL: NEGATIVA DE EXECUTORIEDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS INCONSTITUCIONAIS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS	145
5.6	SÚMULA N.º 347 E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CASO PETROBRÁS	154
5.7	EFEITOS, OPERACIONALIZAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO EXAME DE CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DE LEIS E ATOS NORMATIVOS	161
6	CONCLUSÃO	174
7	BIBLIOGRAFIA	184

1 INTRODUÇÃO

No cenário de redemocratização e respeito à cidadania no País, a Constituição Federal de 1988, com sólidos baldrames no fortalecimento do controle, erigiu o Tribunal de Contas à especial condição, estabelecendo-o como legítimo canal de concretização da fiscalização da gestão e das políticas públicas, e de proteção dos direitos constitucionais fundamentais, ampliando-lhe, sobremaneira, as competências e delineando um novo perfil para o controle externo das finanças públicas.

De fato, a Constituição da República ampliou, com intensidade, os poderes do Tribunal de Contas, a ele atribuindo competências de controlador externo, em auxílio ao Congresso Nacional no âmbito federal, na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, sob a ótica da legalidade, legitimidade e economicidade, não só dos entes da administração direta e indireta, envolvendo todas as unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas também de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o ente estatal deva responder.

Com efeito, dentro de seu mister, os Tribunais de Contas muitas vezes são chamados a verificar a conformação e adequação dos atos emanados do Poder Público à legislação vigente. Sob esse aspecto, não raramente, na análise de casos concretos, deparam-se com normas regularmente emitidas pelo Poder Legislativo e Executivo, as quais, porém, em sua visão, agridem a Constituição Federal.

Com consciência dessa realidade, e considerando que a Carta Constitucional não contém norma expressa e literal que solucione aprioristicamente a questão, intenta-se lançar luzes ao tema afeto ao exercício do controle de constitucionalidade por parte dos Tribunais de Contas, de forma a elucidar, basicamente, os seguintes questionamentos: *(i)* Caberia às Cortes de Contas proceder à análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos sob seu exame?; *(ii)* Se sim, o papel dos Tribunais de Contas, no atual contexto constitucional, englobaria a competência de declarar a inconstitucionalidade de leis em tese ou tão somente de afastar a aplicação de uma norma, excluindo-se sua incidência no caso concreto, sob o fundamento de afronta à Constituição e prejudicialidade ao ordenamento jurídico vigente?; e *(iii)* Como orientar a conduta do

gestor público face aos normativos que porventura forem considerados inconstitucionais?

O presente trabalho dedicar-se-á, então, especificamente à análise do proceder dos Tribunais de Contas diante de leis ou atos administrativos inconstitucionais. Devem os Tribunais de Contas manter-se inertes? Aceitam atos fundados em normas inconstitucionais, que se consolidarão no tempo, gerando direitos, ou se lhes exige o dever, como instituições de controle de legalidade, legitimidade e economicidade, de efetiva e ativamente agir frente aos atos de gestão e às normas que os fundamentam, porque inconstitucionais? Estariam, eventualmente, usurpando competência do Poder Judiciário?

Assim, é esta singular atividade de controle de conformidade constitucional das leis e dos atos administrativos exercida pelos Tribunais de Contas e sua implicação com o controle de constitucionalidade que constitui o objeto do presente estudo.

A pesquisa é motivada não só em razão da relevância do tema, mas também em face da praticamente inexistente investigação jurídica aprofundada sobre o assunto, sendo esparsas as manifestações doutrinárias e/ou jurisprudenciais (“contemporâneas”, ao menos), revelando a discreta aceitação, discordância ou até mesmo desconhecimento a respeito desta atuação dos Tribunais de Contas no Brasil.

Verificada, assim, a lacuna – silêncio, até –, sobre a relevante matéria que envolve o exame de constitucionalidade das normas jurídicas no âmbito do controle exercido pelos Tribunais de Contas, e considerando ainda a ampliação das atribuições a eles cometidas a partir de 1988, entendeu-se necessário que a questão fosse examinada à luz da Constituição, do sistema normativo, da doutrina e da jurisprudência, haja vista a importância de que se reveste, em especial para o controle de constitucionalidade brasileiro.

Com tal objetivo elabora-se, pois, a presente monografia, que será dividida em quatro capítulos centrais, contendo, resumidamente, a seguinte distribuição e pertinência temática:

No Segundo Capítulo, posicionado logo após esta Introdução, examinar-se-ão os principais modelos de controle de constitucionalidade existentes no mundo, de suas origens à atualidade, abordando suas principais peculiaridades.

O Terceiro Capítulo abordará as especificidades do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e, em especial, tem o desiderato de demonstrar que o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos não se exerce, no Brasil, em caráter exclusivo pelo Poder Judiciário, contando com a colaboração de outros poderes da República para satisfazer esse mister, notadamente o Poder Executivo, por determinação explícita e implícita da Constituição e com fundamento no princípio constitucional da separação de poderes do Estado.

Considera-se fundamental o exame efetuado nos dois capítulos mencionados, para definir o exato contorno e singularidade do tema afeto ao controle de constitucionalidade, no Brasil e no mundo, por sua condição de *prius* indispensável à compreensão do tema em exame.

O Quarto Capítulo do presente trabalho dedicar-se-á ao estudo detido dos Tribunais de Contas, abordando seus principais aspectos e características, incluindo sua origem e desenvolvimento no cenário nacional até a Constituição Federal de 1988, de forma a esclarecer qual seria a sua atual posição na organização dos poderes constituídos no Brasil, bem como analisar a sua verdadeira natureza jurídica, tecendo alguns comentários acerca dos limites impostos ao Poder Judiciário à revisibilidade das decisões proferidas pelas Cortes de Contas.

Uma vez colacionadas todas as premissas necessárias à compreensão da tese exposta no presente trabalho, no Quinto Capítulo abordar-se-á o cerne da questão ora proposta, nos termos já proclamados, ou seja, a atuação dos Tribunais de Contas no controle de constitucionalidade no Brasil, com o objetivo verificar se estão autorizados a efetuar o exame de conformidade de leis e atos normativos emanados do Poder Público perante a Constituição Federal – e todas as implicações daí decorrentes, tais como: modo de proceder, efeitos, operacionalização e consequências de eventual análise nesse sentido –, com especial fundamento nas competências constitucionais atribuídas às Cortes de Contas, bem como em razão do teor da Súmula n.º 347 do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, encerrar-se-á o estudo com o item Conclusão, no qual serão resumidas as constatações efetuadas no decurso da pesquisa do tema objeto da tese, bem como fixados os parâmetros que se entendem corretos à sua compreensão, acrescidos de propostas efetuadas com o objetivo de aprimorar o trato da matéria, reiterando-se, ao final, qual a interpretação e o entendimento que se propõe como adequados com relação a este assunto.

Enfim, conquanto longe de ser profunda a análise jurídica pretérita sobre o tema proposto, reconhece-se aí – justamente por isso, aliás – um assunto instigante e com vastas possibilidades interpretativas, que apontam a necessidade de precató contra respostas abruptas ou que pareçam mais simplórias ou imediatas. É o que se passará a fazer em seguida.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL E O SURGIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO

Desde períodos imemoriais, a humanidade se viu diante da necessidade de estruturar as relações sociais entre os homens, estabelecendo formas de modular a convivência humana, dar governo e direção à sociedade, atribuindo imperativos de poder a indivíduos específicos para manutenção de uma coexistência minimamente harmônica. Para tanto e em consequência, o ser humano buscou limitar o seu próprio poder, na medida em que todo aquele *“que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”*¹.

Nesse contexto, o estabelecimento de regras foi um fator natural e necessário para manter a sociedade, surgindo, então, os primeiros modelos de Estado, originários justamente dessa necessidade de disciplina e de distribuição de poder entre os membros da coletividade que passaram a viver juntos.

Assim, a constatação de que todo poder exercido como meio de organização social tem de ser regrado e limitado é a maior contribuição para a história do chamado *constitucionalismo*, definido por Canotilho como *“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”*²; intimamente ligado a dois importantes marcos: a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos da América.³

¹ Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, famoso pela teoria da separação dos poderes, foi um dos pioneiros a manifestar a óbvia resultante da atribuição de poder ao homem. Constatou que: *“(...) trata-se de uma experiência que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite”*. (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. 2. ed., 2.^a tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166-167). Montesquieu complementava raciocínio preconizado por Aristóteles em *“Política”*, que, desde os tempos helênicos, já defendia a temerária inconveniência da concentração do poder nas mãos de um homem só, sugerindo a divisão das funções estatais em deliberante, executiva e judiciária. (ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2004, Cap. III a XI do Livro VI, p. 179-203).

² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 14. reimp., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 51.

³ Além de Montesquieu, John Locke e Jean-Jacques Rousseau influenciaram decisivamente o movimento constitucionalista, sobretudo na França e na América do Norte. Por todos, Fábio Konder

Trata-se, pois, de um movimento que materializou a relação simbiótica entre organização estatal, contenção do poder e defesa dos direitos fundamentais inerentes aos indivíduos, marcando o surgimento do chamado Estado Constitucional ou Estado de Direito, permitindo-se a idealização de um modelo em que o poder é disciplinado por normas jurídicas constantes de um documento escrito denominado Constituição.⁴⁻⁵

Aliás, justamente como consequência direta do advento dos antes mencionados acontecimentos históricos, desenvolveram-se as primeiras Constituições escritas, a norte-americana (aprovada em 1787, vigente em 1788)⁶ e a

Comparato, ao tratar dos mencionados autores, sintetiza: “[...] há duas ideias centrais no pensamento político desses autores. A primeira delas é que os cidadãos, em qualquer sociedade politicamente organizada, já nascem com direitos inerentes à sua condição humana, direitos, por isso mesmo, inalienáveis e imprescritíveis, cuja proteção deve constituir a finalidade última dos governos. A segunda ideia central no pensamento político de Locke e Rousseau é que a soberania não pertence aos governantes, quaisquer que eles sejam, mas ao povo (Locke) ou à *volonté générale* (Rousseau). Foi com base nesses princípios que os revolucionários norte-americanos e franceses conceberam o novo instituto da Constituição”. (COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 603-604).

⁴ Para Canotilho, Estado Constitucional é “uma tecnologia política de equilíbrio político-social através da qual se combateram dois arbítrios ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativos medievais”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 14. reimp., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 90). Aponta, ainda, o mesmo doutrinador, que: “O estado de direito é um **estado constitucional**. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – **supremacia da constituição** – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o ‘*primado do direito*’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 14. reimp., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 245-246). Manuel Garcia-Pelayo, por sua vez, aduz que “la característica del Estado de Derecho es que el Estado no puede requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión, no puede mandar ni prohibir nada a sus súbditos más que en virtud de un precepto legal” (GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Tercera edición. Madrid: Revista de Occidente, 1953, p. 159). Tradução livre: “a característica do Estado de Direito é que o Estado não pode requerer nenhuma ação nem impor nenhuma omissão, não pode mandar nem proibir nada a seus súditos, senão em virtude de um precepto legal”.

⁵ André Ramos Tavares fornece uma ótima digressão sobre o tema em debate: “[...] doravante, com a implementação dos ideais do constitucionalismo, o poder, pertencente ao povo, é exercido pelo legislador. Mas este é limitado por normas básicas (da Constituição), resultantes da vontade popular (que novamente comparece no discurso teórico). A ruptura está justamente nessa ressalva final. Há uma preocupação primária em conter o poder. Opera-se, com isso, uma alteração substancial também na relação entre os clássicos ‘poderes’, na medida em que o legislador deixa de ser apresentado como onipotente e soberano. Essa mudança, por seu turno, reflete diretamente na questão das fontes do direito, pois o legislador não possui mais o monopólio da produção (e revogação) do Direito. [...] A Constituição será, doravante, fonte do Direito (constitucional) e também conjunto normativo que disciplina as demais fontes do Direito.” (TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45).

⁶ A Constituição Americana foi aprovada no Congresso do Estado da Filadélfia em 28.09.1787, mas sua vigência somente iniciou-se em 21.06.1788, com a ratificação pelo nono Estado norte-americano, New Hampshire, conforme determinava o artigo 7º do texto constitucional: “A ratificação pelas

francesa (1791), pioneiras, pois, na introdução do constitucionalismo com seus ideais de garantia de legitimação e limitação do poder.

O texto constitucional passa, então, a se distinguir de todos os demais textos normativos, especialmente em razão de três características essenciais: (i) somente pode ser alterado por um procedimento específico, mais dificultoso e complexo, diverso daquele previsto para modificação das leis em geral (rigidez)⁷; (ii)

Convenções de 9 (nove) Estados será suficiente para a entrada em vigor desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado". Segundo Mauro Cappelletti, "[...] antes de ter sido posto em prática o sistema norte-americano de *judicial review (of the constitutionality of legislation)*, nos outros Estados – e refiro-me, em particular, aos Estados da Europa – nada de semelhante tinha sido criado. A razão disso é, de resto, facilmente compreensível se se pensa que, precisamente, com a Constituição norte-americana, teve verdadeiramente início a época do "constitucionalismo", com a concepção da *supremacy of the Constitution* em relação às leis ordinárias. A Constituição norte-americana representou, em síntese, o arquétipo das assim chamadas Constituições "rígidas", contrapostas às Constituições "flexíveis", ou seja, o arquétipo daquelas Constituições que não podem ser mudadas ou derogadas, através de leis ordinárias, mas, eventualmente, apenas através de procedimentos especiais de revisão constitucional". (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed., reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 46-47).

⁷ Sobre a característica de rigidez, Ronaldo Poletti ensina que: "A Constituição rígida se fundamenta na distinção, por sua vez, entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos. Enquanto a lei de matéria constitucional é obra do Poder Constituinte, a lei ordinária é fruto dos poderes constituídos, limitados pela própria Constituição. Nas Constituições rígidas, portanto, sua elaboração e modificação exigem um procedimento diferente do procedimento legislativo ordinário. [...] Consistem essas formalidades, nas Constituições fundadas na idéia do Poder Constituinte do povo, no acordo direto com o povo, ou, ainda, na dissolução dos órgãos dos representantes ou na consulta direta dos eleitores, bem assim na convocação dos representantes do povo especialmente para isso. Por outro lado, as decisões alteradoras da Constituição devem preencher uma infinidade de requisitos extraordinários, entre eles o de uma maioria superior à ordinariamente exigida para as modificações no ordenamento jurídico comum". (POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 03). As palavras de Luís Roberto Barroso não deixam dúvidas acerca da importância da rigidez como pressuposto para o controle de constitucionalidade: "A *rigidez constitucional* é igualmente pressuposto do controle. Para que se possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade haveria revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade". (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 02). Contudo, é importante ressaltar que, em pese a necessidade de instrumentos que protejam de agressões ou de transformações abruptas, a Constituição deve ser elástica o suficiente para permitir a sua adaptação às transformações sociais que ocorrem naturalmente com o tempo. Nesse sentido, brilhante lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: "As Constituições, como obras humanas, não podem ser perfeitas; demais, a sociedade envolve, pois, certos preceitos convenientes em determinadas situações sociais e políticas já se não amoldam exatamente a outras, e surge, naturalmente, a necessidade de reformá-las, para que não fiquem sendo objetos de museu de antiguidades. Impossível se admitirem leis imutáveis em todas as suas disposições. A reforma, entretanto, tratando-se de assunto de magna importância, não deve ser feita de afogadilho, impõe-se tomarem todas as cautelas, e se previrem as consequências que advirão com as inovações. [...] Tais processos não devem, entretanto, ser tão apertados, que quase impossibilitem a reforma, pois então, estaremos em situação igual aos que consideram intangível a estrutura constitucional, nem admitindo sequer, a falibilidade de quaisquer dos seus preceitos, e não determinam os requisitos para conseguir revê-los.

as normas dele extraídas são consideradas hierarquicamente superiores a todas as demais normas jurídicas existentes, devendo, estas últimas, total adesão ao conteúdo das primeiras (hierarquia e supremacia)⁸; e (iii) pressupõe, sempre, a posituação de *direitos fundamentais* e o estabelecimento da *separação de Poderes*⁹.

Essas três características estão intrinsecamente relacionadas, na medida em que, da essência da rigidez constitucional, decorre a supremacia da Constituição sobre todas as outras leis e/ou outros atos normativos, pressupondo-se, por consequência, a existência de uma hierarquia normativa no ordenamento jurídico, não só de natureza formal, mas também material¹⁰, regando os valores principais de uma determinada sociedade, tais como os direitos e garantias fundamentais e a separação de poderes.

A Constituição, então, constitui o ponto de referência máximo, orientador de toda atividade estatal, sendo o fundamento último de referência e validade de todos os atos normativos, sejam legislativos, administrativos ou judiciais,

O silêncio quanto a esta medida pode ser interpretado como desejo de que se não toque na Lei Fundamental, e se conserve como foi proclamada pela primeira vez.” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 40-42).

⁸ Canotilho afirma que a Constituição é dotada de características especiais, o que conduz à sua superioridade hierárquico-normativa em relação a todas as outras normas do ordenamento. Desta superioridade, decorre que: (i) as normas constitucionais formam um *lex superior* que fundamenta a sua validade em si mesma (*autoprímazia normativa*); (ii) as normas da Constituição são *normas de normas (normae normarum)*, sendo essas, fontes de produção jurídica para as demais; (iii) a superioridade das normas constitucionais geram o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 14. reimp., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1147).

⁹ Ambas as exigências pressupostas constam da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, especificamente em seu artigo 16º que aduz que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

¹⁰ No que tange à relação existente entre a rigidez e a supremacia constitucional, faz-se menção ao interessante cotejo feito por Clèmerson Merlin Clève, nos seguintes termos: “A rigidez constitucional permite a discriminação entre as obras do Constituinte e do Legislador. A segunda, encontrando o seu parâmetro da validade na primeira, não pode, quer sob o prisma material, quer sob o prisma formal, atingi-la. Existe, bem por isso, uma relação hierárquica (relação de fundamentação/derivação) necessária entre ambas. A supremacia constitucional é dependente, em princípio da rigidez constitucional. Mas a rigidez não é capaz, por si só, de assegurar a supremacia da Constituição”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 32). Ainda, sobre o assunto, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirma que: “A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável”. (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 99).

servindo como instrumento garantidor de direitos e garantias fundamentais individuais, e limitador de ação dos Poderes estatais constituídos.¹¹

A doutrina, por sua vez, reconheceu a supremacia das normas constitucionais em relação a todas as demais normas jurídicas existentes no ordenamento e estabeleceu, de início, um meio próprio e específico de controle para garantir a preponderância da Constituição sobre todo e qualquer ato que lhe seja contrário: **o controle pelo Poder Judiciário**.¹²

Nesse contexto, o pioneiro foi o norte-americano Alexander Hamilton, que, em artigo publicado no jornal *Independent Journal* em 1788, intitulado *The Federalist n.º LXXVIII*, enuncia a teoria da supremacia da Constituição, superior hierarquicamente a todas as outras leis e/ou atos administrativos constantes do ordenamento jurídico, prevalecendo em caso de embate ou conflito com quaisquer normas infraconstitucionais.¹³

A teoria exposta por Hamilton estabeleceu, em verdade, as bases do *judicial review* americano (a ser posteriormente abordado de maneira mais detalhada). Em simples linhas de seu raciocínio: a Constituição é definida como Lei Fundamental e assim deve ser vista pelo Judiciário, cabendo ao juiz resolver os

¹¹ Em consonância com esse pensamento, Eduardo García de Enterría afirma: “Esta resistencia o plus de validez, o inmunidad de la Constitución frente a todas las normas y actos que de ella derivan, es La base misma de su supremacia y, por tanto, la piedra angular de su eficacia como pieza técnica em la construcción del Estado y del ordenamiento jurídico” (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed., 4.ª reimpressão. Madrid, Civitas, 2001, p. 65). Tradução livre: “Esta resistência ou validade, ou imunidade da Constituição contra todas as normas e atos que derivam dela, é a própria base da sua supremacia e, portanto, a pedra angular da sua eficácia como uma parte técnica na construção do Estado e da lei”.

¹² Sobre o tema, cabe trazer à colação as providenciais lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que adverte: “O oráculo, em última instância, da Constituição, deve ser um corpo apolítico, isento de *parti pris*, indiferente aos interesses individuais e egoísticos, e que serenamente procure a verdade, verificando se algum dos Poderes governamentais se excedeu na sua missão, e assim estabeleça a hierarquia entre a Constituição e a lei ordinária ou o ato administrativo, e declare nulos e írritos, sem nenhum valor, estes últimos, quando contrários àquela”. (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 89-90). E, mais adiante, completa: “A teoria das Constituições rígidas com o poder judiciário alçado à função magnífica de declarar inconstitucionais e, portanto, sem valor nenhum, os atos dos outros poderes do governo é, pensamos, a maior conquista do Direito Constitucional nestes últimos tempos”. (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 148). Contudo, adverte-se, desde já, que essa foi a concepção inicialmente traçada pela doutrina. É certo também que o órgão responsável pelo controle pode pertencer a qualquer um dos outros dois poderes, ou ainda poderá ser um órgão não situado em qualquer dos três, constituindo um poder autônomo, como ocorre com o atual Conselho Constitucional francês ou nos moldes das cortes constitucionais europeias, que serão, ambos, objeto de melhor análise mais adiante no presente trabalho.

¹³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 478-485.

conflitos em caso de embate entre a Constituição e as normas infraconstitucionais, atribuindo sempre preferência à Constituição.

Assim sendo, é certo que o tema do controle de constitucionalidade é baseado no princípio da supremacia da Constituição, que posiciona a Carta Magna acima de todas as outras manifestações do Direito, as quais, ou são com ela compatíveis, ou nenhum efeito devem produzir. Nesse ponto, é esclarecedora a lição de Maurice Hauriou, que estabelece a ligação entre a supremacia constitucional e o procedimento de controle de constitucionalidade:

La constitution nationale, étant l'expression la plus directe de la souveraineté nationale, est la loi supreme du pays. Cette suprémacie se marque de deux façons: 1^o par la délégation de pouvoirs aux institutions représentatives faites par la constitution; 2^o par la supériorité de cette loi exceptionnelle sur les lois ordinaires, supériorité qui, logiquement, tend à se traduire em um système d'invalidité juridique des dispositions de lois ordinaires contraires au texte ou aux principes de la constitution (système d'inconstitutionnalité des lois ou de controle de constitutionnalité des lois).¹⁴

Tem-se, então, que o controle de constitucionalidade representa a possibilidade de se fiscalizar a adequação das normas ao ordenamento jurídico constitucional, evitando, assim, a existência de contradição entre as normas infraconstitucionais e as constitucionais, em especial, com relação aos *direitos fundamentais*¹⁵.

Nas palavras de Canotilho, “*a fiscalização da constitucionalidade tanto é uma garantia de observância da constituição, ao assegurar, de forma positiva, a dinamização da sua força normativa, e, de forma negativa, ao reagir através de*

¹⁴ HAURIU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. Deuxième Édition. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1929, p. 261. Tradução livre: “A constituição nacional é a expressão mais direta da soberania nacional, é a lei suprema do país. Esta supremacia está marcada de duas maneiras: 1^o pela delegação de poderes às instituições representativas feita pela Constituição; 2^o pela superioridade desta lei excepcional sobre as leis ordinárias, superioridade que, logicamente, tende a resultar em um sistema de invalidade jurídica para as disposições das leis ordinárias contrárias ao texto ou aos princípios da Constituição (sistema de inconstitucionalidade de leis ou controle de constitucionalidade das leis)”.

¹⁵ Segundo Maurizio Fioravanti, “[...] *la inviolabilidad de los derechos fundamentales, considerados como tales por las Constituciones y que por tanto deben ser tutelados mediante el control de constitucionalidad incluso contra su posible violación por parte del legislador.*” (FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y Constitución*. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). *El estado moderno em Europa: instituciones y derecho*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 38). Tradução livre: “[...] a inviolabilidade dos direitos fundamentais, considerados como tais pelas Constituições e que, portanto, devem ser tutelados mediante o controle de constitucionalidade contra sua possível violação por parte do legislador”.

sanções contra a sua violação”, quanto uma *garantia preventiva* para afastar normas que contrariem o texto constitucional.¹⁶

Com efeito, tendo por base tais premissas, vê-se que é impossível conceber um verdadeiro *Estado Democrático de Direito*¹⁷ sem a existência de um sistema que permita a fiscalização da Constituição e seu fiel cumprimento pelas normas infraconstitucionais.

A Constituição se torna a base fundante que norteia todo o desenvolvimento jurídico do Estado e que outorga o gozo e a fruição dos direitos pelo povo; daí a razão pela qual o controle de constitucionalidade – realizado, via de regra, pelo Poder Judiciário – se mostra tão importante no contexto democrático. Nos dizeres de Lenio Luiz Streck:

[...] na medida em que a Constituição agrega tais valores substantivos, *adquire fundamental relevância o papel da justiça constitucional*, sendo-lhe reservada uma atuação concreta – no plano do controle concentrado – e dos órgãos do Poder Judiciário no plano do controle difuso de constitucionalidade, no sentido da verificabilidade acerca do conteúdo (não somente adjetivo, mas substantivo) dos atos e procedimentos legislativos e administrativos. Claro que tal assertiva pode e deve ser relativizada, mormente porque não se pode esperar que a justiça constitucional (ou o Poder Judiciário) seja a solução (mágica) dos problemas sociais. Entretanto, e isto é relevante para os propósitos destas reflexões, *é pela via do cumprimento da Constituição, através dos órgãos competentes, que é possível, em determinados casos, a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição*, e, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, *pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais*.¹⁸

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 14. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 889.

¹⁷ Não se pode dissociar o conceito de Estado de Direito do conceito de democracia. Os movimentos até então mencionados preconizavam a necessidade de salvaguardar os direitos e interesses do povo, destinatário final do poder que decorre da Constituição, que passa a ser credor e fiscal da responsabilidade do Estado frente às decisões por este tomadas. Nesse sentido, segundo Manuel Garcia-Pelayo, “desde el punto vista político, el sistema democrático se caracteriza por las siguientes notas: a) la voluntad y actividad del Estado es formada y ejercida por los mismo que están sometidos a ellas; b) por conseguinte, el ‘pueblo’, a quien se dirige el poder del Estado, es al mismo tiempo sujeto de este poder; su voluntad se convierte em voluntad del Estado sin apelación superior; el Pueblo es, pues, soberano.” (GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Tercera edición. Madrid: Revista de Occidente, 1953, p. 169-170). Tradução livre: “do ponto de vista político, o sistema democrático é caracterizado pelas seguintes características: a) a vontade e a atividade do Estado é formada e exercida pelos mesmos que estão sujeitas a elas; b) por conseguinte, o ‘povo’, a quem se dirige o poder do Estado, é ao mesmo tempo sujeito desse poder; sua vontade se converte na vontade do Estado, sem recurso superior, o Povo é, pois, soberano”.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 21-22.

Enfim. Em breve resumo e a rigor, os três principais modelos pelos quais a fiscalização do ordenamento jurídico poderá ser exercida são: (i) modelo difuso, (ii) modelo concentrado e (iii) modelo político. O aprofundamento dos mencionados modelos será realizado nos tópicos subsequentes do presente trabalho, mas, por ora, algumas noções preliminares podem ser apresentadas a respeito de cada um deles.

O modelo difuso, também denominado incidental, consiste no exercício de controle de constitucionalidade nos casos concretos. Nesse sistema, cuja consolidação ocorreu nos Estados Unidos da América com o célebre voto proferido pelo juiz John Marshall (que adotou a teoria preconizada por Alexander Hamilton¹⁹), o juízo singular, quando da análise de uma situação específica a eles designada, tem competência para declarar a inaplicabilidade de determinada norma diante de sua contradição com os ditames da Constituição vigente.

O modelo concentrado, também denominado abstrato, aponta para a declaração de inconstitucionalidade das normas feita por um Tribunal específico, especializado e autônomo, sem a necessidade de se discutir situações concretas para a análise da adequação constitucional da norma ou não. Trata-se do sistema idealizado pelo austríaco Hans Kelsen²⁰, que sustentava a necessidade de criação de um órgão separado das funções estatais para julgar a constitucionalidade das normas viciadas colocadas em xeque.

Tem-se, ainda, o modelo em que a fiscalização da constitucionalidade é exercida por meio de um órgão político, também estranho ao Judiciário, que tem competência para avaliar previamente a adequação constitucional de determinada norma. Mauro Cappelletti afirma que o país que oferece os mais típicos e numerosos exemplos de um controle político é a França, por meio do *Conseil Constitutionnel*.²¹

¹⁹ Foi o voto de Marshall, e não o artigo de Hamilton, que obteve a consagração histórica, sendo considerado o responsável pela teoria da supremacia da Constituição e pelo *judicial review*.

²⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 150.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 27.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: O DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE AO LONGO DOS TEMPOS

Após essencial introito, e antes de adentrar especificamente nos três principais modelos de fiscalização acima mencionados, vê-se a necessidade de discorrer sobre o desenvolvimento do controle de constitucionalidade nos ordenamentos jurídicos ao longo dos tempos, na medida em que a compreensão histórica se faz importante em qualquer trabalho científico que se preze.

Além disso, o Brasil importou inúmeros institutos jurídicos do direito estrangeiro, o que torna de grande relevância o estudo do direito comparado para se compreender o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio.

De início, pontua-se: o que se pretende demonstrar é que, mesmo considerando a diversidade dos casos concretos e dos instrumentos jurídicos adotados para resolvê-los, impor um limite ao legislador e torná-lo efetivo por meio de um controle de constitucionalidade é uma necessidade profundamente radicada na história da civilização humana.

James Grant, conhecido constitucionalista norte-americano, defendia que o controle judicial de constitucionalidade, o *judicial review*, foi posto em prática, pela primeira e exclusiva vez, nos Estados Unidos, no século XVII, e difundido depois, no curso do século XIX, para outros países, sendo certo, então, que *“en verdad, se puede decir que la confianza em lós tribunales para hacer cumplir la Consitución como norma superior a las leyes estabeelcidas por la legislatura nacional es una contribución de las Américas a la ciencia política”*²².

De fato, é possível se afirmar que a tese de Grant é substancialmente verdadeira, sem ser, porém, historicamente de todo correta. Isto porque, malgrado não ter surgido, em momento pretérito, nenhuma tese que tratou especificamente a respeito da supremacia da Constituição em relação às demais normas, existiu, no

²² GRANT, James A. C. *El Control Jurisdiccional de La Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a La Ciencia Política*. Publicación de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1963, p. 24, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 46. Tradução livre: “na verdade, pode-se dizer que a confiança nos tribunais para fazer cumprir a Constituição como norma superior em relação às leis estabelecidas pelo legislador nacional é uma contribuição das Américas à ciência política”.

entanto, em outros e mais antigos sistemas jurídicos, uma espécie de supremacia de uma dada lei ou de um conjunto de leis.

Segundo Cappelletti²³, na Grécia Antiga, o direito ateniense distinguia-se entre o *nómos* e o *pséfisma*, que corresponderiam, respectivamente, à lei em sentido estrito e aos decretos atuais. Na realidade, os *nómos* estariam mais assemelhados às leis constitucionais, porque, além de tratar da organização do Estado, eventuais modificações em seu conteúdo somente poderiam ser realizadas de maneira extraordinária e por meio de um procedimento especial, impondo-se graves sanções ao propositor de alguma alteração que se mostrasse inconveniente:

[...] a mudança da lei era considerada, em suma, uma providência de extraordinária gravidade, cercada das garantias mais prudentes e até mais estranhas, com responsabilidades gravíssimas para quem propunha uma alteração que não fosse, no final, aprovada ou que, ainda que aprovada, se mostrasse, depois, inoportuna.²⁴

Não obstante isso, as Assembleias Populares de Atenas, ou *Ecclesia*, detinham poder legislativo, mas não assumiam a forma e o valor de *nómos*, sendo certo que sua função legiferante era limitada à elaboração dos *pséfisma* para disciplinar as relações jurídicas cotidianas entre os cidadãos gregos. Nesse contexto, era necessário que o *pséfisma*, qualquer que fosse o seu conteúdo, estivesse em total consonância e de acordo com o sentido do *nómos*, sob pena de ilegalidade (“ou, como nós gostaríamos de dizer, de *inconstitucionalidade*”²⁵).

A consequência da ilegalidade (ou inconstitucionalidade) dos decretos emanados pela *Ecclesia* era dúplice: (i) responsabilidade penal para aquele que havia proposto o decreto viciado, mediante apuração por meio de instituto denominado *graphé paranomón*²⁶; e (ii) os juízes atenienses, embora fossem

²³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 49-51.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 49.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 50.

²⁶ “O *graphé paranomón* era um instituto que possibilitava denunciar, com efeito retroativo, lei ou ato, como inconstitucional (!) ou contrário ao interesse público”. (POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 09). Mais adiante, o mesmo autor apresenta alguns detalhes da mencionada ação: “O *graphé paranomón* possibilitava a qualquer cidadão o exercício do direito de acionar o autor de uma moção ilegal e

obrigados por solene juramento a julgar “*Kata tous nómous Kai Katà psefísmata*” (“segundo a leis e segundo os decretos”) somente poderiam aplicar o *pséfima* caso essa norma não estivesse em contradição com o *nómos*.²⁷

Com efeito, o que se viu em Atenas foi o desenvolvimento de um modelo muito semelhante ao atual controle de constitucionalidade, com a utilização de um instrumento jurídico específico (*graphé paranómón*) para impedir o abuso do direito de iniciativa das leis pelos cidadãos, restringindo o poder legislativo na democracia e contendo a onipotência da *Ecclésia* nos seus exatos limites.

Após a Grécia, pode ser apontada outra espécie de controle de constitucionalidade, que era a realizada pelo Senado Romano. Analisando-se o funcionamento do Senado, tanto na época da Realeza, quanto na da República, verifica-se que exercia notável ingerência na elaboração das leis e na declaração de sua nulidade.

O Senado confirmava ou não as leis, depois de verificar se elas iriam contra os costumes e, na hipótese disso ocorrer, decidia se a revogação dos costumes seria justificada. Nas palavras de Ronaldo Poletti, o Senado Romano era “*uma espécie de guardião da Constituição [...] e chegou, nos últimos anos da República, a examinar a constitucionalidade das leis e, até, dispensar a obrigatoriedade de sua observância para alguns cidadãos*”²⁸.

Em continuação, a concepção do direito e da justiça existente na época medieval também apresentou grande importância histórica para o estudo do controle

mesmo o presidente que não a submeteu aos sufrágios. O acusador devia deduzir sua posição por escrito, indicando a lei que entendera haver sido violada. Ele podia anunciar sua intenção num juramento, na Assembleia do povo, antes ou depois da votação das disposições que ele julgasse ilegais. Essa declaração oficial tinha por efeito suspender a validade da moção ou do decreto até o julgamento por um tribunal de, no mínimo, mil jurados. Toda moção podia ser atacada por vício de forma. Seria suficiente que ela não tivesse observado, ponto por ponto, as severas regras do procedimento. Ainda mais grave era a ilegalidade material. O autor da moção, caso fosse ela julgada contrária às leis ou à constituição, bem como todos os que tivessem aderido à sua votação favorável, ficavam sujeitos a graves sanções. Três condenações por ilegalidade acarretavam a perda do direito de fazer proposições à Assembléia. Para o autor da moção ilegal, a prescrição ocorrida no decurso de um ano; mas para a moção, ela própria, não havia qualquer prescrição; ela, sempre, poderia ser anulada por uma sentença do tribunal”. (POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 11).

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 51.

²⁸ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 17.

de constitucionalidade. Segundo Cappelletti²⁹, na Idade Média a formulação do direito era difundida na distinção entre duas ordens de normas: (i) *jus naturale*, norma superior e inderrogável; e (ii) *jus positum*, que não deveria estar em contraposição com a primeira.

O *jus naturale* (ou direito natural) era configurado como a *norma superior*, de derivação divina, dotada de validade em si e por si, servindo, além de base e inspiração de outras normas, para justificar fatos e relações jurídicas (como o absolutismo vigente, por exemplo). Por sua vez, o *jus positum* (ou direito positivo) era considerado como norma inferior, derivada da razão humana, e deveria estar sempre em conformidade com o direito natural, possuindo validade subordinada e contingente³⁰; afinal, caso afrontasse o *jus naturale*, a norma deveria ser considerada *nula e não vinculatória*:

O ato do soberano que tivesse infringindo os limites postos pelo direito natural era declarado formalmente nulo e não vinculatório, tanto que o juiz competente para aplicar o direito era obrigado a considerar nulo (e por isto não obrigatório) seja o ato administrativo contrário ao direito (natural), seja a própria lei que se encontrasse em semelhante condição, mesmo que ela tivesse sido proclamada pelo Papa ou pelo Imperador. Segundo, enfim, alguns teóricos, mesmo os súditos individualmente considerados estavam desobrigados do dever de obediência em face do comando não conforme ao direito (natural), tanto que a imposição coativa da norma antijurídica justificava a resistência, mesmo armada, e, até, o tiranicídio.³¹

Outro marco histórico relevante para os estudos sobre o controle de constitucionalidade ocorreu na Inglaterra e data da primeira metade do século XVII, período que antecedeu a Revolução Gloriosa de 1688.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 51-52.

³⁰ Para sintetizar o pensamento, vale a pena lembrar as lições de Miguel Reale: “O Direito Natural, acorde com a doutrina de Santo Tomás de Aquino, repete, no plano da experiência social, a mesma exigência de *ordem racional* que Deus estabelece no universo, o qual não é um *caos*, mas um *cosmos*. À luz dessa concepção, a lei positiva, estabelecida pela autoridade humana competente, deve se subordinar à *lei natural*, que independe do legislador terreno e se impõe a ele como **um conjunto de imperativos éticos indeclináveis**, dos quais se inferem outros ajustáveis às múltiplas circunstâncias sociais. Desse modo, haveria duas ordens de leis, uma dotada de validade em si e por si (a do Direito Natural) e outra de validade subordinada e contingente (a do Direito Positivo)”. (g.n.) (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., ajustada ao novo código civil, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 312).

³¹ BATTAGLINI, Mário, *Contributi ala storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, Giufrè, 1957, p. 13, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed., reimpressão, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 52.

Segundo a tradição jurídica inglesa até então, a *common law* era caracterizada como lei fundamental do ordenamento e prevalente em relação às denominadas *statutory law*, normas elaboradas pelo Parlamento, que, apesar de não poderem contrariá-la, poderiam complementá-la, se o caso.³²

Foi sobre a base dessa tradição que se fundou a doutrina de Sir Edward Coke, magistrado, grande teórico e defensor da subordinação da lei ao *common law*, que defendia a prevalência da autoridade do juiz sobre o Rei e a nação, reforçando-se, especialmente, o caráter de supremacia da *common law* sobre os feitos do Parlamento. É certa a intervenção de Cappelletti a respeito da posição de Coke:

Mas quem devia controlar e afirmar tal '*repugnancy is unreasonableness*'; quem deveria garantir, afinal de contas, a supremacia da *common law* contra os arbítrios do Soberano, de um lado, e do Parlamento, de outro? É esta a indagação essencial; e a resposta de Coke era firme e decidida: aquele controle, aquela garantia eram funções dos juízes!³³

Quando ao *Chief Justice* Edward Coke foi submetido o caso de Thomas Bonham, essa preponderância e demonstração de poder do *common law* ficou ainda mais explícita. Conforme constam dos registros da jurisprudência inglesa, Thomas Bonham foi condenado e aprisionado sob o argumento de praticar medicina sem a respectiva e necessária licença. Isto porque, de acordo com o Regimento do *Royal College of Physicians*, confirmado por um ato do Parlamento inglês, o exercício da medicina somente seria lícito quando autorizado por uma comissão específica. No caso em questão, Bonham, apesar de não ter obtido a mencionada licença, continuou a exercer sua atividade, o que resultou na aplicação de uma multa pecuniária, a ser recolhida em favor da própria Universidade, e em sua posterior prisão.³⁴

Ao analisar o caso, Coke entendeu pela ilegalidade das penalidades impostas pelo *Royal College of Physicians*, vez que: (i) segundo o *common law*, a restrição da liberdade de uma pessoa não poderia se sujeitar a atos de particulares;

³² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 58.

³³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed., reimpressão,. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 59.

³⁴ SHEPPARD, Steve (org.). *Sir Edward Coke, The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*. Vol. 1. Indianapolis: Liberty Fund, 2003. Chapter: Dr. Bonham's Case. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/title/911/106343>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

e (ii) a multa imposta pela Universidade não poderia ser revertida em seu próprio favor, mas sim ao Rei, pois é assim que se observa na *common law*.

Em razão disso, o ato do Parlamento que confirmou o Regimento do *Royal College of Physicians* não poderia ser acolhido pelos magistrados, na medida em que concebera um particular como juiz, legislador e parte numa mesma situação.³⁵ O *Chief Justice* concluiu que a punição aplicada a Bonham foi exacerbada e desprovida de fundamentação, ressaltando a ilegalidade cometida pelo ato do Parlamento inglês e afirmando que “*it shall be absurd, that in one and the same sentence the makers of the Act shall give them a general power to punish without limitation; and a special manner how they shall punish, in one and the same sentence*”³⁶.

Por essa decisão, *Chief Justice Coke* acabou por afirmar que os atos do Parlamento (e até mesmo do próprio Rei) estarão sempre sujeitos ao controle dos magistrados, não podendo, assim, ultrapassar os limites da *common law*, sendo certo que “*that in many cases, the Common Law doth control Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will control it, and adjudge such Act to be void*”³⁷.

³⁵ Em suas palavras: “*The Censors, cannot be Judges, Ministers, and parties; Judges, to give sentence or judgment; Ministers to make summons; and Parties, to have the moyety of the forfeiture, quia aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem sui rei esse judicem, and one cannot be Judge and Attorney for any of the parties, Dyer 3 E. 6. 65. 38 E. 3. 15. 8 H. 6. 19b. 20a. 21 E. 4. 47a. &c.*”. (SHEPPARD, Steve (org.). *Sir Edward Coke, The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*. Vol. 1. Indianapolis: Liberty Fund, 2003. Chapter: Dr. Bonham’s Case. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/title/911/106343>>. Acesso em: 27 mar. 2016). Tradução livre: “Os censores não podem ser juízes, ministros e partes; Juízes prolatam decisões ou sentenças; Ministros convocam; e as Partes, por suportarem metade da perda, quia aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem sui rei esse judicem [porque ninguém pode ser juiz em sua própria causa, sendo errado que alguém seja juiz de sua própria propriedade], e ninguém pode ser juiz e advogado de qualquer das partes, Dyer 3 E. 6. 65. 38 E. 3. 15. 8 H. 6. 19b. 20a. 21 E. 4. 47a. &c.”.

³⁶ SHEPPARD, Steve (org.). *Sir Edward Coke, The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*. Vol. 1. Indianapolis: Liberty Fund, 2003. Chapter: Dr. Bonham’s Case. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/title/911/106343>>. Acesso em: 27 mar. 2016. Tradução livre: “é um absurdo que numa única sentença os elaboradores de tal [referindo-se ao Parlamento] ato deram-lhe poderes gerais para punir sem limitação e um modo especial para que punam, numa única sentença”.

³⁷ SHEPPARD, Steve (org.). *Sir Edward Coke, The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*. Vol. 1. Indianapolis: Liberty Fund, 2003. Chapter: Dr. Bonham’s Case. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/title/911/106343>>. Acesso em: 27 mar. 2016. Tradução livre: “[...] em vários casos, a common law pode controlar os atos do Parlamento e algumas vezes pode decidir por evitá-los: pois quando um ato do Parlamento é contrário à razão e direito da common law, ou repugnante ou impossível de ser executado, a common law irá controlá-lo e decidir que tal ato seja afastado”. Sobre tal posicionamento, afirma Themístocles Cavalcanti, ao comentar a decisão de Edward Coke que: “em julgados e opiniões diversas, mesmo nos tempos atuais, um contrôlê geral da *commom law*

A teoria de Coke, apesar de ter ganhado importância e relevância à época, não foi seguida na Inglaterra quando da eclosão da Revolução Gloriosa e da edição do histórico “*Bill of Rights*” (1689), prevalecendo até os dias atuais o princípio da supremacia do Parlamento.³⁸

Por outro lado, referida concepção teve guarida nas colônias britânicas da América do Norte, notadamente nos Estados Unidos da América, país que certamente sofreu influência da *common law* britânica, e criou, em razão disso, um sistema próprio, com algumas particularidades e diferenças se comparado ao sistema inglês.³⁹ Nesse sentido, Maurice Hauriou analisa de que maneira a *common law* influenciou o direito americano a ponto da interpretação jurisprudencial ocupar o papel de protagonista:

sobre as leis e os *statutes* não é de todo sem sentido, porque existe a idéia, predominante entre os juizes, de que a *common law* é mais ampla e mais fundamental do que qualquer *statute* e que as leis devem ser elaboradas de conformidade com a *common law*”. (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 49).

³⁸ A supremacia do órgão legislativo conferiu-lhe primazia e tornou inviável o controle de constitucionalidade das leis por órgão externo ou até mesmo por juizes. Sem embargo, ensina Gustavo Binbenjoni que o ordenamento inglês, antes da Revolução Gloriosa, admitia uma espécie de controle das leis. De fato, “[...] ainda na primeira metade do século XVII, na Inglaterra e em suas colônias foi praticada espécie de controle judicial da constitucionalidade. Com efeito, era corrente na tradição jurídica inglesa a concepção da lei não com ato de vontade, mas como mero ato declaratório do direito consuetudinário. Em suma, a *common law* tinha prevalência sobre a lei escrita (*statutory law*); aquela poderia até ser completada, mas jamais contrariada por essa. Fundado em tal tradição, desenvolveu-se e ganhou expressão a teoria de Edward Coke, que propugnava pela atuação dos juizes como mediadores entre rei e nação e como guardiões da supremacia da *common law* sobre a autoridade do Parlamento e do próprio soberano. Após praticada por algumas décadas do século XVII, a doutrina de Sir Coke – considerada por alguns o ponto de partida da ideia de jurisdição constitucional – acabou abandonada com o advento da Revolução Gloriosa e a afirmação da ainda hoje vigente supremacia do Parlamento.” (BINENBOJIM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18-19).

³⁹ Nesse sentido, esclarece Lenio Luiz Streck que: “Muito embora essas sístoles e diástoles que marcaram a história norte-americana, o sistema da *common law* triunfou. A língua inglesa e o povoamento originariamente inglês dos Estados Unidos, além de obras de juristas magistras, entre os quais Kent, Blackstone e Story, contribuíram de forma decisiva para que os Estados Unidos da América adotassem essa modalidade de sistema jurídico. Não mais se discute, pois, o sistema da *common law*! Num grande número de Estados, as leis estabeleceram que a *common law*, tal como se apresentava nessa ou naquela data, era o Direito em vigor no Estado. Em outros Estados, não se julgou útil fazer uma proclamação desse teor. Contudo, o conflito que, como se viu, atravessou décadas e décadas, não foi estéril, uma vez que deu à *common law* americana características próprias e particulares em confronto com a *common law* inglesa. O Direito americano evoluiu sob a influência de fatores próprios e é profundamente diferente do tipo inglês. Os próprios conceitos tornaram-se diferentes, e os dois direitos já não se identificam pela sua estrutura. Não se deve, contudo, exagerar nas diferenças. Apesar delas, existe um fundo comum aos dois direitos que é muito importante: o bastante para que os americanos se considerem membros da família da *common law*”. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 319).

De plus, à raison de la survivance de la coutume, on peut dire que le droit américain est *judge maid*, fait par le juge. Il l'est dans sa partie coutumière, car il ne faut pas oublier le *common law* qui est la base coutumière des principes généraux du droit, et il est aussi dans sa partie légale en ce qui concerne le *statute law*, parce que, par entraînement, les juges américains traitent la loi écrite avec la même liberté que la coutume et l'interprètent par les principes coutumiers. Non seulement, la loi écrite n'est pas défendue par un pouvoir exécutif appuyé sur un régime administratif, mais elle n'a même jamais été consolidée par une codification, les textes épars sont submergés et engloutis rapidement par l'interprétation jurisprudentielle constructive.⁴⁰

Por fim, além dos exemplos e precedentes históricos mencionados, Alfredo Buzaid noticia, ainda, que os juízes portugueses dos primórdios do século XVII também detectaram a existência de um controle de compatibilidade das normas durante o período colonial, por força das Ordenações Filipinas. Nesse contexto, nos termos do Código Filipino, ocorrendo eventual antagonismo entre uma ordenação do Reino e uma lei municipal era dever do Corregedor das comarcas decretar a nulidade da última. Buzaid, então, concluiu que o legislador filipino revelou duas premissas essenciais: (i) a existência de uma hierarquia normativa de leis; e (ii) a competência, atribuída ao órgão judiciário, de declarar a nulidade da norma tida como incompatível com as Ordenações.⁴¹

Pois bem. Conforme já adiantado, observam-se precedentes relevantes que culminaram na elaboração teórica e no exercício de um verdadeiro controle de constitucionalidade, ainda que não tivessem tratado exatamente (por razões óbvias) de uma discrepância entre as normas constantes no texto constitucional vigente e as normas infraconstitucionais.

2.3 PRINCIPAIS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXISTENTES NO MUNDO

⁴⁰ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. Deuxième Édition. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1929, p. 278. Tradução livre: "Além disso, à razão de sobrevivência dos costumes, pode-se dizer que o direito americano é *judge maid*, feito pelo juiz. Ele é de uma parte costumeiro, porque não se pode esquecer a *common law* que é a base costumeira dos princípios gerais do direito, e ele é em uma parte legal no que diz respeito ao *statute law*, porque, por treinamento, os juízes americanos tratam a lei escrita com a mesma liberdade que os costumes e a interpretam pelos princípios costumeiros. Não somente, a lei escrita não é defendida por um poder executivo apoiado por um regime administrativo, mas ela nunca foi consolidada por uma codificação, os diversos textos são submersos e engolidos rapidamente pela interpretação jurisprudencial construtiva".

⁴¹ BUZOID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 19-20.

2.3.1 A Experiência Norte-Americana: Origem do Controle Difuso de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade das leis, conforme engendrado no constitucionalismo americano, não proveio do texto constitucional expresso, mas sim da jurisprudência, fazendo com que a própria Constituição resultasse da construção realizada pela Suprema Corte, obra dos juízes⁴², sobretudo, como se verá, John Marshall.

O princípio da exigência da compatibilidade da lei com o previsto na Constituição é, pois, um produto da jurisprudência americana e peculiar a ela. Marshall foi original na lógica imbatível de sua decisão, porém, não quanto à substância da ideia, vez que ela já era corrente na jurisprudência americana.⁴³

Além da construção jurisprudencial pretérita à Marshall, lembram Luís Roberto Barroso⁴⁴ e Mauro Cappelletti⁴⁵, que a configuração teórica da fiscalização judicial das leis nos Estados Unidos ocorrera muito antes, em 1788, com os escritos de Alexander Hamilton, conforme já aduzido anteriormente neste trabalho.

De início, Hamilton realizou uma análise da função do Poder Judiciário na Federação, sua posição quanto à Constituição e sua relação com os demais

⁴² Exatamente sobre essa característica, aponta Eduardo García de Enterría: “Como explicar la sorprendente aceptación general de una institución cuya posición central está basada enteramente em una competencia, la de ‘judicial review’, que no há sido atribuída expresamente por la Constitución, sino propiamente ‘usurpada’, o al menos autoatribuida?” (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed., 4.ª reimpressão. Madri, Civitas, 2001, p. 127). Tradução livre: “Como explicar a surpreendente aceitação geral de uma instituição cuja posição central está baseada em uma competência de ‘judicial review’ que não foi atribuída expressamente pela Constituição, mas, na verdade, ‘usurpada’, ou, ao menos, autoatribuída?”.

⁴³ Ronaldo Poletti afirma que a decisão de Marshall vem desenhada por precedentes ainda da época das colônias, cuja relação com a Coroa inglesa foi sempre difícil no tocante à manutenção dos liames jurídicos e políticos, em especial, considerando a tentativa do governo inglês de controlar as colônias quando as leis delas provenientes contrariassem os *statutes* ingleses. Cita, nesse sentido, exemplos dos casos do *Chief Justice* da Corte Suprema da Carolina do Norte, Juiz Whitaker; de James Otis, Procurador-Geral nos Estados Unidos da América em Massachusetts no ano de 1761; e do Juiz Cushing também em Massachusetts. Cita, ainda, precedentes próprios da justiça americana, como o caso da Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, que declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado; ou o fato de que desde 1782, os juízes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis; ou o caso da Suprema Corte da Carolina do Norte em 1787, que invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação. (POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 20-21 e 25).

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 06.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 75.

poderes estatais, Executivo e Legislativo, e, em concordância com Montesquieu, ressaltou que a função judicante corresponderia a mais fraca dentre as três, e que jamais teria sucesso no ataque a qualquer dos outros dois:

O executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos são regulados. O judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos.⁴⁶

Entretanto, por outro turno, aduziu que ao Judiciário caberia um importantíssimo papel na defesa da liberdade e da preservação dos direitos individuais, desde que não combinasse forças com quaisquer dos demais Poderes.⁴⁷ Isto porque, a limitação de poderes não poderia ser preservada, na prática, a não ser abrindo livre caminho ao Judiciário para verificar e declarar nulas as normas que são contrárias à Constituição, afastando a obrigatoriedade de seu cumprimento e permitindo o pleno gozo dos direitos individuais.

Em complemento, de modo a evitar eventuais interpretações equivocadas a respeito dessa ideia, Hamilton afirmou que o direito dos tribunais de declarar nulos atos legislativos não implicaria em uma superioridade do Judiciário em relação ao Legislativo, vez que: *“Não há posição fundada em princípios mais claros que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie a mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido”*⁴⁸.

Na verdade, os magistrados, como intérpretes da Constituição (documento que expressa a vontade do povo), buscam atribuir-lhe plena eficácia e, assim, ser-lhes-ia autorizado o poder para afastar a norma contraditória; caso contrário, é certo que o legislador seria maior que a própria norma fundamental:

⁴⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*, tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 479.

⁴⁷ Em suas palavras: “[...] embora a opressão individual possa esporadicamente provir dos tribunais de justiça, a liberdade geral do povo jamais poderá ser ameaçada a partir dessa frente; isto, desde que o judiciário permaneça verdadeiramente distinto tanto do legislativo como do executivo, pois concordo que *‘não há liberdade se o poder de julgar não for separado dos poderes legislativo e executivo’*”. (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*, tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 479).

⁴⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*, tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 480.

Caso se diga que os membros do corpo legislativo são eles mesmos os juizes constitucionais dos próprios poderes e que a interpretação que lhes conferem impõe-se conclusivamente aos outros setores, pode-se responder que esta não pode ser a presunção natural a menos que pudesse ser deduzida de cláusulas específicas da Constituição. De outro modo, não há porque supor que a Constituição poderia pretender capacitar os representantes do povo a substituir a *vontade* de seus eleitores pela sua própria. É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder. A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juizes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes.⁴⁹

Em outras palavras, supõe-se, em verdade, que o poder do povo é soberano, e quando a vontade do legislador, manifestada na norma, coloca-se em oposição à vontade do povo, estabelecida na Constituição, os juizes deverão, sempre, obedecer a esta última e não à primeira, devendo, então, proferir suas decisões com base na Lei Fundamental.

É sob esse mesmo pensamento que se assentou o célebre precedente do *Chief Justice* John Marshall, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803.

O caso se inicia com a nomeação de William Marbury (dentre uma série de outras nomeações) para Juiz de Paz, no condado de Washington, no distrito de Columbia, pelo então presidente dos Estados Unidos, John Adams. Na ocasião, o presidente Adams confiou a seu Secretário de Estado, John Marshall, a entrega de todas as nomeações aos respectivos, incluindo a de Marbury, todas já devidamente aprovadas pelo Senado e com o selo do Governo.

Todavia, logo em seguida, sobrevieram as eleições presidenciais nas quais Adams foi derrotado por Thomas Jefferson e seus partidários. Nesse ínterim, entre a derrota eleitoral e a posse do novo Governo, Marshall procurou desincumbir-se da missão de proceder às nomeações de outrora, mas não conseguiu entregar todos os títulos a tempo, dentre os quais, o de Marbury.

De forma concomitante, considerando que o novo Presidente e o Congresso deveriam ser empossados meses depois do resultado das eleições, a

⁴⁹ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*, tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 481.

fórmula encontrada por Adams para efetivar seu testamento político foi nomear correligionários para os cargos do Judiciário, vez que usufruiriam garantias como vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos. Um dos beneficiados foi justamente John Marshall, nomeado, após aprovação do Senado, como *Chief Justice* da Suprema Corte.⁵⁰

Enfim, ao tomar posse como presidente dos Estados Unidos, Thomas Jefferson determinou que as referidas nomeações – dentre as quais, a de Marbury – não fossem entregues pelo novo Secretário de Estado, James Madison, por entender que a nomeação era incompleta até o ato de entrega do título. Assim, William Marbury, não tendo sido empossado em seu cargo, impetrou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte americana com a finalidade de discutir a situação e forçar no novo Secretário a proceder a nomeação.⁵¹

Coincidentemente, a relatoria desse julgamento ficou a cargo de Marshall, algo que, a rigor, nunca poderia ter ocorrido, tendo em vista sua participação direta (e interesse) no caso e, por consequência, seu claro impedimento para decidir a causa.⁵² No entanto, nenhuma das partes arguiu a sua suspensão, permitindo-lhe, assim, apreciar a questão que lhe foi submetida.

Mesmo assim, a tarefa de Marshall não era das mais simples: caso simplesmente afirmasse o direito de Marbury à nomeação, haveria o iminente risco da concessão da ordem gerar uma crise institucional entre os Poderes do Estado, vez que Legislativo e Executivo, controlados pelos Republicanos, não aceitariam pacíficos a decisão. E foi justamente em razão desse impasse que residiu o brilhantismo de Marshall.⁵³

Com uma decisão politicamente genial, problematizou a questão com três indagações: (i) Marbury teria direito à nomeação e posse como Juiz de Paz?; (ii) em caso positivo, sendo esse direito violado, o ordenamento jurídico norte-americano

⁵⁰ Apesar de Marshall haver, à época, sido nomeado pelo Presidente Adams *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, ele se manteve no cargo de Secretário de Estado até o último dia de governo do Adams. (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 04).

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 04.

⁵² BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 17.

⁵³ MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 01-29.

lhe garantiria uma reparação?; e (iii) a Suprema Corte seria legítima para julgar este caso?

A respeito da primeira indagação, Marshall entendeu que havia, sim, o direito de Marbury à nomeação. Isto porque, a nomeação estava amplamente provada, haja vista que o Presidente Adams redigiu a nomeação, foi aprovada pelo Senado e contava com o selo do Governo. Faltaria, no caso, apenas a notificação do nomeado, a entrega do título de nomeação.

Esse detalhe, entretanto, não poderia ser encarado como um problema, possuindo, William Marbury, o direito pretendido, pois *“quando se estampa o selo, já está feita a nomeação e o título é válido. A lei não exige nem uma outra solemnidade, nem um outro acto que, por parte do Governo, deva ser praticado”*⁵⁴. E continua (de certa maneira, desfazendo as consequências de seu próprio atraso quanto à entrega da nomeação):

A nomeação é acto privativo do presidente; a transmissão da comissão, acto privativo do funcionario, a quem tal obrigação incumbe, e póde ser accelerada ou retardada por circunstancias que de nem um modo influem na nomeação. Uma comissão se transmite á pessoa já nomeada, e não á pessoa que ainda haja de ser ou de não ser nomeada, tal qual a participação official onde se incluye a comissão, que, sendo lançada dentro da caixa postal, tanto póde chegar ás mãos do destinatario, como extraviar-se. [...] Quando, pois, já estão selladas e assignadas, já está dada a ordem para o seu registro e quer já estejam ou não transcriptas no livro, em face da lei já estão registradas.⁵⁵

Esta constatação levou à segunda indagação, referente à possibilidade das leis americanas permitirem o exercício de medidas judiciais para a restauração do direito de Marbury, vez que a retenção de seu título de nomeação configuraria grave violação a legítimo direito adquirido.⁵⁶

E, conforme o voto do *Chief Justice*, mais uma vez a resposta foi positiva, alegando-se que a essência da liberdade civil reside, justamente, na possibilidade do cidadão, quando lesado ou ameaçado em seu direito, reclamar pela proteção das

⁵⁴ MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 07.

⁵⁵ MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 08-09.

⁵⁶ MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 11.

leis e do Judiciário; ressaltando, ademais, que os Estados Unidos seriam uma nação governada por leis, e não por homens.⁵⁷

Destarte, Marshall passou à análise e fundamentação da terceira e última questão referente à possibilidade da Suprema Corte conceder o *mandamus* a Marbury, e, exatamente nesse ponto, foi que fixou as bases do *judicial review* americano.

John Marshall reconheceu que a Lei Judiciária (*Judiciary Act*) de 1789 dera à Suprema Corte o poder de expedir aquele tipo de mandado contra agentes de outros Poderes. **Contudo**, afirmou que a lei, ao agir assim, **era inconstitucional**, pois alargava a competência fixada pela Constituição para a Suprema Corte, sendo, portanto, nulo de pleno direito o mencionado ato do Congresso, impossibilitando o julgamento do caso em questão.

De maneira veemente, afirmou que a Constituição é, pois, uma norma fundamental, superior sobre as demais normas, motivo pelo qual merece total respeito. Em suas próprias palavras:

É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição *veta* qualquer deliberação legislativa incompatível com ella; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinarios. Não ha meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei immutavel pelas fórmulas ordinarias; ou está no mesmo nivel conjunctamente com as resoluções ordinarias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutavel quando a legislatura houver por bem modificá-la. Si é verdadeira a primeira parte do dilemma, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; si a segunda parte é verdadeira, então as constituições escriptas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza illimitavel. Certamente, todos quantos fabricaram constituições escriptas consideraram taes instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, consequentemente, a theoria de todo o governo, organizado por uma constituição escripta, deve ser que é nulla toda a resolução legislativa com ella incompatível. Essa theoria adhire essencialmente ás constituições litteraes e deve consequentemente ser tida e havida por este Tribunal como um dos principaes fundamentos de nossa sociedade.⁵⁸

Em continuação, exaltou as competências do Judiciário (tal qual se observa nas lições de Alexander Hamilton) e justificou que a Constituição atribuiu-lhe a função (e o dever) de *fiscalizar* o seu cumprimento, sendo incorreto presumir

⁵⁷ MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 11.

⁵⁸ MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 25-26.

que “*uma clausula inserta na Constituição seja destinada a não produzir nem um efeito, e, pois, tal interpretação é inadmissível*”⁵⁹.

Assim, é a partir desse pensamento que John Marshall estabeleceu um marco para o desenvolvimento dos sistemas de controle de constitucionalidade, pela afirmação do modelo difuso para a fiscalização de constitucionalidade de uma norma:

Si nulla é a resolução da legislatura inconciliavel com a Constituição, deverá, a despeito de sua nullidade, vincular os tribunaes e obrigar-os a dar-lhe effectos? Ou, por outros termos, posto que lei não seja, deverá constituir uma regra tão effectiva como si fosse lei? Fôra subverter de facto o que ficou estabelecido em theoria e pareceria, á primeira vista, absurdo bastantemente crasso para que seja defendido. Comtudo terá mais accurado exame. Emphaticamente, é a provincia e o dever do Poder Judiciario dizer o que a lei é. Aquelles que applicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Si duas leis collidem uma com outra, os tribunaes devem julgar ácerca da efficacia de cada uma dellas. Assim, si uma lei está em opposição com a Constituição; si, applicadas ellas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingencia de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflicto regerá o caso. Esta é a verdadeira essencia do Poder Judiciario. Si, pois, os tribunaes teem por missão attender á Constituição e observal-a e si a Constituição é superior a qualquer resolução ordinaria da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinaria, governará o caso a que ambas se applicam.⁶⁰

Não poderia haver outra conclusão: se a lei e/ou ato normativo é nulo, por não prevalecer em face da Constituição, não pode ter repercussão prática, vez que tal fato equivaleria a frustrar a grande conquista política do povo e, por certo, da civilização. Dessa forma, como a atuação do Judiciário se estende a todas as causas decorrentes da Constituição, não pode ele se furtar de declarar a inconstitucionalidade da lei e/ou ato normativo que afronta a Lei Fundamental.

Anota-se, como observação interessante, que o modelo de controle de constitucionalidade sedimentado por Marshall por “*pelo menos três vezes, até meados do século em que foi enunciada, estêve a doutrina a pique de perder sua eficácia*”⁶¹. Superadas as crises, firmou-se a posição de que o sistema desenvolvido

⁵⁹ MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 23.

⁶⁰ MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 26.

⁶¹ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 14. O autor explica os percalços para a implementação do controle norte-americano, chamando a atenção para o fato de que pesou positivamente a sagacidade de Marshall,

pela Suprema Corte, consolidado na decisão de Marshall posta em *Marbury vs. Madison*, constituiu no primeiro modelo de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos efetuados pelo Poder Judiciário⁶², o *judicial review* americano ou controle de constitucionalidade difuso, sendo, dali em frente, de forma gradativa, adotado pelos Estados constitucionais.

Esse modelo de fiscalização *difusa* – ou seja, difundida por todos os juízes ordinários, independente do grau hierárquico, não sendo concentrada nas mãos de um juiz ou tribunal único –, buscaria, então, analisar a constitucionalidade das normas de forma individualizada, no *caso concreto*, sendo certo que a decisão do sobre a questão de constitucionalidade somente produziria efeito entre as partes litigantes (*inter partes*).

Assim, considerando que, nesse contexto, o direito de ação seria um direito incondicionado de instaurar o procedimento e, por conseguinte, movimentar a jurisdição, o *judicial review* americano permitiria a qualquer do povo que levasse ao Judiciário quaisquer normas que entendesse por inconstitucionais⁶³, para que assim fossem *declaradas* nulas de pleno direito, não produzindo nenhum efeito jurídico desde a sua origem (efeito *ex tunc*).

que, apesar de não possuir o devido preparo acadêmico, era, sobretudo, um político (na acepção figurativa da palavra). Em brevíssima síntese, a primeira ocasião foi a da proposta de *impeachment* do Juiz Samuel Chase, em que Marshall quase negociou as prerrogativas. A segunda, por ocasião da declaração da constitucionalidade do Banco dos Estados Unidos, com desenvolvimento da doutrina dos poderes implícitos da União (caso *McCulloch vs. Maryland* de 1819); e a terceira, pela oposição de Abraham Lincoln à ideia de supremacia do Judiciário no caso do escravo Dred Scott, já na época de Taney. (BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 14-17). Sobre o mesmo assunto, também vale consultar: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 40-45.

⁶² Nesse sentido, Luís Roberto Barroso assevera que: “*Marbury v. Madison*, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas”. (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10).

⁶³ Cabe ressaltar que a abertura concedida por Marshall acabou por resultar no desenvolvimento de demandas falsas e ilusórias para que o Judiciário fosse forçado a declarar a inconstitucionalidade de determinada norma sem que ela efetivamente tenha causado prejuízo à parte. Um exemplo oferecido por Lúcio Bittencourt consiste nas chamadas *demandas de acionistas*, em que o acionista instauraria um procedimento para que o Judiciário se manifestasse acerca da inconstitucionalidade de uma lei que fosse contrária aos interesses da empresa, impedindo, assim, que todos os seus acionistas se submetessem a seus efeitos. (BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 24).

De maneira diversa se apresenta o controle de constitucionalidade abstrato, cujas origens estão nas lições de Hans Kelsen, as quais serão devidamente abordadas no tópico seguinte do presente trabalho.

2.3.2 Modelo Concentrado Austríaco: A Concepção Kelseniana sobre a defesa da Constituição

Durante o Século XX, o sistema difuso norte-americano, basicamente desenvolvido pelas cortes judiciais, cedeu espaço para o surgimento de um novo modelo de jurisdição constitucional, o sistema concentrado austríaco de controle de constitucionalidade, que foi concebido teoricamente e, então, posto em prática, após sua consagração no texto constitucional.

Esse sistema concentrado, bastante difundido na Europa, em detrimento do modelo difuso americano⁶⁴, tem suas raízes no desenvolvimento da jurisdição constitucional do jurista austríaco Hans Kelsen, e tem por base um Tribunal ou Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), cuja função é exclusivamente interpretar e julgar a eventual incompatibilidade de normas diante do texto constitucional.

⁶⁴ Como lembra Louis Favoreu, a maior parte dos países que atualmente contam com um Tribunal Constitucional, em certo momento histórico cogitaram adotar o modelo norte-americano, mas finalmente o rechaçaram, sendo certo, então, que o constitucionalismo europeu quedou-se totalmente à margem da construção americana. Para o autor, o fracasso da recepção do modelo americano se deveu aos seguintes fatores: (i) sacralização da lei: a partir da Revolução Francesa de 1789, ao longo do século XIX e no início do século XX, o dogma rousseauiano da infalibilidade da lei se impôs e dificilmente se discute; (ii) incapacidade do juiz ordinário para exercer a justiça constitucional: os juízes da Europa continental seriam habitualmente magistrados de “carreira”, pouco aptos para cumprir uma tarefa de controle das leis, inevitavelmente criadora e muito mais distante de sua função tradicional de “meros intérpretes” e “fiéis servidores” das leis; (iii) ausência de unidade de jurisdição: o sistema americano funciona bem nos Estados Unidos e nos países do *common law*, porque nesses não há separação dos contenciosos, e a dimensão constitucional pode estar presente em todos os processos sem necessitar de um tratamento à parte, e sem risco de conduzir a divergências de opinião sobre a constitucionalidade dos textos fundamentais; e (iv) insuficiente rigidez da Constituição, permite “derrogar materialmente” o texto constitucional, em detrimento da proteção dos direitos fundamentais. (FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1993, p. 18-21). Confira-se, sobre os fatores do fracasso, García de Enterría, que destaca, como principais, a aceitação dos dogmas da soberania parlamentar e da imunidade judicial das leis, induzidos pelos reflexos históricos da luta dos Parlamentos com os monarcas, e reforçados pelo temor decorrente da formação conservadora dos juízes e de seu caráter não-eletivo; ausência de uma relação inter-normativa hierárquica entre a ordem jurídica aplicável pelos tribunais e a Constituição, limitando-se esta a prescrever aspectos formais organizatórios; inexistência de um parte dogmática da Constituição, ou sua restrição a princípios muito gerais, cuja positivação somente se efetivava por meio das leis ordinárias. (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed., 4.ª reimpressão. Madri, Civitas, 2001, p. 61-62).

De início, para compreensão do modelo concentrado do controle de constitucionalidade faz-se essencial analisar os principais fundamentos da teoria de Kelsen, em especial alguns pontos de sua doutrina concernentes à legitimidade e validade normativa, e jurisdição constitucional.

Partindo das premissas de que toda ciência tem como finalidade a descrição de um objeto, e, no caso da ciência jurídica, o objeto a ser analisado seria o ordenamento jurídico, Hans Kelsen teoriza que toda norma inferior encontra fundamento em uma norma superior, sendo esta a que confere à primeira validade dentro do ordenamento. Forma-se, pois, uma pirâmide hierarquizada⁶⁵, de modo que todas as normas possuem validade em uma norma superior.

No topo da pirâmide normativa, encontrar-se-ia uma norma fundamental (a *Grundnorm*), a mais superior, o fundamento supremo e comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica. De fato, é a norma fundamental que constitui, em Kelsen, a unidade de uma pluralidade de normas, enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.⁶⁶

Assim, o sistema hierárquico normativo de Kelsen impõe a validade de uma norma inferior em relação à norma superior e assim sucessivamente até a norma fundamental. Essa *Grundnorm* atribui validade, por sua vez, à Constituição, dotando-a de legitimidade e, por conseguinte, validade. Nesse contexto, para Kelsen a Constituição significa:

[...] um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas.⁶⁷

⁶⁵ “Na verdade, parece que se poderia fundamentar a validade de uma norma com o fato de ela ser posta por qualquer autoridade, por um ser humano ou supra-humano: assim acontece quando se fundamenta a validade dos Dez Mandamentos com o fato de Deus, Jeová, os ter dado no Monte Sinai; ou quando se diz que devemos amar os inimigos porque Jesus, o Filho de Deus, o ordenou no Sermão da Montanha. Em ambos os casos, porém, o fundamento de validade, não expresso mas pressuposto, não é o fato de Deus ou o Filho de Deus ter posto uma determinada norma num certo tempo e lugar, mas uma norma: a norma segundo a qual devemos obedecer às ordens ou mandamentos de Deus, ou aquela outra segundo a qual devemos obedecer aos mandamentos de Seu Filho”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 215-216).

⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 217.

⁶⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 130-131.

A Constituição em Kelsen é vista, assim, como uma regra de procedimento (voltada para a criação de normas) e também uma regra de fundo, eis que atribui validade a todas as normas hierarquicamente inferiores. Vale dizer, Kelsen entende a Constituição como a base indispensável para todo o ordenamento jurídico vigente e a manutenção de sua validade e legitimidade, uma garantia a ser exercida por meio do que ele denomina como jurisdição constitucional.⁶⁸

Com efeito, no desenvolvimento de seus estudos, o jurista austríaco buscou por um modelo de controle de constitucionalidade ideal ao analisar os meios de criação da norma e sua conseqüente aplicação. Nessa trilha, Kelsen procurou respostas para a seguinte indagação: como assegurar a observância dos dispositivos da Constituição e, por conseqüência, a constitucionalidade das leis editadas, ou seja, como garantir que uma norma inferior esteja em conformidade com a norma superior que lhe determina a criação e o conteúdo?⁶⁹

Na concepção kelseniana, a efetiva aplicação das regras constitucionais somente seria garantida se confiada a um órgão diverso do Legislativo, que teria a missão específica de verificar a constitucionalidade ou não de uma determinada lei. Para tanto, aponta a existência de alguns métodos, dentre os quais dois se destacariam.⁷⁰

O primeiro se identifica com o modelo norte-americano, nos termos já abordados no presente trabalho. Entretanto, Kelsen advertiu sobre a possibilidade de surgirem algumas inconveniências na eventual adoção do método difuso nos sistemas jurídicos de prevalência do *civil law*, de derivação romanística, como os adotados na Europa continental, tais como: (i) a ausência de decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade, em razão da diversidade de posições e interpretações pelos juízes ordinários, tratando-se, pois, de uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição; e (ii) a ausência de efeitos gerais, *erga omnes*, da decisão de inconstitucionalidade, criando-se a necessidade de propositura de

⁶⁸ Em suas palavras, a jurisdição constitucional consiste num “sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”, zelando pela manutenção da ordem constitucional. (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 123-124).

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 380-381.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 381-383.

novas e reiteradas demandas por cada indivíduo afetado e prejudicado pela norma inconstitucional.⁷¹⁻⁷²

Nesse contexto, então, se desenvolve o segundo método, em que o poder de examinar a constitucionalidade das leis seria conferido a um Tribunal Constitucional, independente e especial, criado para conhecer exclusivamente da matéria do contencioso constitucional, situada fora do aparato jurisdicional ordinário⁷³, um órgão componente de um sistema em que os demais tribunais teriam

⁷¹ Em sua ótica, Kelsen acreditava que a possibilidade de qualquer juiz ser responsável pelo controle era um perigo para a Constituição, já que os próprios jurisdicionados, dada a ausência de uniformidade de posições, não saberiam como proceder nestas situações. Nas palavras do mestre de Viena: “O fato de um órgão aplicador da lei declarar uma norma geral como inconstitucional e não aplicá-la num caso específico significa que o órgão está autorizado a invalidar a norma para aquele caso concreto; porém apenas para ele, pois a norma geral enquanto tal – a lei, o decreto – continua válida e pode, portanto, ser aplicada em outros casos concretos. A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da Constituição”. (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 303).

⁷² Do mesmo modo, Carl Schmitt afastou a adoção do sistema difuso na Europa, sustentando que “a posição do supremo tribunal dos Estados Unidos desenvolveu-se nos moldes de um *Estado judicial* do tipo anglo-saxão, o qual, como um Estado sem direito administrativo, contrastaria fortemente com os Estado do continente europeu [...]. O supremo tribunal norte-americano é bem diferente de um tribunal de Estado e sua justiça é bem diferente do que se costuma chamar, hoje na Alemanha, de jurisdição do Estado ou jurisdição constitucional. Ele se limita, com uma clara consciência básica de seu caráter como instância sentenciadora, à decisão de determinadas matérias litigiosas (*real, actual 'case' or 'controversy' of 'Judiciary Nature'*). Considerando sua *strictly judicial function*, ele recusa todo parecer político ou legislativo e não deseja ser nem mesmo um tribunal administrativo. [...] Mas a maior e, na verdade, fundamental características da suprema corte norte-americana residia provavelmente no fato de que ela, com a ajuda de pontos de vista básicos e princípios gerais, os quais só podem ser abusivamente qualificado de “normas”, examina a retidão e a racionalidade das leis e, por conseguinte, dado o caso, trata uma lei como não-aplicável. Ela é capaz para tanto, pois ela se apresenta, na realidade, como guardiã de uma ordem social e econômica, a princípio não-discutível, perante o Estado. [...] Não se trata aqui, naturalmente, nem de uma apologia nem de uma refutação do tribunal norte-americano, mas apenas de impedir, por meio de uma pequena retificação, transferências irrefletidas e mitificações”. (SCHMITT, Carl. *O Guardiã da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 20-22).

⁷³ De acordo com as lições de Louis Favoreu, o Tribunal Constitucional seria uma verdadeira jurisdição, fazendo justiça com autoridade de coisa julgada, e podendo suas declarações de inconstitucionalidade desembocarem em anulações com efeitos *erga omnes*. Sua independência seria assegurada pela existência de um estatuto constitucional definidor de sua organização, funcionamento e atribuições, colocando-o fora do alcance dos poderes públicos que se destina a controlar. Pressuporia, ademais, a autonomia estatutária administrativa e financeira da instituição, e garantias de independência para os seus membros. A diferença fundamental entre um tribunal supremo e um tribunal constitucional é que este último é uma jurisdição fora do aparato jurisdicional ordinário. Não obstante, se organicamente há uma independência total, funcionalmente pode haver relações: assim, existem procedimentos de remissão dos tribunais ordinários ao Tribunal Constitucional, e igualmente procedimentos que permitem deferir decisões jurisdicionais ao Tribunal Constitucional por violação dos direitos fundamentais. (FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1993, p. 27-35).

apenas a faculdade de solicitar a essa corte específica o exame e a anulação de leis que considerassem porventura inconstitucionais.

Para Kelsen, ao atribuir competência a esse órgão, não se violaria o princípio da separação dos poderes; pelo contrário, o exercício dessa fiscalização por um tribunal independente, corroboraria a ideia de divisão de funções, na medida em que coibi não só o excesso cometido pelo legislativo, como também zela pela regularidade de seu funcionamento.⁷⁴

Aduz, em complemento, que anular uma lei é, de certa forma, estabelecer uma norma geral, *“porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa”*⁷⁵.

Assim, o Tribunal Constitucional atuaria como se exercesse a função legislativa, mas, ao contrário de produzir a norma, ele trabalharia para retirá-la do ordenamento jurídico vigente. Com efeito, Kelsen ressalta o seguinte:

Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição.⁷⁶

Pertinente, pois, é a observação de García de Enterría, ao afirmar que, de acordo com a teoria de Kelsen, o Poder Legislativo se dividiria em dois órgãos *“legislativos”*: (i) o Parlamento, o legislador positivo, titular da iniciativa política de criação das leis; e (ii) o Tribunal Constitucional, o *legislador negativo*, responsável por extirpar as leis que desrespeitarem o marco constitucional, com a finalidade de manter a coerência do sistema.⁷⁷

⁷⁴ “[...] ‘divisão dos poderes’ traduz melhor que a de separação, isto é, a ideia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros. E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão – concentração que seria perigosa para a democracia –, mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele”. (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 152).

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 151-152.

⁷⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 153.

⁷⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed., 4.ª reimpressão. Madri, Civitas, 2001, p. 65.

Em suma, tais concepções teóricas kelsenianas deram lugar ao chamado controle concentrado de constitucionalidade: concentrado em um único órgão independente, idealizado e criado, exclusivamente, para a função de controle normativo e para outras funções de garantia constitucional, detentor do poder de anular uma lei em caráter geral, *erga omnes*.

Nesse sistema, os juízes comuns seriam incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum*, e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da validade das leis, devendo ter como boas as leis existentes, salvo nas hipóteses em que se admita que eles suspendam o processo a fim de arguir, perante a Corte Constitucional, a questão da inconstitucionalidade surgida no processo.

Com relação às consequências da decisão do *legislador negativo*, Kelsen aduz que o ato inconstitucional não seria nulo *ab initio*, mas sim *anulável* por motivos especiais, consubstanciados na contrariedade à forma ou ao conteúdo designados no texto constitucional, tendo plena vigência e validade até o momento em que sua inconstitucionalidade é pronunciada pelo órgão e procedimento previstos na Constituição.⁷⁸

⁷⁸ Consoante afirma Hans Kelsen, apenas a própria ordem jurídica pode traçar os limites entre a norma anulável e a nula *ab initio*. Ato nulo é aquele que não preenche os requisitos que a norma jurídica de grau superior lhe prescreve, carecendo de antemão de todo e qualquer caráter jurídico. Por esta razão, cabe a todos, autoridades públicas e cidadãos em geral, o direito de examinar, em todas as circunstâncias, a regularidade do ato nulo. Com efeito, se o direito positivo limitar esse poder, reservando-o sob condições precisas a instâncias determinadas, o ato que sofrer um vício jurídico qualquer pode não ser considerado *a priori* nulo, mas somente anulável. (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 140-141). Para Hans Kelsen, ainda que a ordem jurídica viesse a determinar as condições sob as quais algo que se apresenta como norma é nulo *ab initio*, de modo que ela não precisasse ser anulada por um procedimento jurídico, teria que determinar um procedimento para averiguar se essas condições são ou não concretizadas num dado caso. Ora, a decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nulo *ab initio*, porque preenche as condições de nulidade determinadas pela ordem jurídica, é um ato constitutivo, razão pela qual o fenômeno em questão não pode ser considerado “nulo”. Nesse caso, a decisão seria uma anulação verdadeira, uma anulação com força retroativa. Sendo assim, o que geralmente se chama nulidade é apenas o grau mais alto de anulabilidade, o fato de que todo sujeito, e não apenas um órgão especial, está autorizado a anular a norma. Entretanto, no Direito nacional moderno, a nulidade estaria praticamente excluída, pois “um estado em que todos estão autorizados a declarar toda norma, ou seja, tudo o que se apresenta como norma, como sendo nula, é quase um estado de anarquia. Ele é característico de uma ordem jurídica primitiva que não institui órgãos especiais com competência para criar e aplicar o Direito. [...] O que é possível praticamente dentro de uma ordem jurídica é, quando muito, que todos estejam autorizados a considerar uma norma jurídica como nula, mas sob o risco de ter sua conduta, caso ela seja contrária à norma, considerada pelo órgão competente como delito, desde que o órgão competente não confirme a opinião do sujeito quanto à invalidade da norma”. (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 227 e 230-232). Por fim, nesse diapasão, conclui Hans Kelsen que: “Do mesmo modo em que tudo que era tocado pelo rei Midas tornava-se ouro, tudo a que se refere o Direito torna-se Direito, *i. e.*, algo juridicamente existente. O caso de nulidade absoluta está fora do Direito”. (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 232).

Destarte, a verificação da inconstitucionalidade de uma norma pelo Tribunal Constitucional seria, em todo sentido, *constitutiva*, uma vez que estabelece como válidas as relações jurídicas, os atos praticados e os efeitos por ela produzidos até então, sendo certo que o juiz não teria que descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída.⁷⁹ Fala-se, portanto, em efeitos *ex nunc*, salvo se o órgão julgador estabelecer outro momento para que a referida pronúncia comece a produzir seus efeitos.

2.3.2.1 O guardião da Constituição para Hans Kelsen

Do exposto até então, vê-se que Kelsen confere a responsabilidade pela guarda da Constituição ao Tribunal Constitucional. De fato, ao elaborar sua teoria de jurisdição constitucional, o jurista austríaco atribuiu o encargo de protetor do texto constitucional a um órgão independente tanto em relação à função executiva quanto à função legislativa, composto por julgadores especializados.

Em artigo específico incluído em obra especializada⁸⁰, observa-se que Kelsen justifica a necessidade de se atribuir essa função de guardião da Constituição ao Tribunal Constitucional, rejeitando-se, portanto, a concepção doutrinária esposada pelo jurista alemão Carl Schmitt ao escrever a obra “*O guardião da Constituição*”, para quem apenas o Presidente do *Reich* teria legitimidade para desempenhar o papel de guardião da Constituição.⁸¹ Aliás, o artigo subscrito por Kelsen, intitulado “*Quem deve ser o guardião da Constituição?*”, teve

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 266.

⁸⁰ KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 237-298.

⁸¹ Segundo Schmitt, “consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do *Reich*. [...] O juramento político sobre a Constituição faz parte, segundo a tradição do direito constitucional alemão, da ‘garantia da Constituição’ e o texto escrito do regulamento constitucional vigente qualifica o Presidente do *Reich*, de forma nítida e suficiente, de guardião da Constituição. Não se pode ignorar essa autêntica palavra constitucional, não importando como se avalia, de resto, o significado do juramento político. O fato de o presidente do *Reich* ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O presidente do *Reich* é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do *Reich* e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um ‘apelo ao povo’. [...] A Constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do *Reich* a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão”. (SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 233-234).

por finalidade exclusiva justamente confrontar referidas ideias preconizadas por Schmitt.

Considerando que a função da Constituição é, conforme aduz Kelsen, coibir o abuso de poder por meio de imposição de limites aos poderes constituídos, Executivo, Legislativo e ao próprio Judiciário, no exercício de suas respectivas funções e atividades⁸², o Tribunal Constitucional surge, então, justamente para exercer a garantia constitucional de que esses limites jurídicos não serão transgredidos.

Pois bem. Nesse contexto, Hans Kelsen critica duramente a teoria de Schmitt relativa ao sistema de controle de constitucionalidade e à figura do guardião da Constituição por ele proposto, que, como adiantado, considera que a garantia constitucional, ou seja, o controle e a guarda da Constituição, deveria ser exercida exclusivamente pelo chefe da Administração (no caso da Alemanha, o *Führer*), fato merecedor de protesto e repulsa:

Mais surpreendente ainda, porém, é que esse escrito tire do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular.⁸³

Hans Kelsen afirmou que a proposta de Schmitt consistia em uma postura meramente ideológica, tratando-se de claro retrocesso no plano político-jurídico democrático atribuir a defesa da Constituição ao chefe da função executiva. Isso, considerando, em especial, que o controle de constitucionalidade não poderia ser confiado a qualquer dos órgãos cujos atos deveriam ser controlados, uma vez que nenhuma instância seria tão pouco idônea para o controle do poder quanto aquela a quem este era conferido pela Constituição, e que possuiria, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para ultrapassar seus limites.⁸⁴

Enfim e por fim, importante mencionar que Hans Kelsen, em que pese não propor um modelo uniforme e estático para composição do Tribunal Constitucional – uma vez que, para cada *jurisdição constitucional*, deveriam ser

⁸² KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 240.

⁸³ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 243.

⁸⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 240.

observadas suas respectivas especificidades e particularidades –, traça algumas linhas comuns e sugere alguns aspectos gerais.

De início, aduz que o número de juizes não deveria ser elevado, e, com relação ao recrutamento, rechaça os sistemas que preconizam ou a simples eleição pelo Parlamento ou a nomeação exclusiva pelo chefe do Executivo, sugerindo, por exemplo, uma combinação entre ambos os métodos, com o Legislativo elegendo membros apresentados previamente pelo chefe do Estado, ou vice-versa.

Com relação às características da composição da jurisdição constitucional, os membros deveriam contar com notório saber nas ciências jurídicas e com competência acadêmica suficiente para julgar e interpretar as normas constitucionais e os conflitos que as envolvem, podendo ser escolhidos entre professores de Direito, advogados etc., não necessariamente todos magistrados; sendo certo que, por outro lado, também seria da mais alta importância conceder ao menos um lugar aos juristas de carreira.

Na visão de Favoreu, Kelsen entendia por ideal afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional, excluindo da composição do Tribunal Constitucional os membros do Parlamento ou do Governo, já que são precisamente os atos de ambos que ele deve controlar. Adverte, porém, que se o perigo causado por condições de ordem política for particularmente grande, é preferível aceitar, em vez de uma influência oculta e, por conseguinte, incontrolável dos partidos políticos, sua participação legítima na formação do Tribunal.⁸⁵

2.3.3 Modelo Francês de Controle de Constitucionalidade: Controle Político

Na evolução histórica do controle de constitucionalidade, ainda merece destaque o modelo francês, que, de início, se caracterizava por sua natureza exclusivamente *preventiva*. Além disso, em função de razões de várias ordens, o controle na França era, e ainda é, um controle puramente *político*, ou melhor, *não judicial*⁸⁶, na medida em que a verificação da constitucionalidade da lei é confiada a um órgão de caráter essencialmente político, o *Conseil Constitutionnel*.

⁸⁵ FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1993, p. 35.

⁸⁶ Luís Roberto Barroso afirma que: “Embora o modelo francês seja frequentemente referido como o arquétipo do controle político de constitucionalidade das leis, afigura-se mais apropriada a

Maurice Duverger diferencia com simplicidade e clareza os controles jurisdicional e político ao afirmar que:

Historiquement, le controle de la constitutionnalité des lois s'est développé sous deux formes: sous forme d'un controle juridictionnel à l'imitation des Etats-Unis, initiateur du système; sous forme d'un controle politique dont Sieyès a fait la théorie sous la Révolution Française. Contrôle de la constitutionnalité par un juge – C'est le système de plus logique. Vérifier la conformité d'une loi à la Constitution, c'est accomplir un acte de nature juridictionnelle. Il est naturel qu'un tel acte soit fait par un juge. Mais des difficultés surgissent lorsqu'il s'agit de choisir ce juge et de préciser la façon dont il sera saisi. [...] Contrôle de la constitutionnalité par un organe politique – Celui qui doit vérifier la constitutionnalité des lois se place nécessairement au-dessus d'elles: or, telle ne peut être la situation d'un juge, qui doit juger conformément aux lois, mais non juger les lois elles-mêmes. Tels est le premier motif que a conduit à charger un organe politique, et non un juge.⁸⁷

A exclusão de um controle propriamente judicial de constitucionalidade das leis, é, conforme adverte Mauro Cappelletti, uma ideia que sempre foi tenazmente imposta nas Constituições francesas, sendo certo que razões de várias naturezas – histórica, ideológica e prática – estão na base dessa solução tradicionalmente adotada na França.⁸⁸

Por motivos *históricos*, tem-se a permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução Francesa, os juízes muito frequentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com consequências

designação de controle *não judicial*. É que, no fundo, é o fato de não integrar o Poder Judiciário e de não exercer função jurisdicional o que mais notadamente singulariza o *Conseil Constitutionnel* – junto com o caráter prévio de sua atuação”. (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 43).

⁸⁷ DUVERGER, Maurice. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1959, p. 222-223. Tradução livre: “Historicamente, o controle da constitucionalidade das leis se desenvolveu de duas formas: sobre forma de um controle jurisdicional à maneira dos Estados Unidos, inicializador do sistema; e sobre a forma de um controle político cuja teoria foi desenvolvida por Sieyès durante a Revolução Francesa. Controle da constituição por um juiz – é o sistema mais lógico. Verificar a conformidade de uma lei com a constituição é atingir um ato de natureza jurisdicional. É natural que tal ato seja feito por um juiz. Porém, dificuldades surgem quando se trata de escolher o juiz e precisar a maneira como ele será retido. [...] Controle da constitucionalidade por um órgão político – Esse que deve verificar a constitucionalidade das leis, se posiciona necessariamente acima delas; outra não pode ser a situação de um juiz, que deve julgar em conformidade às leis, mas não julgar as próprias leis. Esse é o primeiro motivo que conduz a escolha de um órgão político, e não um juiz”.

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 96-99.

arbitrárias, abusivas e desastrosas, em especial com relação às liberdades individuais.⁸⁹

Aliadas a tais motivos, encontram-se as razões *ideológicas*, em que a negação de um controle judicial sempre esteve vinculada à doutrina de Montesquieu da separação dos poderes, que, em sua formulação mais rígida, era considerada absolutamente incompatível com toda possibilidade de interferência dos juízes na esfera do poder legislativo, visto como a direta manifestação da soberania popular.⁹⁰

Ora, é sabido que a Revolução Francesa impôs o fim do absolutismo e a ascensão ao poder da burguesia, desencadeando a criação de instrumentos limitadores do Poder Público e garantidores de direitos aos cidadãos, tendo por influência a doutrina do contrato social e a teoria da tripartição dos poderes estatais.⁹¹

⁸⁹ É justamente nesse sentido que se manifesta a crítica de Duverger acerca do controle jurisdicional de constitucionalidade: “Le controle politique se heurte à une impossibilité qu’avait bien vue Thibaudeau: on ne peut charger une organe politique de contrôler le Parlement dans un régime démocratique fondé sur la souveraineté nationale. Le contrôle juridictionnel se heurte aux mêmes difficultés théoriques: mais surtout ses conséquences pratiques sont dangereuses. On a montré que les juges de la Cour suprême américaine exerçaient leur contrôle dans un sens conservateur: en fait, c’est la tendance générale de tous les magistrats. Par leur formation, par leur mentalité, par les classes sociales dont ils sont issus, par leur métier même surtout, les magistrats ont une mentalité très conservatrice. Quels que soient leurs efforts d’impartialité, cette mentalité transparaît nécessairement dans leurs jugements surtout si ceux-ci s’exercent sur une matière politique: tel est précisément le contrôle de la constitutionnalité. Ainsi s’explique d’ailleurs que le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité figure surtout dans le programme des partis de droite”. (DUVERGER, Maurice. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1959, p. 224). Tradução livre: “O controle político se confronta a uma impossibilidade vista muito claramente por Thibaudeau: não se pode exigir a um órgão político de controlar o Parlamento em um regime democrático fundado sobre a soberania nacional. O controle jurisdicional se confronta às mesmas dificuldades teóricas: mas sobretudo suas consequências práticas são perigosas. Mostrou-se que os juízes da Suprema Corte americana exercitavam seu controle em um sentido conservador: na verdade, é a tendência geral de todos os magistrados. Por sua formação, por sua mentalidade, por suas classes sociais de origem, por sua profissão mesmo acima de tudo, os magistrados possuem uma mentalidade muito conservadora. Quaisquer que sejam seus esforços de imparcialidade, essa mentalidade transparece necessariamente nos seus julgamentos sobretudo aqueles que são exercidos sobre uma pauta política: tal é precisamente o controle da constituição. Assim se explica, aliás, que o controle jurisdicional da constituição figura sobretudo no programa de partidos de direita”.

⁹⁰ Cappelletti afirma que em nítido contraste com esta concepção francesa encontra-se a concepção norte-americana dos *checks and balances*, inspirada não na ideologia da nítida separação, mas na do recíproco controle e equilíbrio dos poderes do Estado, pelo que se explicaria perfeitamente, por um lado, como o poder judiciário controla, na América, a legitimidade constitucional das leis e dos atos administrativos e, por outro lado, como os poderes legislativo e executivo intervêm no momento da escolha e da nomeação dos juízes da *Supreme Court*. (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 98).

⁹¹ No dizer de Lenio Luiz Streck: “A influência do contratualismo de Rousseau e a doutrina da separação dos Poderes de Montesquieu foram decisivas para os rumos que tomou o constitucionalismo em França e de sua forma de controle. Assim, a vontade popular propalada por Rousseau e a importância que Montesquieu deu ao Legislativo (e a pouca importância que deu ao Judiciário), aliado ao fato de os juízes, por ocasião da Revolução, serem todos oriundos da

Nesse passo, a teoria da separação dos poderes utilizada como base para a Revolução Francesa apostava na existência de um Poder Legislativo forte, capaz de vincular os indivíduos – inclusive a camada que detinha o poder – às leis, sendo estas capazes de conferir a segurança que o poder absoluto de outrora não gerava.

Nesse cenário, o Judiciário era visto com grande desconfiança e desprestígio, uma vez que os juízes eram autoridades nomeadas pelo monarca e possuíam extenso histórico de defesa dos interesses da monarquia e da nobreza, sendo o juiz, então, considerado um mero coadjuvante, alguém que teria simplesmente a função de apenas dizer o direito, sem a necessidade de interpretá-lo, ou, nas palavras de Montesquieu, ser apenas a “*boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor*”⁹².

Às razões históricas e ideológicas da solução tradicionalmente adotada na França, acrescentam-se as razões *práticas*. A exigência prática sentida na história francesa de mais de um século e meio até os dias atuais, foi de assegurar, mediante o instituto do *Conseil d’Etat*, uma tutela contra as ilegalidades e os abusos do poder executivo, e também, especialmente por meio da *Cour de Cassation*, contra as ilegalidades do poder judiciário (ambos são órgãos de cúpula, respectivamente, da jurisdição administrativa e judicial), antes que a de assegurar uma tutela contra os excessos do poder legislativo.

Desse modo, na França, em razão das circunstâncias acima mencionadas, prevaleceu um sistema de controle de constitucionalidade realizado por órgão não judicial, de caráter político – o *Conseil Constitutionnel* – que, além de outras funções, tais como controlar a regularidade das eleições presidenciais e parlamentares, é o único legitimado competente para exercer a fiscalização da constitucionalidade das leis naquele país.

Com relação à característica do sistema de controle adotado, tem-se que a Constituição Francesa de 1958 atribuiu ao Conselho Constitucional, na sua versão

aristocracia (*ancien régime*), fizeram com que se olhasse com extrema desconfiança a possibilidade de um Poder não-popular modificar leis elaboradas pela vontade geral do povo”. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 347).

⁹² MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. 2. ed., 2.^a tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175.

primária⁹³, o controle exclusivamente *preventivo* de constitucionalidade das leis, em razão de incidir apenas sobre as leis ainda não promulgadas e cuja entrada em vigor dependia do reconhecimento de sua compatibilidade com o texto constitucional. Isto significava que, uma vez aprovada e promulgada a lei, não era mais possível fiscalizá-la em face da Constituição; sendo certo que, após a promulgação do ato legislativo, não havia mais espaço para o controle da constitucionalidade no Direito francês.

O controle preventivo de constitucionalidade desenvolvido na França consiste, pois, em uma atividade de fiscalização das leis aprovadas pelo Parlamento, mas ainda não promulgadas, inserindo-se, então, no próprio processo legislativo, como uma fase ou *iter* do processo de formação da lei.⁹⁴

Desenvolve-se, em resumo, da seguinte maneira: quando um texto legislativo ou um tratado internacional já definitivamente elaborado, o Presidente da República, o Primeiro-Ministro ou o Presidente da Assembleia Nacional (Câmara dos Deputados) ou do Senado, pode remeter o próprio texto legislativo ou o tratado ao *Conseil Constitutionnel*, a fim de que se pronuncie sobre sua conformidade com a Constituição. Trata-se, nestes casos, de um controle preventivo de ordem facultativa.

Por outro lado, para algumas leis, denominadas “*orgânicas*”, concernentes à organização dos poderes públicos, o pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* é obrigatório. Nesse caso, o órgão, independentemente de qualquer provocação, deve sempre se pronunciar, para fiscalizar, antes da promulgação da lei orgânica, a conformidade com a Constituição.

O Conselho Constitucional deve decidir dentro de um mês ou, em certos casos, dentro de oito dias, e, neste ínterim, a promulgação da lei fica suspensa. Se o pronunciamento for no sentido da inconstitucionalidade, a lei não poderá ser

⁹³ Diz-se isso, vez que, em razão da reforma constitucional de 23 de julho de 2008, permitiu-se ao Conselho Constitucional realizar um controle *repressivo* de constitucionalidade, sempre que a ele for submetido, dentro de certas condições, o exame de uma *questão prioritária de constitucionalidade* (QPC), em face da qual o órgão político francês fiscaliza a constitucionalidade de leis em vigor, cuja desconformidade com a Constituição foi suscitada por qualquer das partes em processo judicial ou administrativo. Desse modo, a reforma constitucional em tela adotou um controle *repressivo* ao lado do já existente controle *preventivo*, para possibilitar ao Conselho Constitucional fiscalizar as leis tanto *antes* de sua entrada em vigor como *depois* de sua entrada em vigor (neste último caso, quando a lei não sofreu o controle preventivo).

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 28-29.

promulgada nem poderá, por conseguinte, entrar em vigor, senão depois da revisão da Constituição.⁹⁵

Por fim, relembre-se que o sistema em que a fiscalização da constitucionalidade é exercida por meio de um órgão político, estranho ao Judiciário, teve grande destaque e repercussão nas teorias propostas por Carl Schmitt, em que o Chefe do Executivo (o *Führer*) representaria o intérprete da Constituição e, por conseguinte, o “*guardião da Constituição*”, rendendo, inclusive, um interessante debate com Hans Kelsen, nos termos já aduzidos.

Entretanto, como adverte Jorge Miranda ao comparar a proposta schmittiana com o modelo adotado na França, essa garantia das normas constitucionais “*pelo Chefe do Estado não consiste propriamente na garantia da constitucionalidade norma a norma, mas sim na defesa global do regime ou dos seus fundamentos na regulação do poder entre os diferentes órgãos*”⁹⁶.

⁹⁵ Mauro Cappelletti traz algumas considerações deveras assustadoras para um Estado Democrático de Direito, no sentido de que “o pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* é emitido por maioria de votos, depois de um procedimento que se desenvolve em segredo, sem audiências orais, sem contraditório, um procedimento em que não existem verdadeiras partes, embora sendo admitida, na prática, a apresentação de memoriais escritos por parte dos órgãos interessados”. (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 28).

⁹⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 526.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Estudados os três principais modelos de controle de constitucionalidade desenvolvidos, afirma-se que, no direito brasileiro, o controle acompanhou não apenas um – como ocorreu na grande maioria dos países europeus e latino-americanos –, mas os três sistemas mencionados: (i) o controle nos moldes franceses influenciou muito a Constituição de 1824; (ii) o controle difuso americano prevaleceu a partir da proclamação da República; e (iii) o controle concentrado kelseniano é contemporâneo às ideias de seu idealizador e ganhou bastante importância com o processo de redemocratização e com a promulgação da Constituição de 1988. Este capítulo, então, será dedicado ao detalhamento da historicidade do desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro até os dias atuais.

3.1 HISTÓRICO GERAL: ORIGEM E EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Política do Império do Brasil, datada de 25 de março de 1824⁹⁷ “*não se reconheceu ao Poder Judiciário a faculdade de recusar aplicação aos atos do Parlamento eivados de inconstitucionalidade*”⁹⁸, uma vez que refletia o constitucionalismo francês, o qual, fruto da Revolução, rechaçava a interferência de um Poder sobre o outro, ainda mais se tratando do Judiciário.

É bem verdade que o texto em questão instituiu expressamente um tribunal superior, denominado *Supremo Tribunal de Justiça*⁹⁹. Todavia, além de não

⁹⁷ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 04 de abril de 2016. Em grau de rigidez, diz-se que o texto constitucional de 1824 é semi-rígido, uma vez que, nos termos do seu art. 178, “E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.”

⁹⁸ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contróle jurisdiccional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 27.

⁹⁹ “Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados

atribuir à mencionada Corte a função de garantir a observância da Constituição pelo Poder Executivo ou mesmo pelo legislador ordinário, também não criou nenhum outro mecanismo jurisdicional que pudesse ter a mesma função.

Em 1824, então, as funções de criação, interpretação e revogação das leis e guarda da Constituição foram conferidas exclusivamente ao Poder Legislativo.¹⁰⁰

Sobre o fato, bem elucidada Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente:

Só o poder que faz a lei é o unico competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatoria o pensamento, o preceito della. Só elle e exclusivamente elle é que tem o direito de interpretar o seu proprio acto, suas proprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse. Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositario real da vontade e intelligencia do legislador. Pela necessidade de applicar a lei deve o executor ou o juiz, e por estudo póde o jurisconsulto, formar sua opinião a respeito da intelligencia della; mas querer que essa opinião seja infallível e obrigatoria, que seja regra geral, seria dizer que possuia a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma intelligencia e vontade; e isso seria certamente irrisorio.¹⁰¹

Não havia outra alternativa: era a consagração da soberania do Parlamento. Em que pese serem atribuídas severas críticas à omissão e passividade do Supremo Tribunal de Justiça¹⁰², fato este que supostamente teria servido para contribuir com o atraso histórico na evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, bem asseverou Lúcio Bittencourt que foi a existência de um Poder Moderador que efetivamente impediu qualquer ação do Judiciário no sentido ideal pretendido¹⁰³, uma vez que cabia a este *quarto Poder* um papel essencial no sistema jurídico pátrio à época, sendo a “*chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu*

com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.”

¹⁰⁰ “Art. 13. O Poder Legislativo é delegado á Assembléa Geral com a Sancção do Imperador.” e “Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral: [...] VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação”.

¹⁰¹ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Publico Brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1857, p. 69-70.

¹⁰² CARNEIRO, Levi. *Federalismo e Judiciarismo*, 1930, p. 239, *apud* BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 27.

¹⁰³ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 28.

*Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos*¹⁰⁴.

Nessa perspectiva da história constitucional brasileira, não havia lugar para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade.¹⁰⁵ Contudo, havia esperança: o Imperador Dom Pedro II já desejava ao Supremo Tribunal de Justiça as mesmas características da Suprema Corte norte-americana.

Nesse sentido, Leda Boechat Rodrigues relata o diálogo tido pelo monarca com Salvador de Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira, antes destes cumprirem missão oficial aos Estados Unidos da América:

[...] em julho de 1889, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: *‘estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a esse respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria este melhor. Dêem toda a atenção a este ponto’*.¹⁰⁶

¹⁰⁴ In Art. 98 da Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Nesse exato sentido, se manifesta Pimenta Bueno: “O poder moderador, cuja natureza a constituição esclarece bem em seu art. 98, é a suprema inspecção da nação, é o alto direito que ella tem, e que não póde exercer por si mesma, de examinar o como os diversos poderes politicos, que ella creou e confiou a seus mandatarios, são exercidos. É a faculdade que ella possui de fazer com que cada um delles e conserve em sua orbita, e concorra harmoniosamente com outros para o fim social, o bem-ser nacional; é quem mantem seu equilibrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é emfim a mais elevada força social, o órgão político o mais activo, o mais influente, de todas as instituições fundamentaes da nação.” (PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Publico Brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1857, p. 204). Para Ronaldo Poletti, “adotando o modelo da monarquia constitucional e ideal do regime inglês, as idéias de Benjamin Constant inspiraram os constituintes do Império brasileiro. [...] São dele, também, as concepções do Poder Moderador, tal qual adotado pela Constituição brasileira de 1824. Compara a irresponsabilidade do rei com a responsabilidade dos Ministros. O Poder Real estava investido de uma autoridade inviolável. Esse Poder representava a chave de toda organização política (*la clef de toute organisation politique*). Um Poder neutro diferente do Poder ativo dos Ministros. O Poder Real constituía a força de harmonizar os poderes, de maneira a evitar que se destruíssem reciprocamente ou que um prevalecesse, porque mais forte, sobre os outros. Daí sua função de preservar, de reparar, sem ser hostil. Para ele, deveria haver cinco poderes: O poder real, o executivo, o judiciário, o representativo de *la durée* (uma assembleia hereditária) e o representativo de *l’opinion* (uma assembleia eletiva). Ao Poder Judiciário competiria, apenas, aplicar as leis aos casos particulares.” (Cf. Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle*, 2. ed., 2 tomos, Paris, Librairie de Guillaumin, 1872, t. I, p. 18 e segs., *apud* POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto, Controle de Constitucionalidade das Leis. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 74).

¹⁰⁵ Cf. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôlo jurisdiccional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 27-28; e BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 155.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Ed. Civilização Brasileira, Rio, 1965, I/7, p. 01. In: O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO IMPÉRIO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REPUBLICANO. (Discurso pronunciado pelo Ministro Carlos Velloso, na Sessão Solene,

Os representantes brasileiros na missão oficial, contudo, nem tiveram tempo de trazer ao Imperador suas impressões sobre o sistema norte-americano, vez que somente 04 meses após a conversa referenciada houve a proclamação da República, instituindo-se o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil.

O Governo Provisório, por sua vez, editou uma Constituição provisória por meio do Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, que significou o primeiro passo para a instituição do modelo da Suprema Corte norte-americana, e, ato contínuo, convocou uma Constituinte para a elaboração de uma constituição definitiva. Em 24 de fevereiro de 1891, então, o Congresso Nacional promulgou a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.¹⁰⁷

Neste início da história republicana, no que se refere à incorporação de regras versando sobre o controle de constitucionalidade, verifica-se nitidamente a influência americana do *judicial review* no modelo adotado pelo texto constitucional de 1891, em especial em seus arts. 59 e 60¹⁰⁸, *in verbis*:

Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

II – julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, §1º, e o art. 60;

[...]

§ 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

realizada em 18 de setembro de 2003, em que o Supremo Tribunal Federal comemorou o centésimo setuagésimo quinto aniversário da Lei de 18 de setembro de 1828, que criou o Supremo Tribunal de Justiça do Império, antecessor do Supremo Tribunal Federal). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61310>>. Acesso em: 06 abr. 2016.

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

¹⁰⁸ Nesse exato sentido se manifesta Luís Roberto Barroso: “Ausente do regime da Constituição imperial de 1824, o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil com a República, tendo recebido previsão expressa na Constituição de 1891 (art. 59 e 60). Da dicção dos dispositivos relevantes extraía-se a competência das justiças da União e dos Estados para pronunciarem-se acerca da invalidade das leis em face da Constituição. O modelo adotado foi o americano, sendo a fiscalização exercida de modo incidental e difuso”. (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 62).

Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Art. 60 - Compete aos Juizes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

- a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;
- b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo;

Tais excertos normativos vieram a ser regulamentados pela Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894¹⁰⁹, apontada como um marco inicial do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade brasileiro, ao dispor, expressamente, em seu art. 13, §10º, a competência fiscalizatória no sentido de que *“os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição”*.

De fato, na expressão utilizada por Alfredo Buzaid, *“esta síntese feliz, que traduz o rigor dos princípios, marca o passo definitivo na evolução do direito brasileiro”*, afirmando que o inovador dispositivo legal acima mencionado *“fiel ao pensamento americano onde foi beber a sua inspiração, sagrou entre nós a doutrina da supremacia do judiciário”*¹¹⁰. Consolidava-se, assim, o sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil, que, na expressão de Ruy Barbosa (ao alertar para a impossibilidade de controle *in abstracto*), era um *“poder de hermeneutica, e não um poder de legislação”*¹¹¹.

Com efeito, a República conferiu à Justiça brasileira características novas¹¹²: (i) a instituição do Supremo Tribunal Federal segundo o padrão da

¹⁰⁹ BRASIL. Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 06 abr. 2016.

¹¹⁰ BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 31.

¹¹¹ BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal [Rio de Janeiro]: Companhia Impressora, 1893, p. 102-103.

¹¹² Em conferência pronunciada em 1952, consignou o saudoso e eminente Miguel Seabra Fagundes: *“Vínhamos, em 1891, do Império, onde a Justiça não tinha nenhuma expressão política. Era um poder que se limitava a dirimir as controvérsias do direito privado, de modo que os atos da Administração pública escapavam, por inteiro, ao seu controle. E, de chofre, pela instituição da República, o Poder Judiciário foi elevado a plano de excepcional importância na vida política do país. Atribuiu-se-lhe, ao lado da função que já era sua, de dirimidor das questões de ordem privada, uma outra, da maior importância: a de guardar os direitos individuais contra as infrações decorrentes de atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, inclusive e notadamente quando esses atos afetassem textos constitucionais. Isto equivalia, de certo modo, a fazê-lo fiador da seriedade do regime como construção política, pois, ao declarar a prevalência da Lei Suprema em face de atos legislativos ou administrativos que a afetavam, o que fazia o Judiciário era preservar as próprias*

Suprema Corte norte-americana, outorgando-lhe, expressamente, o controle da constitucionalidade das leis; e (ii) a assimilação do *judicial review* americano, com o controle difuso pelos magistrados brasileiros (de 1ª instância ao Supremo Tribunal Federal), os quais, ressalte-se, demoraram um pouco para se aperceberem dessa profunda inovação.¹¹³

No avançar da história constitucional brasileira, observa-se que a estrutura até então vigente não sofreu grandes mudanças.

Com efeito, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934¹¹⁴, manteve, em linhas gerais, o sistema consagrado na Constituição de 1891, mas introduziu três profundas e significativas inovações que até hoje estão incorporadas no Direito brasileiro, quais sejam: (i) criou a “*declaração de inconstitucionalidade para evitar intervenção federal*”¹¹⁵, embrião do controle concentrado de constitucionalidade segundo o modelo europeu (art. 12, §2º); (ii) estabeleceu que a decisão de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público somente seria tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 179); e (iii) instituiu a possibilidade do Senado Federal suspender a execução total

instituições republicanas, pela contenção dos demais poderes nas suas órbitas estritas de ação e pela garantia ao indivíduo da sobrevivência dos seus direitos, fossem quais fossem as prevenções contra eles armadas”. (Arquivos do Ministério da Justiça”, 157/29. In: O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO IMPÉRIO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REPUBLICANO. (Discurso pronunciado pelo Ministro Carlos Velloso, na Sessão Solene, realizada em 18.09.2003, em que o Supremo Tribunal Federal comemorou o centésimo setuagésimo quinto aniversário da Lei de 18.09.1828, que criou o Supremo Tribunal de Justiça do Império, antecessor do Supremo Tribunal Federal). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61310>>. Acesso em: 06 abr. 2016).

¹¹³ Essa ausência da familiaridade com o novo instituto foi ressaltada por Ruy Barbosa em 1893, em trabalho jurídico no qual defendeu a competência dos juízes e tribunais de examinar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Executivo, negando-lhe aplicação em caso de ofensa à Constituição: “Entretanto, aqui, perfilhadas por nós as instituições americanas, á primeira vez em que se tenta recorrer a este instrumento de ordem, trivialissimo, comesinho nos Estados Unidos, dando assim o unico exemplo que pode salvar este paiz, o do appello á justiça contra o delirio das paixões, levantamos uma pedra de escandalo, quando presumiamos prestar serviço patriótico, semeando habitos salutarees”. (BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal [Rio de Janeiro]: Companhia Impressora, 1893, p. 112).

¹¹⁴ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 06 abr. 2016.

¹¹⁵ Trata-se da representação interventiva, denominada naqueles termos por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 170). Por meio dessa representação, o Supremo Tribunal Federal, após provocação do Procurador-Geral da República, deveria se posicionar acerca da constitucionalidade da lei que decretasse a intervenção da União nos Estados ocorrida para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados no art. 7º, inciso I, alíneas a a h, da Carta Constitucional. Contudo, essa representação não significava, ainda, a introdução do controle direto abstrato de constitucionalidade, vez que dizia respeito a caso/conflicto concreto de intervenção federal.

ou parcial da lei, ato, deliberação e/ou regulamento declarado inconstitucional pelo Judiciário (art. 91, inciso IV), emprestando efeito *ergam omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.¹¹⁶

Em que pese o contínuo desenvolvimento do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos anteriormente expostos, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, denominada “*A Polaca*”¹¹⁷, que marcou a constituição do Estado Novo e deu início a um período de autoritarismo e excessiva concentração de poder pelo Executivo, representou um “*inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade*”¹¹⁸.

A principal (e mais temível) inovação apresentada pelo novo texto constitucional, combinava tanto com o contexto ditatorial do país à época, que o “*constituente rompeu com a tradição jurídica brasileira*”¹¹⁹, na medida em que, nos termos do art. 96, *parágrafo único*, da Constituição de 1937, possibilitou ao Presidente da República, a seu juízo, submeter a lei declarada inconstitucional ao Parlamento, a fim de que ela fosse confirmada, a pretexto de ser necessária à

¹¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 168-169. Nesse contexto, tem-se que o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal na já distante sessão plenária de 25.05.1966 por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 16.512, de que foi relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro, por iniciativa do voto do Ministro Prado Kelly, nos seguintes termos: “A jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal negava a extensão a outros interessados dos efeitos das suas decisões. O julgado estava, como é de *communis opinio*, adstrito à questão focalizada pela Corte. Só em *habeas corpus* (impetrado o primeiro deles pelo Conselheiro Ruy Barbosa, para assegurar a liberdade de reunião em praça pública) se admitiu a extensão da medida *erga omnes*. Então, acudia naturalmente aos estudiosos dos fatos jurídicos a conveniência de instituir-se meio adequado à pronta suspensão dos efeitos, para terceiros, das leis e regulamentos declarados *inconstitucionais* pela Suprema Corte. Foi uma inspiração de ordem prática. Mas a fórmula adotada pela Constituinte de 1934 obedecia, ainda, a razões de ordem técnica. O regulamento, a lei, podiam provir da União, dos Estados-membros ou dos Municípios. Se se aguardasse a revogação, para alcance geral, de norma eivada de inconstitucionalidade, escaparia ao Legislador Federal o ensejo, em muitos casos, de corrigir os defeitos estranhos à sua competência, como, por exemplo, os da órbita estadual ou municipal”. (STF. Mandado de Segurança n.º 16.512/SP. Pleno. Relator Ministro Oswaldo Trigueiro. Julgamento em: 25 de maio de 1966. Publicação no DJ: 31 de agosto de 1966. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06 abr. 2016).

¹¹⁷ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 07 abr. 2016. “*A Polaca*”, dada a forte inspiração na Constituição autoritária da Polônia de 1935.

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1136. Também nesse sentido, ver: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do contrôlo da constitucionalidade*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 62.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1136.

preservação do bem-estar do povo e promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta.¹²⁰

Tratou-se, na verdade, de disposição legal contendo clara desautorização das decisões proferidas pelos Tribunais pátrios. Tal sistemática indica muita semelhança com a teoria já abordada de Carl Schmitt, que elege o Chefe do Executivo o “guardião” da Constituição, responsável pelo zelo de sua integridade, na medida em que a interpretação subjetiva do Presidente a respeito da relevância ou não da lei (ainda que declarada sua incompatibilidade com o texto constitucional pelo Judiciário) poderia ensejar a “reversão” da inconstitucionalidade outrora regularmente declarada.

É bem verdade, contudo, que esse novo instituto não colheu manifestações unânimes de desagrado. Cite-se, nesse sentido, Alfredo Buzaid, para quem:

Este dispositivo, a despeito das críticas feitas ao caráter totalitário da Carta Constitucional, tinha virtude de devolver ao Parlamento a competência para apreciar a conveniência de manter a lei declarada inconstitucional. Resolvia-se o equilíbrio dos poderes, não pela supremacia do judiciário, cuja decisão era acatada, mas pela devolução ao Congresso, a fim de manifestar se, para atender ao interesse nacional, a lei devia ser revalidada. [...] O legislador brasileiro procurou racionalizar a distribuição dos poderes, conferindo ao judiciário a competência para declarar a inconstitucionalidade, mas ao parlamento a de *suspender*, no todo ou em parte, a sua execução.¹²¹

Assim, durante todo o período do Estado Novo (1937 a 1945), os procedimentos pertinentes ao controle de constitucionalidade não sofreram alterações, sendo certo, todavia, que a fiscalização normativa ficou integralmente submetida às “*limitações do regime autoritário e centralizado*”¹²² decorrentes da Era Vargas.

A mácula introduzida em 1937, e que, a nosso ver, viciava o controle de constitucionalidade desde então, somente veio a ser derrubada com a promulgação

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1136.

¹²¹ BUZOID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 32-33.

¹²² CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do contrôle da constitucionalidade*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 63. E continua: “para que possa haver autenticidade às normas é preciso que emanem de poderes autênticos. No caso do Estado Novo, tôdas as normas emanaram de um único poder, o que tirava ao processo de inconstitucionalidade o seu verdadeiro espírito.”

da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946¹²³, inserida no processo de redemocratização do país.

Ateve-se, em linhas gerais, ao modelo apresentado na Constituição de 1934, e trouxe, como principal inovação, importante avanço na conformação da ação direta de inconstitucionalidade (representação interventiva), incluindo, no juízo de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, não apenas a lei federal interventiva, mas também a própria lei ou ato normativo estadual indicado como inconstitucional no pedido de intervenção (art. 8º, *parágrafo único*).

Após 1946, a próxima grande e *radical inovação* no controle de constitucionalidade vigente, lembrando a expressão utilizada por Luís Roberto Barroso¹²⁴, ocorreu com a Emenda Constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965, que alterou a redação do art. 101, inciso I, alínea 'k', do texto constitucional então vigente, para inserir na competência originária do Supremo Tribunal Federal o julgamento da *“representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”*¹²⁵.

Dava-se início no país, enfim, ao controle de constitucionalidade concentrado, da análise da compatibilidade constitucional da lei em tese, sem prejuízo, contudo, do controle difuso, o qual se mantinha incólume no ordenamento jurídico vigente.¹²⁶

Em que pese a importância da mencionada inovação, observa-se que o verdadeiro móvel do legislador era permitir um mecanismo de controle de constitucionalidade conveniente aos desmandos do Poder Executivo, vez que o único legitimado para representar ao Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral

¹²³ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 07 abr. 2016.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 63.

¹²⁵ Essa mesma Emenda Constitucional também instituiu o exercício do controle de constitucionalidade abstrato das normas municipais e/ou estaduais que conflitassem com a Constituição Estadual, ao acrescentar o inciso XIII no art. 124 do texto constitucional (*“a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado”*).

¹²⁶ “Introduzia-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais européias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal. O controle incidental e difuso, por sua vez, não foi afetado pela inovação, passando ambos a conviver entre si.” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64).

da República, era escolhido e nomeado (e livremente exonerado) pelo Presidente da República.¹²⁷ Em contrapartida, em tom um tanto o quanto utópico, Alfredo Buzaid aduz que a posição do Procurador-Geral na ação direta para fins de intervenção é a de substituto processual, representando “*tôda a coletividade, empenhada em expurgar a ordem jurídica de atos políticos, manifestamente inconstitucionais e capazes de pôr em risco a estrutura do Estado*”¹²⁸.

Em sequência, tanto a Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967¹²⁹, como a Emenda Constitucional n.º 01, de 17 de outubro de 1969, não trouxeram contribuições relevantes para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no país, mantendo-se a sistemática até então adotada.¹³⁰

Finalmente, as últimas alterações antes de 1988 somente vieram com a edição da Emenda Constitucional n.º 07, de 13 de abril de 1977, que acrescentou a alínea ‘f’ no art. 119, inciso I, e trouxe a possibilidade de representação pelo Procurador-Geral da República não só em relação à inconstitucionalidade da norma como também à interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual. Além dessa alteração, a referida Emenda Constitucional também estabeleceu um permissivo para que o Supremo Tribunal Federal concedesse, em sede de controle de constitucionalidade abstrato, liminares para suspender a eficácia do dispositivo impugnado até o julgamento definitivo pela Corte.

¹²⁷ É interessante a crítica formulada por José Ignácio Botelho de Mesquita ao comentar sobre o surgimento do controle de constitucionalidade abstrato no país: “Graças ao fato de se ter atribuído exclusivamente ao Procurador-Geral da República a legitimação para promovê-la, pode-se dizer que essa representação já nasceu de farda. E de fato, competindo ao Presidente da República a escolha e a nomeação do Procurador-Geral, competia-lhe também, com exclusividade, o poder de fato de representar ao Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade e, posteriormente, para interpretação das leis e atos normativos federais e estaduais.” (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 2: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competências originária dos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 258-259).

¹²⁸ BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 107.

¹²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 07 abr. 2016;

¹³⁰ A única diferença foi o abandono do controle de constitucionalidade das normas municipais e estaduais em face da Constituição Estadual como competência originária dos Tribunais de Justiça, tendo a EC n.º 01/1969 previsto, em seu art. 15, § 3º, alínea ‘d’, a possibilidade de intervenção no Município quando suas normas violassem a Constituição Estadual.

3.2 SISTEMA BRASILEIRO DE FISCALIZAÇÃO DAS LEIS COM O ADVENTO DA CF/88: PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO

Diante das considerações até então exaradas, verifica-se que desde a Emenda Constitucional n.º 16/65 até antes de 1988, o Brasil conviveu com um sistema de controle de constitucionalidade caracterizado pela prevalência do modelo difuso sobre o concentrado, sempre sobre a tutela do Poder Judiciário. Como se viu, o controle abstrato mantinha-se de forma bastante relativizada, na medida em que somente uma pessoa (que ocupasse um cargo específico) era competente para instaurar o procedimento de *representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual*.

Contudo, a partir de 05 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil¹³¹, essa situação se inverteu, vez que, seu texto, em conjunto com as posteriores reformas e com a legislação específica superveniente, mantendo o já consolidado protagonismo do Poder Judiciário, fortaleceu o controle abstrato de constitucionalidade em detrimento do difuso, que outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei *in concreto*¹³², previsto de forma expressa, porém oblíqua, na disciplina do cabimento do recurso extraordinário (102, III, 'a' a 'd' c/c art. 97).¹³³

¹³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

¹³² Lenio Luiz Streck aponta para uma diferença existente entre o controle difuso exercido pelo juiz singular e o exercido pelos tribunais, na medida em que, ao contrário dos tribunais – que proferem declaração incidental de inconstitucionalidade, sujeitando-se ao princípio da reserva de plenário, art. 97 CF –, o juiz não declara a inconstitucionalidade de um texto normativo, mas apenas deixa de aplicá-lo. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 456). A doutrina em geral não acompanha essa distinção. V. Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 104; e Ronaldo Poletti, *Controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 198: “A declaração de inconstitucionalidade, quer pelo juiz singular, pelos tribunais, ou pelo Supremo Tribunal Federal, tem a mesma natureza e decorre de idêntica fundamentação”.

¹³³ “A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que, praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência”. (MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1166-1167).

Primeiramente, porque com a Constituição Federal a legitimidade *ad causam* para instigar a fiscalização abstrata de constitucionalidade (inicialmente, apenas tratou-se da ação direta de inconstitucionalidade) foi ampliada para contemplar diversas outras, quebrando, assim, o monopólio até então exercido pelo Procurador-Geral da República¹³⁴:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - 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.

Ao lado dessa inovação – e manutenção de institutos já previstos anteriormente – outras vieram, tais como: (i) a ação declaratória de constitucionalidade mencionada no *caput* do art. 103 (art. 102, inciso I, alínea ‘a’); (ii) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º); (iii) o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI c/c art. 102, inciso I, alínea ‘q’); (iv) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º); e (v) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, §2º).

Com exceção do item ‘(v)’, todos os outros pronunciamentos acima mencionados são de competência originária do Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição, que assumiu o papel de corte constitucional nos moldes brasileiros, na medida em que, diferentemente do que ocorreu no modelo de

¹³⁴ Apesar de muitas vezes se ouvir que essa nova sistemática atendeu aos reclames da comunidade jurídica, há quem critique essa opção: “A enumeração é exagerada e surpreendente. Com essa pulverização de sujeitos, o sistema brasileiro avançou para o da jurisdição concentrada. Tão ampla e difusa faculdade implicará, certamente, uma discussão permanente a propósito da discussão em abstrato da constitucionalidade das leis. Com tantos caminhos, dificilmente um cidadão deixará de suscitar a sua representação de inconstitucionalidade, quase como se fosse uma ação de natureza individual. Ao lado disso, a titularidade assim difundida, o congestionamento do Supremo Tribunal será inevitável, considerando-se a febril atividade legislativa do Estado brasileiro e a constante discussão sobre a sua constitucionalidade, quanto mais, agora, que a Constituição continuou a sua expansão analítica, absorvendo um sem número de matérias, reservadas, noutros tempo, à legislação ordinária”. (POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 92-93).

controle adotado na Europa, o controle concentrado no Brasil foi absorvido na competência de um Tribunal componente do Poder Judiciário, que já exercia também o controle difuso de constitucionalidade.

Em outras palavras, no sistema de controle judicial de constitucionalidade consagrado na Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal é erigido como órgão titular da “guarda da Constituição”, cabendo-lhe atuar não só em caráter concentrado de competência originária, mas também exercendo jurisdição constitucional incidental em último grau, assumindo o papel de tribunal revisor da questão constitucional no âmbito do controle difuso, proferindo decisões terminativas da lide em ambas as situações.

Além disso, o sistema brasileiro contrapõe-se à estrutura do modelo europeu idealizado por Kelsen, em que o controle concentrado não é judicial, mas político, vez que efetuado por uma jurisdição constitucional exclusiva, o Tribunal Constitucional, que recebe da Constituição competência para julgar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos em caráter definitivo, mas que, ressalte-se, não integra o Poder Judiciário.

Enfim, nesse contexto, com a ampliação da legitimidade ativa de ações-chave na sistemática de fiscalização da constitucionalidade de leis e atos normativos, aliada aos novos mecanismos de exercício da via direta e objetiva trazidos pela Constituição de 1988 e suas posteriores alterações, vê-se uma redução da importância que outrora possuía o controle difuso de constitucionalidade, pela própria limitação deste em relação à fiscalização abstrata, até mesmo pela dificuldade em se levar a discussão para o Supremo Tribunal Federal (algo que se agravou, pensa-se, com o estabelecimento de verdadeiras travas recursais como, por exemplo, a *demonstração de repercussão geral da matéria debatida nos autos*, como requisito do Recurso Extraordinário, totalmente sujeito ao entendimento discricionário do magistrado), ou mesmo pela instituição de apetrechos que conduzem a produção de efeitos além dos limites do caso concreto (Súmula Vinculante).

Com efeito, conclui-se que a evolução legislativa e jurisprudencial conduziu o Brasil para a adoção de um sistema jurisdicional híbrido e/ou misto de controle de constitucionalidade, que admite a convivência de duas espécies de controle, sendo ambos realizados pelo Poder Judiciário: (i) o sistema difuso, efetuado pela jurisdição ordinária comum, em que o exame de constitucionalidade

da matéria é tratado no caso concreto, em um processo específico, e poderá ser realizado por qualquer magistrado ou tribunal, de certa forma democratizando a iniciativa da fiscalização a todos os cidadãos e entidades que tenham legítimo interesse; e (ii) o sistema abstrato, efetuado pela jurisdição constitucional por via de ação direta, em que o exame de constitucionalidade se concentra no Supremo Tribunal Federal ou nos Tribunais de Justiça dos Estados¹³⁵, promovendo a uniformização de pronunciamentos sobre a matéria constitucional e fortalecimento da eficácia das decisões dos tribunais superiores.

Além disso, é importante que se diga que, no direito brasileiro, como regra, o controle desempenhado pelo Poder Judiciário é repressivo, isto é, aquele realizado quando a lei já está em vigor, e destina-se a paralisar-lhe a eficácia. Diz-se se tratar de uma regra, vez que existe, ainda, uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade em sede judicial, que tem sido admitida pela doutrina e jurisprudência pátrias, tendo por base a posição do Supremo Tribunal Federal de conhecer mandados de segurança impetrados por parlamentares contra propostas de emendas constitucionais que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional, ou seja, *“contra o simples processamento de propostas de emenda à Constituição cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º”*¹³⁶.

3.3 ATUAÇÃO DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Como se vê, o sistema brasileiro de fiscalização da inconstitucionalidade adota, como regra geral, o controle judicial, consagrando o protagonismo dos órgãos do Poder Judiciário, que detêm a palavra final e definitiva acerca da interpretação da Constituição.

¹³⁵ Isso, conforme se trate de incompatibilidade de lei ou ato normativo federal ou estadual com a Constituição Federal (STF – art. 102, inciso I, alínea ‘a’, CF/88), ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal perante a Constituição do Estado (TJ’s – art. 125, §2º, CF/88).

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46.

Entretanto, o próprio texto constitucional de 1988, em conjunto com o sistema jurídico brasileiro como um todo, estabelecem algumas hipóteses em que os Poderes Executivo e Legislativo desempenham papel relevante no controle de constitucionalidade, tanto em caráter preventivo como repressivo.

Isto porque, é sabido que o princípio da separação de poderes do Estado não implica em separação e/ou isolamento absoluto, muito por conta da própria previsão constitucional que exige, não só a independência, mas também harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário.¹³⁷

Nesse contexto, referido princípio passou a ser entendido como meio de impedir a concentração do poder em torno de uma só função estatal, sendo certo que, cada uma delas, além das competências próprias, ditas principais, é atribuída competências secundárias, que exercerá em caráter acessório, porém cogente. O exercício dessa competência secundária e acessória pela função de Estado que não a que lhe é típica, nada mais significa do que a concretização da indispensável harmonia e mútuo controle entre os três principais Poderes.

Em função disso, ao Poder Executivo cabe, nos termos da Constituição Federal de 1988, especificamente, art. 66 e §1º¹³⁸, o *dever*¹³⁹ de efetuar o controle *político (ou não-judicial)*¹⁴⁰ preventivo de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, utilizando, para tanto, seu poder de veto a projeto de lei aprovado pelo Parlamento:

¹³⁷ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

¹³⁸ “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

¹³⁹ A nosso sentir, é importante que fique claro que o Executivo tem o *dever*, não o poder, de vetar projeto de lei inconstitucional porque, como Chefe de Estado e de Governo, é seu dever zelar pelo cumprimento da Constituição, não permitindo sua violação sob pena, inclusive, de contra ela atentar, por omissão, vindo eventualmente a incorrer em crime de responsabilidade (caput do art. 85, CF/88). Por essa mesma razão, ainda que o Executivo tenha apostado veto a projeto de lei por entendê-lo inconstitucional, caso o veto seja derrubado pelo Legislativo (§ 4º do art. 66, CF/88), incumbe-lhe, também, o *dever* de propor a respectiva Ação Direta de Inconstitucionalidade, evitando que a norma por ele interpretada como inconstitucional adentre ou permaneça no ordenamento jurídico.

¹⁴⁰ Sobre o assunto, valem-se dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso: “A expressão controle *político* sugere o exercício da fiscalização de constitucionalidade por órgão que tenha essa natureza, normalmente ligado de modo direito ao Parlamento. Essa modalidade de controle costuma ser associada à experiência constitucional francesa. [...] Embora o modelo francês seja frequentemente referido como arquétipo do controle político de constitucionalidade das leis, afigura-se mais apropriada a designação de controle *não judicial*”. (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 42-43).

O processo legislativo comum tem como uma de suas fases a remessa do projeto aprovado pela casa legislativa ao Chefe do Executivo, para sanção ou veto. Nessa oportunidade, o Presidente da República (ou, em âmbito estadual e municipal, o Governador ou o Prefeito) poderá aquiescer ao texto aprovado e sancioná-lo, convertendo o projeto em lei. Todavia, se uma dessas autoridades considerar que o projeto é, no todo ou em parte, inconstitucional, deverá vetá-lo, total ou parcialmente, assim impedindo que ingresse no mundo jurídico um ato legislativo incompatível com a Constituição. Modalidade diversa de veto é aquele que se funda em contrariedade ao interesse público, fundado em juízo estritamente político de conveniência e oportunidade.¹⁴¹

Ao Poder Legislativo, por sua vez, incumbe efetuar o controle político de constitucionalidade de leis e atos normativos, em caráter preventivo e repressivo, nos termos postos pela Constituição Federal.

O controle preventivo de constitucionalidade das normas jurídicas é exercido pelo Parlamento basicamente em três oportunidades, todas previstas na Constituição Federal: (i) por meio das Comissões de Constituição e Justiça, constituídas nos termos do art. 58; (ii) quando o projeto de lei é levado à apreciação/votação dos parlamentares, na forma estabelecida pelos arts. 64 e 65; e (iii) por ocasião da apreciação do veto aposto pelo Poder Executivo, seguindo os ditames do art. 66 e respectivos parágrafos. Essas hipóteses configuram modalidades cuja eficácia é relativa, em razão de não ser possível obstar o eventual ingresso no ordenamento jurídico de normas jurídicas inconstitucionais.

O controle repressivo de constitucionalidade das leis e atos normativos é realizado pelo Legislativo de acordo com o respectivo regramento constitucional, exercendo-se, em breve síntese, nas seguintes formas: (i) na hipótese do inciso V do art. 49 da Constituição, segundo qual confere “*competência exclusiva ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa*”¹⁴²; (ii) pelo Congresso Nacional quando do exame prévio do mérito das medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo (por autorização constitucional disposta nos art. 62 e

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67-68.

¹⁴² “A competência da casa legislativa limita-se à sustação do ato, não sendo legítimo que o ato de sustação, ainda que sob a forma de lei, venha a invadir esfera de reserva administrativa do Executivo ou a disciplinar matéria cuja iniciativa seja a ele reservada”. (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73-74).

seguintes), sobre o “*atendimento de seus pressupostos constitucionais*”(§ 5º do art. 62)¹⁴³; (iii) por expressa determinação constitucional constante do inciso X do art. 52 da Constituição, que aduz ser competência privativa do Senado Federal “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”¹⁴⁴.

3.4 A CONTROVERSA QUESTÃO DA COMPETÊNCIA PARA NEGAR A APLICAÇÃO DE LEIS E ATOS NORMATIVOS INCONSTITUCIONAIS: DESCUMPRIMENTO DE LEI INCONSTITUCIONAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Das explanações até então realizadas, é possível se afirmar que, no Brasil, em regra e na maior parte do tempo, o controle de constitucionalidade não era uma função comum aos diversos poderes e/ou órgãos de Estado, mas tão somente ao Poder Judiciário.

Para chegar a essa conclusão, constata-se que, passado o período Imperial da Constituição de 1824, o Brasil adotou a concepção original americana do controle de constitucionalidade, ou seja, foi influenciado pela decisão que originou sua história contemporânea, fundada em uma interpretação da função judicial.

Recorda-se, oportunamente, da passagem da fundamentação redigida por Marshall na decisão do caso *Marbury vs. Madison* em que ele diz que:

¹⁴³ Ao se considerar que a medida provisória é um espécime normativo com “força de lei” e assim ingressando, de imediato, no ordenamento jurídico, a análise que sobre ela se efetua no Parlamento caracteriza o controle político repressivo de constitucionalidade. Contudo, outro aspecto que deve também ser considerado sobre o tipo de controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo com relação à medida provisória, decorre do fato de que o Congresso deverá elaborar projeto de lei para sua devida conversão em lei: como se trata de análise de projeto de lei, o exame sobre ele efetuado pelo Parlamento durante seu respectivo processamento configura, à semelhança do que ocorre durante todo o processo legislativo de elaboração da lei, controle político preventivo de constitucionalidade. Dessa forma, as peculiares características da medida provisória permitem dupla interpretação quanto ao tipo de controle político de constitucionalidade sobre ela exercido pelo Poder Legislativo: será repressivo e/ou preventivo, conforme o tipo normativo e/ou momento que se adote para caracterizá-lo.

¹⁴⁴ Como já abordado alhures, a outorga dessa competência provém da Constituição de 1934, que atribuiu também ao Senado a possibilidade ainda hoje em vigor de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, pela via do recurso extraordinário, com o que seus efeitos, tipicamente *inter partes*, transmudam-se para *erga omnes*.

[...] é a provincia e o dever do Poder Judiciario dizer o que é lei. Aquelles que applicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Si duas leis collidem uma com outra, os tribunaes devem julgar ácerca da efficacia de cada uma dellas.¹⁴⁵

Assim, é bastante clara a ênfase inicial na tese de ser função judicial desaplicar a lei em casos de conflitos nos quais seja aferido o confronto entre normas constitucionais e infraconstitucionais. Por isso, os primeiros intérpretes do fenômeno da inconstitucionalidade não titubeavam ao afirmar que cabia exclusivamente ao Poder Judiciário a tarefa de suspender a aplicação de leis que confrontassem parâmetros constitucionais. Nesse sentido, no Brasil, cabe lembrar Ruy Barbosa:

Interpretar as leis é jurisdição própria e peculiar dos tribunaes. Uma Constituição é, de facto, e pelos juizes deve ser havida como a lei fundamental. Aos juizes, portanto, compete verificar o pensamento della, assim como o dos actos leaes do corpo legislativo. Acontecendo haver desintelligencia irreconciliável entre os dois, ha de necessariamente primar o de mais força; por outra: a Constituição deve prevalecer á lei, a intenção do povo á de seus agentes.¹⁴⁶

Adepto da mesma posição, Alfredo Buzaid foi enfático ao dizer que “o poder de decretar a inconstitucionalidade das leis, no Brasil, compete privativamente

¹⁴⁵ MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 26.

¹⁴⁶ BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal [Rio de Janeiro]: Companhia Imprensora, 1893, p. 71. Em complemento dessa posição, Ruy Barbosa também ressaltou enfaticamente o papel do Judiciário brasileiro na avaliação da constitucionalidade de leis: “Felizmente a Constituição brasileira não descurou dessa necessidade. Sua letra e seu espirito imprimem á justiça federal esse vigor, essa elevação, asseguram-lhe essa dignidade e essa efficacia, que, no regimen federativo especialmente, representam a primeira condição de vitalidade e harmonia. Sua função de declarar si os actos do Congresso transgridem, ou não, o pacto republicano é, entre nós, tão ineluctavel como nos Estados Unidos. Si Ella tem alli ‘o poder de fixar virtualmente a lei’, entre nós não o tem menos. Si alli essa missão de fixar a lei, fulminando nullidade, na applicação judicial, ás provisões legislativas, inquinadas de vicio contra a Constituição, é o elemento sobre todos poderoso na Idea nacional de justiça, este traço capital não avulta em menor relevo na physionomia actual do nosso regimen. Si os constituintes americanos viam nos tribunaes ‘os baluartes de uma Constituição limitada contra as invasões legislativas’, nesse inspiração se embeberam igualmente os nosso, modelando pelo mesmo padrão as instituições congêneres no Brasil novo. Si o seu objecto, em summa, no exemplar trasladado por nós, é ‘manter a Constituição contra as leis’, fazer respeitar a Constituição pelos próprios legisladores, a cópia, aqui, stereotypou o original, formando exactamente a justiça brasileira á sua imagem, poder real entre os outros, dotado amplamente, como na America do Norte, de funções da soberania, juiz exclusivo da extensão de sua própria auctoridade. Em summa, pois: *Aos tribunaes federaes compare declarar a nullidade dos actos legislativos por quebra da Constituição Federal. Essa declaração, regularmente provocada, corresponde, para as justiças da União, não só a um direito legal, como a um dever inevitável*”. (BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal [Rio de Janeiro]: Companhia Imprensora, 1893, p. 85-87).

ao Judiciário”¹⁴⁷. Sua conclusão sustentava-se por duas bases fundamentais, quais sejam: (i) não ser dado ao Legislativo o poder de julgar a inconstitucionalidade de leis, pois lhe é vedado agir em causa própria; e (ii) com a finalidade de preservar o princípio da separação de Poderes, não é possível admitir que o Poder Executivo execute o controle de constitucionalidade das leis, sob pena de admitir que tenha poderes superiores ao Poder Legislativo.

Como se vê, as posições doutrinárias externadas não diferem daquilo que Hans Kelsen afirmou em seu *Quem deve ser o guardião da Constituição?*¹⁴⁸, na medida em que, conforme já explanado em momento pretérito, dito autor procura refutar os argumentos de Carl Schmitt, para quem a função de controle de constitucionalidade deveria ser atribuída ao Chefe do Executivo (o *Führer*), não a um Tribunal Constitucional.

Entretanto, o assunto não é tão simples quanto aparentemente se apresenta, sendo certo que, há muito e ainda atualmente, não há nem sombra dessa posição teórica anteriormente mencionada, uma vez que o controle de constitucionalidade foi difundido de tal forma e ganhou tamanha importância na configuração do sistema constitucional de freios e contrapesos a ponto de a jurisprudência e a doutrina brasileiras predominantes admitirem a possibilidade de a Administração Pública realizar tal atividade.

De início, assente-se que, desde muito tempo, prevalece no Supremo Tribunal Federal o princípio segundo o qual a Administração Pública pode rever seus próprios atos de ofício, inclusive obstando sua continuidade no ordenamento jurídico independentemente de pronunciamento prévio do Poder Judiciário, por entender que se encontram eivados de nulidade, seja por ilegalidade e/ou inconstitucionalidade. Isso porque, a Suprema Corte entende que todos os poderes da República são responsáveis pela guarda e intangibilidade da Constituição, não constituindo privilégio ou exclusividade do Judiciário, que apenas tem a última palavra sobre a constitucionalidade das leis.¹⁴⁹

¹⁴⁷ BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 41.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 237-298.

¹⁴⁹ Recurso no Mandado de Segurança n.º 7.243, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 20.01.1960, Relator Ministro Luiz Gallotti. *Revista de Direito Administrativo*, v. 59, jan./mar. 1960, 338-353, p. 344-345. Nos termos do voto do Relator: “[...] Não concordo, *data vênia*, com o douto voto vencido [do acórdão recorrido] em que os Poderes Legislativo e Executivo não possam anular seus

Pois bem. Tratando especificamente do tema que diz respeito à possibilidade do Poder Executivo descumprir normas por ele consideradas inconstitucionais, tem-se de longa data o posicionamento da jurisprudência dos tribunais pátrios no sentido de aceitação dessa prerrogativa. Nesse particular, cite-se o *leading case* da Representação n.º 512, do Rio Grande do Norte, julgada em 07.12.1962 pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro Pedro Chaves.

O precedente mencionado dizia respeito à discussão sobre a constitucionalidade de decreto do Poder Executivo estadual que havia suspenso a execução de lei sob alegação de inconstitucionalidade, questionando-se se, com isso, o Governador teria invadido a atribuição de competência do Senado, ferindo o princípio da independência e harmonia dos poderes. Destacam-se, a seguir, alguns trechos importantes que fazem parte do voto do eminente Relator:

Entre nós, o órgão controlador é o Poder Judiciário, em cuja cúpula se encontra o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a atividade peculiar do Poder Judiciário não lhe confere a privatividade de zelar pela constitucionalidade, observar a Constituição e as leis e de nelas pautar a sua atuação, pois o dever de acatamento às diretrizes constitucionais é de todos os Poderes do Estado.

O que é que ao Poder Judiciário é atribuída essa atividade peculiar de custódia, que não exclui a dos outros ramos do Poder, mas que a ele só pertence desempenhar em última instância, dizendo a palavra final.

próprios atos, quando os considerarem inconstitucionais. Entendo que podem fazê-lo: apenas a palavra derradeira, a respeito, caberá sempre ao Poder Judiciário, se oportunamente provocado”. O Relator faz menção ao posicionamento do Ministro Francisco Campos (*Direito Constitucional*, 1956, vol. I, pág. 442-443), segundo o qual os Tribunais somente opinam sobre a inconstitucionalidade das leis quando de sua aplicação aos casos concretos, sendo certo que recusar aos Poderes Executivo e Legislativo a faculdade de interpretar a Constituição e, por força disso, tomar decisões, seria instalar, nos dois grandes motores da política nacional, o princípio da inércia e da irresponsabilidade; paralisando, conseqüentemente, o funcionamento do Estado por um sistema de frenação e obstrução permanente; concluindo, pois, no sentido de que os Poderes Legislativo e Executivo não são apenas autorizados, mas necessitados e compelidos a julgar por si mesmo da constitucionalidade de seus atos. (Recurso no Mandado de Segurança n.º 7.243, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 20.01.1960, Relator Ministro Luiz Gallotti. *Revista de Direito Administrativo*, v. 59, jan./mar. 1960, 338-353, p. 351-352). Aliás, Caio Tácito, em comentário à mencionada decisão, deixou claro que: “A compreensão de que o *exame de constitucionalidade das leis* não é monopólio do Poder Judiciário (embora sujeito a seu controle final) tem, pelo menos, dois precedentes respeitáveis na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: I) Em acórdão relatado pelo ilustre Ministro Nélson Hungria, a unanimidade do Tribunal Pleno manteve o decreto do então Prefeito Jânio Quadros que declarou nulos e sem efeito, tendo em vista a inconstitucionalidade das leis estaduais em que se fundavam, atos administrativos que beneficiavam certos funcionários (Recurso de mandado de segurança n.º 2.497, *in* *Revista de Direito Administrativo*, volume 42 – página 230); II) Em acórdão, também unânime, relatado pelo ilustre Ministro Cândido Mota, o Tribunal Pleno manteve a recusa do Governador do Estado da Paraíba em executar a Lei estadual n.º 1.551, por entendê-la inconstitucional (Recurso de mandado de segurança n.º 4.211, *in* *Revista Trimestral de Jurisprudência* – volume 2 - página 386)”. (TÁCITO, Caio. *Comentário. Anulação de Leis Inconstitucionais*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 59, jan./mar. 1960, 339-350, p. 344).

[...]

Já deixei assentado como princípio que o dever de zelar pela constitucionalidade das leis é imposto pela Constituição a todos os Poderes e não constitui obrigação exclusiva do Poder Judiciário. Daí decorre, a meu ver, que a nenhum dos Poderes se pode impor a obrigação de aplicar leis inconstitucionais, mesmo antes de haver o Senado suspenso sua execução, por força de decisão definitiva do Supremo Tribunal.

[...]

Ora, essa medida decretada pelo Poder Executivo do Estado, alertado pelo presidente da Assembléia Legislativa, não transpassa seu dever de zelar pela constitucionalidade das leis, nem ofende ao texto do art. 64 da Constituição, pois é simples medida preliminar, que nem subtrai ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade, nem roubou ao Senado Federal a atividade complementar de ordenar a suspensão da executoriedade, em caráter definitivo. Esse direito deve suspender a execução de leis inconstitucionais, para exame; não tem sido desconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como se vê do julgamento do Recurso de Mandado de Segurança n.º 5.860, de que foi relator o eminente Sr. Ministro Vilas-Boas, invocado como presidente em memorial.¹⁵⁰

Em que pese o firme posicionamento acima transcrito, o assunto em debate ganhou novas nuances a partir da introdução do controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Emenda Constitucional n.º 16 de 1965, que criou a ação direta de inconstitucionalidade via representação do Procurador-Geral da República.

Se, por um lado, ficou notório o fato de que o verdadeiro móvel do legislador era permitir um mecanismo de controle de constitucionalidade conveniente aos desmandos do Poder Executivo – vez que, como já mencionado alhures, o Procurador-Geral da República, era escolhido e nomeado (e livremente exonerado) pelo Presidente da República –, por outro lado, poderia ele, ainda assim, não promover a representação, ou demorar a fazê-la e, se fizesse, ainda haveria o espaço de tempo necessário à decisão do Supremo Tribunal.

Além disso, como bem lembra Ronaldo Poletti, a ação direta para exame *in abstracto* de constitucionalidade existia apenas no âmbito federal, o que obstaria eventual insurgência de governos estaduais contra diplomas legais, federais ou estaduais, que entendessem em desacordo com a Constituição, vez que o Procurador-Geral da República, apesar de instado, poderia interpretar em sentido

¹⁵⁰ Representação n.º 512, do Rio Grande do Norte, Relator Ministro Pedro Chaves, julgado em 07.12.1962. Revista de Direito Administrativo, v. 76, abr./jun. de 1964, 308-314, p. 310-311.

diverso, não promovendo a ação direta por ter como constitucional o diploma objeto de oposição pelo governo.¹⁵¹

Enfim, nesse contexto, ainda assim, a questão se colocaria como sempre se colocou: antes da decisão judicial prévia, deveria o Poder Executivo executar lei que entendesse inconstitucional?

Como resposta ao questionamento, sobreveio outro julgado paradigma do Supremo Tribunal Federal, o Recurso no Mandado de Segurança n.º 13.950, julgado em 10.12.1968, cujo relator era o Ministro Amaral Santos, que manteve o posicionamento no sentido desobrigar o Poder Executivo a cumprir normas inconstitucionais¹⁵², sendo importante observar que esse entendimento foi externado em momento posterior à implementação do controle concentrado de constitucionalidade das leis, o que demonstra que o advento dessa inovação não afetou a posição que já vinha sendo mantida pela Corte Suprema.

Na esteira da jurisprudência, a doutrina se manifesta no mesmo sentido. Miguel Reale, ao enfrentar a questão do descumprimento de lei inconstitucional pela Administração Pública, deixa claro sua posição de que tanto ao Executivo como a todos os demais poderes incumbe o dever de exercerem suas competências e atribuições em rígida observância ao ordenamento jurídico, de maneira que o Poder Executivo *“deve, toda vez que tenha de dar execução a uma lei, examiná-la, interpretá-la e, naturalmente, também considerá-la em cotejo com a Carta Magna”*¹⁵³. (grifou-se)

Aduz o ilustre jurista que, em que pese não poder declarar a inconstitucionalidade de lei e/ou ato normativo viciado, retirando-lhe a vigência em caráter definitivo – por se tratar de competência própria do Judiciário – ao Poder Executivo, no exercício de suas atribuições, é imposta a obrigação de não agir de

¹⁵¹ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 130.

¹⁵² “É certo que ao Poder Executivo não compete declarar a inconstitucionalidade das leis, mas não se lhe pode negar o direito de não cumpri-las quando lhes reconheça tal vício, isso, mesmo na defesa dos atos de sua exclusiva competência e privatividade, tanto mais que o mesmo vício retira à lei a própria validade, tornando-as coisa nenhuma, até antes da declaração do Poder Judiciário. Lei contrária à Constituição não é lei”. (Recurso no Mandado de Segurança n.º 13.950, Relator Ministro Amaral Santos, julgado em 10.12.1968. *Revista de Direito Administrativo*, v. 97, 1969, 116-120, p. 118).

¹⁵³ REALE, Miguel. *Parecer. Diário Oficial do Estado de São Paulo, de 19.03.63*, apud POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 137.

conformidade com os preceitos inquinados de vício de inconstitucionalidade, sob pena de tornar-se partícipe da ilicitude por ele mesmo arguida. Conclui, pois, que:

[...] em face dos princípios que norteiam a atividade administrativa, que exige plena e total conformidade com a ordem jurídica que assenta, fundamentalmente, nos países de Constituição rígida, como é o nosso, no texto da Constituição – a única conclusão possível é, repetimos, a de que não somente pode o Executivo recusar cumprimento a disposições emanadas do Legislativo, mas evidentemente inconstitucionais, como é de seu dever zelar para que não tenham eficácia na órbita administrativa.¹⁵⁴

O mesmo entendimento foi adotado por Adroaldo Mesquita da Costa, que, no desempenho da Consultoria Geral da República, em *Parecer* de 07 de maio de 1965¹⁵⁵, afirma caber “ao Poder Executivo o direito de não executar lei que julgar inconstitucionais, e aos particulares prejudicados com a não execução, o de pleitearem, no Judiciário, a proteção que lhes adviria da lei não executada”. Nessa linha, adverte que “a tese de que o Poder Executivo pode e deve negar cumprimento a leis que julgar inconstitucionais é francamente vitoriosa”.

Também se debruça sobre a questão Themístocles Brandão Cavalcanti, em *Parecer* de 21 de setembro de 1965¹⁵⁶, por meio do qual esclarece que a separação de poderes do Estado não significa que nenhum deles haja como um autômato, cumprindo cegamente apenas as funções típicas e/ou se omitindo diante da patente violação de preceitos constitucionais. Adverte, aliás, que o Poder Executivo deveria responder de forma solidária com o Legislativo por eventual execução de ato administrativo calcado em norma inconstitucional.

¹⁵⁴ REALE, Miguel. Parecer publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo de 19.03.63, RTJ 96/496, 499, *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Poder Executivo – Lei Inconstitucional – Descumprimento*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 181/182:387-414, jul./dez. 1990, p. 394.

¹⁵⁵ COSTA, Adroaldo Mesquita da. *Parecer*. *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*. Ano XXIII, set. 1965, n. 95, p. 37-43 *apud* POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 136. O caso dizia respeito a projeto de lei vetado pelo Chefe do Governo, por inconstitucionalidade, pois contrariava os princípios da normalidade administrativa e abandonava o sistema de concurso para cargo de carreira. Rejeitado o veto pelo Congresso, o ilustre Consultor-Geral põe-se diante da alternativa entre instar a declaração de inconstitucionalidade da lei, ou simplesmente não lhe dar cumprimento por inconstitucional. Opta pela segunda alternativa, considerando a jurisprudência majoritária à época e o fato de que a representação por inconstitucionalidade de lei federal ficava a cargo exclusivo do Procurador-Geral da República.

¹⁵⁶ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Parecer*. *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*. Ano XXIII, set. 1965, n. 95, p. 46-54 *apud* POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 137.

Por outro lado, salienta o mencionado autor que não pode qualquer funcionário público recusar o cumprimento da lei por entendê-la inconstitucional, admitindo tal atitude somente por parte da autoridade superior do Poder Executivo, na orientação da política administrativa, que interpretaria a lei e afastaria sua aplicabilidade usando do raciocínio empregado pelo Judiciário: aplica-se a lei hierarquicamente superior, excluindo-se a aplicação da lei menor que com aquela vem colidir.¹⁵⁷ Dessa forma, afirma que o direito de negar a aplicação não pertenceria a qualquer funcionário, senão àquele que, pela sua categoria, estaria violando os seus próprios deveres e a responsabilidade do seu cargo.

Themístocles Cavalcanti realça, ainda, que nada justificaria a aplicação de uma lei inconstitucional, e conclui que nenhum tribunal consideraria inconstitucional o ato do Executivo que, como responsável pelo cumprimento da lei, justificasse o seu proceder em manifesto atrito entre a lei ou leis e as normas constitucionais vigentes.

Em idêntica trilha, Leopoldo César de Miranda Lima Filho, em *Parecer* datado de 24.05.1965¹⁵⁸, sustenta a possibilidade de o Poder Executivo negar

¹⁵⁷ Francisco Campos, sempre enfático em afirmar que a lei inconstitucional não é lei pelo simples fato de que não existe, repudia a doutrina segundo a qual a lei inconstitucional não é aplicada com base nesse princípio da lei hierarquicamente superior no sistema normativo, reputando-se inexata tal ideia, vez que não pode haver hierarquia entre o que é lei e o que não é, entre realidade e aparência, entre o que existe e o que não existe. Aduz, assim, que lei inconstitucional não obriga a ninguém seu cumprimento porque, na realidade, de fato, não é lei, razão pela qual recusar, por conseguinte, ao Poder Legislativo ou Executivo a faculdade de interpretar a Constituição e em virtude da sua interpretação tomar decisões, seria instalar nos dois grandes motores da vida política do país ou do Estado o princípio da inércia e da irresponsabilidade, paralisando o seu funcionamento por um sistema de frenação e obstrução permanentes. A Constituição reconhece manifestamente aos Poderes Executivo e Legislativo, a faculdade de interpretá-la e de decidir, de acordo com a sua interpretação, as questões relativas à esfera de competência da sua autoridade. (CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, vol. I, p. 442-443, *apud* Recurso no Mandado de Segurança n.º 7.243, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 20.01.1960, Relator Ministro Luiz Gallotti. *Revista de Direito Administrativo*, v. 59, jan./mar. 1960, 338-353, p. 351-352). Importante não deixar de mencionar que o entendimento de Francisco Campos levava em consideração o fato de que aos tribunais ainda não era facultada a função de se pronunciar sobre a constitucionalidade das leis em tese, o que efetivamente só passou a ser admitido com a EC n.º 16/65.

¹⁵⁸ LIMA FILHO, Leopoldo César de Miranda. *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*. Ano XXIII, set. 1965, n. 95 *apud* POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 139. Miranda Lima sustenta sua posição na jurisprudência, notadamente em julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, e na doutrina de Vicente Ráo e José Frederico Marques: “No mesmo sentido, o douto Vicente Ráo: ‘Tenho admitido, constantemente, em princípio, que nenhum poder é obrigado a cumprir as disposições, mesmo de origem legislativa, que sejam manifestamente inconstitucionais. [...] O Executivo não é obrigado a cumprir as disposições legais viciadas por violação dos preceitos constitucionais’. (*Folha de São Paulo*, 20.03.63, entrevista)’. Ainda, na mesma direção é o ensinamento de José Frederico Marques: ‘A lei inconstitucional é inconstitucional para todos os Poderes e não apenas para o Judiciário. Este último tem, sem dúvida, a palavra definitiva, pois lhe cabe exercer o controle da

aplicação à lei que entenda inconstitucional, apesar da presunção da constitucionalidade das leis, pois tal ilação não leva à conclusão necessária de que lei, sempre, seja conforme a Lei Maior, ou que não possa, no todo ou parte, afrontá-la. Lembra, aliás, que a própria Constituição prevê a hipótese de sua desobediência, disciplinando a declaração de inconstitucionalidade da lei e a suspensão da sua execução pelo Senado Federal.

Com propriedade, Miranda Lima adverte que esse procedimento autorizado ao Executivo advém do juramento constitucional imposto ao Presidente da República de manter, defender e cumprir a Constituição da República, observar as suas leis, promover o bem geral do Brasil, sustentar-lhe a união, a integridade e a independência. O Presidente da República, então, não pode responder fielmente a esse juramento, quando verificar algum conflito entre a Constituição e a lei, senão recusando aplicação a esta. Se, ao contrário, executar a pretensa lei inconstitucional, estará desacatando a Constituição, uma indisfarçável traição ao que jurou.

Nesse contexto, fazendo alusão à corrente doutrinária liderada por Lúcio Bittencourt, segundo a qual enquanto a lei não for declarada inconstitucional pelo Judiciário, ela “*é lei – não se presume lei – é para todos os efeitos*”¹⁵⁹, Ruy Carlos de

legitimidade da lei em face da Constituição. Isso, todavia, não quer dizer que aos demais Poderes seja desfeito o exame da validade de uma norma. As autoridades administrativas, o Poder Executivo, quando se deparam com uma lei inconstitucional, têm, da mesma maneira que o Judiciário, de resolver o problema de saber se cumprem a lei ou a Constituição. E, naturalmente, terão de optar pela última. (*Folha de São Paulo*, 21.03.63, entrevista)”. (LIMA FILHO, Leopoldo César de Miranda. *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*. Ano XXIII, set. 1965, n. 95, p. 61 *apud* POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 141).

¹⁵⁹ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 95. Aduz, em complemento, que “[...] desde que se apresente formalmente perfeita, há de ser considerada boa, firme e válida, como qualquer outro ato do poder público, ou qualquer ato jurídico, na órbita privada, até que a sua ineficácia ou nulidade seja reconhecida ou declarada pelos tribunais. Se um ato qualquer apresenta as exigências formais extrínsecas necessárias à sua validade, é claro que, mesmo eivado de vícios que os tornem anulável, éle subsiste até a declaração contrária feita pelo Judiciário”. (BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 95). **Todavia**, Bittencourt parece abrandar/mitigar ou até mesmo alterar sua posição, na medida em que, na mesma obra citada em que sustenta a impossibilidade da negativa do Executivo em aplicar lei inconstitucional, a admite, de forma implícita, restringindo-a, porém, ao Chefe do Executivo. Ao comentar a posição de Oscar Saraiva – que afirma que nenhum outro poder que não o Judiciário poderia efetuar o julgamento de inconstitucionalidade – Bittencourt manifesta sua discordância vez que esse entendimento se “choca com a opinião unânime dos doutores”, afirmando: “Damos-lhe razão, apenas, quando nega aos funcionários administrativos competência para recusar a aplicar uma lei sob alegação de sua inconstitucionalidade. É que a sanção presidencial afasta qualquer possível manifestação dos funcionários administrativos, que não dispõem do exercício do poder executivo”. (BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio

Barros Monteiro a classifica como superada, com fundamento, aliás, nas manifestações de Miguel Reale, Themístocles Brandão Cavalcanti, Adroaldo Mesquita da Costa, Francisco Campos, cujos pronunciamentos antes foram destacados. Afirma, pois, que a lei inconstitucional não é lei e, não sendo lei, não obriga ninguém a cumpri-la, visto que tem apenas aparência formal de lei, razão pela qual considera *“irrecusável a conclusão de que o Chefe do Poder Executivo não está obrigado ao cumprimento de lei inconstitucional”*¹⁶⁰.

Ainda no campo doutrinário, traz-se à colação o posicionamento de José Luiz de Anhaia Mello, veemente defensor da possibilidade da Administração Pública efetuar a negativa de cumprimento de leis inconstitucionais, afirmando, pois, que o zelo pela Constituição é dever dos três Poderes, não sendo um privilégio do Judiciário. Aduz não ser possível *“[...] por exemplo, o Governador do Estado cumprir lei inconstitucional, uma vez que essa inexistente, é um fantasma legislativo”*, e conclui que, *“uma lei inconstitucional, não sendo lei, justamente por isso não pode ser cumprida”*¹⁶¹.

Em que pese toda a doutrina e citações jurisprudenciais mencionadas e resumidas acima parecerem definitivas, importa advertir que reacendeu-se a discussão sobre a possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional pelo Poder Executivo em face do advento da Constituição de 1988. Como já detalhado alhures, a Chefia do Poder Executivo passou a gozar de legitimidade para propor ações de controle abstrato de constitucionalidade, podendo judicializar a questão e permitir que se resolva definitivamente a contenda (art. 103, incisos I e V, CF/88).

de Janeiro: Forense, 1949, p. 91-92, nota de rodapé n.º 3). Aliás, verifica-se a mudança de posicionamento foi percebida Miranda Lima, que, em minucioso estudo sobre o tema, levantou a posição de outras figuras destacadas da doutrina nacional e estrangeira, citando entre eles Lúcio Bittencourt, e assim sintetizando: “Pensamos, ainda, que, embora com temperamentos (só ao Presidente da República assistiria o discutido direito; dele, só poderia usar quando na defesa de prerrogativas próprias), reconhecem ao Poder Executivo a faculdade em comento [*recusar aplicação de lei inconstitucional*], entre outros, o notável e saudoso Lúcio Bittencourt (*O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Ed. Rev. Forense, Rio, 1949, p. 91, nota 3), Carlos Maximiliano (*Comentários à Constituição Brasileira*, Ed. da Livraria do Globo, P. Alegre, 1929, 3.ª ed., ps. 312, nº 226, e 505, nº 326-B), Felipe Tena Ramirez (*Derecho Constitucional Mexicano*. Editorial Porrúa, S.A., Mexico, 1944, p. 479), Gaetano Azzariti (*Problemi Attuali di Diritto Costituzionale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1951, p. 197, nº 6) e Seabra Fagundes (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Ed. Rev. Forense. Rio, 1957, 3ª ed., p. 298)”. (LIMA FILHO, Leopoldo César de Miranda. *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*. Ano XXIII, set. 1965, n. 95, p. 63 *apud* POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 142-143).

¹⁶⁰ MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. *O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo*. Revista Forense, v. 79, n. 284, p. 101-115, out./dez. 1983, p. 102.

¹⁶¹ ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 114-115.

Ora, como o Presidente da República e o Governador do Estado tornaram-se partes legítimas para, sem maiores dificuldades, levarem o problema ao Supremo Tribunal Federal – detentor da última palavra sobre a validade de leis –, perderia sentido que se lhes permitisse a não aplicação de norma reputada inconstitucional na Administração. A ponderação, embora não conclusiva, é feita por Gilmar Ferreira Mendes:

É certo que a questão perdeu muito do seu apelo em face da Constituição de 1988, que outorgou aos órgãos do Executivo, no plano estadual e federal, o direito de instaurar o controle abstrato de normas. A possibilidade de requerer liminar que suspende imediatamente o diploma questionado reforça ainda mais esse entendimento. Portanto, a justificativa que embasava aquela orientação de enfrentamento ou de quase desforço perdeu razão de ser na maioria dos casos.¹⁶²

A esse respeito, Elival da Silva Ramos sustentou ideia semelhante ao afirmar que *“a questão merece nova reflexão, especialmente após a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, que reconhece ao Presidente da República e aos Governadores de Estado a legitimação para proporem ação de inconstitucionalidade”*¹⁶³. Assim, de acordo com o mencionado autor, o Chefe do Poder Executivo poderia suspender a aplicação de leis por ele tidas como inconstitucionais, mas a eficácia dessa medida somente perduraria até a apreciação da medida cautelar da ação direta de inconstitucionalidade que, necessariamente, seria requerida pela respectiva autoridade.

A proposta de mudança de entendimento, todavia, não prevaleceu. O Supremo Tribunal Federal, contudo, já havia sedimentado entendimento, assinalando que a possibilidade de ação direta, e, até mesmo, de eventual medida liminar, em nada impediria o exercício autônomo e provisório da faculdade que tem o Chefe do Poder Executivo de negar aplicação a lei que considere inconstitucional.

O paradigma que melhor ilustra essa posição mais contemporânea é a decisão da Corte Suprema no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade n.º 980/SP, que assentou ser *“constitucional decreto do Chefe do Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais*

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 34, n. 134 abr./jun. 1997, p. 18.

¹⁶³ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 240.

*vedados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo*¹⁶⁴. Em emblemático voto, o Ministro Relator Moreira Alves consignou:

Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que pode o Chefe do Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que se lhes afigure inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento à lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não será ao Chefe de um dos Poderes do Estado para a defesa não de seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado?¹⁶⁵

Assim, como se vê, as justificativas favoráveis à tese do descumprimento de lei reputada inconstitucional não se baseava na ilegitimidade da Chefia do Executivo para a deflagração de controle concentrado. A lei inconstitucional não deveria ser aplicada em decorrência do princípio da supremacia da Constituição, e não pela dificuldade de judicialização do problema.¹⁶⁶

Ora, todos os Poderes da República estão vinculados à Constituição (art. 23, inciso I, CF/88). A circunstância de ser o Poder Judiciário o responsável pela derradeira interpretação sobre a validade das leis não afasta a responsabilidade do

¹⁶⁴ Representação n.º 980/SP, Relator Ministro Moreira Alves, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 21.11.1979, *in* Revista Trimestral de Jurisprudência 96-496, *apud* POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 144. Apesar de já ser um precedente relativamente antigo e apesar de existirem algumas nuances na jurisprudência do STF, o entendimento firmado no mencionado precedente ainda é majoritariamente aplicado pelo Supremo. Tal entendimento não é adotado somente no Supremo Tribunal Federal. Outras Cortes, inclusive estaduais, afirmam igualmente que “[...] nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não há de negar ao Chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresse declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste”. (TJ/SP. Apelação n.º 220.155-1/Campinas. 3ª Câmara Civil. Rel. Des. Gonzaga Franceschini, Decisão: 14.12.95). De igual forma, há julgamento do Superior Tribunal de Justiça em que se assentou que o “Poder Executivo pode negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional” (STJ. Resp. n.º 23.121/GO. 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes Barros, j. 06.10.1993).

¹⁶⁵ Representação n.º 980/SP, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 21.11.1979, DJ 19.09.1980, *in* Revista Trimestral de Jurisprudência 96-508, *apud* POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 144.

¹⁶⁶ Nesse sentido, cite-se a moderna doutrina de Gustavo Binbenbojm: “O raciocínio desenvolvido pelos que sustentam que a Constituição de 1988 teria inviabilizado o descumprimento auto-executório de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo não se afigura correto, com a devida vênia, por uma série de razões. A uma, porque o poder-dever do Chefe do Executivo de negar cumprimento a lei inconstitucional não tinha como fundamento ontológico o fato de não ser ele legitimado para propositura da então chamada representação de inconstitucionalidade. O descumprimento de lei reputada inconstitucional era – e é – uma decorrência, ou antes, uma exigência do princípio da supremacia da Constituição. Em última análise, o pressuposto para que o Poder Executivo, em determinada situação, cumpra a Constituição é que deixe de cumprir uma lei que lhe contrarie o sentido. Por outro lado, o que pretendem os partidários da tese contrária é que o Poder Executivo pratique atos reconhecidamente inconstitucionais sob o especioso argumento de que está cumprindo a lei.” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 215-216).

Poder Executivo de igualmente protegê-la. A posição privilegiada do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal, dessa forma, não esvazia a circunstância de que os demais Poderes são igualmente intérpretes da Constituição, devendo nela vislumbrarem o seu norte.¹⁶⁷

Em outras palavras, se, por um lado, é fato patente que todos os poderes do Estado detêm incumbência de guardar a Constituição, por outro lado, não se discute que a palavra final em matéria de constitucionalidade das normas jurídicas é do Poder Judiciário, muito em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição – previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” –, e somente ele poderá retirá-las do ordenamento jurídico, declarando-as inconstitucionais com efeito *erga omnes*.

Clèmerson Merlin Clève aponta argumento interessante a corroborar a posição antes mencionada. Conforme salienta o Professor do Paraná, negar a possibilidade de a Chefia do Poder Executivo afastar aplicação de lei inconstitucional em razão das legitimações ativas criadas pelo art. 103 da Constituição cria um paradoxo diante da situação dos Prefeitos. Como os mesmos não possuem legitimidade para a propositura de ação direta, estes ainda estariam autorizados a negar a aplicação de leis que reputassem inconstitucionais, o que os colocaria em posição mais vantajosa que o Presidente da República e os Governadores de Estado.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Nestes exatos termos, traz-se à colação importante complemento por meio de raciocínio desenvolvido pelo Desembargador Andrade Junqueira, mencionado por Poletti: “A defesa da Constituição não constitui privilégio do Judiciário, mas essa atribuição é exercida por todos os Poderes da República. Se um Prefeito Municipal entende que determinada lei é inconstitucional, cabe-lhe o direito de não executá-la; e, aos particulares prejudicados com a não execução o direito de pleitearem ao Judiciário a proteção que lhes adviria da lei não executada, desde que entendam que não padece ela do vício da inconstitucionalidade. Não compete exclusivamente ao Judiciário, embora sujeito ao seu controle final, o exame da constitucionalidade das leis, mas sim a todos os Poderes da República. Quando a autoridade administrativa entende que a lei que lhe incumbe executar é inconstitucional, o remédio imediato está em não executá-la por esse motivo, declarando-o expressamente; o Executivo é órgão de execução incumbido de movimentar a máquina administrativa do Estado; cabe-lhe o direito de administrar com os olhos voltados para a Constituição e para as leis que não tenham o vício da inconstitucionalidade; assim como o magistrado deixa de aplicar a lei inconstitucional e o Legislativo deixa de votar as proposições do Executivo que entenda serem ofensivas do texto constitucional, também o Executivo tem o direito e a obrigação de não dar cumprimento a leis que entenda estarem viciadas de inconstitucionalidade”. (Desembargador Andrade Junqueira, RT 323-340, *apud* POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto, *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 136).

¹⁶⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 247-248. O autor ilustra seu raciocínio nos seguintes termos: “Imagine-se a hipótese de lei federal dispoendo sobre

Ainda, apesar de existir uma tese segundo a qual a Chefia do Executivo pratica crime de responsabilidade ao não aplicar a lei aprovada pelo legislador (art. 85, inciso VII, CF/88), é mais certo e muito mais grave deixar de cumprir a Constituição¹⁶⁹, como se mostra inequívoca a previsão do próprio *caput* do art. 85 da CF, ao definir os crimes de responsabilidade como sendo aqueles que “*atentem contra a Constituição Federal*”. Dessa forma, como bem pontua Gustavo Binenbojm, “*o Poder Executivo não está autorizado e, muito menos, obrigado a lavar as mãos diante de um ato normativo que se lhes afigure inconstitucional, compactuando com a violação da Lei Maior*”¹⁷⁰.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso, em parecer jurídico que trata especificamente do assunto, é enfático ao afirmar que “*o Chefe do Poder Executivo não só pode, como deve deixar de aplicar a referida disposição legal, pois cabe-lhe reverenciar, antes que tudo, a Constituição Federal*”¹⁷¹, sendo esta decisão de natureza auto-executória que independe de prévio pronunciamento do Judiciário, sem prejuízo, contudo, do exame posterior pelo Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional.

Em simples palavras, o Executivo está jungido à observância do princípio da legalidade, vetor de seu agir, nos termos do *caput* do art. 37 da CF/88, o que, em um Estado Democrático de Direito, implica na obediência, acima de tudo, à

norma geral em determinada matéria (tributária ou urbanística, por exemplo). Ostentando o ato legislativo norma viciada, o Presidente da República somente poderia recusar-se a cumpri-la caso antes tivesse obtido liminar. No caso do prefeito, porque não pode obter liminar em sede de ação direta, ficaria autorizado a recusar, desde logo, seu cumprimento. Deve, portanto, o STF, nessa questão, manter seu entendimento, mesmo no contexto da Constituição de 1988, inclusive porque, nesta, como nas pretéritas, todos os Poderes da República estão vinculados ao cumprimento da Constituição (art. 23, I, CF) e, então, ao processo contínuo de otimização de sua normatividade”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 248).

¹⁶⁹ Esse também é o raciocínio desenvolvido por Ronaldo Poletti que aduz que: “Se o Presidente da República, por exemplo, der execução a uma lei inconstitucional, estará, em tese, perpetrando crime de responsabilidade, muito embora se beneficie da justificativa ou dirimente, presente na presunção de constitucionalidade da lei, acimada de inconstitucional”. Contudo, afirma que esse mesmo benefício da presunção “também o socorrerá se negar obediência a um mandamento legal que entenda violador da Lei Maior e que, posteriormente, vier a ser considerado constitucionalmente compatível, pois, se negou a execução a uma lei, há de ter tido fortes motivos para isso. Motivos de interpretação jurídica e não meramente políticos, uma vez que tudo parece resumir-se nas normas de boa regra de interpretação e exegese jurídica”. (POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 145-146).

¹⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 216.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Poder Executivo – Lei Inconstitucional – Descumprimento*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 181/182:387-414, jul./dez. 1990, p. 397.

Constituição¹⁷², sendo certo que saber se a violação da lei, tida por alguém como inconstitucional, foi cumprimento da Constituição ou, ao contrário, a execução da lei foi violação da Constituição, apenas o Judiciário poderá dizer, advindo daí as consequências necessárias.

A doutrina estrangeira também admite a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade pelo Poder Executivo. Cite-se, nesse particular, Roberto Dromi, para quem a Administração Pública deverá fazer a interpretação da norma sempre que se deparar com leis e/ou regulamentos incompatíveis com a Constituição, podendo, então, examinar a validade das normas perante o texto constitucional quando essa inconstitucionalidade se apresente demonstrada, de maneira razoável, ou se revele evidente, igualmente de maneira razoável, ou quando ocorra caso de inconstitucionalidade grave e manifesta.¹⁷³

Por derradeiro, mas não menos importante, essencial mencionar a distinção traçada por Ronaldo Poletti, entendendo por fundamental para o tratamento da questão não se confundir o poder-dever do Executivo de não cumprir lei que entenda inconstitucional, com declaração de inconstitucionalidade da lei, que *“no sentido técnico-processual, é privativa do Poder Judiciário e defesa ao Legislativo – seria juiz em causa própria – e ao Executivo – se tornaria superior ao Congresso”*¹⁷⁴. Conclui, pois, que o Poder Executivo não decreta a

¹⁷² A propósito do tema, é relevante a citação de Alexandre de Moraes: “O Poder Executivo, assim como os demais Poderes do Estado, está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito Democrático, as normas constitucionais. Dessa forma, não há como exigir-se do chefe do Poder Executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, licitamente, negar-se cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Poder Judiciário. [...] Portanto, poderá o Chefe do Executivo determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos que considerem inconstitucionais”. (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 702-703). Nesse exato sentido, se manifesta um dos defensores de tal ideia na área do Direito Administrativo, Juarez Freitas: “No que tange ao princípio da legalidade e, mais do que isso, do acatamento da Administração Pública ao Direito, é de assinalar que se evoluiu do legalismo primitivo e hipertrofiado para a posição – por assim dizer – balanceada e substancialista (superado, ao menos em teoria, o automatismo imoderado no cumprimento das regras). [...] deve haver respeito à legalidade, sim, mas encartada no plexo de ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável (interna e externamente). Não significa, no entanto, que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade temperada requer a observância cumulativa de princípios em sintonia com a teleologia constitucional, para além do textualismo estrito. A justificação apresenta-se como respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento livre e concomitante à lei e ao Direito”. (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 59 e 61).

¹⁷³ DROMI, Roberto. *Sistema y valores administrativos*. 1. ed., Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2003, p. 144-145.

¹⁷⁴ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto, *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 148.

inconstitucionalidade de lei, simplesmente nega-lhe a execução em dado caso concreto, uma vez que *“a declaração, naquele sentido técnico, não está presente na faculdade-dever do Executivo em não cumprir lei que entenda inconstitucional, até que o Judiciário privativamente o decrete”*¹⁷⁵.

Enfim, do exposto, considerando a orientação doutrinária e jurisprudencial quanto à questão tratada, verifica-se que permanece facultada ao Poder Executivo, mesmo após a implementação do controle concentrado de constitucionalidade em 1965 e seu aprimoramento em 1988, a possibilidade de negar a aplicação de lei e/ou ato normativo que se revele incompatível com a Constituição Federal.

Cabe, portanto, ao Chefe do Executivo¹⁷⁶, decidir, quando da análise do caso concreto, sobre o descumprimento de lei eventualmente eivada de inconstitucionalidade, por meio de demonstração razoável e devidamente fundamentada, restando claro que a negação de eficácia à norma inconstitucional perdurará até manifestação em contrário do Poder Judiciário, se acionado; requisito que se impõe por força da obrigatória observância do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

3.4.1 Controle de Constitucionalidade por Órgãos Administrativos

Assentada essa premissa, considerando os apontamentos acima realizados, e, em especial, o objeto e o objetivo do presente estudo, um questionamento se apresenta: do mesmo modo que o Chefe do Poder Executivo, poderão órgãos administrativos de cunho decisório efetuar o controle de constitucionalidade de leis e/ou atos normativos a eles submetidos, eventualmente negando-lhes a aplicação?

De início, tratando especificamente de órgãos administrativos puros, instâncias julgadoras vinculadas necessariamente à estrutura interna da Administração Pública, acredita-se ser negativa a resposta à pergunta formulada.

¹⁷⁵ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto, *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 148.

¹⁷⁶ Adota-se o entendimento segundo o qual o controle de constitucionalidade deverá ser exercido exclusivamente pelo Poder Executivo, ainda que suscitada a questão por agentes públicos de escalões inferiores.

Toma-se, como exemplo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com a finalidade de julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, não tendo, contudo, qualquer vinculação administrativa ou hierárquica à referida Secretaria.¹⁷⁷

É de se ver, então, que o CARF é a última instância administrativa no que tange à higidez do lançamento tributário, sendo órgão legítimo e democrático, tendo em vista que entre seus Conselheiros há representantes dos contribuintes e da Fazenda Nacional.¹⁷⁸ Tal circunstância evidencia que as suas decisões não refletem necessariamente o entendimento da Administração Tributária a respeito das questões que lhes são submetidas, gozando de autonomia, dentro dos limites da legalidade que o vincula, na prolação de seus julgados.¹⁷⁹

Dessa forma, o CARF é um órgão administrativo perante o qual há instauração de um contencioso, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, em paridade de armas, entre os contribuintes e a União que, ao final de um rito procedimental, produz uma decisão na esfera administrativa acerca dos lançamentos tributários, insuscetível de revisão pelo exercício da autotutela.

No que tange especificamente à análise da constitucionalidade de lei e/ou ato normativo, a própria legislação que regula o processo administrativo fiscal na esfera federal não deixa dúvidas a respeito da impossibilidade de realização desse

¹⁷⁷ Art. 1º do Anexo II do Regimento Interno do CARF (Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009). O CARF foi criado com a edição da Medida Provisória n.º 449, de 03 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Sua instalação ocorreu em 19 de fevereiro de 2009, com a edição da Portaria MF nº 41, de 17 de fevereiro de 2009.

¹⁷⁸ Anexo II do Regimento Interno do CARF (Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009): “Art. 29. A indicação de candidatos a conselheiro, recairá: I - no caso de representantes da Fazenda Nacional, sobre Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, em exercício no cargo há pelo menos 5 (cinco) anos; II - no caso de representantes dos contribuintes, sobre brasileiros natos ou naturalizados, com notório conhecimento técnico, registro no respectivo órgão de classe há, no mínimo, 5 (cinco) anos e efetivo e comprovado exercício de atividades que demandem conhecimento nas áreas de direito tributário, de processo administrativo fiscal, de tributos federais e de contabilidade. [...]”.

¹⁷⁹ Para que a decisão seja tida como o entendimento da Administração Tributária é imprescindível que seja editado um ato declaratório pelo Ministro de Estado da Fazenda, a fim de vincular todos os órgãos do Ministério de que é titular, conforme dispõe o art. 75 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009): “Art. 75. Por proposta do Presidente do CARF, do Secretário da Receita Federal do Brasil ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou de Presidente de Confederação representativa de categoria econômica de nível nacional, habilitados à indicação de conselheiros, o Ministro de Estado da Fazenda poderá atribuir à súmula do CARF efeito vinculante em relação à administração tributária federal”.

procedimento. Nesse sentido, o *caput* art. 26-A do Decreto n.º 70.235/1972, com redação dada pela Lei n.º 11.941/2009, traz a regra de que *“no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”*¹⁸⁰.

Essa norma, aliás, buscou fundamento em diversos precedentes do próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, nos quais assentou-se que descabe, em sede de instância administrativa, a discussão acerca da constitucionalidade de leis, matéria sob a qual tem competência exclusiva o Poder Judiciário.¹⁸¹ Assim, e com base em todos os acórdãos paradigmas, o CARF editou a Súmula n.º 2, cujo teor é claro ao afirmar que tal órgão administrativo *“não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”*.

Pois bem. Feitas essas observações e tendo por base o tema ora objeto de estudo, o foco da questão antes formulada se volta à verificação da possibilidade de órgãos administrativos julgadores autônomos, independentes em relação aos três Poderes estatais básicos, efetuarem o controle de constitucionalidade de leis e/ou atos normativos a eles submetidos.

É o caso do Tribunal de Contas, órgão político, integrante do Poder Legislativo, mas dele independente e autônomo, que, no exercício de sua competência constitucional, exerce a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes da administração pública direta e indireta quanto à legalidade, legitimidade e economicidade de seus atos, nos termos dos art. 70 a 75 da Constituição Federal de 1988.

O Tribunal de Contas em absolutamente nada pode ser comparado a qualquer tribunal administrativo, embora é sabido que seus membros gozam das

¹⁸⁰ Diz-se se tratar de regra, vez que o §6º do mencionado dispositivo legal enumera algumas exceções, as quais, contudo, estão vinculadas a entendimentos pretéritos em alçada superior sobre determinado objeto: “[...] § 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; II – que fundamente crédito tributário objeto de: a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.”

¹⁸¹ Acórdão nº 101-94876, de 25/02/2005. Acórdão nº 103-21568, de 18/03/2004. Acórdão nº 105-14586, de 11/08/2004. Acórdão nº 108-06035, de 14/03/2000. Acórdão nº 102-46146, de 15/10/2003. Acórdão nº 203-09298, de 05/11/2003. Acórdão nº 201-77691, de 16/06/2004. Acórdão nº 202-15674, de 06/07/2004. Acórdão nº 201-78180, de 27/01/2005. Acórdão nº 204-00115, de 17/05/2005.

mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse diapasão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto lembra que órgãos que participam da administração pública *latu sensu* existem muitos, mas não é a todos que se concede a distinção do *status* constitucional.¹⁸²

Seria realmente ilógico atribuir ao Tribunal de Contas a posição de mero prolator de “simples atos administrativos”. Criar uma corte especializada com aparato particular e extenso quadro de servidores para tão simplesmente emitir atos que por sua natureza poderiam ser revisados por qualquer outro poder? As Cortes de Contas atuam em estrita obediência às disposições contidas na Constituição Federal, a que devem sua gênese e à qual devem se curvar.

Além disso, no particular ora analisado, o próprio Supremo Tribunal Federal, consubstanciado no enunciado da Súmula n.º 347, “*o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público*”, autoriza os Tribunais de Contas a realizarem o controle de conformidade constitucional dos atos administrativos e das respectivas leis que os fundamentam; atividade que poderá ser entendida como assemelhada ao controle repressivo de constitucionalidade, no âmbito difuso, visto que se manifesta nos casos concretos submetidos a seu exame, nos processos respectivos, e dentro do âmbito de sua competência. É esta singular atividade que constitui o objeto da presente dissertação, sendo suas peculiaridades enfocadas nos próximos capítulos dessa monografia.

Assim sendo e a partir de então, o presente trabalho se dedicará ao estudo detido dos Tribunais de Contas, abordando seus principais aspectos e características dentro da conjuntura da Constituição Federal de 1988, de forma a esclarecer os pontos referentes à sua posição atual na organização dos Poderes, bem como a respeito da sua verdadeira natureza jurídica, para, aí sim, ser possível analisar a validade e aplicabilidade da Súmula n.º 347 do STF nos dias atuais, ou seja, verificar a existência de competência ou não para o controle da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.

¹⁸² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXI, n. 3, 2003. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2003/03/-sumario?next=14>. Acesso em: 01 maio 2016.

4 TRIBUNAIS DE CONTAS

4.1 ORIGEM DO TRIBUNAL DE CONTAS E SEU DESENVOLVIMENTO NO CENÁRIO NACIONAL

O constituinte francês, inspirado pelos ideais pós Revolução Francesa, já expressava seu zelo com a aplicação do dinheiro público, tanto que garantiu ao cidadão, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o direito a acompanhar o emprego das verbas públicas (art. 14), além de assegurar à sociedade o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração (art. 15).¹⁸³

Contudo, essa preocupação com a fiscalização das contas públicas não é tema novo, muito menos restrito ao Estado Moderno pós Revolução Francesa. Em que pese o fato de as formas de fiscalização na Antiguidade Oriental serem, no geral, rudimentares e primitivas, Alfredo Cecílio Lopes aponta para dois sistemas diferenciados de controle da atividade financeira estatal com a atribuição de contrastear toda a administração: China e Índia.¹⁸⁴

Na China antiga, a influência dos filósofos, notadamente Confúcio e Mêncio, fez predominar o entendimento segundo o qual toda a administração do Estado, em especial a financeira, deveria ser benéfica ao povo, como também deveria estar submetida a uma rigorosa fiscalização para não sofrer quaisquer tipos de desvios. Por sua vez, na Índia, o Código de Manu também adotava normas de administração financeira, de fiscalização e regulamentação da coleta de rendas públicas, e isso no Século XXIII antes de Cristo.

Fato é que se não fossem esses mecanismos de fiscalização da Administração Pública presentes na China e na Índia, o estudo inicial do tema em debate dar-se-ia apenas na Grécia Antiga, como, aliás, procedem praticamente

¹⁸³ **Art. 14º.** Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

¹⁸⁴ LOPES, Alfredo Cecílio. *Ensaio sobre o Tribunal de Contas*. São Paulo, 1947, p. 10, *apud* MILESKI, Hélio Saul. *Tribunais de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras*. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos - estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 92-93.

todos os doutrinadores que tratam do assunto, apontando-a como berço da atividade de controle das contas governamentais.¹⁸⁵

Aproximando-se, então, da Antiguidade Clássica, verifica-se a imensa contribuição oferecida pelos ideais de democracia gregos e pelas concepções de lei e ordem romanas para o desenvolvimento dos sistemas de fiscalização da gestão financeira estatal.

Na Roma antiga, são encontrados vestígios de preocupação com a coisa pública, uma vez que, conforme destaca Luiz Bernardo Dias Costa, há registros de que o Senado, com o auxílio dos questores, promovia a fiscalização dos recursos do Tesouro.¹⁸⁶

Com relação à Grécia, considerando os elevados gastos bélicos na manutenção de suas funções de defesa e guerra, desenvolveram-se mecanismos mais elaborados de controle de orçamento, sendo a administração orçamentária conferida a diversas categorias de funcionários públicos. Considerando-se a supervalorização das questões de ordem moral e política, bem como o orçamento complexo e muitas vezes desequilibrado, os legisladores gregos estabeleceram algumas regras para vigilância financeira, em especial a institucionalização de comissões de auditoria, às quais competia o exame das contas dos magistrados incumbidos da administração financeira, realizado durante e após o término de seu mandato.¹⁸⁷

Nesse contexto, tratando especificamente do surgimento do *embrião* dos atuais Tribunais de Contas, manifesta-se Alfredo Cecílio Lopes:

Atenas, com a sua importante legislação concernente à fiscalização dos dinheiros públicos, **lançara os alicerces históricos dos tribunais de contas que existem hoje em quase todos os países civilizados.** Transformando a mera atividade de contraste numa verdadeira instituição, com órgãos e funções precisas, legou ela à posteridade um instrumento

¹⁸⁵ MONTEBELLO, Marianna. *Os tribunais de contas e o controle das finanças públicas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XVII, n. 2, 1999. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=4>. Acesso em: 03 maio 2016.

¹⁸⁶ COSTA, Luiz Bernardo Dias. *Tribunal de Contas: evolução e principais características no ordenamento jurídico brasileiro*. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos - estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 149.

¹⁸⁷ MONTEBELLO, Marianna. *Os tribunais de contas e o controle das finanças públicas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XVII, n. 2, 1999. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=4>. Acesso em: 03 maio 2016.

imprescindível de comprovação da legalidade e moralidade da administração financeira do Estado.¹⁸⁸ (grifou-se)

Contudo, conforme adverte Hélio Saul Mileski, foi somente durante o reinado de Luiz XI, na França, que houve a efetiva adoção de técnicas requintadas de escrituração das contas do rei, aliada à implementação de normas rígidas para fiscalização da gestão financeira do reino, “o que é considerado pelos historiadores a criação de uma verdadeira Corte de Contas”¹⁸⁹; cabendo à Napoleão, em 16.09.1807, dar formatação final ao órgão e criar a *Cour des Comptes*, ou Corte de Contas, com organização assemelhada à das Cortes de Contas atuais.

Enfim, dos breves registros indicados, infere-se que o controle da Administração Pública e das contas públicas, mesmo que de forma rudimentar, é exercido desde os primórdios da Antiguidade. As formas e espécies de controle se davam de acordo com a época, as necessidades e a cultura de cada povo, sempre tendo em conta a correta aplicação, guarda e gerenciamento das rendas públicas estatais.

Assim, nos tempos modernos, a organização financeira bem ordenada e eficiente, aliada a processos técnicos e racionalmente estabelecidos, é essencial para a manutenção da legitimidade e da própria existência do Estado, bem como para o atendimento das crescentes demandas, principalmente referentes a prestações positivas.

No Brasil, como se demonstrará em seguida, os Tribunais de Contas tiveram uma evolução histórica conturbada e permeada de significativos avanços e retrocessos ao longo do *iter* constitucional. Atualmente, porém, da forma como estão positivados no ordenamento jurídico pátrio, os Tribunais de Contas encontram-se consolidados no cenário constitucional, e são órgãos de suma importância na proteção dos interesses dos cidadãos e no fortalecimento do Estado Democrático de Direito, por meio do qual se estabeleceram os ditames responsáveis por alçar o controle à condição de categoria fundamental.

¹⁸⁸ LOPES, Alfredo Cecílio. *Ensaio sobre o Tribunal de Contas*. São Paulo, 1947, apud MONTEBELLO, Marianna. *Os tribunais de contas e o controle das finanças públicas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XVII, n. 2, 1999. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=4>. Acesso em: 03 maio 2016.

¹⁸⁹ MILESKI, Hélio Saul. *Tribunais de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras*. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos - estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 94.

De início, no Brasil Imperial, em face da robusta (e negativa) influência ibérica, o controle era praticamente inexistente, diante da desorganização financeira do país e dos saques da nobreza lusitana ao erário.¹⁹⁰ Assim, a despeito da ideia de criação de um Tribunal de Contas ter sido abraçada por diversos políticos da época, tais como Pimenta Bueno (depois, Marquês de São Vicente), Silveira Martins, Visconde de Ouro Preto e João Alfredo, fato é que o Império não possuiu o seu Tribunal de Contas.¹⁹¹⁻¹⁹²

O que a primeira Constituição de 1824 previu, na verdade, foi o Tesouro Nacional, em substituição ao Erário Régio¹⁹³, órgão que ficou responsável por verificar a administração, a arrecadação e a contabilidade da receita e da despesa da Fazenda Nacional, “*prevendo-se, a partir daí, os primeiros orçamentos e balanços gerais; simulacro de Tribunais de Contas*”¹⁹⁴.

Efetivamente, então, somente foi possível criar a figura de um Tribunal de Contas com a proclamação da República, tendo como marco a edição, em 07 de novembro de 1890, do Decreto n.º 966-A, da lavra do então Ministro da Fazenda do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, Ruy Barbosa.¹⁹⁵⁻¹⁹⁶

¹⁹⁰ MILESKI, Hélio Saul. *Tribunais de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras*. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos - estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 95.

¹⁹¹ Para um detalhado e completo histórico sobre o assunto, consultar: SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: Controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53-61.

¹⁹² José Cretella Júnior, ao comentar os antecedentes históricos dos Tribunais de Contas nessa época, asseverou: “A Constituição do Império brasileiro não conheceu o Tribunal de Contas. Encarregou a receita e a despesa da fazenda nacional a um tribunal a que chamou de Tesouro Nacional para regular a administração, arrecadação e contabilidade em correspondência com as tesourarias e autoridades das Províncias. Estabeleceu a obrigatoriedade de o ministro da Fazenda apresentar à Câmara dos Deputados anualmente um balanço geral da receita e despesa do referido Tesouro Nacional do ano antecedente. Se esses enunciados da Constituição Imperial não foram os responsáveis para o despertar da ideia de um Tribunal de Contas da parte de Felisberto Caldeira Brant e Jose Inácio Borges, senadores pelas Províncias de Alagoas e Pernambuco, respectivamente, em 1826, ainda no despertar da Constituição, ou, mais tarde, no ano de 1845, pelo Ministro do Império Manuel Alves Branco, o foram necessariamente para Pimenta Bueno que, ao comentar o balanço das contas na Constituição de 1824, reclamava o quanto aquelas cautelas eram incompletas, e a necessidade da criação de um Tribunal de Contas”. (CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v.6, *apud* SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: Controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60-61).

¹⁹³ O Erário Régio, criado em 1761, centralizava a gestão de todas as rendas fiscais da Coroa.

¹⁹⁴ SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: Controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

¹⁹⁵ Com a proclamação da República, “a partir de 1889 foi introduzido no país essa nova mentalidade de governar, permitindo a condução de Rui Barbosa ao Ministério da Fazenda, circunstância que o levou a dedicar especial atenção à criação do Tribunal de Contas e, por sua iniciativa, ser elaborado o Decreto n.º 966-A, de 07 de novembro de 1890, assinado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, instituindo o Tribunal de Contas com a atribuição de examinar, rever e julgar todas as operações concernentes à receita e à despesa”. (MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 192).

Apesar disso, a institucionalização definitiva do Tribunal de Conta, em sede constitucional, surgiu somente com a Constituição Republicana de 1891, ainda sob os auspícios e supervisão de Ruy Barbosa, a qual lhe conferiu competência para *“liquidar as contas da receita e da despesa e verificar a sua legalidade antes de serem prestadas ao Congresso Nacional”*, consoante exarado em seu respectivo art. 89.¹⁹⁷ Desde então, está presente em todas as Constituições do Brasil, tendo alargadas ou restringidas suas competências, conforme o momento político em que se encontrava o país.

João Barbalho chamou o Tribunal de Contas criado pela Constituição de 1891 de uma das grandes e indeclináveis molas do mecanismo governamental, de cujos relatórios *“fica o parlamentar habilitado a conhecer da realidade e da legalidade dos atos da administração em matéria fiscal, para serem corrigidos os abusos e punidos, quando criminosos”*¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Nos termos da exposição de motivos do mencionado normativo, o saudoso jurista asseverou: *“Faltava ao Governo coroar a sua obra com a mais importante providência, que uma sociedade política bem constituída pôde exigir de seus representantes. Referimo-nos à necessidade de tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana, em sua missão de prover as necessidades públicas mediante o menor sacrifício dos contribuintes, à necessidade urgente de fazer dessa lei das leis uma força da nação, um sistema saíbo, econômico, escudado contra todos os desvios, todas as vontades, todos os poderes que usem perturbar-lhe o curso traçado. [...] O Governo Provisório reconheceu a urgência inadiável de reorganizá-lo; e a medida que vem propor-vos é a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias – contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil. [...] Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para as punir, circunscrita a estes limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia ou impotente. Convém levantar, entre o Poder que autoriza periodicamente a despesa e o Poder que quotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com o Legislativo, e intervindo na Administração, seja não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias, por um veto oportuno nos atos do Executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente, discrepem da linha geral das leis de finanças”* (grifou-se). (*Exposição de Motivos de Rui Barbosa sobre a Criação do TCU*”, publicada na *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília: v. 30, n. 82, p. 253-262, out/dez. 1999).

¹⁹⁷ Ainda assim, como adverte Hélio Saul Mileski, “o Tribunal de Contas somente passou a funcionar após a edição do Decreto n.º 1.166, de 17.12.1892, que regulamentou o exercício da fiscalização financeira dos atos do Governo, com estabelecimento da competência para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e valores pertencentes à República. Com a expedição do Decreto Legislativo n.º 392, de 08.10.1896, instituiu-se a Lei Orgânica do Tribunal de Contas, fixando as normas de sua organização, atribuições e fiscalização”. (MILESKI, Hélio Saul. *Tribunais de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras*. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos - estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 96).

¹⁹⁸ In: CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v.6, apud SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: Controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96-97.

Ainda, como bem recorda Edson Simões, seguindo o modelo de criação do Tribunal de Contas no âmbito federal, diversos outros Estados criaram seus Tribunais de Contas, uma vez que ficaram autorizados, desde a Constituição de 1891, a incluir nas respectivas Constituições Estaduais a implantação do Tribunal de Contas na estrutura administrativa estadual.¹⁹⁹

Com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, a instituição teve seu rol de competência ampliado, cabendo-lhe acompanhar a execução orçamentária e julgar as contas dos responsáveis por dinheiro e bens públicos, além de proceder ao registro prévio dos contratos e outros atos administrativos que resultassem despesa pública e oferecer parecer prévio sobre as contas do Presidente da República, tendo sido inserido no capítulo denominado *Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais*²⁰⁰, juntamente com o Ministério Público, nos termos dos arts. 99 a 102 da referida Carta.

Com a superveniência da “*Constituição Polaca*” de 1937, de cunho ditatorial, a Corte de Contas foi inserida no âmbito do “esvaziado” Poder Judiciário²⁰¹, que, condizente com o regime político da época – Estado

¹⁹⁹ SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: Controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69. Em maiores detalhes, menciona que, apesar dessa autorização desde 1891, “os Tribunais de Contas Estaduais foram criados em diferentes épocas: o Tribunal de Contas do Estado do Piauí, em 1892; o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em 1921; o Tribunal de Contas dos Estados do Ceará, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, em 1935; o Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, em 1946; e, os demais, nas décadas subsequentes.”. (SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: Controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69).

²⁰⁰ Sobre esse enquadramento, de acordo com Pontes de Miranda, a Constituição de 1934: “[...] em vez de o tornar [Tribunal de Contas] órgão cooperador do Poder Executivo, acentuou o *elemento judiciário* que já ele tinha, inclusive pelo modo de composição e garantias dos seus membros. A despeito disso, o Capítulo VI considerou-o ‘*órgão de cooperação nas atividades governamentais*’ - o que ou nos levou a crer que o legislador constituinte errara em emaranhar Ministério Público, Tribunal de Contas e Conselhos Técnicos como ‘*órgãos de cooperação nas atividades governamentais*’, entendendo-se por isso órgãos de cooperação nas atividades do Poder Executivo, ou a supomos que a expressão ‘*atividades governamentais*’ aí estava por ‘*atividades dos poderes*’ e, então, o Ministério Público cooperaria com o Poder Executivo (melhor seria dizer-se, como mostráramos, com os outros órgãos do Poder Executivo, porque ele também o era), o Tribunal de Contas com o Poder Legislativo (aliás, quase somente com a Câmara dos Deputados) e com o Poder Judiciário, porque ao Poder Executivo fiscalizava, e os Conselhos Técnicos, com o Ministérios, portanto com o Poder Executivo (art. 108, §4º), com a Câmara dos Deputados e com o Senado Federal. A última interpretação salvava, de certo modo, e até certo ponto, a sistemática constitucional”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. III, p. 245-246).

²⁰¹ No que diz respeito à posição do Tribunal de Contas dentre os Poderes, no contexto da Constituição de 37, Pontes de Miranda analisa: “A que poder pertencia o Tribunal de Contas na Constituição de 1937? Ao Poder Executivo, não; porque fiscalizava a execução orçamentária, julgava as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e julgava da legalidade dos contratos celebrados pela União. Ao Poder Legislativo, também não; porque estava longe de ser simples

extremamente centralizador e autoritário, avesso, por óbvio, às instituições democráticas²⁰² –, lhe atribuiu, com fulcro no art. 114, apenas o julgamento das contas dos responsáveis por haveres públicos e dos contratos celebrados pela União.²⁰³ Tal situação perdurou até 1945, quando, em 28 de fevereiro, a Lei Constitucional n.º 09 reintroduziu o acompanhamento da execução orçamentária entre as suas atribuições.

Em face da derrocada do regime ditatorial e no afã de se organizar um regime democrático no Brasil, a Assembleia Constituinte promulgou a Carta Constitucional de 1946, segundo a qual o Tribunal de Contas passava a ser tratado no Capítulo atinente ao Poder Legislativo – sem, no entanto, integrá-lo – competindo-lhe, conforme o art. 77, “acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas; e julgar a legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões”²⁰⁴.

auxiliar da tomada de contas ao Poder Executivo, e até se lhe esvaía tal função nos textos de 1937. Ao Poder Judiciário, pôsto que de modo especial, como função, sim; como órgão, não. Era um tribunal e julgava. Não importa o caráter à parte que teve; isso não lhe tirava a função de julgar. Tanto quanto ao Tribunal de Contas de 1934, ao Tribunal de Contas de 1937 reconhecêramos *função judiciária*”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. III, p. 247).

²⁰² Para ilustrar esse contexto, o Ministro Iram Saraiva relembra que “durante a ditadura instaurada no período, foram registradas as extinções de alguns órgãos de controle de contas estaduais, podendo ser citados os recém-criados Tribunais de Contas do Estado de Minas Gerais, Ceará e Rio Grande do Sul, bem como o do Estado da Bahia, demonstrando a antipatia e a aversão que instituições de controle externo provocam nos governos autoritários. Os decretos e atos que determinaram a extinção de alguns tribunais de contas estaduais podem ser vistos, nas palavras de José Augusto Pedroza Cunha, como ‘depositários das esperanças incolores dos maus governantes, a que tudo temem pela certeza da prática de atos irregulares, quando não desonestos’”. (SARAIVA, Ministro Iram. Criação dos Tribunais de Contas, sua importância histórica, alterações pós-constitucionais e posição atual no cenário brasileiro. Palestra do Ministro Iram Saraiva no 2º semestre de auditoria governamental “Fiscalização e auditoria operacional”, em 11 de setembro de 2006, p. 53-54, *apud* SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: Controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115-116).

²⁰³ Sobre as alterações nas atribuições do TCU, Edson Simões traz interessantes considerações do Ministro Oliveira Lima que refletem as modificações ocorridas à época: “Praticamente, a ação do Tribunal de Contas está quase reduzida pelas leis ordinárias à tomada de contas dos responsáveis por bens ou valores, cuja guarda lhes cabe e que se exerce através dos processos de tomada de contas, nas quais atua com o caráter de Tribunal de Justiça. Numa despesa de quase seis bilhões (Cr\$ 5.944.191.655,51), o Tribunal de Contas registrou em ‘exame prévio’ apenas ordens de pagamento em parcela aproximada da oitava parte da despesa total: por distribuição de crédito ao tesouro, Ministérios militares (integralmente) e outros órgãos administrativos, escaparam ao ‘exame prévio’ despesas que poderão ter subido no exercício à cifra de Cr\$ 5.672.065.847,50”. (SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: Controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72).

²⁰⁴ “Após o processo de redemocratização iniciado em 1946, com a reabertura do Congresso Nacional a promulgação de nova Constituição Federal, não só foram restituídas ao Tribunal de Contas as atribuições a ele historicamente conferidas, mas também ampliada a sua área de atuação,

O Tribunal de Contas tornou-se um órgão especial, externo à administração, colegiado, independente e que exerce funções fiscalizadoras dos atos da administração financeira do Poder Executivo, auxiliando o Poder Legislativo.²⁰⁵ Foi, aliás, sob a égide da Constituição de 1946 que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n.º 347²⁰⁶, a qual será objeto de abordagem detalhada em capítulo específico do presente trabalho.

Ainda, como importante observação, tem-se que a Constituição de 1946, por meio do seu art. 24, foi a primeira a possibilitar, ainda que de forma implícita, a criação, pelos Estados, de órgãos de controle de contas dos Municípios, ao dispor que seria “*permitida ao Estado a criação de órgãos de assistência técnica aos Municípios*”.

Em mais um capítulo (e novo retrocesso) na história constitucional brasileira, a Carta de 1967 e sua Emenda Constitucional n.º 01 de 1969 concentraram o poder no âmbito do Executivo Federal, ou seja, na figura do Presidente da República²⁰⁷, escancarando seu viés autoritário e alheio às garantias de um Estado de Direito. Quanto às Cortes de Contas, a Constituição atribuiu-lhes a função de auxiliar o deveras enfraquecido Congresso Nacional no exercício do controle externo, compreendendo “*a apreciação das Contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o*

incluindo as autarquias federais em seu rol de jurisdição. Nesse novo contexto, a criação de órgão de controle externo estaduais ganhou um forte impulso, sendo instituídos aos Tribunais de Contas dos Estados do Amazonas, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Pará, Paraná, Rio Grande do Norte e Santa Catarina, além do Distrito Federal. [...] O clima democrático em que vivia o País também possibilitou a reabilitação de outros tribunais estaduais fechados pelo arbítrio, como os dos Estados da Bahia, Ceará, Minas Gerais, Piauí e São Paulo. É certo que a eficácia da atuação de algumas dessas instituições poderia ser questionada, uma vez que, por vezes, estavam vinculadas ao próprio Poder que pretendiam fiscalizar.” (SARAIVA, Ministro Iram. Criação dos Tribunais de Contas, sua importância histórica, alterações pós-constitucionais e posição atual no cenário brasileiro. Palestra do Ministro Iram Saraiva no 2º semestre de auditoria governamental “Fiscalização e auditoria operacional”, em 11 de setembro de 2006, p. 54, *apud* SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: Controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 128-129).

²⁰⁵ Sobre a posição da Corte de Contas dentre os Poderes do Estado, Pontes de Miranda, em comentários à Constituição de 1946, ponderou: “A Constituição de 1946 teve o Tribunal de Contas como órgão (auxiliar) do Poder Legislativo, tal como defendíamos, de *iure condendo*. Mas a função de julgar ficou-lhe. No plano material, era corpo judiciário, no formal, corpo auxiliar do Congresso Nacional”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. III, p. 247).

²⁰⁶ Súmula n.º 347 do STF: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

²⁰⁷ Tamanho era o nível de concentração de poderes no âmbito do Poder Executivo que Celso Ribeiro Bastos afirma que, embora a Carta de 1967 tenha mantido, formalmente, a tripartição de Poderes, “no fundo existia um só, que era o Executivo, visto que a situação reinante tornava por demais mesquinhas as competências tanto do Legislativo quanto do Judiciário”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 134).

juízo das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos”, e, também, apreciar e julgar a “*legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, independentemente de sua decisão as melhorias posteriores*”. É o que se induz do § 1º do art. 71 da Constituição de 1967 e § 8º do art. 72 da Emenda Constitucional n.º 01 de 1969, respectivamente.²⁰⁸

José Cretella Júnior, criticando a Constituição de 67, atinente à alterações nas competências dos Tribunal de Contas, assim se pronunciou:

Na legislação brasileira atual o Tribunal de Contas não se encontra em boa fase. Embora sem descer a realidade constitucional de 1937, está bem longe do seu período áureo de 1946, ou mesmo da quadra de 1934, uma vez que foram retiradas as principais das suas atribuições, perdeu a sua função judicante e desceu vários degraus em termos de autonomia.

[...]

O Tribunal de Contas continua sendo órgão auxiliar do Poder Legislativo, para o controle da administração financeira e orçamentária. Porém, as suas atribuições não vão muito além da auditoria. Quando muito dá prazos para medidas sem nenhuma condição de exigir a regularização de atos ou contratos injustos, ilegais, afinados com a corrupção financeira. O mais que pode fazer é representar ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, no que passa, em razão dos resultados, a ser, também, subordinado ao presidente da República.²⁰⁹

Para Cretella, “*o papel do Tribunal era secundário, porque as atitudes tomadas por ele não tinham consistência diante do chefe do Poder Executivo, principal autoridade a receber a sua fiscalização*”²¹⁰. Isto porque, o Presidente da República poderia ordenar a execução de ato ilegal impugnado *ad referendum* do Congresso Nacional:

²⁰⁸ O Golpe Militar de 1964 gerou novo surto autoritário, representando perdas para a democracia e também para o Tribunal de Contas: “A Constituição Federal de 1967, ratificada pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, retirou da instituição federal de controle externo, que passou a se chamar Tribunal de Contas da União – TCU, o registro prévio das despesas, implantando o controle *a posteriori* (mantido até os dias atuais), o sistema de delegações de controle junto a órgãos públicos, e o poder de suspensão do exercício de gestores omissos e remisso. Restringiu-se, também, o julgamento da legalidade das aposentadorias, reformas e pensões, que passou a ser exercido apenas sobre as concessões iniciais, não opinando o TCU sobre melhorias posteriores”. (SARAIVA, Ministro Iram. Criação dos Tribunais de Contas, sua importância histórica, alterações pós-constitucionais e posição atual no cenário brasileiro. Palestra do Ministro Iram Saraiva no 2º semestre de auditoria governamental “Fiscalização e auditoria operacional”, em 11 de setembro de 2006, p. 54-55, *apud* SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: Controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137).

²⁰⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v.6 *apud* SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: Controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 160.

²¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v.6 *apud* SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: Controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 169.

Além de se permitir a desautorização do Tribunal de Contas, ainda se consente na continuidade de atos impugnados de ilegalidade. Matéria realmente difícil de ser aceita, esta de se permitir a alguém, mesmo ao chefe do Executivo, a continuidade de atos ilegais. Ainda mais, pedir-se o *referendum* da ilegalidade ao Poder Legislativo, que é limitado nas suas funções e proibido de editar atos ilegais e inconstitucionais. É a violação do estado de direito pelo próprio órgão que instituiu o sistema jurídico, a Constituição.²¹¹

Como observação adicional, afirma-se que foi a Emenda Constitucional n.º 01 de 1969, no § 3º do seu art. 16, que estabeleceu os requisitos constitucionais para criação de Tribunais de Contas Municipais, a saber: *“somente poderão instituir Tribunais de Contas os municípios com população superior a dois milhões de habitantes e renda tributária acima de quinhentos milhões de cruzeiros novos”*.

Enfim, após os anos nefastos e obscuros da tirania ditatorial, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 procurou resgatar a participação popular e a efetivação da cidadania, inspirada no consenso estatuído em torno da democracia constitucional como o regime de governo ideal, em superação aos regimes socialistas totalitários vigentes até o último quadrante do século XX.²¹²

Assim, em consonância com os avanços do constitucionalismo moderno, e nesse cenário de redemocratização e respeito à cidadania no País, a Constituição de 1988, com sólidos baldrames no fortalecimento do controle externo, garantindo-lhe uma atuação mais efetiva e concreta, erigiu o Tribunal de Contas à especial condição, estabelecendo-o como legítimo canal de concretização da fiscalização da gestão e das políticas públicas, ampliando-lhe, sobremaneira, as competências e delineando um novo perfil para o controle externo das finanças públicas.²¹³

²¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v.6 *apud* SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: Controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 169.

²¹² Na dicção do jusfilósofo Norberto Bobbio: “Sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tomam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo”. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 01).

²¹³ Corroborando o alargamento da esfera de atuação do Tribunal de Contas promovido com a Constituição de 1988, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal em decisão proferida na ADIn n.º 215-5/PB, de relatoria do Ministro Celso de Mello: “[...] com a superveniência da nova Constituição ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente

Nesse contexto, afirma-se que as principais matérias adrede aos Tribunais de Contas encontram-se plasmadas nos arts. 70 a 75 da Constituição Federal de 1988.²¹⁴ Contudo, com relação aos temas que nos interessam ao presente estudo, notadamente suas competências e atribuições ligadas às espécies de controle exercidas pelos mencionados órgãos, adverte-se que serão tratados em momento oportuno, sendo objeto de aprofundamento em Capítulo posterior deste trabalho.

4.2 POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DIANTE DOS PODERES CONSTITUÍDOS NO BRASIL

É certo que, hoje em dia, a tripartição dos poderes na forma clássica não é suficiente diante da gama das novas complexidades advindas da evolução do Estado. Existe a necessidade, cada vez maior, da parcelaridade do poder entre os órgãos, para que possam desempenhar as suas funções de forma imparcial e sem as pressões políticas conjunturais. É, nessa nova perspectiva, que os Tribunais de Contas, o Ministério Público, Agências Reguladoras, dentre outros organismos, tem uma importante contribuição para a democracia.²¹⁵

opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa instituição surgida nos albores da República. A atuação dos Tribunais de Contas assume, por isso, importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, tema de irrecusável relevância". (STF. ADIn n.º 215-5/PB. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento em: 07 jun.1990. DJ: 03 ago.1990).

²¹⁴ É essencial mencionar que o modelo traçado para o Tribunal de Contas da União, considerando o estatuído no art. 75 da Carta da República, servirá como paradigma para transmitir às equivalentes instituições estaduais e municipais, convocadas a exercer papel idêntico na garantia dos valores éticos, na aplicação de recursos do erário, zelando pela integridade do patrimônio coletivo. A título informativo, o Brasil possui 34 (trinta e quatro) órgão de controle externo, a saber: o Tribunal de Contas da União, 26 (vinte e seis) Tribunais de Contas dos Estados, o Tribunal de Contas do Distrito Federal, 02 (dois) Tribunais de Contas Municipais, um na cidade de São Paulo e outro na do Rio de Janeiro, e 04 (quatro) Tribunais de Contas dos Municípios nos Estados da Bahia, Ceará, Goiás e Pará. Em breve resumo, nos Estados onde existam apenas Tribunais de Contas Estaduais, estes serão responsáveis pela fiscalização sobre o respectivo Estado e sobre os Municípios dele integrantes. O mesmo acontece no Distrito Federal. Nos Estados da Bahia, Ceará, Goiás e Pará, existem dois órgãos de fiscalização distintos: (i) um responsável pela fiscalização estadual, Tribunal de Contas do Estado; e (ii) outro responsável pela fiscalização dos respectivos Municípios, Tribunal de Contas dos Municípios. Por fim, os únicos Municípios do País que possuem Tribunais de Contas Municipais com atribuição estritamente local, são Rio de Janeiro e São Paulo.

²¹⁵ "Os Tribunais de Contas e o Ministério Público, que surgem então na constelação, não são estrelas nem planetas, são satélites. Não dependem nem de uns, nem de outros, mas são necessários para manter o equilíbrio". (COSTA, Sylo da Silva. *O Quarto Poder*. Revista do Tribunal de

No Brasil, desde há muito, a transformação da concepção da teoria clássica não passou despercebida. Artur Orlando, complementando suas críticas ao exagero da divisão tripartite de poderes, já sustentava no início dos anos 70:

Há funções que não são legislativas, administrativas ou judiciárias, e nem por isso deixam de ser funções políticas garantidas pela Constituição. A divisão tripartida da soberania nacional, ainda repetida de Constituição em Constituição, sem que os constitucionalistas tenham percebido que novos órgãos surgiram, em desempenho de novas funções.²¹⁶

Assim, cabe indagar: A qual dos poderes constituídos pertence o Tribunal de Contas? Ou ele constituiria um poder em si mesmo, que escaparia à tripartição formulada por Montesquieu? Ou, por outra, seria ele instituição constitucional independente e autônoma, sem, contudo, constituir um poder?

Há, efetivamente, certa diversidade de entendimentos no que tange à posição institucional ocupada pelo Tribunal de Contas.

Ruy Barbosa, na exposição de motivos do Decreto n.º 966-A, de 07 de novembro de 1890, já afirmava ser, o Tribunal de Contas, “*corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias – contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional*”, funcionando como “*um mediador independente, auxiliar de um e de outro [fazendo referência aos poderes constituídos]*”²¹⁷. Em outra oportunidade, sentenciou que: “*Tribunal é, mas Tribunal sui generis*”²¹⁸.

Castro Nunes, citado por Jarbas Maranhão, asseverava, na mesma linha, que o Tribunal de Contas é um “*instituto sui generis, posto de permeio entre os*

Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XV, n. 4, 1997. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1997/04/-sumario?next=4>. Acesso em: 06 maio 2016).

²¹⁶ ORLANDO, Artur, *apud* VALLADÃO, Alfredo. *O Ministério Público, quarto poder do Estado e outros estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973, p. 29-30. In: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 157.

²¹⁷ BARBOSA, Ruy. *Exposição de Motivos de Rui Barbosa sobre a Criação do TCU*, publicada na *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília: v. 30, n. 82, out./dez, 1999, p. 253-262.

²¹⁸ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires*, vol. VI, p. 425, *apud* M. Seabra Fagundes, “Posição institucional dos Tribunais de Contas”, R. TCU 12:136. In: LAUBÉ, Vitor Rolf. *Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 29, n. 113, 307-326, jan./mar. 1992, p. 320.

*poderes políticos da nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles*²¹⁹.

Maranhão também relembra posição de Pontes de Miranda, que, mantendo a coerência da doutrina que sufragava, situava o TCU no arcabouço constitucional, referindo-se à Constituição de 1934, nos seguintes termos: “*era 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*”²²⁰.

Ora, considerando as prodigiosas lições dos mencionados mestres, há que se vislumbrar efetivamente uma posição singular ocupada pela Corte de Contas: uma posição *sui generis*.

Contudo, antes, essencial apontar, por oportuno, que há quem defenda ser o Tribunal de Contas um poder em si mesmo, alheio à tripartição formulada por Montesquieu.²²¹ Com a devida vênia daqueles que perfilham esse entendimento, não pode ser o Tribunal de Contas alçado à condição de “poder”, em face do contido no próprio sistema constitucional brasileiro.

Isto porque, é a própria Constituição que obstaculariza tal pretensão, uma vez que expressamente prevê, em seu art. 2º, que os Poderes da União são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Ora, se a Lei Maior dispõe desse modo, afigura-se impropriedade atribuir aos Tribunais de Contas a condição e/ou o *status* de “poder”.

²¹⁹ MARANHÃO, Jarbas. *Heraclio Salles e o Tribunal de Contas*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 38, n. 149, p. 53-60, jan./mar. 2001, p. 57.

²²⁰ MARANHÃO, Jarbas. *Heraclio Salles e o Tribunal de Contas*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 38, n. 149, p. 53-60, jan./mar. 2001, p. 57.

²²¹ Dentre os que adotam esse pensamento, cite-se Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, que assim se pronunciou a respeito do tema: “No meu entender, mesmo nos limites da fiscalização financeira e orçamentária, é um poder não enquadrado na clássica tripartição constitucional”. (FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Tribunal de Contas, órgão ou poder*, R. TCERJ 13:95, *apud* LAUBÉ, Vitor Rolf. *Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 29, n. 113, 307-326, jan./mar. 1992, p. 320). Nessa mesma linha, Marques Oliveira: “Quanto ao Ministério Público, a idéia de considera-lo um Quarto Poder como consequência do reconhecimento de ser ele um instituto *sui generis*, não é nova. Diga-se o mesmo, quanto aos Tribunais de Contas. Vamos citar apenas dois nomes, que bastam por si. Um deles, propondo seja o Tribunal de Contas quarto Poder, e outro, o Ministério Público”. (OLIVEIRA, Marques de. *A força do Direito e os limites da Lei*. Belém: CEJUP, 1987, p. 216-217, *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 160).

Assim, se “poder” não é, o Tribunal de Contas estaria alocado em qual dos poderes constituídos; seria ele órgão do Poder Judiciário, ou do Executivo, ou do Legislativo?

De início, seria impossível cogitá-lo como órgão integrante do Poder Judiciário. A própria Constituição Federal impede tal interpretação, uma vez que não o enumera, nos termos do art. 92, como órgão componente do citado poder. Por outro lado, seria inconcebível situá-lo no Poder Executivo, pois é o próprio Executivo, por seus órgãos administrativos, o produtor maior dos atos sujeitos ao controle financeiro e orçamentário do Tribunal.

Resta, portanto, o Poder Legislativo, que, nos termos da Carta Constitucional, abriga o Tribunal de Contas em seu Capítulo próprio, além de contar com o auxílio do Tribunal de Contas da União quando da realização do controle externo pelo Congresso Nacional (art. 71, *caput*, da CF).

Tal fato, porém, não é suficiente para se chegar à conclusão de que os Tribunais de Contas se classificam apenas como apêndices auxiliares do Poder Legislativo. Desconhecendo a estrutura técnica dessas Cortes, sua autonomia administrativa e financeira, pode-se concebê-las, erroneamente, como um órgão de assessoramento. A respeito do tema, aliás, encontra-se a boa doutrina de Odete Medauar, segundo a qual:

A expressão *com auxílio do Tribunal de Contas*, contida no art. 71 da Constituição Federal, tem gerado certa confusão no tocante aos vínculos entre este e o Legislativo, sobretudo no sentido de considera-lo subordinado hierarquicamente a tal poder; muito comum é a menção do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, o que acarretaria, para muitos, a ideia de subordinação; confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. Na verdade, *a Constituição Federal, em artigo algum, utiliza a expressão “órgão auxiliar”*; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o *auxílio do Tribunal de Contas*; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração, em auxílio, em apoio, ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização. Tendo em vista que a própria Constituição assegura, ao Tribunal de Contas, as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é de instituição independente, desvinculada da estrutura de qualquer dos três poderes. Por conseguinte, o Tribunal de Contas configura *instituição estatal independente*.²²²

²²² MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.153.

Ora, o que tem levado muitos à ideia de que o Tribunal de Contas seja um órgão do Poder Legislativo consiste justamente no fato de ter sido tratado, desde a Constituição de 1946, dentro do Capítulo reservado ao Parlamento.²²³ Entretanto, a razão disso prende-se à ideia de que a titularidade do controle externo foi atribuída ao Poder Legislativo (representante do povo), tendo em vista que é quem autoriza a arrecadação da receita e a realização da despesa, consubstanciadas nas leis orçamentárias, cabendo-lhe, portanto, verificar o cumprimento das metas estabelecidas.

Nesse contexto, não se há de olvidar que existe uma proximidade histórica entre o Tribunal de Contas e o Legislativo. Aquele tem a função de verificar se está sendo cumprido o orçamento na conformidade com que foi autorizado pelo Parlamento. No entanto, as competências dos Tribunais de Contas não param por aí, vão muito além, como se verá oportunamente.

Ademais, no exercício de seu mister, os Tribunais de Contas não guardam nenhuma relação de dependência com qualquer outro órgão ou poder. Mesmo porque, salienta-se que a noção de controle, no Estado Democrático de Direito, não pode se desvincular da ideia de autonomia e independência do controlador; de outro modo, restaria comprometida a legitimidade de sua atuação.

²²³ Nesse sentido, aduz Ricardo Marcondes Martins quando se analisa o tema sob o aspecto da organicidade: “No texto constitucional ele é tratado na Seção IX do Capítulo I do Título IV; e, assim, é inquestionável que o constituinte o inseriu no capítulo do Poder Legislativo; ao contrário do que fez, por exemplo, com o Ministério Público, tratado em capítulo autônomo (Capítulo IV do Título IV). Por isso, considera-se correto concebê-lo como um órgão pertencente à estrutura do Poder Legislativo”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 370). Ainda nessa esteira, importante posição de Hélio Saul Mileski: “Portanto, a toda evidência, até porque explicitamente a Constituição o coloca no Capítulo I – Do Poder Legislativo, Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, como órgão executor do controle externo a cargo do Congresso Nacional, também entendemos que o Tribunal de Contas participa do Poder Legislativo. Todavia, somente no aspecto de organicidade, na medida em que não mantém qualquer grau de subordinação ao Poder Legislativo. Não sendo Poder, na forma da organização estatal utilizada, o Tribunal teria de participar de um dos Poderes do Estado. O escolhido foi o Poder Legislativo, na medida em que é ele o detentor do controle externo, mas sem estabelecer qualquer espécie de submissão hierárquica, possibilitadora de violência à autonomia e à independência do Tribunal de Contas perante o Legislativo”. (MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 204-205). Em sentido contrário, cite-se Carlos Ayres de Brito que assim disserta: “[...] o Tribunal de Contas da União **não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo**. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44, *litteris*: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, **que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal**” (negrito à parte). Logo, o Parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União. Da sua estrutura orgânica ou formal deixa de fazer parte a Corte Federal de Contas e o mesmo é de se dizer para a dualidade Poder Legislativo/Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e natureza federada”. (BRITTO, Carlos Ayres. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 9, dezembro, 2001, p. 02. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 07 jun. 2016).

Tal é a importância dessa concepção, que Aristóteles, três séculos antes de Cristo, já assim asseverara: *“Mas como certas magistraturas, para não dizer todas, têm o manejo dos dinheiros públicos, é forçoso que haja uma outra autoridade para receber e verificar as contas sem que ela própria seja encarregada de qualquer outro mister”*²²⁴.

Assim, não é possível sustentar que, atualmente, as Cortes de Contas exerçam meras funções de *staff* do Poder Legislativo, até porque, frise-se, exercem fiscalização sobre os atos de índole financeira do próprio Legislativo. O controle externo da Administração Pública é função afeta ao Poder Legislativo, que a exerce com o auxílio do Tribunal de Contas. Conforme preleciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

[...] a Constituição *instituiu uma distinção estrutural de cunho político* entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas; e o fez, não só por estar a mencioná-los *separadamente*, o que seria um dado puramente formal, como, e principalmente, *por que estabeleceu entre ambos uma relação*, que não sendo paritária nem, tampouco, de hierarquia, ou de subordinação, só pode ser de *cooperação*, o que claramente se expressa na voz *auxílio*.²²⁵

Cabe observar que a palavra auxílio deve ser entendida como colaboração funcional e não subordinação hierárquica ou administrativa. Colaboração funcional que o Tribunal de Contas presta, em verdade, aos três Poderes, entre os quais se encontra situado, impondo-se, todavia, que mantenha independência como órgão e função. O contrário seria negar sua natureza e destino de instituição autônoma. Sem essa independência, que é de sua própria substância, ele não poderia atingir suas finalidades. Nesse sentido, Luciano Ferraz aduz:

O Tribunal de Contas, sem embargo de não se constituir em quarto Poder, é independente no exercício de suas funções, fiscalizando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Busca na própria Constituição sua identidade e suas competências, as quais não poderão ser mitigadas por legislação infraconstitucional, embora possam ser ampliadas por esta via. Insere-se na estrutura do Estado como *“órgão de ligação”* (Dalmo Dallari), *“órgão de destaque constitucional”* (Pardini), ou *“organi a rilevanza costituzionali”* (Pietro Virga), definições que lhe asseguram a qualificação de órgão de auxílio ao Poder Legislativo, cuja criação posterior à teoria da

²²⁴ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 67.

²²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 223:1-24, jun./mar. 2001, p. 15.

separação dos poderes e fruto da prática, destoava das linhas rígidas da tripartição.²²⁶

Na esteira desse raciocínio, Jarbas Maranhão possui posicionamento semelhante, a seguir transcrito:

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 e legais. [...] O Tribunal é órgão que, funcionalmente, auxilia os três Poderes, porém, sem subordinação hierárquica ou administrativa a quaisquer deles. O contrário seria confundir e negar a sua natureza e destinação de órgão autônomo. [...] São os Tribunais de Contas, assim, órgãos situados entre os Poderes e de cooperação funcional com eles, impondo-se, todavia, que mantenham independência como órgão e função.²²⁷

Dessa forma, se o Tribunal de Contas não é um “poder”, se não integra os Poderes Judiciário e Executivo, e tampouco sofre qualquer tipo de vinculação com o Poder Legislativo, razão assiste, então, enquadrá-lo em uma posição *sui generis*, conforme dantes afirmado, detentor, pois, de uma peculiar situação na organização estatal formulada pela Constituição da República, visto que foge à clássica tripartição das funções estatais.

Jorge Miranda localiza os Tribunais de Contas e o Ministério Público em *zonas de fronteira* da separação de poderes, correspondentes a funções complementares, não se situando nem na *“nem na administração – apesar da iniciativa – nem na jurisdição – apesar de atividade estruturalmente conexionada com a dos tribunais”*²²⁸.

Fenômeno idêntico é igualmente apontado por Peter Häberle, ao chamar a atenção para a multiplicação de funções do Estado em razão do crescimento da demanda de serviços que lhe cabe prestar, o que tem levado ao surgimento, em vários Estados Constitucionais, de *“tribunales de cuentas”* que em muito se

²²⁶ FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública: elementos para a compreensão dos tribunais de contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 142-143.

²²⁷ MARANHÃO, Jarbas. *Tribunal de Contas. Natureza jurídica e posição entre os poderes*. Revista de Informação Legislativa, a. 27, n. 106, p. 99-102, abr./jun. 1990, p. 101-102.

²²⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2004, t. V, p. 37.

aproximam dos tribunais, em razão da sua independência com relação aos demais órgãos e poderes estatais.²²⁹

Na mesma orientação, Themístocles Brandão Cavalcanti sentencia que a posição dos Tribunais de Contas na estrutura constitucional “*caracteriza-se pela sua independência em relação aos outros poderes*”²³⁰.

Odete Medauar consigna que apesar de a maioria dos ordenamentos jurídicos manter o princípio da separação de poderes, a fórmula clássica original não se apresenta adequada à atual realidade política e institucional dos Estados, vez que, atualmente, várias instituições não se enquadram em nenhum dos três poderes, caso do Ministério Público e do Tribunal de Contas, classificando este último como “*instituição estatal independente*”²³¹.

Na esteira das manifestações externadas, são as palavras dos respeitadíssimos administrativistas Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles. O primeiro já se posicionou no sentido de que: “*Não há negar que a Carta Brasileira teve o manifesto intento de atribuir ao Tribunal de Contas formidável autonomia, revelando nisto o propósito de lhe conferir posição sobranceira, independente, ativa, que o capacitasse ao cumprimento de seus encargos*”²³². O segundo, no mesmo passo, partilhava semelhante entendimento, posto que tinha no Tribunal um órgão independente, não subordinado a nenhum dos poderes.²³³

Não é diferente o posicionamento da jurisprudência pátria sobre o tema. Na mesma linha de entendimento, o Excelso Pretório vem decidindo, ao longo dos anos, que os Tribunais de Contas são órgãos investidos de autonomia, inexistindo qualquer vínculo de subordinação institucional ao Poder Legislativo, sendo certo que suas atribuições traduzem direta emanação da própria Constituição da República.²³⁴

²²⁹ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Fierro e Rolando Tamayo y Salmoran. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 204-205.

²³⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1936, p. 15, *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 166-167.

²³¹ MÉDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 153.

²³² *Funções do Tribunal de Contas*, RDP 72:136, *apud* LAUBÉ, Vitor Rolf. *Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 29, n. 113, 307-326, jan./mar. 1992, p. 322.

²³³ *Auditoria do Tribunal de Contas em departamento de Câmara Municipal*, RT 532:39, *apud* LAUBÉ, Vitor Rolf. *Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 29, n. 113, 307-326, jan./mar. 1992, p. 322.

²³⁴ Para exemplificar, cite-se o seguinte trecho do voto da ADIn 4190-MC-REF/RJ, da lavra do eminente Ministro Celso de Mello: “Cabe enfatizar, neste ponto, uma vez mais, na linha da

Pois bem. Tem-se, então, vasta e qualificada doutrina, além da jurisprudência superior, destacando a independência e autonomia dos Tribunais de Contas em relação aos outros Poderes constitucionalmente determinados²³⁵, corpos intermediários na estrutura clássica tripartite da divisão de Poderes do Estado, muito por conta da sua posição institucional e do seu dever de zelar e fiscalizar o manejo da receita pública. Helio Saul Mileski sintetiza essa ideia:

Assim, embora organicamente participe do Poder Legislativo, pela sua autonomia e independência fixada constitucionalmente, tendo em conta competências específicas que são exercidas sobre os três Poderes do Estado, pode-se dizer que o Tribunal de Contas sem ser Poder ficou com o poder de fiscalizar o Poder, agindo em nome do Estado em favor da

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – considerado o teor da Emenda Constitucional estadual 40/2009 –, que inexistente qualquer vínculo de subordinação institucional dos Tribunais de Contas ao respectivo Poder Legislativo, eis que esses órgãos que auxiliam o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais possuem, por expressa outorga constitucional, autonomia que lhes assegura o autogoverno, dispondo, ainda, os membros que os integram, de prerrogativas próprias, como os predicamentos inerentes à magistratura. Revela-se inteiramente falsa e completamente destituída de fundamento constitucional a ideia, de todo equivocada, de que os Tribunais de Contas seriam meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo. Na realidade, os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico [...]. Essa visão em torno da autonomia institucional dos Tribunais de Contas, dos predicamentos e garantias reconhecidos aos membros que os integram e da inexistência de qualquer vínculo hierárquico dessas mesmas Cortes de Contas ao respectivo Poder Legislativo tem sido constante na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, como resulta claro do voto que o eminente Ministro OCTAVIO GALLOTTI proferiu no julgamento, por esta Suprema Corte, da Representação nº 1.002/SP: *‘O Tribunal de Contas da União, padrão obrigatório das Cortes estaduais correspondentes, composto de Ministros investidos das mesmas garantias da magistratura e dotado da prerrogativa de autogoverno conferida aos Tribunais do Poder Judiciário, tem sua esfera própria de atuação direta, estabelecida na Constituição. A despeito da ambiguidade 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, a autonomia do Tribunal, que não guarda vínculo algum de subordinação para com o Congresso, nem deve ser entendido como mera assessoria deste.’* (STF. ADIn n.º 4.190-MC-REF/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento em: 10 mar. 2010. DJ: 11 jun. 2010).

²³⁵ Sobre o assunto, Ricardo Marcondes Martins também nos traz excelentes e detalhadas informações sobre outras posições doutrinárias que corroboram e ratificam essa ideia: “Juristas de escol não o vinculam, sequer formalmente, a qualquer dos três Poderes. O Min. Carlos Ayres Britto, por exemplo, extrai do art. 44 da CF a conclusão de que o Tribunal de Contas não é órgão do Poder Legislativo, é um órgão não pertencente a qualquer dos três Poderes (*“O regime constitucional dos Tribunais de Contas”, Cadernos de Soluções Constitucionais*, vol. 1, pp. 21-22). Nas palavras do notável Ministro *‘Feita a ressalva, começo por dizer que o TCU não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo’* (p. 21). E, pouco adiante, complementa: *‘Diga-se mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o TCU não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional’* (p. 22). Oswaldo Aranha Bandeira de Mello também adotada essa posição: *‘E de tal realce é a do Tribunal de Contas, que se encontra fora da concepção tríplice dos três poderes, e a quem cabe a fiscalização econômico-financeira da atividade de todos eles’* (*“Tribunais de Contas – Natureza, alcance e efeitos de suas funções”, RDP 73/188*). (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 370, nota de rodapé n.º 127).

sociedade, no sentido de preservar a regularidade da aplicação dos dinheiros públicos, com atendimento do interesse público.²³⁶

Assim, o Tribunal de Contas, pela Carta Constitucional de 1988, foi alçado à condição de órgão constitucional de relevo, independente e autônomo, que atua em cooperação com o Poder Legislativo para dar cabo da relevante função de fiscalização e controle, não estando subordinado ou vinculado a qualquer dos Poderes, nem mesmo ao Legislativo, detentor da titularidade do controle externo. Suas competências advêm diretamente da Constituição da República (art. 71), compreendendo funções de fiscalização e julgamento.

4.3 NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

Em conexão com o até aqui tratado, com especial atenção ao tópico que a este antecedeu, não é difícil perseguir e encontrar a essência jurídica da Corte de Contas no Brasil.

Apesar disso, essencial mencionar, logo de início, que sempre houve uma intensa polêmica a respeito da natureza jurídica desta instituição juspublicística e dos atos por ela emanados. Isto porque, a doutrina, não só no atual sistema constitucional, como também nos antecedentes, não tem sido uníssona no que tange ao tema, protagonizando debates doutrinários acirrados, dados os posicionamentos diversos a respeito do assunto.

Para esclarecer esse contexto, é de vital importância a obra de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi²³⁷, que apresenta o pensamento de inúmeros juristas de nomeada, começando por Visconde de Uruguay, em 1865, passando por Ruy Barbosa, Mário Masagão, Castro Nunes, Themístocles Brandão Cavalcanti, Aliomar Baleeiro, Francisco Campos, Fued Miguel Temer, Alfredo Buzaid, Celso Antônio Bandeira de Mello, Michel Temer, José Cretella Júnior e encerrando com Hely Lopes Meirelles, em 1987, dentre outros não menos importantes mencionados, que se debruçaram sobre o estudo da natureza jurídica dos Tribunais de Contas no Brasil.

²³⁶ MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 205.

²³⁷ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 174-185.

Para facilitar a abordagem, bipolarizam-se os entendimentos entre aqueles que aduzem que, no âmbito daquelas Cortes, além de serem praticados atos administrativos, também o são os de natureza jurisdicional, enquanto outra parcela entende que todos os seus atos são de natureza administrativa.²³⁸

Entre os que vislumbram funções jurisdicionais praticadas pelo Tribunal de Contas encontram-se: Manuel Pedro Villaboim, Castro Nunes, Pontes de Miranda, Themístocles Brandão Cavalcanti, Aliomar Baleeiro, Manuel Ribeiro, A. B. Cotrim Neto, Carlos Casimiro Costa, Leopoldo da Cunha Melo etc.²³⁹

Por outro lado, entre aqueles que admitem tão somente o Tribunal de Contas como detentor de funções administrativas, possível mencionar, dentre tantos outros: Mário Masagão, Alfredo Buzaid, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Fued Miguel Temer, Seabra Fagundes, José Afonso da Silva, José Cretella Júnior, Celso Antônio Bandeira de Mello, Michel Temer, Hely Lopes Meirelles etc.²⁴⁰

²³⁸ Em que pese essa divisão majoritária, importante mencionar que também existe posição no sentido de que as funções do Tribunal de Contas não são nem administrativas, nem judiciais. Nesse sentido, cita-se, por exemplo, Francisco Campos, para quem a Corte de Contas é um órgão congressional, auxiliar do Parlamento: “Se, portanto, as funções exercidas pelo Tribunal de Contas não são de ordem administrativa, como evidentemente, resulta da sua natureza, nem de ordem judicial, como é palpável, e como tais funções são da mesma natureza que as funções de controle que competem ao Legislativo, segue-se que o Tribunal de Contas é um órgão de natureza parlamentar, órgão auxiliar do Parlamento, e exerce, por delegação ou extensão constitucional de funções, funções clara, evidente e manifestamente congressionais”. (CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, v. II, Rio-São Paulo, Freitas Bastos, 1956, p. 134 *apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 179).

²³⁹ Manuel Pedro Villaboim, *in* Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1893, p. 84, *apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 176; Castro Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Rio, Forense, 1943, p. 24-26, *apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *ibidem*, p. 177; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, 2. ed., Max Limonad, 1953, v. 2, p. 338, *apud* CRETELLA JÚNIOR, José, *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 166:1-16, out./dez. 1986, p. 5-6; Themístocles Brandão Cavalcanti, *O Tribunal de Contas e sua competência constitucional*, RDA, III/19, janeiro/1946 *apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *op. cit.*, p. 178; Aliomar Baleeiro, *O Tribunal de Contas e o controle da execução orçamentária*, RDA, 31/10, janeiro-março/1953, *apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *ibidem*, p. 179; Manuel Ribeiro, *Atividade jurisdicional dos tribunais de contas*, RDA 68/52, abril-junho/1962, *apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *ibidem*, p. 179-180; A. B. Cotrim Neto, *O tribunal de contas e o aperfeiçoamento do estado de direito*, Revista de Informação Legislativa 76/162, outubro-dezembro/1982, *apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *ibidem*, p. 182; Carlos Casimiro Costa, *Funções jurisdicionais e administrativas dos Tribunais de Contas. Efeitos de seus julgados*, RT 275, *apud* CRETELLA JÚNIOR, José, *op. cit.*, p. 5; Leopoldo da Cunha Melo, *Pareceres*, v. 4, p. 118-119, *apud* CRETELLA JÚNIOR, José, *op. cit.*, p. 4.

²⁴⁰ Mário Masagão, *Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo*, 1927, p. 153, *apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *op. cit.*, p. 176; Alfredo Buzaid, *O Tribunal de Contas nos Brasil*, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. LXII/43, 48 e 49 e 62, fasc. II, 1967, *apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *ibidem*, p. 180-181; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Tribunais de Contas – natureza, alcance e efeitos de suas funções*, RDP 73:181-92, jan./mar. 1985; Fued Miguel Temer, *Natureza das funções do Tribunal de*

Logo após, cotejando as considerações doutrinárias examinadas, Gualazzi compilou os atributos presentes na instituição Tribunal de Contas e reconhecidos pela *maioria* dos autores brasileiros, quais sejam: “a) *autonomia funcional*; b) *colegialidade*; c) *natureza administrativa*; d) *funções administrativas*; e) *edição de atos administrativos*; f) *realização de atividades administrativas de controle externo*; g) *perfil de "corporação administrativa autônoma", que verifica e julga, mas não exerce a jurisdição, privativa do Poder Judiciário”*²⁴¹.

Pois bem. Com total respeito a judiciosos entendimentos em contrário, filiamo-nos à doutrina majoritária, no sentido de admitir que o Tribunal de Contas é órgão administrativo, com atribuições constitucionais típicas e, portanto, prolata toda e qualquer decisão em cunho eminentemente administrativo e técnico. Tais decisões, então, podem e devem ser classificadas como atos administrativos, os quais, por consequência, não se revestem de caráter jurisdicional.

Ora, de maneira preliminar, há que se recordar que, no regime jurídico constitucional brasileiro, a jurisdição é una, ou seja, ela somente é acometida aos órgãos do Poder Judiciário, discriminados no art. 92 da Carta da República, a quem efetivamente cabe o *juris dicere*. Dessa forma, como as Cortes de Contas não se encontram arroladas no referido dispositivo constitucional, mas sim incluídas em uma das seções do capítulo referente ao Poder Legislativo, já se pode descartar, de plano, que possuam elas natureza jurisdicional.

Todavia, mesmo afastando o Tribunal de Contas do capítulo relativo aos órgãos integrantes do Poder Judiciário – fato que, por si só, já evidencia a vontade do legislador constituinte em não lhe conferir funções jurisdicionais –, acabou ele por se utilizar de vocábulos inadequados ao tratar das Cortes de Contas, uma vez que o próprio termo “*Tribunal*” e, ainda, a sua atribuição de “*julgar*”, dão azo àquele tipo de interpretação dantes mencionada como equivocada. Daí, com acerto, afirma José

Contas, Revista do Instituto de Direito Público 1/77 e 79, Ano I, outubro-dezembro/1966, *apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *ibidem*, p. 180; Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 136-141; José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, v. I, p. 269; José Cretella Júnior, *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 166:1-16, out./dez. 1986; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Natureza e regime jurídico das autarquias*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, p. 431; Michel Temer, *O Procurador do Estado e os Tribunais de Contas*, in Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo 7/276 e 278, dezembro/1975, *apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *ibidem*, p. 182; Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 714.

²⁴¹ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 185-186.

Cretella Júnior que “*terminologia ou nomenclatura dúbia, inadequada, para não dizer imprópria ou incorreta, eis o primeiro fator que influi sobre a posição dos que defendem a natureza jurisdicional do Tribunal de Contas*”²⁴².

Mesmo assim, é mais do que certo que a mera designação “*Tribunal*” não é suficiente para que se afirme que a Corte de Contas possua natureza ou funções jurisdicionais, uma vez que outros órgãos existem, recebendo igual nomeação, e nem por isso há quem ouse em atribuir-lhes tais características, como, por exemplo, nos casos dos Tribunais de Impostos e Taxas – TIT e do Tribunal de Justiça Desportiva.

Na verdade, é o vocábulo “*julgar*” que pode, eventualmente, causar aquele referido entendimento, vez que é expressamente utilizado pelo constituinte no inciso II do art. 71 da CF/88, ao atribuir ao Tribunal de Contas o *juízo* da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens ou valores públicos; bem como, no sistema constitucional anterior e até o advento da Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977, o *juízo* da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões (antiga redação do art. 73, § 8º, da CF de 1967 com redação dada pela EC n.º 1/69).

Entretanto, em nenhuma das hipóteses está-se diante de uma função formal ou materialmente jurisdicional; em caso algum há a *res judicata*, o traço marcante e inconfundível do ato judicial, consistente na imutabilidade do decidido. Em outras palavras, em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito individual do ordenador da despesa ou do responsável por dinheiros, bens ou valores públicos, poderá a questão ser submetida ao Judiciário.²⁴³

O assunto será tratado com maior requinte e detalhamento no próximo tópico do presente estudo. Contudo, destaca-se, preliminarmente, a não definitividade jurisdicional das decisões do Tribunal de Contas, com supedâneo no princípio constitucional contido no inciso XXXV do art. 5º, de que nenhuma lesão ou

²⁴² CRETELLA JÚNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 166:1-16, out./dez. 1986, p. 2.

²⁴³ Nesse sentido é a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “Ora, em entendendo o agente público, cujas contas deixaram de ser aceitas pelo Tribunal de Contas, que com isso se acarretou lesão ao seu direito de defesa e de que a comprovação do fato arguido não é verdadeira, há de permitir-se ao Judiciário, sempre, o seu exame, sob pena de lesão desse direito individual deles, seja na arguição de ilícito cível ou criminal”. (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Tribunais de Contas – natureza, alcance e efeitos de suas funções*. RDP 73:181-92, jan./mar. 1985, p. 191).

ameaça de lesão a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, que detém o monopólio da tutela jurisdicional.

Assim, o referido “*juízos das contas*” seria a emissão de um juízo positivo ou negativo acerca da adequação de algum ato administrativo praticado, e, de modo algum, teria força de sentença judicial; nada mais seria, nas palavras de José Cretella Júnior, do que “*verificações das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos*”²⁴⁴.

Enfim. Fato é que, apesar de a tese do exercício da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas ser defendida por doutrinadores renomados, a maior parte conferem natureza administrativa às suas decisões, com base na já mencionada regra disposta no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Brasileira. Essa corrente doutrinária encontra em José Cretella Júnior um de seus maiores defensores, o que se pode verificar das acertadas passagens de seu percuente estudo sobre o assunto, as quais corroboram a ideia antes exposta:

Nenhuma das tarefas ou atividades do Tribunal de Contas configura *atividade jurisdicional*, pois não se vê, no desempenho dessa Corte de Contas, nem autor, nem réu, nem propositura de ação, nem provocação para obter *prestação jurisdicional*, nem inércia inicial, nem existência de órgão integrante do Poder Judiciário, nem julgamento de crimes contra a administração. [...] A atribuição de *atividade judicante* ou *jurisdicional* ao Tribunal de Contas parte de duas falsas premissas, uma *aparente*, outra *técnica*. “Aparente” é a que examina conotações externas, traços de terminologia que, realmente, induzem àquela colocação. “Técnica” é a que não leva em conta a diferença entre *jurisdição* e *administração*, entre “julgar” e “administrar”, ou seja, entre “aplicar a lei contenciosamente” e “aplicar a lei de ofício, espontaneamente”. [...] Em síntese, toda uma série de traços externos, de “aparência”, epidérmicos, é que têm levados os estudiosos a outorgar aos Tribunais de Contas a função jurisdicional quando esta, no Brasil, em que não há o contencioso administrativo, mas onde impera o princípio da *una lex, una jurisdictio*, é privativa do Poder Judiciário, cuja missão específica é a de aplicar contenciosamente a lei ao caso concreto, dirimindo controvérsias entre partes, dando, a final, a razão a quem tem, ou seja, entregando ao vencedor a prestação jurisdicional requerida.²⁴⁵

Dentre os tantos já mencionados, a título exemplificativo, entende, no mesmo sentido, José Afonso da Silva, que também é contrário à caracterização de algumas das suas funções como jurisdicionais, entendendo que “*o Tribunal de*

²⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 166:1-16, out./dez. 1986, p. 14.

²⁴⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 166:1-16, out./dez. 1986, p. 13-16.

*Contas é um órgão técnico, não jurisdicional. Julgar contas ou da legalidade dos atos, para registros, é manifestamente atribuição de caráter técnico*²⁴⁶. Em outro ponto, acerca do sistema de controle externo, afirma o doutrinador: “*É, portanto, um controle de natureza política, no Brasil, mas sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente, que, assim, se apresenta como órgão técnico, e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais*”²⁴⁷.

Em doutrina mais recente, cita-se Odete Medauar, que se filia ao entendimento de Cretella Júnior e José Afonso. Afirma que nenhuma das atribuições das Cortes de Contas caracteriza-se como jurisdicional. Em observância ao já mencionado inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, qualquer decisão dos Tribunais de Contas, mesmo no tocante à apreciação de contas de administradores, pode ser submetida ao reexame do Poder Judiciário, se o interessado considerar que seu direito sofreu lesão. Ausente se encontra, em tais decisões, o caráter de definitividade ou imutabilidade dos efeitos, inerente aos atos jurisdicionais.²⁴⁸

Por fim, o próprio Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, do mesmo modo que Cretella Jr. e os demais filiados à corrente de entendimento mencionada, nega peremptoriamente o exercício de qualquer função jurisdicional por parte das Cortes de Contas:

[...] igualmente nos parece, em uníssono com José Cretella Júnior, que a *jurisdição, stricto sensu*, em termos científicos, é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário, que detém, no Brasil, o monopólio da competência constitucional de aplicar o Direito contenciosamente, a casos concretos, em lides qualificadas por uma pretensão resistida, com observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e da coisa julgada, formal e material, tudo em consonância com o art. 5º (XXXV) da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Sob aspecto jurídico, não há como supor ou imaginar que o Tribunal de Contas seja órgão com natureza, substância, essência material intrínseca de órgão jurisdicional, judicante, cujas decisões produzam a coisa julgada, com definitividade. Em matéria de *Direito*, as decisões finais do Tribunal de Contas são *sempre* suscetíveis de eventual constrasteamento no âmbito cognitivo do Poder Judiciário do Brasil, precisamente como o são as decisões finais do Tribunal Marítimo, do Tribunal de Impostos e Taxas do

²⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 759.

²⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 752-753.

²⁴⁸ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 154.

Estado de São Paulo e de outros órgãos, análogos, da Administração Pública Federal, dos Estados e dos Municípios, no Brasil.²⁴⁹

Em razão do exposto, reitera-se que, a nosso sentir, fica afastada toda e qualquer concepção tendente a atribuir função jurisdicional ao Tribunal de Contas. Aquele ato que, equivocada e erroneamente, resolveram os constituintes designar por “*juízo*”, nada mais é do que um ato de natureza administrativa, carecendo-lhe os caracteres inerentes ao ato judicial.

Assentada essa premissa e na esteira do que já foi dissertado no item anterior do presente estudo, importa retomar os principais pontos da intimidade dos Tribunais de Contas, de forma a encontrar a essência jurídica destas Cortes.

Trata-se, inafastavelmente, de instituição com assento constitucional que recebe suas atribuições diretamente da Constituição Federal. É, também, órgão de cooperação e auxílio do Poder Legislativo em sua função fiscalizadora de controle externo, consoante o constitucionalmente exposto, sem, no entanto, ser a ele subordinado e/ou dependente.

No desempenho das suas atribuições, fiscaliza os três poderes estatais – Executivo, Legislativo e Judiciário –, daí sua fundamental importância no clássico sistema de “freios e contrapesos”, uma vez que, sob a condição de auxiliar de alto nível técnico, assiste ao controle financeiro externo da gestão pública, atuando como um poder de controle.

Aliás, para que lhe fossem asseguradas plenas condições para o exercício fiel do controle financeiro e orçamentário da Administração Pública, o legislador constituinte atribuiu ao Tribunal de Contas importantes garantias de autonomia e independência, inclusive no que diz respeito à estruturação e ao funcionamento de seus órgãos. Por isso, nos termos dos artigos 73 e 75 da Constituição, com aplicabilidade do art. 96 (com adaptação as peculiaridades institucionais do Tribunal de Contas), possui poderes para se organizar, ter quadro próprio de pessoal e jurisdição em sua órbita de competência territorial.²⁵⁰

²⁴⁹ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 186.

²⁵⁰ Além disso, para o bom desempenho de suas elevadas funções, aos Ministros e/ou Conselheiros lhes são conferidas as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vantagens e vencimentos dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, a nível federal, ou dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça, a nível estadual e municipal (art. 73, §3º CF/88). Além disso, goza a instituição

À vista de todas essas características, impossível é negar-lhe posição de relevo no sistema jurídico brasileiro, sendo órgão autônomo, de tessitura e matriz constitucional, com competência diretamente outorgada pela Carta Constitucional, e que, em sua missão estritamente técnica de auxiliar o Poder Legislativo no controle externo da fiscalização financeira e orçamentária, não se submete a qualquer dos Poderes da República.

Tomando por base as lições de Gualazzi, define-se o Tribunal de Contas, no Brasil, como *“órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, em face dos três Poderes do Estado, sem a definitividade jurisdicional”*²⁵¹.

De maneira semelhante à Gualazzi, José Cretella Júnior²⁵² e Hely Lopes Meirelles²⁵³, dentre outros juristas de nomeada, classificam os Tribunais de Contas como *“órgãos administrativos independentes”*. Já para Odete Medauar²⁵⁴, considera a expressão *“instituições estatais independentes”* mais adequada à natureza que tais órgãos detêm no ordenamento pátrio.

Portanto, do acima exposto, em referência à sua natureza jurídica, pode-se dizer que as Cortes de Contas, no Brasil, são instituições independentes e autônomas, refugindo à clássica divisão tripartite formulada por Montesquieu, constitucionalmente construídas, exercentes do controle externo, desvinculadas de qualquer relação de subordinação e/ou dependência com os três poderes constituídos, prestando auxílio, de natureza técnica-especializada, ao Poder Legislativo, e emanando decisões que não gozam de definitividade jurisdicional.

fiscalizadora a faculdade constitucional de organizar os seus próprios quadros, conforme se infere do *caput* do art. 73 da Constituição vigente.

²⁵¹ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 187.

²⁵² CRETELLA JÚNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 166:1-16, out./dez. 1986, p. 15.

²⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 713.

²⁵⁴ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 153.

4.4 LIMITES À REVISIBILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS

Como se adiantou, predomina na doutrina o entendimento de que as decisões dos Tribunais de Contas não gozam de definitividade jurisdicional, vez que não emanam de órgãos integrantes do Poder Judiciário, que tem o monopólio da jurisdição, não sendo capazes de produzir a chamada *coisa julgada judicial*²⁵⁵.

Por outro lado, a doutrina aduz à existência de *coisa julgada administrativa* em relação às decisões das Cortes de Contas, tais como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que afirma que suas decisões podem ser consideradas como “*competência final na ordem administrativa*”²⁵⁶.

Em simples palavras, a coisa julgada administrativa ocorre nas decisões de última instância dos órgãos administrativos, que não puderem, após esgotados ou precluídos todos os recursos, ser objeto de rediscussão no âmbito administrativo. As ressalvas a esta regra ficariam por conta das hipóteses de revisão e rescisão pelo próprio órgão²⁵⁷, bem como eventuais questionamentos levados à apreciação do Poder Judiciário, devido ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Nessa esteira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta uma peculiaridade com relação à coisa julgada administrativa no âmbito das Cortes de Contas. A referida decisão faria coisa julgada, não só no sentido assinalado – preclusão da via administrativa, por não cabimento de qualquer recurso –, mas também, e principalmente, no sentido de que ela deve ser necessariamente acatada pelo órgão

²⁵⁵ Em brevíssimas considerações, a coisa julgada é uma característica própria da jurisdição, podendo ser formal ou material. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença, residindo a diferença entre elas no grau que alcançam dentro de um mesmo fenômeno (a inalterabilidade das decisões judiciais). Todo processo judicial faz coisa julgada formal, que significa a imutabilidade da decisão dentro de um processo específico, quer porque não é cabível mais nenhum recurso, quer porque os prazos para interposição se esgotaram. Ela atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material só se verifica quando há a apreciação do mérito, possuindo o condão de tornar a questão indiscutível e imutável após o seu trânsito em julgado, representando, assim, a verdadeira coisa julgada. Nesse ponto, a imutabilidade não é absoluta, pois ainda há a possibilidade da desconstituição da decisão através de ação rescisória. Só depois de escoado o prazo decadencial de 02 (dois) anos para a sua propositura é que se pode falar em uma verdadeira irreversibilidade da decisão de mérito, o que se denomina de coisa soberanamente julgada.

²⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Tribunais de Contas – natureza, alcance e efeitos de suas funções*, RDP 73:181-92, jan./mar. 1985, p. 186.

²⁵⁷ Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

administrativo controlado, sob pena de responsabilidade, com a única ressalva para a possibilidade de impugnação pela via judicial.²⁵⁸ Assim, em relação à Administração Pública e ao Poder Legislativo, as decisões dos Tribunais de Contas teriam o condão de produzir coisa julgada administrativa.

Contudo, não é só. Especificamente com relação aos atos administrativos cujos agentes atuam com alguma margem de discricionariedade e em que está presente avaliação de mérito – tal como no julgamento das contas dos administradores públicos, dentre outros –, sempre houve certa restrição em relação ao seu controle por parte de órgãos judiciais, o qual se limitaria à verificação de alguma ilegalidade formal capaz de infirmar algum direito líquido e certo.

Gualazzi, após análise das ponderações emitidas por Marques Oliveira, afirma que as decisões dos Tribunais de Contas consubstanciar-se-iam em verdadeiros “*vereditos administrativos*”²⁵⁹ sobre as contas dos ordenadores de despesas e outros responsáveis, ficando o Poder Judiciário vinculado a esse pronunciamento, não podendo, pois, alterá-lo. Pontes de Miranda, aliás, assinalava que “*a função de julgar as contas está, claríssima, no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz as re-julgue depois. Tratar-se-ia de absurdo bis in idem*”²⁶⁰.

Na mesma linha, José Cretella Júnior afirmou que “*as questões decididas pelo Tribunal de Contas, na apreciação das contas dos responsáveis pelos dinheiros públicos, são meras ‘questões prévias’, são simples ‘questões prejudiciais’, constituem o prius lógico-jurídico de um crime, ou, pelo menos, de circunstância material desse crime*”²⁶¹.

²⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Coisa julgada – aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União*. Revista do Tribunal de Contas da União. v. 27, n. 70, out./dez. 1996.

²⁵⁹ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 203. Cite-se, nesse particular, conclusão emitida por Marques de Oliveira: “[...] de tudo que se disse, concluímos que os Tribunais de Contas pronunciam um *veredito* (v. supra a etimologia) e não exercem jurisdição; exatamente como acontece no Júri, onde os jurados são juízes de fato – ficando o Juiz de Direito vinculado ao seu próprio pronunciamento, não podendo alterá-lo – também os Tribunais de Contas são soberanos nos seus vereditos”. (OLIVEIRA, Marques de. *O Tribunal de Contas e os limites da “res verdicta” e o contencioso administrativo*, in Revista de Informação Legislativa 75/212, julho-setembro/1982, apud GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 202-203).

²⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*, Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, vol. II, p. 95.

²⁶¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 166:1-16, out./dez. 1986, p. 11.

Por oportuno, é mister lembrar a observação de José Luiz de Anhaia Mello, ex-Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no sentido de que:

[...] de fato, de nada adianta um corpo de auditores a fazer exames de contabilidade, a acompanhar a execução orçamentária, a visar balanços e balancetes, se esses procedimentos meramente instrutivos e interlocutórios não ensejarem por parte do Tribunal uma decisão definitiva e operante.²⁶²

Em outras palavras, considerando que as deliberações do Tribunal de Contas consistiriam em juízos acerca da exatidão das contas e de atos submetidos a seu exame, fariam, por consequência, coisa julgada administrativa, o que impediria sua revisão e tornaria seu cumprimento obrigatório nessa esfera, e não podendo ser questionadas, nesse particular, junto ao Poder Judiciário.

Em geral e como regra, então, não caberia ao Judiciário discutir o mérito do caso concreto, ou seja, a atividade nuclear, axial, do ato emanado pelo órgão fiscalizado pelo juiz. A possibilidade de sempre ser invocado para evitar ameaça ou lesão a direito dos cidadãos não importa na mutabilidade da decisão questionada, pelo menos quanto ao seu conteúdo, na parte que toca à competência fundamental do órgão da Administração Pública que é controlado.

Nesse sentido, como afirma Jacoby Fernandes, caberia ao Poder Judiciário apenas o *“patrulhamento das fronteiras da legalidade”*, sendo vedado o exame quanto ao mérito do ato, não podendo o juiz pretender examinar uma questão se não ficar evidenciada lesão à ordem jurídica:

Os atos administrativos em geral não podem ser amplamente revistos pelo Poder Judiciário; as questões estritamente pertinentes ao binômio conveniência-oportunidade e ao mérito fogem ao exame judicial. O fundamento dessa lição consagrada pela doutrina, de forma uníssona, reside no respeito à competência e harmonia do Direito que impede ao juiz se substituir ao administrador.

[...]

A melhor doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores admite pacificamente que as decisões dos Tribunais de Contas, quando adotadas em decorrência da matéria que o Constituinte estabeleceu na competência de julgar, não podem ser revistas quanto ao mérito.²⁶³

²⁶² O *Tribunal de Contas – Pesquisa e Atuação*, São Paulo, Gráfica do TC/SP, 1984, p. 38, *apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 203.

²⁶³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Limites à revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XVI, n. 2, 1998. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/02/-sumario?next=4>. Acesso

Dessa forma, se, por um lado, em se tratando de eventual ameaça ou lesão a direito – tais como vícios formais que surgem no decorrer do processo administrativo, por exemplo, ao afrontar o devido processo legal, cerceamento o contraditório e a ampla defesa –, não resta dúvida que poderá a decisão ser anulada por determinação judicial; por outro lado, ao Poder Judiciário é defeso apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos.²⁶⁴ Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade; este é o limite do controle, quanto à extensão.

Assim, o ato administrativo precisa, antes de tudo, ser legal, isto é, estar de acordo com o texto da lei – em sentido amplo, contemplando o ordenamento jurídico como um todo –, preencher todos os requisitos de ato jurídico perfeito, e também os requisitos do ato administrativo, já que é espécie daquele, notadamente competência e manifestação da vontade do agente, motivo, objeto, finalidade e forma.

Considerando esse contexto exposto, com relação aos vícios materiais contidos nas decisões dos Tribunais de Contas – ilegalidades ou inconstitucionalidades que maculariam o próprio mérito da decisão –, prevalecia na jurisprudência o entendimento de que o Poder Judiciário só poderia se manifestar em caso de **ilegalidade manifesta**²⁶⁵.

em: 19 maio 2016. Segue na mesma toada, dentre outros, Carlos Roberto Siqueira Castro: “Não há duvidar que as decisões das Cortes de Contas em todo o País sujeitam-se, em linha de princípio, à *judicial review*, isto quando estiverem em questão direitos e garantias fundamentais. [...] Contudo, no que concerne ao mérito propriamente dito de atos especializados de controle externo a cargo do TC, quando revestirem-se de natureza inequivocamente política, sou inclinado a pensar que a Corte de Contas está constitucionalmente investida de autonomia técnica e de prerrogativas privativas e insubrogáveis pelos demais Poderes do Estado”. (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de Poderes do Estado*. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, ano 18, n. 38, 40-56, out./dez. 1997, p. 46).

²⁶⁴ Importante mencionar, por oportuno, que, em Direito Administrativo, mérito tem sentido diverso daquele que em geral lhe empresta a técnica processual. É consubstanciado no binômio oportunidade e conveniência. É a zona franca em que a vontade do administrador resolve sobre as soluções mais adequadas ao interesse público. É a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade. Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello assim define o mérito administrativo: “Mérito é o campo de liberdade suposto na lei que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 981).

²⁶⁵ É o que pode ser observado no seguinte julgado que teve como relator o Ministro Henrique D’Ávila, o qual, ainda hoje, continua servindo de paradigma para alguns tribunais pátrios: “TRIBUNAL DE CONTAS. APURAÇÃO DO ALCANCE DOS RESPONSÁVEIS PELOS DINHEIROS PÚBLICOS.

No entanto, a jurisprudência moderna, com base em princípios constitucionais, como o da proporcionalidade, moralidade, interesse público e, em especial, no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional²⁶⁶, bem como na *Teoria dos Motivos Determinantes*²⁶⁷, vem intervindo cada vez mais nas decisões das Cortes de Contas.

ATO INSUSCETÍVEL DE REVISÃO PERANTE A JUSTIÇA COMUM. MANDADO DE SEGURANÇA NÃO RECONHECIDO. Ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insuscetível de revisão na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tísna de ilegalidade manifesta”. (STF. MS n.º 7.280 - Estado da Guanabara, Relator Min, Henrique D'Ávila, j. 20.06.1960).

²⁶⁶ Oportunamente, relembre-se que o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no MS n.º 20.999-2, asseverou ser: “[...] preciso evoluir cada vez mais no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo”. (STF. MS n.º 20.999-2, Relator Min. Celso de Mello, j. em 21.03.90).

²⁶⁷ Originada na jurisprudência do Conselho de Estado Francês e reconhecida pelos tribunais superiores pátrios, esta teoria entende que a validade do ato administrativo está diretamente relacionada à veracidade e a existência dos motivos apresentados, que se caracterizam como as razões de fato e de direito que autorizam a prática de um ato administrativo, sendo externo a ele, o antecedendo e estando necessariamente presente em todos eles. A propósito da teoria dos motivos determinantes, Celso Antônio Bandeira de Mello descreve-a da seguinte maneira: “De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação dos ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto essa obrigação de enunciá-los, o ato será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 408).

Esse entendimento não diverge da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, conforme se observa, respectivamente, nos seguintes julgados exemplificativos:

STJ: “ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO AOS MOTIVOS DETERMINANTES. INCONGRUÊNCIA. ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ. 1. Os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e substancial, cabendo observar que os motivos embaixadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade. 2. “Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido” (MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 14.11.2011). 3. No caso em apreço, se o ato administrativo de avaliação de desempenho confeccionado apresenta incongruência entre parâmetros e critérios estabelecidos e seus motivos determinantes, a atuação jurisdicional acaba por não invadir a seara do mérito administrativo, porquanto limita-se a extirpar ato eivado de ilegalidade. 4. A ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos administrativos podem e devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que a discricionariedade transfigure-se em arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. 5. “Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.” (Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Curso de Direito Administrativo*, Editora Malheiros, 15ª Edição.) 6. O acolhimento da tese da

Seabra Fagundes, aliás, foi um dos pioneiros a assinalar um passo importante na ampliação do controle jurisdicional, além da competência e forma do ato administrativo, para adentrar nos motivos e fim, como integrantes da legalidade e não da discricionariedade ou mérito. Nesse sentido, já afirmava que o motivo do ato administrativo faz parte de sua configuração legal e a verificação dele está incluída na análise da legalidade.²⁶⁸

Hodiernamente, então, com relação revisibilidade pelo Poder Judiciário das decisões dos Tribunais de Contas, é comum encontrar posicionamentos no sentido de não ser necessário que se trate de vício em que a ilegalidade seja manifesta, sendo certo que mesmo questões altamente controversas podem se sujeitar à apreciação dos órgãos judiciais, para se evitar, inclusive e em especial, quaisquer desvios de atingimento do interesse público em detrimento da sociedade.

Se a decisão administrativa emanada apresenta incongruência entre parâmetros e critérios estabelecidos, seus motivos determinantes e finalidades perquiridas, a atuação jurisdicional acaba por não invadir a seara do mérito administrativo, porquanto se limita a extirpar ato eivado de ilegalidade. Assim, a ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos administrativos, independente manifesta ou não, pode e deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que a discricionariedade transfigure-se em arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade.

Tem-se, como exemplo paradigmático a ser estudado no presente trabalho, o caso envolvendo o Procedimento Licitatório Simplificado para a

recorrente, de ausência de ato ilícito, de dano e denexo causal, demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no REsp 1280729/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 10.04.2012, DJe 19.04.2012)".

STF: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PENA DE DEMISSÃO. CONFRONTO ENTRE AS CONDUTAS IMPUTADAS E AS TIPIFICAÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 8.112/90. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A APLICAÇÃO DA PENALIDADE MÁXIMA, DETECTADA PELO TRIBUNAL A QUO. NECESSIDADE DE REVOLVER MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAR DIREITO INFRACONSTITUCIONAL. EXAME DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. [...] No exercício do controle de legalidade do ato administrativo, incumbe ao Judiciário observar, além da competência de quem o praticou e do cumprimento das formalidades legais que lhe são intrínsecas, também os respectivos pressupostos de fato e de direito. O exame desses aspectos implica a verificação da existência de previsão legal da causa apontada como motivadora da demissão do servidor público; isto é, a verificação da previsibilidade legal da sanção que lhe foi aplicada. Precedentes: RE 75.421-ED, Relator Ministro Xavier de Albuquerque. RE 88.121, Relator Ministro Rafael Mayer; AR 976, Relator Ministro Moreira Alves; e MS 20.999, Relator Ministro Celso de Mello. Agravo Regimental desprovido" (STF. RE 395.831-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJ 18.11.2005)".

²⁶⁸ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Revista Forense, 1957, p. 119-121.

Petrobrás, previsto no Decreto n.º 2.745/1998. Em breve resumo, tal procedimento não é aceito pelo Tribunal de Contas da União, que declarou referido decreto inconstitucional e exige a realização de licitação nos moldes da Lei n.º 8.666/1993. A estatal, por sua vez, têm ajuizado Mandados de Segurança com pedidos de liminar perante o Supremo Tribunal Federal – tendo obtido êxito nesse particular – para suspender a decisão do TCU e assegurar a realização dos Procedimentos Licitatórios Simplificados.

Contudo, essa questão, como dito, será objeto de análise mais acurada no presente estudo, em tópico específico destinado ao tema, contido no capítulo seguinte.

5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

5.1 TRIBUNAL DE CONTAS COMO AGENTE DE CONTROLE NA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

Ab initio, como já mencionado alhures, importante assentar a ideia de que o modelo clássico tripartite de separação dos poderes estatais²⁶⁹ sofreu diversas modificações e adequações desde sua criação, muito por força da evolução do próprio Estado e das conseqüentes tarefas que lhe foram cometidas e acrescidas ao longo dos tempos.

²⁶⁹ Coube a Montesquieu formular o princípio da separação de poderes, propondo a distribuição de competências em três funções do Estado: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas entre os particulares”. (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. 2. ed., 2.ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168). Muito antes, Aristóteles, em *“Política”*, já esboçava a necessidade de separar os exercentes das diversas funções públicas, dividindo-as em três: resolução dos negócios públicos, para decidir sobre a guerra, a paz, promulgar leis e passas em exame as contas do Estado; magistraturas, com direito de resolver sobre determinados assuntos, julgar, mandar; e a que fornece justiça, cabendo-lhe determinar o número e tipos de juizes e tribunais e como escolhê-los. (ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2004, Cap. III a XI do Livro VI, p. 179-203). O processo evolutivo de forja da teoria da separação de poderes foi muito bem sintetizado por Dalmo de Abreu Dallari, nos seguintes termos: “[...] a concepção moderna da separação de poderes não foi buscar em ARISTÓTELES sua inspiração, tendo sido construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos político-sociais. Já no século XIV, no ano de 1324, aparece a obra *‘Defensor Pacis’*, de MARSÍLIO DE PÁDUA, estabelecendo uma distinção entre o Poder Legislativo e o executivo. A base do pensamento de MARSÍLIO DE PÁDUA é a afirmação de uma oposição entre o povo, que chama de *primeiro legislador*, e o príncipe, a quem atribui função executiva, podendo-se vislumbrar aí uma primeira tentativa de afirmação da soberania popular. Segundo informação contida em *“O Príncipe”*, de MAQUIAVEL, no começo do século XVI já se encontravam na França três poderes distintos: o Legislativo (Parlamento), o Executivo (o rei) e um Judiciário independente. É curioso notar que MAQUIAVEL louva essa organização porque dava mais liberdade e segurança ao rei. Agindo em nome próprio o judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas. No século XVII é que vai surgir, entretanto, uma primeira sistematização doutrinária da separação de poderes, com a obra de LOCKE. Baseado, evidentemente, no Estado inglês de seu tempo, LOCKE aponta a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder. A função legislativa caberia ao Parlamento. A função executiva, exercida pelo rei, comportava um desdobramento, chamando-se função federativa quando se tratasse do poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e de todas as questões que devessem ser tratadas fora do Estado. A quarta função, também exercida pelo rei, era a prerrogativa, conceituada como *‘o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras’*. Embora opondo-se expressamente ao absolutismo defendido por HOBBS, LOCKE não considerou anormal o reconhecimento de uma esfera de poder discricionário do governante, sem atentar para a circunstância de que o bem público, impossível de ser claramente definido, sempre seria um bom pretexto para as decisões absolutistas.”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215-216).

O próprio Montesquieu, logo de início, apesar de distribuir competências específicas a cada uma das três funções do Estado, não preconizou uma separação absoluta entre as mesmas, carregando intrinsecamente em sua teoria a ideia do controle mútuo entre os poderes, fiscalização em que o *poder limite o poder*²⁷⁰, com a adoção de freios recíprocos ou freios e contrapesos, buscando-se o equilíbrio das instâncias governamentais e a concretização das liberdades públicas, para evitar a concentração excessiva de poder em um deles em detrimento dos demais. Mais tarde, essa concepção foi adotada e adaptada, com temperamentos, pelos americanos, por meio da teoria dos *check and balances*, explicada por James Madison em seu artigo *The Federalist* n.º LI:

[...] a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros. [...] **Se os homens fossem governados por anjos, não seria necessário haver governos. Se os homens fossem anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos.**²⁷¹ (grifou-se)

Assim, o conceito de “poderes”, apesar de profundamente enraizado, deve ser entendido, neste contexto, de uma maneira meramente figurativa. O “poder” é uno, é imanente ao Estado, é um atributo decorrente de sua soberania, o que torna inviável sua cisão.

Na realidade, o que se verifica é a repartição das funções do Estado; quando se estiver a fazer referência a um dos poderes constituídos – Legislativo, Executivo ou Judiciário – pretende-se, sim, aludir a um dos órgãos a que o constituinte atribuiu prioritariamente a realização de parcela específica do plexo de funções inerentes ao Estado (legislação, administração e jurisdição).

Em razão disso, afirma-se que, hodiernamente, as funções estatais não devem ser exercidas com monopólio e exclusividade, mas, sim, como prioridade, ou seja, como competência principal de um determinado poder, devendo uma mesma atividade ser exercida, ainda que de maneira excepcional, por órgão que se destina a cumprir prioritariamente outra função.

²⁷⁰ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. 2. ed., 2.ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166-167.

²⁷¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*, tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 250.

Hans Kelsen chama a atenção justamente para que não se entenda a separação entre os poderes de forma absoluta, ou seja, cada órgão sendo o responsável único para exercer a função do Estado que lhe cabe. Pelo contrário, deve ser compreendida como uma separação aparente, vez que a interpretação das competências que incumbem a cada função do Estado é indispensável para que a finalidade buscada pela ação do Estado, que é a satisfação do interesse coletivo, se cumpra.²⁷²

Por sua vez, Marcello Caetano aduz à relação necessária entre as funções do Estado, que constituem um todo unitário, na medida em que, apesar de separadas de forma abstrata, “*se integram nesse todo, mantendo entre si íntima conexão*”, aduzindo que a definição das relações entre as funções estatais tem dois tipos: “*complementariedade e interdependência*”, vez que o Estado só consegue alcançar seus fins se exercer todas as suas funções, que compreendem várias atividades de natureza complexa, além de que dificilmente os atos de uma função prescindam do prévio exercício de outra ou não necessitem ser completados por outra.²⁷³

No mesmo sentido, adverte Konrad Hesse que as três funções estatais básicas não tem caráter de exclusividade, indicando apenas “*tipos básicos do modo de cumprimento de tarefas*”, sendo certo que a constituição e coordenação de poderes distintos permitiria uma atuação plena do Estado, estruturada por uma “*colaboração uniforme*”.²⁷⁴

Nesse contexto, se encaixa perfeitamente a observação feita por Paolo Biscaretti Di Ruffia, no sentido de que a teoria da separação de poderes de Montesquieu foi aceita pelos Estados Constitucionais modernos com incrementos essenciais que a transformaram em uma teoria da colaboração e da coordenação entre os poderes estatais, formando a chamada “*séparation souple da doutrina francesa em contraposição com a tranchée*”²⁷⁵.

²⁷² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 385-390.

²⁷³ CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e ampl., Coimbra: Almedina, 1996, t. I, p. 174.

²⁷⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 371 e 377.

²⁷⁵ DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional: Instituições de Direito Público*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 162. Tratar-se-ia da contraposição entre a teoria da distinção e a teoria da colaboração dos Poderes. Para exemplificar, menciona alguns casos frequentes de colaboração, tais como a participação do Executivo na atividade do Legislativo, com a

Assim, Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, enquanto órgãos que exercitam parcela do poder estatal, exercem cada um a sua função primordial, ou seja, legislar, administrar e julgar, respectivamente. Tais funções, por se apresentarem preponderantes àqueles órgãos estatais, são classificadas como funções típicas. Contudo, cada poder constituído exerce, além da função que lhe é típica, outras funções que, em princípio, são atribuídas aos demais poderes.

Essas funções, sempre exercidas de forma secundária, são as denominadas funções atípicas, e são de grande importância para a manutenção da pretendida independência e harmonia entre os poderes, buscada pelo constituinte. Daí restar essencial que, para garantir a citada independência, estejam muito bem delimitadas no texto constitucional as atribuições dos três órgãos estatais, notadamente aquelas que digam respeito às funções exercidas atípicas ou secundariamente.

Aliás, foi justamente essa a concepção adotada no Capítulo III da presente dissertação, quando se buscou analisar a participação dos Poderes Executivo e Legislativo no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Enfim. Fato é que, da separação de poderes original de Montesquieu, resta o fundamental, que é **impedir a concentração de poder e, com isso, seu potencial abuso, uma vez que a competência, ao mesmo tempo em que atribui poder, o delimita; ela atribui poder até a medida dada, após o que a ação será ilegítima.**

Nesse contexto, o controle passou a ter especial relevo na seara constitucional, com vistas justamente a limitar o exercício do poder, que tende a ser efetivado com abuso e autoritarismo. Isto porque, como consequência da tendência redemocratizante da Carta de 1988 e da retomada do Estado de Direito, sedimentou-se o *controle*²⁷⁶ como princípio constitucional, de tal maneira que a

iniciativa, sanção ou veto de lei; o Legislativo integrando atividade diplomática do Executivo, quando aprova um tratado etc.

²⁷⁶ Nos exatos termos das prodigiosas lições do Professor Ricardo Marcondes Martins: “Pode-se conceituar o controle como toda atividade do Estado destinada a corrigir os vícios dos atos administrativos e torna-los conformes ao Direito, globalmente considerado. Há, segundo a doutrina, controle de legalidade e controle de mérito; o primeiro destina-se a examinar a juridicidade do ato, o segundo destina-se a examinar sua conveniência e oportunidade”. Com relação ao tema sob análise, interessa-nos apenas o controle de legalidade, sendo necessário, adicionalmente, levar à extrema consideração um alerta feito pelo mencionado Professor: “A expressão (controle de legalidade) é imprópria: ele não intenta conformar o ato com a lei, mas com o ordenamento jurídico, globalmente considerado. Prefere-se, por isso, chama-lo de controle de juridicidade. É cabível nas hipóteses de vinculação: entre duas possibilidades, o próprio sistema jurídico faz a opção; se o agente não

inobservância do dever de prestação de contas da administração direta e indireta foi alçada à condição de *Princípio Sensível*²⁷⁷, podendo ensejar a Intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, consoante preceituado no art. 34, inciso VII, alínea “d”.

No Brasil, essa ideia está institucionalmente posta na função controladora típica atribuída ao Poder Legislativo, que realiza a fiscalização dos atos do Poder Executivo (art. 49, inciso X, CF), bem como a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União (art. 70, *caput*, CF).

No que diz respeito à função controladora atribuída ao Legislativo, a que mais interessa a este estudo é aquela atinente à *fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*, que, nos moldes constitucionalizados, se verifica por meio de dois sistemas: (i) o controle interno que se desenvolve no bojo de cada um dos poderes constituídos, por seus próprios órgãos técnicos; e (ii) o controle externo, que é exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, órgão cada vez mais presente e atuante na sociedade moderna e, ouse-se dizer, atualmente o protagonista do poder controlador externo.²⁷⁸

obedece à escolha do ordenamento e edita ato em desconformidade com o Direito, o sistema, por força do mencionado princípio da conformação dos atos jurídico ao Direito, exige sua correção”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 367-368).

²⁷⁷ O constitucionalista José Afonso da Silva conceitua como Princípios Sensíveis aqueles enumerados no art. 34 da Constituição da República de 1988, quais sejam: (i) da forma republicana de governo; (ii) do sistema representativo e regime democrático; (iii) dos direitos da pessoa humana; (iv) da autonomia municipal; e (v) **da prestação de contas da administração pública, direta e indireta**. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 612).

²⁷⁸ Do mesmo modo, importante citar a doutrina italiana que esclarece, com exatidão, a distinção entre controle interno e externo: “O controle é interno quando seu exercício cabe a outro órgão da mesma administração de que emanou o ato. E, já que o órgão controlador tem a mesma natureza daquele que emitiu o ato, verifica-se naturalmente que o controle examina, em regra, também o mérito do ato, com um reexame sobre sua conveniência. Tal controle revolve-se com uma participação na formação do ato e sua eficiência é geralmente muito limitada, porque algumas vezes, não obstante a irregularidade encontrada, pode ser decidida a execução do ato por parte do mesmo órgão que o editou. [...] O controle é externo, em vez, quando intervém por atuação de uma autoridade, que no máximo reveste-se de caráter jurisdicional e é, em qualquer caso, diversa daquela que emitiu o ato; somente neste reconhecem-se os atributos de um verdadeiro e próprio controle, porque tal pode-se dizer somente do controle exercido por um órgão externo ao poder ao qual pertence a autoridade que emitiu o ato. Tal caráter tem, por exemplo, o controle exercido pela Corte de Contas, órgão que faz parte da administração ativa e tem forma e poderes jurisdicionais. Este destina-se à revisão da atuação administrativa, para assegurar-lhe a correspondência ao Direito, tem caráter de generalidade e condiciona, quando for preventivo, a execução dos atos”. (Vicenzo Rodolfo Casulli, *Novissimo Digesto Italiano*, v. IV, Turim, UTET, 1974, *sub voce* “Controllo”, *apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 32-33).

Com efeito, controlar o poder é fundamental às instituições democráticas, e um dos principais instrumentos para isso é o controle das finanças públicas, que significa a constante vigilância na forma e eficiência como é o gasto o dinheiro público. Diz-se, que ao nascer o Estado de Direito, com poderes separados, mas mutuamente controlados, também nasce a garantia do cidadão de controlar os gastos públicos e de exigir a prestação de contas do administrador público. Nada mais evidente para caracterizar o governo de todos, do povo e para o povo, afirmativa do princípio republicano e da democracia.²⁷⁹

Destarte, considerando-se as inúmeras atribuições hoje cometidas ao Estado por exigência da própria sociedade atual, renovada, pluralista, democrática, não há como se dissociar, para atendê-la de forma proporcional às suas crescentes demandas, de uma instituição de controle financeiro externo da gestão pública, ou seja, de um verdadeiro *poder controlador*²⁸⁰, como aduz o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, por se tratar de requisito indispensável para alcançar os objetivos postos pela coletividade.

Esse raciocínio pode ser sintetizado em brilhante explanação de Hélio Saul Mileski, que exalta sobremaneira a importância dos Tribunais de Contas, que,

²⁷⁹ Nesse contexto, cabe mencionar a lição do eminente jurista Célio Borja, ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal: “A constitucionalização dos Tribunais de Contas decorre da submissão da atividade financeira do Estado ao princípio da legalidade. Mas se o Estado, indo além, faz-se também democrático, o controle da receita e da despesa pública pela representação do povo é de rigor. Explico-me: dos três atributos do regime democrático, um concerne diretamente à atividade exercida pelos Tribunais de Contas. Com efeito, ao lado do consentimento dos governantes exigido para a legitimação do poder político e da oponibilidade dos direitos individuais às pretensões dos governantes, a democracia também reclama que todos os atos do Estado tenham destinação pública. A prestação de contas da Administração é tão fundamental na organização do Estado de Direito – temos, aqui no Brasil, um Estado também Federativo – que é um dos princípios sensíveis cuja violação provoca a intervenção federal nos Estados. Por essa razão, a atividade financeira sujeita-se a um controle próprio e específico, cujo órgão é o Parlamento”. (BORJA, Célio. *Competência Constitucional dos Tribunais de Contas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, ano 19, n. 40, abr./jun. 1998, p. 27, *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 171-172).

²⁸⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, em palestra conferida no 15º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, ao captar essa perspectiva, asseverou: “Passa-se que o poder, hoje, já não é mais contido eficientemente através desses mecanismos – referia-se aos meios de defesa do cidadão frente ao Estado, com os mecanismos judiciais convencionais – Daí a necessidade de conceber-se um *poder controlador*. Toda fórmula, dantes existente, revelava-se, quiçá, perfeitamente apta a atender suas finalidades num Estado muito distante do Estado atual”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Função controladora do Tribunal de Contas*. Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil. 15 set. 1989. São Paulo. Não publicado, *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 157).

no Brasil, se encaixam nesse papel de instituição autônoma e essencial ao controle, nos seguintes termos:

Visando manter a atuação governamental direcionada tão somente para a prática de atos que atendam aos interesses da coletividade, justamente para não permitir que os governantes usem as finanças públicas em proveito próprio ou de terceiro, as Constituições dos Estados passaram a ser pródigas em traçar regramentos com poderes de fiscalização cada vez mais autônomos e independentes, afim de que os órgãos de controle atuem sempre em favor do cidadão e da sociedade.

Como essas características democráticas transformaram-se em essência dos órgãos de controle, pode-se dizer que o Tribunal de Contas tornou-se o olho do povo, na medida em que verifica se há o regular e legal emprego dos dinheiros públicos e a sua aplicação está direcionada ao interesse público. Este órgão de Controle, como integrante da estrutura política do Estado, com função constitucional autônoma, embora não seja Poder no sentido orgânico formal, atua em nome do povo, a fim de fazer com que a atividade pública se desenvolva de acordo com o interesse público, constituindo, por isso, peça imprescindível do regime democrático.²⁸¹

Assim, é exatamente em razão da relevância do controle da ação estatal para a configuração (e manutenção) do Estado Democrático de Direito, que se tem ampliada a atuação dos Tribunais de Contas no Brasil, tanto que, atualmente, como se demonstrou, a vinculação do mencionado órgão a um “poder” do Estado é meramente institucional e se revela inapropriada, por sua total autonomia do poder ao qual está ligado no sentido orgânico.

Essa ideia vai ao encontro da constante mutação pela qual passa o princípio clássico da separação de poderes, que acompanha a própria evolução do Estado Constitucional, sendo certo que novas concepções vão se formando, se adaptando e se agregando às tradicionais, para melhor se adequarem a estas modificações evolutivas.

Nesse sentido, Roberto Dromi realiza perspicaz análise da conformação contemporânea do princípio da separação de poderes do Estado e da transformação que vem enfrentando, resultante do crescimento da sociedade contemporânea, considerando as diferentes exigências a serem atendidas e relação que se estabelece entre os diversos novos autores que a integram, o que requer uma *“reactualización y el redimensionamento de las formas de distribución del poder”*²⁸².

²⁸¹ MILESKI, Hélio Saul. *Tribunais de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras*. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos - estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 103.

²⁸² DROMI, Roberto. *Sistema y valores administrativos*. 1. ed., Buenos Aires-Madrid, 2003, p. 67.

O citado autor afirma que o fracionamento do poder nos três grandes tipos clássicos consiste apenas em uma proposta, um modelo, e não se descaracteriza com o aparecimento na estrutura do Estado de outros órgãos de origem constitucional e/ou legal, “*que coadyuvan com esas principales formas de manifestación del poder público*”, nem afetam a indivisibilidade e unidade do poder do Estado; ao contrário, são necessários ao seu funcionamento e controle, e fazem parte dos poderes constituídos.²⁸³

É nesta função de controle exercida por órgãos e/ou agentes externos aos três Poderes, tais como pelos Tribunais de Contas, que Diogo de Figueiredo Moreira Neto identifica as “*grandes conquistas do constitucionalismo moderno*”, como instrumentos para assegurar o Estado Democrático de Direito.²⁸⁴

Dessa forma, ao reconhecer que, no estágio atual de desenvolvimento do Estado de Direito, dada a complexidade das funções assumidas, as constituições modernas criaram órgãos para exercer o controle externamente aos poderes tradicionais, a fim de salvaguardar os interesses do Estado e da coletividade.

Ricardo Lobo Torres, inclusive, com respaldo na doutrina alemã, enxerga íntima relação entre a atuação do Tribunal de Contas e a consecução de direitos fundamentais e a garantia democrática da separação dos poderes.²⁸⁵ Ora, só haverá plena efetivação dos direitos e garantias fundamentais em um Estado que possua, além da clássica tripartição de poderes, um órgão controlador externo com funções

²⁸³ DROMI, Roberto. *Sistema y valores administrativos*. 1. ed., Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2003, p. 71.

²⁸⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ética e funções essenciais à Justiça no presidencialismo moderno. Subsídios para a revisão constitucional*. Revista de Informação Legislativa, ano 30, n. 120, out./dez., 1993, 67-82, p. 69. Os órgãos e/ou agentes externos de controle aos poderes instituídos incluem-se não só aqueles vinculados ao Estado, como os Tribunais de Contas, mas também os que representam a sociedade civil, a exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil, os órgãos de defesa do consumidor etc., configurados pelo mencionado autor como *institutos mistos*, “*a meio caminho entre a sociedade civil e a sociedade política*”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ética e funções essenciais à Justiça no presidencialismo moderno. Subsídios para a revisão constitucional*. Revista de Informação Legislativa, ano 30, n. 120, out./dez., 1993, 67-82, p. 70-71).

²⁸⁵ “Coube à doutrina germânica chamar a atenção para o novo relacionamento entre o Tribunal de Contas e os direitos fundamentais. Ernst Rudolf Huber atribuiu inicialmente ao controle de contas (*rechnungsprufung*) a característica de ‘garantia institucional da Constituição’ (*institutionelle Verfassungsgarantie*), por se basear em três princípios jurídicos: a) legalidade, que o vincula exclusivamente à lei; b) independência, que o separa do Executivo; e c) ausência de lacuna, que proíbe os espaços livres de controle. Posteriormente os juristas alemães transferiram para o próprio Tribunal de Contas o atributo de garantia institucional, ao observarem o crescimento de sua importância na função de defesa dos direitos fundamentais e no contexto dos poderes do Estado, devido principalmente à independência de seus membros e à inexistência de vínculo de subordinação ao Legislativo ou ao Executivo”. (TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 194:31-45, out./dez. 1993, p. 41-42).

bem delineadas constitucionalmente e que contribua para a aplicação dos direitos previstos na Carta Constitucional.

Enfim. É, justamente, nesse contexto institucional que se situa, hoje, o Tribunal de Contas no Brasil, órgão *sui generis* com assento constitucional, protagonista do controle no ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, dentro de seu mister, os Tribunais de Contas muitas vezes são chamados a verificar a conformação e adequação dos atos emanados do Poder Público à legislação vigente, inclusive aos preceitos constitucionais. Sob esse aspecto, não raramente, na análise de casos concretos, deparam-se com normas que, em sua visão, agridem a Lei Maior

Com efeito, e em referência aos objetivos do presente estudo, convém averiguar se: Caberia às Cortes de Contas, em sua função de controle, proceder à análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos? O papel dos Tribunais de Contas, no atual contexto constitucional, englobaria a competência de declarar a inconstitucionalidade de leis e/ou afastar a aplicação de uma norma, excluindo-se sua incidência no caso concreto, sob o fundamento de afronta à Constituição e prejudicialidade ao ordenamento jurídico vigente?

Esses são, em breve síntese, os questionamentos que se pretende enfrentar e aprofundar nos tópicos subsequentes da presente dissertação.

5.2 ALARGAMENTO DAS ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS COM O ADVENTO DA CF/88

A promulgação da Constituição Federal de 1988 ampliou as atribuições cominadas aos Tribunais de Contas e manteve imutável a sua situação entre os poderes do Estado, traçada, há muito, por seu mais ardoroso defensor, Ruy Barbosa, que o definiu como “*corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura*”, já então antevendo o que hoje se tem como certo: que existem instituições intermediárias entre aqueles poderes que integram a tripartição clássica, que se vinculam a um deles apenas em caráter institucional, mas a ele não são subordinados, como já se examinou.

Nesse sentido, reitera-se, então, que o Tribunal de Contas foi alçado à condição de instituição constitucional de relevo, independente e autônoma, que atua em cooperação com o Poder Legislativo para dar cabo da prestigiosa e relevante função de fiscalização e controle, não estando subordinado ou vinculado a qualquer dos Poderes, nem mesmo ao Legislativo, detentor da titularidade do controle externo.²⁸⁶

Assim, a Carta Constitucional, hoje vigente, de índole democrática, não só restaurou competências atribuídas às Cortes de Contas que lhes haviam sido suprimidas em Cartas autoritárias, tais como as de 1937 e 1967, como também fortaleceu a instituição Tribunal de Contas, ampliando sua esfera de competência.

No cenário de redemocratização e respeito à cidadania no País, a Constituição de 1988, com sólidos baldrames no fortalecimento do controle, erigiu o Tribunal de Contas à especial condição, estabelecendo-o como legítimo canal de concretização da fiscalização da gestão e das políticas públicas, e de proteção dos direitos constitucionais fundamentais, ampliando-lhe, sobremaneira, as competências e delineando um novo perfil para o controle externo das finanças públicas.²⁸⁷

De fato, a CF/88 ampliou, com intensidade, os poderes dos Tribunais de Contas, consignando-o na Seção IX, do Capítulo I, do Título IV, que trata da Organização dos Poderes, mantendo-o junto ao Poder Legislativo, e a ele atribuindo competências de controlador externo, em auxílio ao Congresso Nacional, na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, sob a ótica

²⁸⁶ Relembre-se, nesse sentido, excerto de voto prolatado pelo Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, no qual asseverou que: “Revela-se inteiramente falsa e completamente destituída de fundamento constitucional a idéia, de todo equivocada, de que os Tribunais de Contas seriam meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo. Na realidade, os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico [...]”. (STF. ADIn n.º 4.190-MC-REF / RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento em: 10 mar. 2010. DJ: 11 jun. 2010).

²⁸⁷ Relembre-se, também, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu esse fortalecimento logo após a promulgação da Constituição, ao acolher, por unanimidade, o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, na ADIn n.º 215-5/PB, sendo oportuno destacar o seguinte excerto do julgado: “Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa Instituição surgida nos albores da República. A atuação dos Tribunais de Contas assume, por isso mesmo, importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, tema de irrecusável relevância”. (STF. ADIn n.º 215-5/PB. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento em: 07 jun.1990. DJ: 03 ago.1990).

da legalidade, legitimidade e economicidade, não só dos entes da administração direta e indireta, envolvendo todas as unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas também de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o ente estatal (no caso da CF, a União), deva responder.²⁸⁸

O constituinte de 1988, aliás, alargando sobremaneira as atribuições e competências do Tribunal de Contas, fixou-as expressamente nos incisos do art. 71 da Constituição Federal²⁸⁹, sendo oportunamente classificadas, por Eduardo Lobo Botelho Gualazzi em nove categorias de funções, quais sejam: “*a) consultivas (incs. I e III); b) verificadoras (inc. II); c) inspetivas (inc. IV); d) fiscalizatórias (incs. V e VI);*”

²⁸⁸ Art. 70. A **fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União** e das entidades da administração direta e indireta, quanto à **legalidade, legitimidade, economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será **exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo**, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 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.

²⁸⁹ Com relação às atribuições conferidas, vide nota de rodapé anterior.

e) informativas (inc. VII); f) coercitivas (inc. VIII); g) reformatórias (inc. IX); h) suspensivas (inc. X); i) declaratórias (inc. XI)”²⁹⁰.

Outrossim, o controle externo, previsto no art. 71 da Constituição Federal, não se circunscreveu apenas ao tradicional controle *a posteriori*, mas englobou igualmente a possibilidade de qualquer espécie de controle (legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas) a realizar-se de modo *concomitante* ou *a priori*, a critério discricionário do Tribunal de Contas.²⁹¹

Contudo, a mais importante inovação trazida pelo novo modelo constitucional consubstancia-se, sem dúvida, no fato de que o controle externo não se encontra mais restrito à mera fiscalização formal, passiva, de legalidade, evoluindo para a orientação sistemática, ativa, de todo o planejamento financeiro da Administração Pública, englobando não só seus aspectos formais de validade, como também os materiais, tais como a eficácia e o fundamento da execução orçamentária.²⁹²

Nesse exato sentido, por todos, cite-se as prodigiosas lições de Ricardo Lobo Torres:

²⁹⁰ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 193.

²⁹¹ Evandro Martins Guerra agrupa estas três espécies na classificação quanto ao momento que se efetua o controle, nos seguintes termos: “Prévio, preventivo ou *a priori* é o controle exercido antes de ser praticado o ato administrativo, visando prevenir a prática de ato ilegal ou irregular; não conivente com o interesse público. Ocorre sobretudo quando a manifestação de vontade do agente público está sujeita à autorização ou aprovação prévia. Como exemplo do controle prévio, podemos citar o exame realizado pelos Tribunais de Contas nos editais dos procedimentos licitatórios, visando à verificação dos princípios e regras elencados na Constituição e na Lei de Licitações. [O *concomitante*] É a modalidade de controle tendente a acompanhar a atuação administrativa de forma simultânea, *pari passu*, verificando a regularidade do ato administrativo de plano, no mesmo momento em que é praticado, propiciando, em caso de irregularidade, o seu imediato saneamento. O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais realiza controle concomitante sobre a execução orçamentária do Governo de Minas Gerais, acompanhando diariamente, através de comissão especialmente criada para esse fim, todos os atos inerentes à receitas e despesas do Estado. Após praticado o ato administrativo, o controle é chamado posterior; *a posteriori* ou corretivo. Possui o propósito de rever o ato para confirmá-lo, se legal e regular, corrigi-lo, no caso de eventuais defeitos apurados ou desfazê-lo, por via da revogação ou declaração de nulidade. É posterior o controle realizado pelos Tribunais de Contas quando recebem, analisam e emitem parecer prévio sobre as contas anualmente prestadas pelo chefe do Poder Executivo.” (GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2. ed. rev. e ampl., 2. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 96-97).

²⁹² Gualazzi, ao interpretar estudo efetuado por Paulo de Tarso Santos, asseverou que: “[...] a nova Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, possibilitou que a instituição Tribunal de Contas, no Brasil, evoluísse definitivamente da mera apreciação passiva da legalidade formal para a configuração de órgão administrativo de inquirição permanente, *a priori*, concomitante ou *a posteriori*, ativa e de ofício, a respeito de todos os ângulos jurídicos e extrajurídicos, atinentes à gestão administrativa integral do Estado, com relação às receitas e despesas públicas”. (GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 196).

A norma do art. 70 da Constituição Federal de 1988 distingue entre a fiscalização formal (legalidade) e a material (economicidade), sintetizadas no controle da moralidade (legitimidade), isto é, estabelece o controle externo sobre a validade formal, a eficácia e o fundamento da execução orçamentária. Mas o controle da legalidade não se exaure na fiscalização formal, senão que se consubstancia no próprio controle das garantias normativas ou da segurança dos direitos fundamentais; o da economicidade tem sobretudo o objetivo de garantir a justiça e o direito fundamental à igualdade dos cidadãos; o da legitimidade entende com a própria fundamentação ética da atividade financeira. De modo que o estudo sobre o papel institucional do Tribunal de Contas deve se iniciar necessariamente pelo exame do relacionamento entre as finanças públicas e os direitos fundamentais.²⁹³

Vê-se, então, que, em pouco mais de 125 anos contados de sua criação, o Tribunal de Contas, entre idas e vindas, granjeou um significativo alargamento em sua missão, passando, em 1988, com a edição do texto constitucional atual, a não mais exercer o controle contábil, financeiro e orçamentário exclusivamente sob a ótica da *legalidade formal*.

Conferiu-se, sim, à Corte de Contas competência para fiscalizar aspectos operacionais e patrimoniais, abrangendo a legalidade também em seu sentido material, bem como *“todos os aspectos da legitimidade (inclusive moralidade e publicidade) e da economicidade (inclusive eficiência e economia de valores pecuniários públicos, bem como adequação de meios econômico-financeiros a fins públicos)”*²⁹⁴.

²⁹³ TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 194:31-45, out./dez. 1993, p. 33.

²⁹⁴ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 195. Sobre esses novos aspectos, se manifestou Paulo de Tarso Santos, então Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, de 27 de dezembro de 1988: “A legitimidade tem sido associada, em doutrina, à moral e à órbita do direito natural; e quando o Constituinte de 88, ao lado da ‘legalidade’ falou da ‘legitimidade’ dos atos administrativos a serem fiscalizados, ficou aberta a possibilidade de controle externo substancial, ou de mérito, dos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário, por parte dos Tribunais de Contas; é claro que nada justificaria a confusão dessa competência especial, não judiciária, com o exercício do poder político que cabe ao Poder Legislativo, titular do controle externo, e os Tribunais de Contas, com competência claramente estabelecida. [...] Tais princípios, expressamente numerados, são: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade; logo, qualquer responsável pelo controle interno, ao tomar conhecimento de uma imoralidade na área da Administração Pública, deve comunicá-la ao Tribunal, que poderá até, consideradas as proporções da denúncia, sustar o ato impugnado, se não foram tomadas as providências para sanar a irregularidade. [...] Mas há outro aspecto a salientar, quanto ao novo controle, que está sendo chamado de ‘substancial’; trata-se da análise da ‘economicidade’ associada às noções de ‘eficácia e eficiência’, nos órgãos e entidades da administração, outro aspecto da análise da economicidade ocorre quando se tenta saber se não poderia haver uma solução alternativa eficaz e mais barata; aí a razão pela qual vem a Alemanha adotando a chamada ‘auditoria transversal’, que compara performances econômicas de diferentes empresas, para julgar a eficiência de um projeto determinado”. (Paulo de Tarso Santos, “Um novo Tribunal de Contas”, in jornal *O Estado de S. Paulo*,

Nesse contexto, então, especificamente no estudo de suas competências ampliadas pela Constituição Federal de 1988 e em consonância com os objetivos pretendidos na presente dissertação, cabe um aprofundamento sobre a possibilidade dos Tribunais de Contas analisarem a constitucionalidade das leis e atos normativos sob seu exame. É o que se verá a seguir.

5.3 AMPLITUDE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE

Pois bem. A questão que se coloca, nesse ponto da análise, é se, entre as competências arroladas pela CF/88, aos Tribunais de Contas seria possível apreciar a constitucionalidade de leis ou atos normativos emanados do Poder Público, sob o fundamento de guarda à Constituição e ao ordenamento jurídico vigente.

Sobre isso, como dito, é certo que uma das grandes novidades do Estatuto de 1988 quanto ao controle externo, encontra-se explicitada no *caput* do art. 70, ao deixar claro que tal atividade transcende a apreciação da legalidade formal da gestão dos valores públicos, estendendo-se, necessariamente, aos aspectos de legitimidade e economicidade, passando, os Tribunais de Contas, “a exercer papel de suma importância no controle das garantias normativas ou principiológicas da liberdade, ou seja, no controle da segurança dos direitos fundamentais”²⁹⁵.

Passando em revista os três aspectos supramencionados, inicia-se a abordagem pela *legalidade*, que, em linhas gerais, diz respeito à verificação da conformação do ato, medida ou atuação administrativa às respectivas normas embasadoras.

Trata-se do princípio da legalidade aplicado à gestão contábil, financeira e patrimonial, implicando, em seu conceito clássico, na sujeição do administrador público aos mandamentos legais, só lhe sendo permitido agir balizado pela lei.

de 27 de dezembro de 1988, p. 2, *apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 195-196).

²⁹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 194:31-45, out./dez. 1993, p. 35.

Celso Antônio Bandeira de Mello assenta que o princípio da legalidade é ínsito ao Estado de Direito, sendo aquele que o qualifica e lhe dá identidade específica, por isso mesmo sendo o princípio-base do regime jurídico-administrativo.²⁹⁶ Na mesma orientação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao qualificar o princípio da legalidade como postulado do direito positivo constitucional brasileiro, sendo garantido por outros direitos também assegurados no texto constitucional, tais como a proteção do Poder Judiciário, os “remédios” constitucionais, e “*sem falar no controle pelo Legislativo, diretamente ou com auxílio do Tribunal de Contas, e no controle da própria Administração*”²⁹⁷.

O controle de legalidade, entretanto, não se exaure em mero exame formal de verificação infraconstitucional. A legalidade, como só poderia ser – vez que se trata de princípio vetor não só do agir da Administração Pública, mas de todo Estado Democrático de Direito –, tem como primado a prevalência da lei, cujo primeiro espécime na escala hierárquica é a Constituição, a Lei Fundamental.²⁹⁸

Juarez de Freitas acertadamente ensina que o princípio da legalidade deve ser compreendido como a exigência de uma atuação conforme a lei e o Direito, sendo certo que somente experimentaria verdadeiro significado na interação com os demais princípios e direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Em face disso, aliás, e dando ênfase à evolução do mencionado princípio, denomina-o de “*legalidade temperada*”²⁹⁹.

Não menos importante é a advertência de Carlos Ayres Brito, no sentido de que, se é verdade a definição de Seabra Fagundes de que “*administrar é aplicar a lei de ofício*”, não se pode, contudo, ficar “**no puro conteúdo da lei** [...]”. É preciso, ainda, que o administrador aplique a lei por um modo impessoal, moral, público e

²⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 102-103.

²⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 64.

²⁹⁸ Conforme apontado por Clèmerson Merlin Clève: “[...] a compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. A supremacia, diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material. A Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma ‘ordem fundamental’ eis que reside em posição de supremacia. [...] E, finalmente, expressa a Constituição uma ordem aberta, porque mantém uma interação com a realidade”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 25-26).

²⁹⁹ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 59-60.

*eficiente, o que termina por fazer da atividade administrativa uma atividade de aplicação ex officio do Direito*³⁰⁰.

Há, pois, toda uma corrente de *juridicidade*³⁰¹ – que abrange a conformidade dos atos com as regras jurídicas, bem como com os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição – a reger o atual administrador, do qual apenas o primeiro elo é a lei: *“a lei como um dos conteúdos desse novo continente que é a juridicidade, e não como todo o continente*³⁰².

Oportuno e adequado é o posicionamento de Ricardo Marcondes Martins, cujo fundamento se assenta na constatação de que *“a expressão [controle de legalidade] é imprópria: ele não intenta conformar o ato com a lei, mas com o ordenamento jurídico, globalmente considerado. Prefere-se, por isso, chama-lo de controle de juridicidade”* (grifou-se)³⁰³.

Ricardo Lobo Torres deixa clara a forma de agir dos Tribunais de Contas nesse particular, afirmando que *“controle da legalidade implica ainda o da superlegalidade, ou seja, o da constitucionalidade das leis e atos administrativos*³⁰⁴, sendo certo que, especificamente em termos de gestão financeira, reconheceu que o controle da validade formal dos atos e operações necessárias à execução do orçamento não se esgota o exame da legalidade estrita, na mera adequação do ato à lei formal,

³⁰⁰ 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, p. 09-10. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 07 jun. 2016.

³⁰¹ Tem-se precisa a lição de Cármen Lúcia Mendes Rocha: “Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídicos vigente no Estado. Por isso este não se bastou como Estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Faz-se Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava o conteúdo do princípio da legalidade, donde a maior justeza de sua nomeação como ‘princípio da juridicidade’”. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 79).

³⁰² 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, p. 10. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 07 jun. 2016.

³⁰³ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 368. Mencionado professor dá mais detalhes de seu posicionamento: “[...] a referência ao princípio da legalidade é imprópria. [...] Aqui se trata de um princípio mais amplo que o da legalidade: trata-se do *princípio da conformidade ao Direito*, pelo qual os atos devem não somente atender para as leis, mas para as regras e princípios constitucionais”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 308).

³⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 194:31-45, out./dez. 1993, p. 36.

[...] senão que tem por finalidade preservar a própria *segurança jurídica*, que é um dos valores fundamentais do direito, ao lado da *justiça*, com a qual deve estar em permanente harmonia. Conseqüentemente, o controle se estende aos demais princípios derivados da idéia de segurança dos direitos fundamentais, como sejam a tipicidade, a transparência tributária e orçamentária, proibição de vinculação de receita, a irretroatividade, a anualidade, a anterioridade etc., que todos também são corolários do princípio maior da legalidade. A segurança jurídica e os princípios dela emanados, portanto, compõem o quadro das garantias normativas dos direitos fundamentais.³⁰⁵

Assim, atualmente, é imprescindível que a atuação administrativa se consubstancie na expedição de comandos em conformidade material com todas as *normas jurídicas* – isto é, com as *regras e princípios* de direito – considerando o ordenamento jurídico, globalmente considerado.³⁰⁶

Indiscutível, portanto, que o controle de legalidade não pode se restringir apenas ao nível formal infralegal, mediante uma completa submissão às leis, limitando-se à sua obediência e ao seu cumprimento. Admitir isso significa reconhecer à Constituição e aos princípios constitucionais função marginalizada, incompatível com a atual conjuntura do direito contemporâneo, que os considera como verdadeiras normas jurídicas, dotados, pois, de força normativa. É necessário que o ordenamento se apresente em sua integralidade.

Tais apontamentos permitem adiantar a conclusão no sentido de que o controle de legalidade, por si só, já possibilita aos Tribunais de Contas efetuarem o

³⁰⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 194:31-45, out./dez. 1993, p. 35.

³⁰⁶ Na concepção mais moderna da doutrina, atualmente entende-se que as normas jurídicas dividem-se em regras e princípios. Nesse sentido, interessante lição do Prof. Ricardo Marcondes Martins: “O conceito de *princípio jurídico* passou por três fases distintas na história da Ciência do Direito. Na primeira fase aproximava-se do significado comum da palavra: *princípios* eram os fundamentos de uma dada disciplina jurídica, seus aspectos mais importantes. Na *segunda fase* adquire significado técnico: *princípios* deixam de ser todo assunto importante e geral, e passam a ser determinados enunciados do direito positivo, dotados de extraordinária importância para o entendimento de todo o sistema, diante da alta carga valorativa a eles atribuída. Têm conteúdo normativo, pois fazem parte do sistema jurídico, são diretrizes ou vetores de interpretação de todas as normas jurídicas extraídas do sistema, mas não são normas jurídicas autônomas, não tem estrutura lógica (“H → C”) própria das normas jurídicas. Vigora na Teoria Geral do Direito a *terceira fase* do conceito de *princípios jurídicos*: estes têm a estrutura lógica de normas jurídicas. Tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas, e, nesse sentido, passíveis de aplicação direta no mundo fenomênico, consistindo ambos em manifestações irredutíveis do deôntico. A doutrina passou, sem embargo, a visualizar uma diferença estrutural: *princípios* são normas que ordenam a realização de algo na *maior medida possível*; são, nesse sentido, *mandados de otimização* realizáveis de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas; *regras* são normas que exigem um *cumprimento pleno*, sendo somente cumpridas ou descumpridas; são, nesse sentido, *determinações* no campo das possibilidades fáticas e jurídicas. Em outros termos, *princípios* são normas que estabelecem um fim a ser atingido, sem estabelecer o meio; *regras* são normas que estabelecem o meio. Essa noção, hoje corrente na doutrina, é apenas um *primeiro passo* para compreensão do tema”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 27-29).

exame da constitucionalidade de leis e atos normativos sob sua análise. Os princípios constitucionais da legitimidade e economicidade servem tão somente para corroborar e consolidar ainda mais essa posição. Veja-se, pois.

No tocante à *legitimidade* – segundo vetor constitucional a nortear o controle da administração financeira – Juarez Freitas aduz que, em que pese servir “*como chamamento adicional aos controles para que não se cinjam à legalidade tímida e timorata, em face da relação entre os princípios*”³⁰⁷, não deve se limitar a tal desiderato, vez que não iria muito além da atual compreensão da juridicidade.

Com efeito, com o objetivo de vedar o escudo do formalismo exacerbado, entende que o “*exame da legitimidade dos atos administrativos requer o exame, a fundo, das finalidades apresentadas e das motivações oferecidas, de molde a não compactuar com qualquer vício teleológico*”³⁰⁸. Conclui, pois, que:

[...] bem interpretado, o princípio da legitimidade propicia enfoque de natureza substancialista ao controle sistemático e empresa fôlego e vitalidade aos princípios e direitos fundamentais em conjunto, numa legitimação histórica do direito fundamental à boa administração pública.³⁰⁹

Infere-se, por conseguinte, que o controle de legitimidade significa não apenas a conformidade do ato às prescrições legais, mas também o atendimento aos princípios e fins da norma jurídica, importando em atributo que intersecciona as esferas do interesse e da finalidade pública, sendo certo que a despesa pública para ser legítima precisa estar direcionada no sentido da concretização do bem comum.

Nessa linha, Helio Saul Mileski³¹⁰ possui entendimento segundo o qual o aspecto da legitimidade engloba, em especial, os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, derivados da ideia de segurança jurídica ou de justiça,

³⁰⁷ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 113.

³⁰⁸ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 114.

³⁰⁹ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 115.

³¹⁰ “Tem o sentido de justiça, de racionalidade no exercício da atividade financeira. O aspecto da legitimidade, por conseguinte, engloba os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, derivados da ideia de segurança jurídica ou de justiça, que são princípios informativos do controle determinado constitucionalmente. Assim, o controle efetuado sob a conformação da legitimidade do ato fiscalizado significa proceder à investigação dos elementos ideológicos e teleológicos do ato praticado pelo administrador, possibilitando a identificação de eventuais desvios de finalidade ou de poder, de fraude ou de ações contrárias aos princípios do direito”. (MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 249-250).

os quais são princípios informativos do controle. Ricardo Lobo Torres³¹¹, por sua vez, compartilha dessa mesma posição e ainda relaciona o controle de legitimidade aos princípios constitucionais tributários da capacidade contributiva, redistribuição de rendas e do equilíbrio financeiro, considerando-os ínsitos à atividade de controle exercida pelos Tribunais de Contas.

Traduz-se, assim, o controle da legitimidade, na aferição direta entre os motivos determinantes do ato administrativo e os resultados diretos e indiretos alcançados ou pretendidos, não se prestando somente para o exame formal da legalidade, uma vez que *“exige também o controle de gestão, a análise de resultados e a apreciação da justiça e do custo/benefício, a ver se o cidadão realmente obtém a contrapartida do seu sacrifício econômico”*³¹².

Ressalte-se, por essencial, que o controle de legitimidade não se presta a exercer um controle de mérito da atividade administrativa, mas sim averiguar se as escolhas feitas pelo agente estavam fundadas em necessidades de fato, no atingimento do interesse público, bem como na análise do atingimento de *“todos os demais preceitos a princípios constitucionais (moralidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica, continuidade do serviço etc.)”*³¹³.

Finalmente, o terceiro aspecto enfatizado pela Lei Maior como orientador da atividade controladora é o da *economicidade*. A premissa adotada para sua análise é perquirir em quê, quando e para quê foram as receitas públicas aplicadas, sem olvidar do exame da avaliação de resultado balizado pela concepção do *custo-benefício*³¹⁴. Nas palavras de Ricardo Lobo Torres:

³¹¹ “O aspecto da legitimidade, por conseguinte, engloba os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, derivados da idéia de segurança jurídica ou de justiça, que simultaneamente são princípios informativos do controle. A análise do exato cumprimento do *princípio da capacidade contributiva*, que manda cobrar impostos de acordo com a situação de riqueza de cada um, do *princípio da redistribuição de rendas*, que proclama a necessidade da justiça redistributiva, do *princípio do equilíbrio financeiro*, que postula a adequação entre receita e despesa para a superação das crises provocadas pelo endividamento público, por exemplo, participam do controle de legitimidade”. (TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 194:31-45, out./dez. 1993, p. 39).

³¹² TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 194:31-45, out./dez. 1993, p. 39.

³¹³ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed., rev. e ampl. e atual., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 920.

³¹⁴ Leciona Ricardo Lobo Torres a respeito do princípio do custo-benefício: “[...] o princípio do custo/benefício significa que deve haver adequação entre receita e despesa, de modo que o cidadão não seja obrigado a fazer maior sacrifício e pagar mais impostos para obter bens e serviços que estão disponíveis no mercado a menor preço”. (TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 194:31-45, out./dez. 1993, p. 37).

Controle da economicidade significa controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação. Transcende o mero controle da economia de gastos, entendida como aperto ou diminuição de despesa, pois abrange também a receita, na qual aparece como efetividade na realização das entradas orçamentárias. É, sobretudo, a justa adequação e equilíbrio entre as duas vertentes das finanças públicas.³¹⁵

O controle de economicidade está, então, intimamente relacionado à operacionalização com o menor custo possível; ou seja, é mister investigar se não há, para aquele mesmo gasto, solução alternativa mais barata e igualmente eficaz. É a utilização racional e razoável do dinheiro público para fazer frente às necessidades sociais.

A economicidade é conexas, outrossim, às noções de efetividade, eficácia e eficiência na gestão administrativa³¹⁶, esta última constitucionalizada como princípio da Administração Pública pela Emenda n.º 19/98 (art. 37, *caput*, CF/88). Cuida-se, em suma, da busca pelo equilíbrio de dois vetores financeiros, minimizando-se os dispêndios públicos e otimizando-se as receitas.

Novamente seguindo a doutrina de Ricardo Lobo Torres, aduz-se que a economicidade é “*princípio constitucional vazio*”³¹⁷, visto que a Constituição não esclarece como a maximização dos resultados deve ser alcançada, limitando-se a enunciá-la imperativamente. Nesse universo, deve ser analisado em conjunto com outras inovações trazidas pelo constituinte de 1988, mormente no tocante à possibilidade de aplicação de subvenções e renúncia de receitas.³¹⁸

³¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 194:31-45, out./dez. 1993, p. 36-37.

³¹⁶ “Esses três aspectos foram disciplinados pelo Manual de Auditoria do TCU. De acordo com o manual, a efetividade corresponde à relação entre os resultados (impactos observados) e os objetivos (impactos previstos ou esperados); a eficácia indica as metas alcançadas, independentemente de qualquer relação com o custo ou com os impactos esperados; e a eficiência apresenta a relação entre os resultados ou produtos gerados por determinada atividade ou programa e os custos necessários à execução do programa ou da atividade”. (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed., rev. e ampl. e atual., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 920).

³¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 194:31-45, out./dez. 1993, p. 37.

³¹⁸ Sobre o tema, esclarece o financista cujos ensinamentos orientam o tópico ora analisado: “O princípio da economicidade carece de leitura conjunta com outras novidades introduzidas na fiscalização contábil, financeira e orçamentária, especialmente a que se refere à aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Ficou aberta a possibilidade de o Tribunal de Contas controlar, sob o ponto de vista da economicidade, todos os incentivos fiscais e financeiros concedidos na vertente da receita (isenções, créditos fiscais, deduções, abatimento, reduções de alíquota etc.) ou da despesa pública (restituição de tributos, subvenções, subsídios). [...] O controle da economicidade,

Juarez Freitas observa que tal princípio veda, terminantemente, todo e qualquer desperdício, assim como rejeita as técnicas inapropriadas e, sobretudo, o descumprimento das prioridades inconstitucionais. Nesse ponto, importante mencionar que o autor reconhece o merecido tratamento constitucional específico da economicidade, dada sua importância em meio hostil ao controle de metas da gestão pública, mas não deixa de realçar que se trata de uma faceta do *princípio da proporcionalidade*.³¹⁹

Nesse aspecto, feliz a relação que Juarez Freitas estabelece entre economicidade e o princípio da proporcionalidade. Poder-se-ia, inclusive, traçar uma relação entre os *aspectos componentes do tríplex teste da proporcionalidade* com as *três noções conexas à economicidade*, no seguinte sentido: (i) a *adequação* – relação de pertinência entre os meios escolhidos e os fins colimados pela lei ou pelo ato administrativo – liga-se à noção de *eficácia*, que indica se as metas a serem alcançadas são pertinentes para o atingimento do fim pretendido, independentemente de qualquer relação com o custo ou com os impactos esperados; (ii) a *necessidade* – dever de optar em favor da alternativa que afete o menos possível os interesses e as liberdades individuais – possui ligação com a *efetividade*, que é a verificação do equilíbrio ou grau de impacto entre os objetivos inicialmente previstos e os resultados observados; e (iii) a *proporcionalidade em sentido estrito* – é a justa medida, verifica-se, pelo juízo de ponderação, se o meio

no que tange aos incentivos, consistirá no exame da adequação entre os fins almejados pela lei concessiva e o resultado efetivamente alcançado, entre o custo para o Tesouro com as renúncias de receitas e com os gastos tributários e o benefício social e econômico realmente produzido”. (TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 194:31-45, out./dez. 1993, p. 38).

³¹⁹ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 112. A respeito do princípio da proporcionalidade, ensina o mencionado doutrinador: “O administrador público, dito de outra maneira, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos. Isso significa que o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido), em suas duas facetas (vedação de excesso e vedação de inoperância/omissão), apresenta-se especialmente relevante ao impor moderação no exercício de poderes e ao cobrar, diligentemente, o cumprimento dos deveres prestacionais positivos, de sorte a ser incorporado, obrigatoriamente, entre os parâmetros da avaliação sistêmica dos resultados da gestão pública. Nessa medida, o princípio da proporcionalidade requer constante ponderação/hierarquização axiológica do administrador público e, por suposto, de quem controla as condutas administrativas. Sob o influxo desse princípio, o poder passa a ser, antes de tudo, um dever de universalizar a coexistência satisfatória das múltiplas liberdades e propriedades. Logo, **vital para os controles, já na esfera administrativa, a incorporação do consagrado tríplex teste do princípio da proporcionalidade, cada vez mais praticado em nossa Suprema Corte e em outros Tribunais, para apurar de uma conduta administrativa, omissiva ou comissiva, pode ser tida como aceitável ou, se, ao revés, afigura-se inadequada, desnecessária, irrazoável ou, numa palavra, desproporcional**”. (grifou-se) (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 52).

utilizado é ou não desproporcional ao fim, vez que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, mas, ainda assim, desproporcionais em relação ao custo/benefício – pressupõe a verificação da *eficiência*, que é a relação entre os resultados ou produtos gerados por determinada atividade/programa e os custos necessários à sua respectiva execução.³²⁰

Enfim, diante do exposto, plenamente admissível aos Tribunais de Contas, na sua atual feição constitucional, verificar a conformidade de leis e atos normativos perante a Constituição Federal, com fundamento, por si só, nas próprias competências a eles atribuídas, decorrentes de suas prerrogativas de controle previstas constitucionalmente, notadamente legalidade, legitimidade e economicidade.

5.4 PREMISSA ESSENCIAL PARA ORIENTAR A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO EXAME DE CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DE LEIS E ATOS NORMATIVOS

Nos capítulos anteriores, examinou-se de que forma se processa o controle de constitucionalidade das normas jurídicas no Brasil, a cargo, em regra, do Poder Judiciário.

Em linhas gerais, viu-se que consiste na verificação de compatibilidade entre uma lei ou ato normativo e a Constituição Federal, pressupondo a supremacia e a rigidez da Carta Política, sendo certa a consagração do sistema misto de controle: o controle concentrado, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, e o controle difuso, incidentalmente levantado no caso concreto, realizado por qualquer Juiz ou Tribunal.

O controle concentrado busca a declaração de inconstitucionalidade em tese da norma contrária à Constituição. É regra de rechaço e de expulsão definitiva do ordenamento jurídico. A decisão da Suprema Corte produz efeito retroativo, em regra, desfazendo-se todas as situações constituídas ao albergue da malsinada norma, e tem eficácia *erga omnes*. Em casos excepcionais, porém, a decisão pode

³²⁰ Nesse passo, por exemplo, nunca poderia ser desapropriado um bem se a servidão administrativa for suficiente; ou jamais se deve impor ônus real de uso pelo poder público se o simples exercício regular e gratuito do poder de polícia administrativa resultar suficiente etc.

produzir efeitos prospectivos ou a partir de data fixada pelo STF, por motivos de segurança jurídica e/ou de relevante interesse social.

Por seu turno, no controle difuso, todo e qualquer Juiz ou Tribunal pode analisar a conformidade da norma com a Constituição no caso concreto. Justamente por representar uma questão incidental no bojo da ação principal, a declaração de inconstitucionalidade somente opera efeitos entre as partes, desconstituindo, para elas, todos os atos pretéritos praticados sob o pálio na norma questionada, que, porém, permanece eficaz e aplicável para terceiros, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade, estendendo, assim, os efeitos da declaração incidental por meio de resolução que vigora a partir de sua publicação.

Desta análise, chegou-se a duas conclusões de essencial importância no presente trabalho: (i) sob a égide da Constituição de 1988, conferiu-se *exclusivamente* ao Judiciário o poder de excluir norma do ordenamento por inconstitucionalidade; e (ii) por outro lado, apesar de, em princípio, estarem concentrados majoritariamente no âmbito do Poder Judiciário os esforços e os instrumentos para o exame do necessário resguardo ao princípio da supremacia constitucional, verificou-se que os demais poderes estatais – Executivo e Legislativo – também participam do controle de constitucionalidade das normas jurídicas no Brasil.

Com relação ao segundo ponto acima mencionado, especificamente quanto ao Poder Executivo, imperioso recordar que já foram lançadas as premissas sobre a forma como esta atividade da Administração Pública se realizaria, deixando-se assente de que não se trata efetivamente de um controle de constitucionalidade propriamente dito, mas de deixar cumprir, de negar efetividade, a lei ou ato normativo inconstitucional. Aliás, nesse particular, a Administração não só está autorizada a deixar de cumprir norma inconstitucional, como é seu dever fazê-lo. Nesse contexto, semelhante atuação teriam os Tribunais de Contas no Brasil.

Ora, o Tribunal de Contas, embora não seja o responsável por banir as normas inconstitucionais do ordenamento – tarefa exclusivamente do Poder Judiciário –, tem como principal atribuição proteger o patrimônio público e os interesses coletivos quando auxilia na fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

Dentro das suas inúmeras e variadas competências constitucionais, é possível que venha a se deparar com a inconstitucionalidade de uma lei, a qual, se

não examinada oportunamente, pode vir a proporcionar efeitos extremamente danosos ao erário e ao interesse público. O Tribunal estaria, por certo, negando o papel que lhe foi atribuído pela Constituição.

Além disso, deixar de examinar oportunamente a constitucionalidade de determinada norma pode tornar irrazoável atacar os atos praticados após sua consumação, na medida em que a situação concreta albergada pela norma viciada vai se perpetuando, torna-se cada vez mais difícil combatê-la, eis que surgem, em defesa daquela situação, os princípios da segurança jurídica e da estabilidade das relações consolidadas.

Daí, então, advém a possibilidade da apreciação de constitucionalidade realizada no âmbito de uma instituição autônoma – Tribunal de Contas – não integrante do Judiciário – e nem de nenhum outro poder da República –, mas de extrema relevância no processo democrático de garantia das normas consagradas na Constituição.

À evidência, todavia, que somente se vislumbra o controle do tipo difuso a ser realizado pelos Tribunais de Contas. Ora, se o sistema brasileiro confere ao juiz singular a possibilidade de pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de normas, que dirá à Corte de Contas, órgão colegiado composto de membros equiparados aos membros do Judiciário.

Ora, o próprio Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Constituição, tem entendimento firmado de que o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público (Súmula n.º 347).

Assim, é certo que, ao se afirmar que os Tribunais de Contas apreciam a constitucionalidade das leis, o que se está querendo dizer é que eles podem, diante de norma inconstitucional e no caso concreto específico, deixar de aplicá-las, considerando o entendimento de que, em um Estado Democrático de Direito, todos devem respeito às normas insertas na Constituição ao desempenharem suas atribuições constitucionais e legais.³²¹

³²¹ A questão se coloca, em especial, face às ideias do constitucionalista alemão Peter Häberle, que preconiza não haver normas constitucionais puras, mas normas constitucionais interpretadas, e reconhece que a última interpretação deve estar a cargo da jurisdição constitucional, sem excluir, todavia, a necessária democratização do desvelar da Constituição: “[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] Subsiste sempre a responsabilidade da

Com efeito, antes de se aprofundar nessa verificação, deve-se ter por sedimentada a premissa de que os Tribunais de Contas realmente não podem declarar inconstitucionais as normas em abstrato, de maneira a extirpá-las do sistema jurídico pátrio, estendendo os efeitos *erga omnes*, porque a Constituição não lhes conferiu essa competência.

Na verdade, os Tribunais de Contas têm a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e normas que considerem inconstitucionais, podendo negar eficácia aos atos praticados ao abrigo do dispositivo contestado, bem cumprindo, assim, sua missão institucional de agente fiscalizador, com base nas prerrogativas de controle a eles atribuídas pelo *caput* do art. 70 da CF/88, conforme visto, e também em consonância com orientação sumulada pelo Pretório Excelso.

Entretanto, é oportuno colacionar o entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³²², para quem há uma hipótese em que é possível o Tribunal de Contas apreciar norma em tese: quando se pronuncia sobre consulta formulada pela autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria da sua alçada.

jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 13-14). Assim, tomando por base os ensinamentos do referido jurista alemão, cabe a reflexão no sentido de se a Constituição a todos pertence, fazendo-se necessário uma integração da realidade no processo de interpretação das normas constitucionais, mediante a ampliação do círculo de intérpretes, a fim de que a legitimidade do Direito decorra, com especial relevo, da efetiva participação dos órgãos estatais, das potências públicas, dos cidadãos em sua formação, não se poderia admitir, em tese, em um Estado que se autoproclama Democrático de Direito, que a verificação de adequação das normas à Constituição fique restrita aos órgãos judiciários, abrindo-se, portanto e em consequência, a participação dos Tribunais de Contas nesse cenário de interpretação constitucional participativa e democrática, ainda mais considerando o seu profundo conhecimento das matérias que lhe são afetas. No Brasil, esse entendimento também é compartilhado por vários juristas, dentre os quais menciona-se Gustavo Binbenojm: “[...] para que a Corte Constitucional não se torne uma instância autoritária de poder – compondo um *governo de juízes* – que dita, de forma monolítica, as interpretações *oficiais* a serem dadas aos diversos dispositivos da Constituição, é mister fomentar a ideia de cidadania constitucional, de forma a criar uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Todos têm o direito de participar ativamente do processo de *revelação e definição* da interpretação constitucional prevalecente, cabendo ao Tribunal Constitucional funcionar como instância última – mas não única – a de tal processo. A maior ou menor autoridade da Corte Constitucional depende, necessariamente, de sua capacidade de estabelecer este diálogo com a sociedade e de gerar consenso, intelectual e moral, em torno de suas decisões”. (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 225).

³²² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 379.

Para exemplificar, utiliza o exemplo do Tribunal de Contas da União. A competência para responder consultas, mesmo sem previsão em nível constitucional, vem arrolada no art. 1º, inciso XVII, da Lei Orgânica do TCU³²³, e repetida também nas leis orgânicas estaduais. O autor assim entende porque o §2º daquele dispositivo é claro: “*A resposta a 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*”.

De fato, assiste razão ao autor. A própria lei autoriza que a Corte de Contas aprecie norma em tese. É inevitável, a toda evidência, que, no exercício dessa atribuição, também se depare com inconstitucionalidades.

No entanto, o fato de apreciar a norma em tese não constitui usurpação da competência privativa do Supremo Tribunal Federal, visto que o eventual pronunciamento do Tribunal de Contas da União consiste apenas na interpretação da norma centrada a parâmetros constitucionais.

Assim, à luz dos ensinamentos expostos, o exame da norma em tese pela Corte de Contas não produzirá os mesmos efeitos que decorrem do exame realizado pelo Poder Judiciário. Este, sim, é capaz de retirar a norma do ordenamento, enquanto que aos Tribunais de Contas, em sede de consulta, caberá recomendar simplesmente a não aplicação da norma.

5.5 EXAME DE CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL: NEGATIVA DE EXECUTORIEDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS INCONSTITUCIONAIS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Como se viu, os fundamentos para o exercício do controle da constitucionalidade pelos Tribunais de Contas encontram-se na Constituição de 1988. Em razão disso, os Tribunais de Contas devem, sim, proceder à verificação da conformidade constitucional de leis e atos normativos expedidos do Poder Público.

³²³ BRASIL. Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992. *Lei Orgânica do TCU*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016. De plano, apesar de o exemplo tratar unicamente do TCU, afirma-se que a possibilidade de emitir pareceres em Consultas formuladas, não é atribuição exclusiva da Corte Federal, sendo certa a existência de institutos similares, quando não idênticos, em vários outros Tribunais de Contas ao redor do País.

Seguindo o raciocínio de Hans Kelsen, é possível se afirmar que o Tribunal de Contas é “*órgão chamado a aplicar o Direito*”³²⁴, considerando que, como anteriormente visto, a Constituição lhe determina e lhe atribui a competência e a legitimidade para tanto.

Da mesma sorte, ecoam, há muito, no meio jurídico pátrio, ensinamentos doutrinários que julgam ser possível a atuação dos Tribunais de Contas nesta matéria. Conhecida é a posição de Pontes de Miranda quanto ao dever dos Tribunais de Contas examinarem e interpretarem a lei, sindicando sua constitucionalidade, nos seguintes termos:

Pode o Tribunal de Contas, no julgamento de que trata o art. 73, §8º, *interpretar* a Constituição, definitivamente, e julgar da *constitucionalidade* das leis, regulamentos ou atos do Poder Executivo? O Tribunal de Contas tem duas funções – uma, que é a antiga, ligada à *execução* orçamentária, e outra, a de julgamento das contas. Tanto numa quanto noutra é possível que ocorra a necessidade de se responder à pergunta – *é, ou não, inconstitucional a regra jurídica?* Como tribunal, tem de julgá-lo. Imaginemos que o texto de lei retire ao Tribunal de Contas o julgamento nos casos do art. 73, §8º. Tendo de pronunciar-se a respeito, cabe ao Tribunal de Contas julgar-se competente e, pois, inconstitucional a lei. Seria possível, somente porque surgiu lei em sentido contrário, retirar o Tribunal de Contas, a si mesmo, a competência? De modo nenhum. Imaginemos que lei ordinária excedesse, na organização do Tribunal de Contas, as raias fixadas pela Constituição. Seria de admitir-se que o Tribunal de Contas se não pronunciasse a respeito? Imaginemos ainda que, sem lei do Congresso Nacional, o Presidente da República expedisse decreto, que tivesse de ser invocado perante o Tribunal de Contas. Fôra de tolerar-se que tal tribunal se abstivesse do exame constitucional do ato do Presidente da República? De modo nenhum. Se o Presidente da República expede decreto sem observância de princípios constitucionais e dos limites das dotações orçamentárias, fica o Tribunal de Contas inibido de manifestar-se? Ora, o que se pretendeu, com a inação constitucional do Tribunal de Contas, destoava do sistema que adotamos desde 1891, a respeito dos órgãos judiciários e dos próprios funcionários públicos. Qualquer funcionário público poderia invocar princípio constitucional; só os membros do Tribunal de Contas, não. Seria absurdo!³²⁵

³²⁴ “A Constituição, porém, pode conferir a certos órgãos competência para aplicar a lei e ao mesmo tempo excluir expressamente desta competência a fiscalização da constitucionalidade das leis a aplicar. As constituições contêm por vezes um preceito segundo o qual os tribunais e as autoridades administrativas não têm de verificar a constitucionalidade das leis a aplicar. Esta limitação, no entanto, só é possível em certa medida. Os órgãos chamados a aplicar o Direito não podem razoavelmente receber competência para aplicar como lei tudo o que subjetivamente se apresente como tal. Um mínimo de poder de controle tem de lhes ser deixado. [...] A ordem jurídica somente pode conferir a um determinado órgão poder para anular uma norma criada por outro órgão, mas pode atribuir poder a quem quer que seja para decidir se algo que surge com a pretensão de ser uma norma jurídica tem objetivamente esta significação, quer dizer: se a norma foi produzida da forma determinada pela ordem jurídica e com o conteúdo por esta mesma ordem jurídica fixado, e, portanto, se é vinculante para ele”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 301 e 307).

³²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. III, p. 247-248.

Como afirmou Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a possibilidade de examinar a constitucionalidade das leis e normas é uma das ações preventivas de proteção do patrimônio público, fazendo com que os Tribunais de Contas deixem “*de fazer necrópsia para passar a fazer biópsia*”³²⁶, trabalhando como “*corpo vivo, atuando no contexto administrativo presente, antecipando-se ao fato administrativo para controlar, de forma concomitante, a ocorrência do fato jurídico viciado pela ilicitude de norma inconstitucional*”³²⁷. Ainda, em sua visão, não se afiguraria “*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*”³²⁸.

Nessa esteira, ao mesmo tempo em que consolidaram posição de acordo com essa tese, vários autores, também de inegável representação, advertiram expressamente que não pretende o Tribunal de Contas julgar a constitucionalidade da lei com o mesmo objetivo do Supremo Tribunal Federal. Referida possibilidade estaria restrita apenas à negativa de aplicação dos dispositivos impugnados, no caso concreto, face o caráter de não-conclusividade de suas decisões e sob a eventual censura do Poder Judiciário no âmbito do controle judicial da constitucionalidade das normas jurídicas.

José Luiz de Anhaia Mello, já em 1968, deixava claro que não poderia o Tribunal de Contas cumprir lei inconstitucional, e, assim como o Poder Executivo, teria a “*prerrogativa de não cumprir lei que contrarie a Constituição*”. Não obstante o fato de que, em determinadas situações, não seria possível representar ao Procurador-Geral da República para que ingressasse com ação de controle concentrado de inconstitucionalidade de lei detectada pelo Tribunal de Contas, a este não competia cumprir lei viciada, ressaltando que “*a guarda da Constituição incumbe a todos os poderes. Não é privilégio do poder Judiciário*”.³²⁹

³²⁶ Expressão cunhada pelo Ministro Carlos Átila, que ilustrou o Tribunal de Contas da União, *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 376.

³²⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 376.

³²⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 377.

³²⁹ ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 115 e 113.

Entende importante, contudo, “*distinguir entre atividade jurisdicional, específica do Judiciário, e o dever das autoridades de não aplicar lei contrária a norma fundamental*”³³⁰. Ao Tribunal de Contas competiria, então, negar aplicação e não julgar da constitucionalidade, pois, em verdade, não haveria julgamento de inconstitucionalidade, haveria apenas ato inaplicado e, nesse particular, não poderia o Tribunal deixar de assim atuar.

Outra não é a posição de Themístocles Brandão Cavalcanti, que aprovava o exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, mas desde que deixassem de aplicar o ato inconstitucional, sendo a eles defeso anulá-lo, nestes termos:

Outra indagação é se o Tribunal de Contas pode deixar de aplicar um ato por inconstitucional. A resposta não me parece ser outra senão afirmativa. Tecnicamente, o processo de aplicação da lei conduz à verificação da constitucionalidade, e, portanto, verificado o conflito com a Constituição, deve esta prevalecer. Exerce o Tribunal de Contas o controle de constitucionalidade usando apenas da técnica da interpretação que conduz à valorização da lei maior. Neste ponto tem aplicado o princípio da supremacia da Constituição. Não pode, entretanto, anular o ato, nem anular a lei, mas apenas deixar de aplicá-la por inconstitucional. Ao Poder Judiciário cabe à competência privativa de declarar a inconstitucionalidade, mas, qualquer dos poderes responsável pela aplicação de uma lei, ou de um ato, pode deixar de aplicá-los quando exista um preceito constitucional que com eles conflite de maneira ostensiva, evidente. Privativo do Poder Judiciário é considerar inválido o ato ou a lei em face da Constituição.³³¹

Ainda em referência à doutrina brasileira clássica, Francisco Campos – reitera-se, sempre enfático em afirmar que lei inconstitucional não obriga ninguém a seu cumprimento, porque, na realidade e de fato, não é lei³³² –, assinala que “*a cada*

³³⁰ ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 114.

³³¹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *O Tribunal de Contas – Órgão Constitucional – Funções Próprias e Funções Delegadas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 109: 1-10, jul./set. 1972, p. 8-9.

³³² Consoante forte, porém lúcida, crítica do Professor Ricardo Marcondes Martins: “Durante muitos anos a doutrina insistiu no desastroso equívoco de que atos nulos não produzem efeitos (*quod nullum est nullum producit effectum*). Equiparava-se o nulo ao inexistente e, por isso, entendia-se que a invalidade exigia sempre a invalidação, *ex tunc* e *ab initio*. Ela correspondia, propriamente, a uma declaração de inexistência: tudo se passava como se o ato nulo nunca tivesse existido no mundo jurídico. A invalidação atingia o ato desde sua edição e apagava o ato e todos os seus efeitos. Dizia-se, de modo singelo, que o ato nulo deve ser anulado e a anulação tem efeitos *ex tunc*. É surpreendente como essa nefasta teoria durou tanto tempo: atos inválidos produzem efeitos e podem produzi-los *ad eternum* se os efeitos não forem invalidados. A embaraçosa deficiência da doutrina deixava os julgadores e aplicadores do Direito, muitas e muitas vezes, em situações bem constrangedoras: não havia como, em muitas situações simplesmente fechar os olhos para tudo que havia acontecido em decorrência do ato inválido. Com a separação dos planos da existência e da validade jurídica, tudo se tornou mais claro: o ato inválido existe no mundo jurídico. Os efeitos do ato

um dos Poderes, de que se compõe o Governo do país, cabe a faculdade de interpretar a Constituição” – aqui, em especial Poder Executivo e Legislativo – e, em razão das conclusões obtidas desse processo hermenêutico, *“ajuizar e decidir de sua própria competência e, portanto, dos seus próprios atos”*, porquanto impedir isso seria permitir a instalação nestes *“dois motores da vida política do país e do Estado, o princípio da inércia e da irresponsabilidade, paralisando o seu funcionamento”*, ou obstruindo, de forma permanente, deixando-os livres para que não mais cumprissem seus deveres constitucionais.³³³

Helio Saul Mileski define, com clareza, a atuação dos Tribunais de Contas nas questões que envolvem exame de constitucionalidade, afirmando que essa apreciação efetuada pelas Cortes de Contas não retira a norma do mundo jurídico, de modo que só *“opera o efeito de negar executoriedade aos textos examinados, obstando a continuidade de sua utilização, ao sentido de evitar os decorrentes prejuízos de natureza jurídica, econômica e financeira”*³³⁴.

Ricardo Lobo Torres, por sua vez, coaduna com as posições acima externadas, afirmando sobre a matéria que:

A inconstitucionalidade das leis *in abstracto* não a decretam o Tribunal de Contas nem os órgãos de controle externo ou interno, pois que, além de não exercerem função jurisdicional, limitam-se a apreciar casos concretos. Mas a inconstitucionalidade dos atos administrativos pode ser reconhecida *in casu* pelos órgãos encarregados do controle, que se negarão a aprová-los ou a dar quitação aos responsáveis, alinhando-se com a lei e a Constituição. Se a inconstitucionalidade da lei não a declara nem o Tribunal de Contas nem os demais órgãos fiscalizadores, por lhes faltar a competência jurisdicional, podem e devem, contudo, propor ao Congresso a sua revogação. A declaração incidental da inconstitucionalidade tomou-se evidente no texto de 1988, mercê da possibilidade de controle da legitimidade.³³⁵

inválido passaram a não ser desprezados pela doutrina. Hoje se admite a modulação dos efeitos da invalidação: o ato inválido pode ser invalidado e não serem desconstituídos os efeitos gerados por ele. Aliás, a desconstituição do ato e de todos os seus efeitos tornou-se medida excepcional. [...]” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Convalidação legislativa*. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 357-358).

³³³ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, vol. I, p. 442-443, *apud* Recurso no Mandado de Segurança n.º 7.243, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 20.01.1960, Relator Ministro Luiz Gallotti. *Revista de Direito Administrativo*, v. 59, jan./mar. 1960, 338-353, p. 351-352.

³³⁴ MILESKI, Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 248.

³³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 194:31-45, out./dez. 1993, p. 36.

Pode-se encontrar, ainda, na Escola de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, as lições proferidas pela Professora Angélica Petian, que vão ao encontro das referências doutrinárias já citadas:

Entendemos que estes órgãos têm competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos que fundamentem os atos sob a sua fiscalização e afastar sua aplicação, como forma de prevenir a prática de atos irregulares, quando contrariarem norma de hierarquia superior. [...] Suprimir dos Tribunais de Contas a competência para afastar a aplicação de lei inconstitucional é impossibilitar que os mesmos cumpram o dever que lhes foi constitucionalmente imposto e exigir que aprovelem ato em desconformidade com a Constituição Federal, porque amparado em lei de menor hierarquia.³³⁶

É exatamente nessa linha de entendimento que caminha a jurisprudência de Contas. Colaciona-se, nesse sentido, elucidativo excerto que ratifica tal posicionamento, extraído de decisão prolatada pelo Tribunal de Contas da União:

[...] 18. Em relação à competência do Tribunal para exercer o controle concreto de constitucionalidade, **a jurisprudência desta Casa pacificou o entendimento no sentido de que o TCU, ao examinar um ato na sua esfera de competência, pode, para decidir um caso concreto, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, interpretando-os para conformá-los à Constituição ou afastando a sua aplicação, no caso em que a incompatibilidade não puder ser superada.** Nesse sentido, por exemplo, podem ser citados os seguintes precedentes: Acórdãos nº 2.442/2007, nº 831/2003 e nº 2.195/2008, todos do Plenário. 19. Da mesma forma, **o TCU pode negar a aplicação em casos determinados de decretos que se mostrem incompatíveis com os preceitos constitucionais.** Nesse sentido, pode-se citar por exemplo o Acórdão nº 1.704/2005 - Plenário, no âmbito do qual foi decidido que o Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições, quando estiver estudando um caso específico, pode não aplicar ato normativo que entenda inconstitucional. (grifou-se)³³⁷

Ademais, em complemento a esta lógica inafastável, destaca-se que o que também se admite é que as Cortes de Contas, ao aferir qualquer ato, entendendo haver contraposição de norma de hierarquia inferior com a norma fundamental superior, além de afastá-lo no caso concreto, recomendem aos órgãos competentes para provocar a retirada da norma desconforme que o façam.

Assim, o exame realizado pela Corte de Contas não implicaria em uma declaração de inconstitucionalidade, mas uma deliberação pedagógica, de relevante

³³⁶ PETIAN, Angélica. *O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pelos Tribunais de Contas*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, a. 7, n. 74, p. 17-29, abr. 2007.

³³⁷ TCU. Processo n. 003.809/2003-8. Acórdão n. 945/2013 - Plenário. Sessão: 17 abril 2013. Grupo: I/Classe: I/Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. Pedido de Reexame.

auxílio à Administração Pública, que deve ser comunicada aos Chefes do Executivo, do Legislativo, do Ministério Público e da Procuradoria do Estado, para defesa do texto impugnado ou eventual proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O posicionamento até então discutido encontra mais um fortíssimo argumento de defesa, lastreado no enunciado da Súmula n.º 347 do Supremo Tribunal Federal, que permite aos Tribunais de Contas, no e para o exercício de suas atribuições constitucionais e legais, apreciarem a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.³³⁸

Inclusive, o Tribunal de Contas da União, em que pese utilizar diversos argumentos para defender sua competência para efetuar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos no caso concreto – tal qual o fato de que seu Regimento Interno (com fulcro nos arts. 73, *caput*, e 96, inciso I, alínea “a”, da Constituição e no art. 66 da Lei Orgânica do TCU), conferiu expressamente ao Plenário da Corte de Contas Federal competência para deliberar sobre conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição (art. 15, inciso I, alínea “e”, do RITCU)³³⁹ –, cita, como principal fundamento para validar e justificar a sua

³³⁸ Súmula n.º 347 do Supremo Tribunal Federal: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. Em tese, tal súmula ainda segue em vigor, apesar de ter tido sua vigência posta em dúvida, inclusive pelo próprio STF, como se verá de forma mais detalhada no decorrer do presente trabalho. Registra-se, ainda, por oportuno, que outros Tribunais de Contas ao redor do País também possuem o mesmo entendimento. A título de exemplo, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o Enunciado de Súmula n.º 6 assevera que “*Compete ao Tribunal de Contas negar cumprimento a leis inconstitucionais*”. Por sua vez, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, editou o Enunciado de Súmula n.º 103, com espeque na Súmula n.º 347 do STF, nos seguintes termos: “*Admissão de pessoal. Com arrimo na Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais não reconhece a constitucionalidade do art. 106 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, por contrariar os arts. 37, II, e 41 da Constituição da República e o art. 19 do seu ADCT*”. (Informa-se, todavia, que o aludido verbete encontra-se com a aplicabilidade suspensa até o julgamento de mérito da ADI n.º 3.842 pelo Supremo Tribunal Federal, por decisão do Tribunal Pleno do TCE mineiro).

³³⁹ - Constituição Federal: “Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.” [...] “Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;”
 - Lei Orgânica do TCU: “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.”
 - Regimento Interno do TCU: “Art. 15. Compete privativamente ao Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal: I – deliberar originariamente sobre: [...] e) conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria da competência do Tribunal;”.

atuação no sentido mencionado, o verbete sumular n.º 347 do Supremo Tribunal Federal.³⁴⁰

Portanto, conforme definido na súmula da Suprema Corte, não apenas o Poder Judiciário, mas também os Tribunais de Contas possuem a prerrogativa de verificar se as leis e os atos normativos emanados pelo poder público encontram-se harmonizados com a Constituição Federal, nos termos do comentário de Roberto Rosas ao referido enunciado sumular:

[...] 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 privatidade 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 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).³⁴¹

Nesse mesmo sentido, veja-se a lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *in verbis*:

³⁴⁰ Cite-se mero excerto exemplificativo, nos seguintes termos: “[...] Assim, não padece de dúvidas a competência deste Tribunal para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, poder esse reconhecido pela Corte Suprema ao criar o enunciado sumular n.º 347 e ao decidir, em oportunidades posteriores, acerca do tema versado. Não poderá, destarte, haver melhor chancela do que a do Pretório Excelso sobre a competência das Cortes de Contas para esse especialíssimo controle de constitucionalidade. Tal atribuição é corolário e consequência lógica da função específica que detém a Corte de Contas, conferida pelo legislador constituinte originário, de aplicar a lei a tudo o que respeite à receita e à despesa. Portanto, este Tribunal, em virtude e por força das próprias atribuições constitucionais que lhe cabem, pode e deve apreciar em seus julgamentos o aspecto constitucional das questões sobre as quais se deva pronunciar, negando, se for o caso, a aplicação de lei ou ato normativo inconstitucional”. (TCU. Processo n.º 600.086/1993-3. Decisão n.º 716/1996. Plenário. Sessão: 6 novembro 1996. Relator: Min. Iram Saraiva). No mesmo sentido: “30.18. [...] cumpre destacar o enunciado da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal (STF). De acordo com essa súmula, o Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do poder público. Essa faculdade, entretanto, somente pode ser exercida pela via concreta, uma vez que o controle em abstrato de constitucionalidade compete ao STF, haja vista o disposto no art. 102, inc. I, alínea a, da Constituição Federal. 30.19. Desse modo, compete ao TCU, no caso concreto, considerar inaplicável dispositivo de lei ou ato normativo que, segundo seu entendimento, esteja em desacordo com a Constituição Federal ou à legislação infraconstitucional, ou seja, ao detectar flagrante inconstitucionalidade ou ilegalidade, o TCU pode considerar como inaplicável a parte do ato normativo que esteja eivado desse defeito jurídico. 30.20. São nesse sentido os Acórdãos 5.354/2009 — 2ª Câmara, 3.807/2007 — 1ª Câmara, 1.732/2009 — Plenário, 710/2008 — 1ª Câmara, 708/2008 — 1ª Câmara e Decisão 663/2002 — Plenário. [...]”. (TCU. Processo n. 021.410/2007-8. Acórdão n. 3.351/2011. Sessão: 24 maio 2011. Grupo: I Classe: II Relator: Min. Aroldo Cedraz. Tomada e Prestação de Contas).

³⁴¹ ROSAS, Roberto. *Direito Sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 13. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 151.

Nesse passo, se o Tribunal julga determinado ato, frente a determinada lei e, atuando em maior amplitude, verifica que esta 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. O poder de apreciar leis e atos do poder público decorre, portanto, da própria Constituição Federal. [...]

Como bem se vê, são diferentes momentos e dimensões distintas da ação do Controle Externo, que a sabedoria do enunciado da Súmula n. 347 do excelso Tribunal soube alcançar, sob pena de quedar-se disposição inócua. [...]

Não pretende o Tribunal de Contas julgar a constitucionalidade de lei, com o mesmo objetivo do Excelso Supremo Tribunal Federal. O Supremo julga as leis, dizendo de seu valor objetivo em nosso ordenamento jurídico. Vale dizer, a competência do Supremo Tribunal Federal abrange a própria lei, emprestando-lhe validade, ou suprimindo a sua existência no campo da realidade jurídica. O Tribunal de Contas, por outro lado, aprecia a constitucionalidade. Não é o fato de ser incidental, ou não, que retira a faculdade de julgamento, o que importa é o que o efeito decorrente deste, diversamente do que o Supremo Tribunal impõe, é tão somente o de conduzir a interpretação de lei a parâmetros centrados na Constituição Federal, sem, de fato, implicar em efeito objetivo sobre a norma.³⁴²

Em uma análise mais perquiridora, pode-se gravar que a expressão contida na Súmula n.º 347 do Supremo Tribunal Federal reflete a sabedoria do julgador superior ao conceder atribuição jurisprudencial para dar azo à interpretação e amplitude ao julgador administrativo.

Assim, além de ter por base o seu próprio controle e a medida da competência que lhe dispõe a norma constitucional de exercer o controle externo, o Tribunal de Contas, no caso concreto – para atribuir os devidos efeitos, nas devidas circunstâncias, sem retirar a norma do sistema –, afasta-a na sua eficácia e incidência, também com fundamento na Súmula do Supremo Tribunal Federal n.º 347.

Enfim. Tenha-se presente, como mencionado alhures, que a solução aqui apontada encontra paralelo com a atuação do Poder Executivo em matéria de controle de constitucionalidade, antes examinada em item específico deste estudo. Em razão disso, em adição ao trato específico realizado acima, a respeito da atuação dos Tribunais de Contas em questões de inconstitucionalidade, reiteram-se todos os demais posicionamentos doutrinários sobre a matéria já abordados no presente trabalho, tais como Miguel Reale, Adroaldo Mesquita da Costa, Leopoldo

³⁴² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 381-384.

César de Miranda Lima Filho, Themístocles Brandão Cavalcanti, Francisco Campos, dentre outros.

Sendo assim, não por outra razão, não só ao Chefe do Executivo e demais administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, é lícito verificar a conformidade constitucional de leis e atos normativos. Isto porque, os Tribunais de Contas, no exercício do controle externo, nos procedimentos de fiscalização que efetuam sobre seus jurisdicionados, também se deparam, por inúmeras vezes, com leis e atos normativos inconstitucionais que contaminam, com a pecha da inconstitucionalidade, os atos administrativos naqueles fundamentados.

Ao se depararem com essa agressão ao texto constitucional em determinado caso concreto, não podem ficar inertes, aferrando-se à declaração jurisdicional de inconstitucionalidade, e, em função disso, aguardar uma possível e eventual atuação dos órgãos jurisdicionais; omissão esta, que acarretaria na manutenção de atos inconstitucionais, com consequentes efeitos danosos ao interesse público daí resultantes.

Não resta outra opção aos Tribunais de Contas, portanto, pelo menos na sua atual feição constitucional, senão verificar a conformidade de leis e atos normativos perante a Constituição Federal, com especial fundamento nas competências a eles atribuídas, decorrentes de seus deveres previstos constitucionalmente, bem como na Súmula n.º 347 do STF.

5.6 SÚMULA N.º 347 E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CASO PETROBRÁS

A Súmula n.º 347 do Supremo Tribunal Federal, cujo teor já foi citado em pontos anteriores do presente estudo, obteve aprovação em 13 de dezembro de 1963, e baseou-se no precedente RMS n.º 8.372 – Ceará, sob a relatoria do então Ministro Pedro Chaves, que foi apreciado pelo Plenário daquela Corte em 11 de dezembro de 1961.³⁴³

No caso mencionado, ao tratar do recurso apresentado por um Delegado de Polícia contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que manteve a

³⁴³ Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 8.372, do Ceará, Brasília, DF, 11 de dezembro de 1961. Tribunal Pleno. Recorrente: José Maria Catunda. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Min. Pedro Chaves. Diário da Justiça, Brasília, DF, 26 abr. 1962.

posição do Tribunal de Contas de negar o registro do ato da sua aposentadoria, o Ministro Relator afirmou expressamente que *“há que se distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”*. A sua referência legislativa, à época, era o art. 77 da Constituição Federal de 1946.³⁴⁴

Depois do Enunciado n.º 347, a tese se firmou por um bom tempo, restando bem sedimentada, inclusive, na jurisprudência das Cortes de Contas pátrias. Como exemplo paradigma, foi justamente nesse contexto que o Tribunal de Contas de União prolatou a Decisão n.º 663/2002, por meio da qual se entendeu pela inconstitucionalidade do art. 67 da Lei Federal n.º 9.478/97 e do Decreto Federal n.º 2.745/98 – os quais admitem que os contratos celebrados pela Petrobrás (Petróleo Brasileiro S/A), para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de Procedimento Licitatório Simplificado –, conforme se observa do seguinte excerto:

[...] 30. Considerando, entretanto, o sistema de controle difuso de constitucionalidade, adotado em nosso ordenamento jurídico, e em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal consignado em sua Súmula nº 347, no sentido de que *“o Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”*, entendo que deva, esta Corte, firmar o entendimento de que são inconstitucionais o art. 67 da Lei nº 9.478/97 e o Decreto nº 2.745/98, afastando, por consequência, sua aplicação, dando ciência à Petrobrás de que os atos doravante praticados com base nos referidos dispositivos serão considerados irregulares por esta Corte e implicarão na responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa.³⁴⁵

A partir de então, o Tribunal de Contas da União passou a determinar à Petrobrás, de forma recorrente e nos casos que fiscalizou, que *“se abstenha de*

³⁴⁴ “Art. 77 - Compete ao Tribunal de Contas: I - acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; II - julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas; III - julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões. § 1º - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional. [...]”.

³⁴⁵ Trata-se de trecho do voto proferido pelo Ministro-Relator do Tribunal de Contas da União, Sr. Ubiratan Aguiar, que fundamentou o Acórdão n.º 663/2002-Plenário, em Sessão datada de 19.06.2002. Referido acórdão, aliás, passou a servir como paradigma para a Corte de Contas quando se punha em questão a possibilidade da Petrobrás se utilizar ou não do Procedimento Licitatório Simplificado para efetuar suas contratações e licitações. Nesse sentido, somente a título exemplificativo, faz-se referência aos seguintes julgados do Tribunal de Contas da União: Acórdãos TCU n.ºs 1.453/2003-Plenário, 104/2006-Plenário, 1.844/2009-Plenário, 1.854/2009-2ª Câmara, 2.689/2009-2ª Câmara, 395/2005-Plenário, 2.006/2004-Plenário, 2.385/2006- Plenário, 920/2007-Plenário, 1.312/2007-Plenário, 121/1998-Plenário, 29/2004-Plenário, 908/2006-Plenário, 1.329/2003-Plenário, 1.719/2006-Plenário etc.

aplicar às suas licitações e contratos administrativos o Decreto nº 2.745/98 e o artigo 67 da Lei nº 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei nº 8.666/93, até que se edite uma lei apropriada regulando a matéria.³⁴⁶

Diante desse quadro e contra tais decisões, a Petrobrás impetrou diversos mandados de segurança no Supremo Tribunal Federal, até que, em 22.03.2006, foi exarada decisão cautelar monocrática, da lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no Mandado de Segurança n.º 25.888/DF, que serve, desde então, como *leading case* para representar o entendimento da Corte Suprema sobre a matéria em debate.³⁴⁷ Em sua decisão, o Ministro fixou que:

[...] Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Não me impressiona o teor da Súmula n.º 347 desta Corte, segundo o qual “o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público”. **A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional n.º 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas,**

³⁴⁶ Como observação atual importante, justamente com relação à edição de lei apropriada regulando a matéria em debate, menciona-se a inovação sobrevinda em 30 de junho de 2016, com a publicação do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Após, aproximadamente, 18 anos de espera, a Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, ao regulamentar o art. 173, §1º da CF/88 (alterado pela EC 19/1998), estabeleceu normas sobre regime societário, licitações, contratos e controle das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, exploradoras de atividades econômicas, ainda que em regime de monopólio, e prestadoras de serviços públicos. Vê-se, então, que a Lei 13.303/16 fixou normas homogêneas de licitação para toda e qualquer empresa estatal, sem distinção entre o tipo de objeto prestado: serviço público e/ou atividade econômica, incluindo-se, nesse rol, por consequência, a Petrobrás (Petróleo Brasileiro S/A). Especificamente com relação à situação desta sociedade de economia mista, tem-se que o Decreto n.º 2.745/1998, que estabelecia o regime simplificado de licitação na referida estatal federal, não poderá mais ser utilizado após a revogação da norma legal que lhe dava fundamento. Isto porque, o art. 67 da Lei n.º 9.478/1997, que remetia ao decreto presidencial a definição do procedimento licitatório simplificado na Petrobrás, foi expressamente revogado pelo art. 96, inciso II, da Lei n.º 13.303/16. Em nossa visão, em razão das mudanças e inovações mencionadas, é bem provável que o Supremo Tribunal Federal entenda pela impertinência de julgar definitivamente os mandados de segurança impetrados pela Petrobrás, dada eventual perda do objeto; entendimento este que, talvez, impeça a Corte Suprema de adentrar ao mérito da questão sobre a possibilidade ou não do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas.

³⁴⁷ Esse entendimento tem sido reiterado em diversas decisões em mandados de segurança nos quais se discute questão idêntica, tais como: MS-ED 25.986, Rel. Min. Celso de Mello; MS-MC 26.783, Rel. Min. Ellen Gracie; MS 27.232, Rel. Min. Eros Grau; MS 27.743, Rel. Min. Cármen Lúcia; MS 28.745, Rel. Min. Ellen Gracie; MS 28.626, Rel. Min. Dias Toffoli; MS 27.796, Rel. Min. Carlos Britto; MS 28.897, Rel. Min. Cármen Lúcia; MS 26.410 MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowisk; MS 28.252 MC, Rel. Min. Eros Grau; MS 26.783 MC, Rel. Min. Marco Aurélio; MS 27.796 MC, Rel. Min. Aires Brito; MS 29.468 MC, Rel. Min. Dias Toffoli e MS 29.123, Rel. Min. Gilmar Mendes.

admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. **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 restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade.** Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. **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 contra a Constituição de 1988. [...]** (grifou-se)³⁴⁸

Em linhas gerais, a impetrante Petrobrás alegou que a Corte de Contas Federal não seria competente para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sustentando que a Súmula n.º 347 estaria desatualizada. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao decidir a medida cautelar, argumentou que, devido à evolução da sistemática de controle de constitucionalidade no Brasil relativamente à época em que a mencionada súmula foi editada, tal situação careceria de reavaliação. Sustenta que, em razão da ampliação do rol de legitimados para provocar o controle abstrato das normas, acabou restringida, por consequência, a amplitude do controle difuso, do qual se aproxima o Tribunal de Contas quando conclui ser inconstitucional lei ou ato normativo sujeito à sua apreciação.

³⁴⁸ STF. MS n.º 25.888/DF, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 22/03/2006, Data de Publicação: DJ 29/03/2006. Contudo, é importante ressaltar que, no caso em questão, verificando-se clara a urgência da pretensão cautelar, diante das consequências de ordem econômica e política que seriam suportadas pela impetrante Petrobrás caso tivesse que cumprir imediatamente a decisão atacada, o Ministro Gilmar Mendes entendeu pela necessidade de suspensão cautelar da decisão proferida pelo TCU, até o julgamento final do mandado de segurança. **Assim, tanto no processo em referência como nos demais supervenientes versando sobre o mesmo tema, foi deferido o pedido de medida liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União.** De qualquer forma, como dantes afirmado, em nossa visão, em razão das mudanças e inovações trazidas pela Lei n.º 13.013/16, é possível que o Supremo Tribunal Federal entenda pela impertinência de julgar definitivamente os mandados de segurança impetrados pela Petrobrás. Caso se manifeste nesse sentido, é bem provável que a Corte Suprema evite discutir o mérito acerca da reavaliação da “*subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada contra a Constituição de 1988*”.

Em complemento ao entendimento jurisprudencial acima mencionado, no mesmo sentido é possível encontrar respeitáveis posições doutrinárias, que também instigam a necessidade de reavaliação da possibilidade dos Tribunais de Contas apreciarem a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Paulo Gustavo Gonet Branco, em livro escrito em coautoria com o próprio Gilmar Ferreira Mendes, reitera tal postura:

É interessante notar que, entre nós, uma jurisprudência antiga abre ensejo a que o Tribunal de Contas deixe de aplicar uma lei a um caso sob o seu exame por estimá-la inconstitucional. Decerto que se trata de entendimento que está por ser reavaliado à luz da mais recente compreensão do papel do Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade.³⁴⁹

Igualmente, para o doutrinador Marçal Justen Filho, a competência do Tribunal de Contas pronunciar a inconstitucionalidade de atos normativos estaria superada. A justificativa seria a de que, em um Estado Democrático, os atos emanados pelo Poder Público presumem-se válidos e perfeitos. A análise de constitucionalidade realizada por outro âmbito além do Poder Judiciário ofereceria perigo à manutenção da segurança jurídica e poderia romper com a força vinculante do Direito.³⁵⁰

Como se pode perceber, a tese de relativização do Enunciado de Súmula n.º 347 do STF, encampada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, tem ganhado certa força. Todavia, se, por um lado, sabe-se que a contrariedade do entendimento da Corte Suprema em relação ao entendimento dos Tribunais de Contas é consequência natural do debate democrático em torno da Constituição – isto porque, as normas constitucionais não estão imunes a interpretações conflitantes e essa dialética hermenêutica é saudável ao desenvolvimento e fortalecimento do constitucionalismo no País –; por outro lado, ao mesmo tempo em que não se desconhece que a última palavra em matéria constitucional cabe, sempre, ao órgão jurisdicional constitucional, é certo, do mesmo modo, que não é a única.

Elevadas vozes da doutrina e jurisprudência se erguem no sentido contrário, conforme já apresentado, indicando que a aplicação do verbete sumular continua aplicável e compatível com a atual Constituição Federal, sendo esta a

³⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, p 172-173.

³⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1217.

posição que se adota, com a devida vênia, no presente estudo; e isto por diversos motivos.

Ora, mesmo com a ampliação do rol de legitimados para interpor ações de controle concentrado, os Tribunais de Contas permaneceram fora da lista do art. 103 da CF/88, não dispondo de recurso constitucional para provocar a Suprema Corte a apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo. Restar-lhe-ia, tão somente, resignar-se e aguardar que um dos legitimados propusesse a ação direta competente. Não parece ser este o pensamento mais racional e condizente com o mandamento fundamental de eficiência do ordenamento jurídico.

Assim, não é razoável que, por essa razão, devam se conter no exercício do controle difuso. Conforme visto no ponto anterior, os Tribunais de Contas examinam as inconstitucionalidades de forma muito particular, não se assemelhando, claramente, ao controle abstrato. Com efeito, se o sistema prevê tanto a possibilidade de controle difuso como o abstrato, o alargamento deste não implica, necessariamente, restrição daquele.

Aliás, ainda que o legislador constituinte derivado proceda a eventual emenda da Constituição a fim de incluir o Presidente do Tribunal de Contas no rol de legitimados a propor a ação para questionar a constitucionalidade ao STF, a prerrogativa da Corte de Contas exercer, no exercício de suas competências, o controle de constitucionalidade, pela via difusa, permaneceria; exatamente do mesmo modo que a negativa de excoercedade realizada pela Administração Pública, notadamente o Chefe do Poder Executivo, assunto tratado em tópico específico do presente estudo.

Relembre-se que, a despeito de o próprio Supremo Tribunal Federal ainda não ter enfrentado a matéria de modo definitivo após a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, o Superior Tribunal de Justiça possui firme posição no sentido de que o Chefe do Executivo pode determinar o descumprimento de leis que entender inconstitucionais.³⁵¹ E, nesse sentido, admitindo-se que o Chefe

³⁵¹ O precedente paradigma do STF, já abordado no presente trabalho, é a Representação n.º 980/SP, Relator Ministro Moreira Alves, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 21.11.1979. Reitera-se que apesar de ser um julgado relativamente antigo, o entendimento firmado ainda é majoritariamente aceito e aplicado pelo Supremo. No mesmo sentido, com a diferença de ter sido exarado após a superveniência da CF/88, há posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em que se assentou que o “*Poder Executivo pode negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional*”. (STJ. Resp. n.º 23.121/GO. 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes Barros, j. 06.10.1993).

do Executivo ainda pode determinar o descumprimento de leis inconstitucionais, e que as premissas teóricas que consagraram essa tese foram as mesmas que possibilitaram às Cortes de Contas a apreciação de inconstitucionalidade das leis, há de se reconhecer que a apreciação da constitucionalidade das leis pelos Tribunais de Contas também deve ser reconhecida.

No que diz respeito à presunção de legitimidade dos atos, imperioso constatar que tal alegação desconsidera que a necessidade dos Tribunais de Contas de deixar de aplicar norma inválida decorre de sua competência constitucional, na sua ação fiscalizadora e controladora peculiar, e é realizada mediante procedimento especial e não aleatoriamente, ao sabor da conveniência administrativa.

Além disso, apesar de não haver dispositivo expresso na Constituição Federal de 1988 que ampare *literalmente* a faculdade aos Tribunais de Contas, também na Constituição de 1946, época em que a Súmula foi editada, não constava previsão expressa. De lá para cá, cumpre ressaltar, não houve alteração substancial das suas competências; pelo contrário, a Constituição Cidadã fortaleceu ainda mais os Tribunais de Contas. Confira-se o que disse Angélica Petian:

Essa possibilidade está em consonância com a ampliação do controle de constitucionalidade imposta pela Carta de 1988 que, além de estender o rol dos legitimados para iniciar o processo de controle das normas, também expressou “formas excepcionais” de controle, dentre as quais, o veto a cargo do Chefe do Poder Executivo e o controle prévio feito pelas Casas Legislativas. [...] podemos observar que a competência das Cortes de Contas para o exame da constitucionalidade dos atos normativos **decorre das atribuições do Tribunal de Contas, extraídas da letra do texto constitucional e da interpretação sistemática do mesmo**, que impede a violação de dispositivos consagrados na Lei Maior. (grifou-se)³⁵²

Luciano Chaves de Farias definiu bem o *status* da Súmula n.º 347 do STF:

Não obstante esta Súmula ter sido aprovada em Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual, onde inexistia o sistema de controle abstrato de normas, deve-se entendê-la como válida, primeiro porque não houve manifestação expressa do STF para anulá-la e segundo porque o conteúdo da Súmula diz respeito à atuação das Cortes de Contas no campo eficazional, não competindo com a competência privativa do Excelso Pretório no controle abstrato.³⁵³

³⁵² PETIAN, Angélica. *O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pelos Tribunais de Contas*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, a. 7, n. 74, p. 17-29, abr. 2007.

³⁵³ FARIAS, Luciano Chaves de. *O Poder dos Tribunais de Contas de Examinar a Constitucionalidade das Leis e Normas*. Boletim de Direito Administrativo, ano XXII, n. 10, p. 1137-1144, out. 2006, p. 1140.

Ainda, com a superveniência do Novo Código de Processo Civil³⁵⁴, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional passaram a ter eficácia vinculante. A esse respeito, o art. 927, *caput* e inciso IV, do Novo CPC preceitua que “os juízes e os tribunais observarão: [...] **os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional**” (grifou-se). Por gozarem de força vinculante, os enunciados sumulares do Supremo Tribunal Federal somente poderiam ser superados por robustas razões. E, nesse ponto, é possível afirmar: não existem motivos concretos mais fortes que apontem no sentido de superação do antigo enunciado sumular.

Por fim, e não menos importante, é certo que havendo supremacia da Constituição, é impensável cogitar a possibilidade de se obrigar as Cortes de Contas a aplicar leis que considerem inconstitucionais. Ao afastar a aplicabilidade de uma lei ou ato normativo ao argumento de que estão em dissonância com o ordenamento constitucional vigente, os Tribunais de Contas atuam como verdadeiros guardiões do Estado Democrático de Direito, com vistas a evitar que desmandos e malversações de dinheiro público se perpetuem sob a proteção normativa inconstitucional; mesmo porque, o exame de constitucionalidade decorre das suas próprias atribuições, extraídas, essencialmente, a partir de uma interpretação sistêmica da Constituição.

Por tudo isso, com a devida vênia à posição preliminar do Supremo Tribunal Federal, chega-se à conclusão de que a Súmula n.º 347, além de ser válida, foi recepcionada e tem total aplicabilidade mesmo na sistemática da Constituição de 1988.

5.7 EFEITOS, OPERACIONALIZAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO EXAME DE CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DE LEIS E ATOS NORMATIVOS

Como exaustivamente já se viu e demonstrou, é certo que, constatado o vício de inconstitucionalidade quando da análise de um caso concreto específico, os

³⁵⁴ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016. Por força do seu art. 1.045, referido Código entrou em vigor em 18 de março de 2016.

Tribunais de Contas, cumprindo seu mister, têm o dever de negar aplicação às leis viciadas e aos atos praticados ao abrigo do dispositivo contestado. Pode-se afirmar, então, que, nesse particular, procede-se o controle difuso e incidental de constitucionalidade, sempre com efeitos *ex nunc*.

Falta-lhes, por outro turno, a competência de declarar a inconstitucionalidade em abstrato, com eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc* (e/ou eventual modulação de efeitos), de modo a extirpar, do sistema jurídico pátrio, leis e atos normativos que lhe afigurem incompatíveis com as normas constitucionais, uma vez que, sob a égide da Constituição de 1988, tal prerrogativa é exclusiva do Poder Judiciário.

Nesse contexto, é preciso esclarecer que a apreciação de constitucionalidade realizada pelos Tribunais de Contas compreende tão somente a eficácia da norma, ou seja, sua aptidão para produzir efeitos jurídicos, porquanto no plano de validade somente o Judiciário pode adentrar. É por isso que, mesmo que aos olhos do Tribunal de Contas a norma seja inconstitucional, permanece ela incólume no sistema jurídico, enquanto o Judiciário assim não a tachar.

Em face disso, infere-se que, nas decisões das Cortes de Contas, somente há que se falar em “*negativa de eficácia*”, “*negativa de executoriedade*”, ou então, em “*declarar não eficaz ou não executável determinada lei ou ato administrativo*”; nunca poderão, repise-se, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com os efeitos e consequências dantes mencionadas. Sobre esse tema, confira-se a explicação de Luciano Chaves de Farias:

Como visto, é conferido aos Tribunais de Contas o poder de apreciar a constitucionalidade de normas. *Ab initio*, cabe desvendar a conotação do termo “apreciar”. Entende-se que tal verbo deva ser compreendido com parcimônia, restringindo-se à atribuição dos devidos efeitos, não devendo ser confundido com a capacidade para se retirar do ordenamento. [...] Resgatando básicas lições de Direito Civil, lembra-se de que os atos jurídicos (*lato sensu*) possuem uma tripla dimensão: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Nessa linha teórica, os atos jurídicos podem existir, serem válidos e eficazes. Podem existir, serem inválidos e ainda assim eficazes. Podem existir e serem inválidos e ineficazes ou simplesmente podem não existir, sendo um nada jurídico. Na apreciação realizada pelas Cortes de Contas a norma refratada federal, estadual ou municipal existe e é válida, porém tem seu campo eficaz reduzido, em virtude da aplicação da norma constitucional do art. 70, que confere aos Tribunais de Contas o poder de fiscalizar as contas dos administradores públicos sob aspecto da legalidade, legitimidade e economicidade dos seus gastos. Desse modo, a atuação dos Tribunais de

Contas alcança, tão-somente, o plano (ou campo) da eficácia, não detendo competência para retirar lei validamente inserida no sistema jurídico.³⁵⁵

Assentada essa premissa, faz-se necessária uma análise mais detida acerca do procedimento de operacionalização quando da constatação de eventual inconstitucionalidade pelos Tribunais de Contas.

Ora, da forma como é comumente conhecido, o incidente de arguição inconstitucionalidade no controle difuso encontra regulamentação nos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil.³⁵⁶ Em seus termos, todavia, trata das situações afetas exclusivamente ao âmbito judicial, as quais, por sua vez, encontram abordagem complementar e detalhada nos próprios regimentos internos dos Tribunais componentes do Poder Judiciário.

Com efeito, conforme a legislação processual civil, a declaração incidental de inconstitucionalidade perante Tribunal é realizada em duas etapas. A primeira ocorre perante a câmara, turma ou outro órgão fracionário competente para o julgamento do caso, e a segunda, perante o pleno ou órgão especial.

Arguida a inconstitucionalidade no controle difuso, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submete a questão prejudicial à turma ou câmara à qual competir o conhecimento do processo. Se a alegação for rejeitada, o processo prossegue normalmente, seguindo para julgamento, tendo em vista que a eficácia da norma não terá sido afetada.

Se, no entanto, a alegação de arguição de inconstitucionalidade for acolhida, será lavrado acórdão nesse sentido, sobrestado o julgamento do caso concreto e encaminhada a questão ao plenário do Tribunal ou ao seu órgão especial, competente para declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Na sequência e em complemento ao procedimento acima mencionado, eis o teor do artigo 97 da Constituição de 1988: “*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.*”.

³⁵⁵ FARIAS, Luciano Chaves de. *O Poder dos Tribunais de Contas de Examinar a Constitucionalidade das Leis e Normas*. Boletim de Direito Administrativo, ano XXII, n. 10, p. 1137-1144, out. 2006, p. 1142.

³⁵⁶ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 ago. 2016.

Observa-se, então, que se não for alcançado o *quorum* de maioria absoluta para votação, a norma é considerada constitucional e passível de aplicação. Após a declaração da inconstitucionalidade ou não, o julgamento é retomado na turma ou câmara respectiva, que deverá resolver o caso concreto, em consonância com a decisão do plenário ou órgão especial do Tribunal.³⁵⁷ Isso significa que a decisão pela inconstitucionalidade ou não, vincula o julgamento final de mérito a ser proferido.

Pois bem. No que se refere ao regime para a apreciação da constitucionalidade adotado no âmbito dos Tribunais de Contas, é certo que o Código de Processo Civil a eles não faz menção, conforme adiantado.

Mesmo assim, nesse particular, tomando-se por base o estudo o Tribunal de Contas da União, observa-se a utilização de sistemática similar, na medida em que, conforme já visto, foi reservada ao Plenário da Corte de Contas Federal a decisão sobre a existência de conflito de “*lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição*”, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU) conjugado com o art. 15, inciso I alínea “e”, do seu Regimento Interno.

No entanto, essencial ressaltar: ainda não foi regulamentado procedimento próprio para exame da matéria constitucional pela Corte de Contas, inexistindo, pois, qualquer menção à necessidade de vinculação expressa ao *quorum* de votação estabelecido na Constituição da República.

Ora, nesse sentido, considerando que o Tribunal de Contas possui competência para proceder ao controle difuso de constitucionalidade e efetivamente o vem exercendo, então, a nosso ver e apesar do silêncio, também deveria estar sujeito à regra do *quorum* qualificado estabelecida na Constituição Federal, nos termos preconizados pelo *caput* do seu art. 97, como condição de eficácia para suas decisões.

Entretanto, apesar de se tratar, na nossa visão, de algo intuitivo, lógico e minimamente razoável, o tema é controvertido na doutrina. Parte considerável sustenta que ao Tribunal de Contas não competiria a declaração de inconstitucionalidade em observância aos termos do art. 97 da CF/88, tal como afirmou Roberto Rosas:

³⁵⁷ Ressalte-se, por oportuno, que não cabe recurso da decisão do plenário ou do órgão especial que aprecia a constitucionalidade. A impugnação, inclusive da questão relativa à inconstitucionalidade, deverá ser contra o acórdão que vier a julgar o caso concreto.

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 (Carlos Casimiro Costa, “Competência dos Tribunais de Contas”, *RDA 84/430*, Themístocles Cavalcanti, “O Tribunal de Contas e sua competência constitucional”, *RDA 3/21*). 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.³⁵⁸

No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève, ao interpretar o art. 97, afirmou que, ao utilizar a expressão “*tribunais*”, o constituinte pretenderia referir-se apenas aos órgãos colegiados do Poder Judiciário, estando, por isso, os Tribunais de Contas fora da exigência de satisfação do *quorum* reclamado pelo mencionado dispositivo da Lei Fundamental. O eminente jurista sustentou seu argumento nas opiniões de Fernando Whitaker da Cunha, com apoio em José Luiz de Anhaia Mello.³⁵⁹

No entanto, a doutrina preconizada por Anhaia Mello tinha por base o contexto histórico da década de 1960, em que se sustentava a grande diferença entre deixar de aplicar uma lei e declará-la inconstitucional. Assim, quando manifestou sua opinião acerca do problema do *quorum* para manifestação da inconstitucionalidade (art. 200, sob a égide da Constituição de 1946³⁶⁰), pronunciou-se da seguinte forma:

Em nossa opinião como o Tribunal apenas nega cumprimento e não está qualificado entre os Tribunais, razão não há para seguir o mesmo processo, o mesmo rito determinado pelo citado art. 200. Basta maioria simples para que a decisão possa valer no sentido da inaplicabilidade de lei inconstitucional. Na verdade, não há julgamento de inconstitucionalidade, há apenas ato inaplicando e nesse particular não pode o Tribunal deixar de assim atuar. Na verdade, entre declarar e não cumprir vai grande distância. Mas se ao Tribunal de Contas não compete declarar, é-lhe defeso omitir-se.³⁶¹

³⁵⁸ ROSAS, Roberto. *Direito Sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 13. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 152.

³⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 82.

³⁶⁰ “Art. 200 - Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.”

³⁶¹ ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da competência do Tribunal de Contas para negar aplicação a leis inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 12.

Naquela época, tal como Anhaia Mello, os demais juristas que entendiam estar os Tribunais de Contas desvinculados do rito de votação estabelecido na Constituição, fundamentavam seus posicionamentos, sobretudo, na referida existência de distinção entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais. No intuito de compreender a origem dessa distinção, atente-se para explicação de José Afonso da Silva:

Tentou a doutrina divergente estabelecer, entre nós, a distinção que algumas constituições latino-americanas fazem entre inaplicabilidade da lei e declaração de inconstitucionalidade (El Salvador, artigos 95 e 96; Honduras, artigo 236; Uruguai; 258). [...] Foi o que, de certo modo, se pretendeu sustentar no Brasil, sob a Constituição de 1946, querendo distinguir entre julgamento de inconstitucionalidade e declaração de inconstitucionalidade, para concluir, sem razão, no entanto, que a “competência para a primeira é reconhecida, indistintamente e irrestritamente, a todos os órgãos do judiciário, tanto de primeira como de segunda instância”, ao passo que a “declaração de inconstitucionalidade é privativa do tribunal pleno e somente pode ser pronunciada pela maioria absoluta da totalidade dos seus juízes.”. Pelo que vimos antes, essa doutrina ficou logo superada pela jurisprudência e pela corrente que sustentava que qualquer juiz poderia declarar a inconstitucionalidade das leis e demais atos do poder público, assim como os tribunais; apenas a declaração destes, para valer, terá que decorrer do voto favorável da maioria absoluta de seus membros.³⁶²

Atualmente, porém, segundo ressalta Ronaldo Poletti, *“inexiste diferença ontológica entre declaração de inconstitucionalidade e sentença onde não se aplicou lei formalmente válida por entendê-la inconstitucional seu prolator”*. O doutrinador aduz que, a bem da verdade, *“a diferença é de eficácia, quanto aos efeitos, daquela decisão dos tribunais e daqueloutra pelos juízes singulares ou pelo Supremo Federal”*.³⁶³

Conforme leciona Luís Roberto Barroso, afastar a incidência de uma norma seria, na realidade, proceder a uma declaração de inconstitucionalidade:

Sempre que o órgão julgador afastar a incidência de uma norma, por considerá-la inconstitucional, estará procedendo a uma declaração de inconstitucionalidade, mesmo que o faça sem explicitar e independente de arguição expressa. Essa linha de entendimento, que é intuitiva, tem a chancela do Supremo Tribunal Federal, que em hipóteses diversas invalidou decisões de órgãos fracionários de tribunais inferiores, por violação ao art. 97 da Constituição. O fio condutor dos pronunciamentos da Corte foi o de

³⁶² SILVA, José Afonso da. *Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n.13-15, p. 105-171, dez.1978/dez. 1979, p. 130-131.

³⁶³ POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 198.

que a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, em controle difuso, é pressuposto para o afastamento da aplicação da norma tida por inconstitucional. E que tal declaração, em se tratando de decisão proferida por tribunal, só pode ser feita pelo plenário ou pelo órgão especial, por maioria absoluta.³⁶⁴

Voltando-se especificamente a análise do tema, Ronaldo Poletti afirma categoricamente que a regra do *quorum* se aplica, sim, aos Tribunais de Contas. O autor argumenta que a exigência do *quorum* não significa exclusividade dos tribunais judiciais para exercer a “*competência*” de declarar a inconstitucionalidade, pois a regra do art. 97 da Carta Magna seria de natureza instrumental, e, portanto, não indicaria competência.³⁶⁵

Nessa esteira, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao realizar análise acerca da competência que possuem os Tribunais de Contas para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, também defendeu a necessidade de *quorum* qualificado para o exercício dessa atribuição:

Há os que entendem, todavia, que essa competência há de ser exercida, incidentalmente, pelas referidas cortes, na apreciação do caso concreto no qual se verifique a eventual aplicação de lei ou ato tido por inconstitucional. Ainda nessa hipótese, não se deveria olvidar o disposto no art. 97 da Constituição, qual seja de *quorum* qualificado.

[...]

Se a inconstitucionalidade é apreciada incidentalmente (art. 97 da Constituição Federal), então não poderá o agente eximir-se de culpa por seus atos, porque terá agido em desobediência à decisão do Tribunal, no exercício do seu poder de dizer da constitucionalidade, enfocando-se aqui a Súmula n° 347/STF.³⁶⁶

Poletti e Jacoby Fernandes compartilham do mesmo entendimento já perfilado pela outra banda da antiga doutrina vinculada à égide da Constituição de 1946, de posicionamento diverso à Anhaia Mello. Nesse sentido, Lúcio Bittencourt, ao se manifestar acerca da questão do *quorum*, assim expressou:

O art. 200 da Constituição não tem outro efeito senão o de *condicionar* a eficácia da decisão declaratória da inconstitucionalidade *ao voto* – nem mesmo à *presença*, mas *ao voto*, pronunciado pela forma que a lei ordinária

³⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 88.

³⁶⁵ POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 197-198.

³⁶⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 378 e 386.

estabelecer – da maioria dos membros do tribunal. O referido preceito não é, *em si mesmo*, nem uma regra de funcionamento, nem uma norma de competência: estabelece apenas uma *condição de eficácia*.³⁶⁷

Pontes de Miranda, tratando especificamente do caso dos Tribunais de Contas, lecionava ser necessário obter a maioria absoluta dos votos dos seus membros para apreciar a constitucionalidade e decretar a nulidade de normas ou atos emanados pelo Poder Público:

Se bem que seja igualmente ilegal o ato que infringe a Constituição e o ato que infringe lei ordinária, porque o Poder Judiciário e, no caso do art. 77, I, II e III, o Tribunal de Contas tem, em ambos os casos, de decretar a nulidade, pode dar-se que o ato esteja conforme a lei e não conforme a Constituição, por ser a lei mesma contra a lei. A lei, que contra ela é, seria, então inconstitucional. A constitucionalidade [*sic*] não é mais do que espécie – a espécie mais conspícua – de ilegalidade. O Tribunal de Contas pode apreciá-la e decretar a nulidade do contrato, por maioria absoluta de votos dos seus membros (art. 200: “os tribunais”).³⁶⁸

Note-se, pois, que apesar de não ter sido expressamente atribuída ao Tribunal de Contas a faculdade de declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público a partir da regra do *quorum* qualificado preconizada no art. 97 da Constituição, é de se observar que o mencionado artigo também não o impede de exercer tal competência.

Por conseguinte, se a regra do art. 97 da Constituição não indica competência, mas apenas exige um *quorum* especial para o julgamento da inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, infere-se que o Tribunal de Contas ao proceder ao controle incidental de constitucionalidade, deveria adotar *quorum* qualificado como condições de eficácia jurídica de suas decisões.

Atualmente, contudo, não é o que se vê na prática. Exemplificativamente, voltando-se ao caso específico do Tribunal de Contas da União, é certo que referida Corte vem negando aplicação de normas a casos concretos, sem, no entanto, adotar procedimento específico para a apreciação do incidente de inconstitucionalidade.

Por isso, seria oportuno que o Tribunal de Contas da União implementasse um regime próprio para apreciação da matéria constitucional, por

³⁶⁷ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 45-46.

³⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*, Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, vol. IV, p. 105.

meio da regulamentação do processo decisório da arguição de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, no âmbito de seu Regimento Interno.

Como espelho no âmbito federal, o procedimento estabelecido no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça para apreciação incidental de constitucionalidade das normas, poderia ser adaptado às necessidades regimentais do TCU.³⁶⁹ Isto porque, observa-se a existência de algum paralelo entre o Tribunal de Contas da União e o Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que foram atribuídos aos membros da Corte de Contas os mesmos direitos, garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do STJ, conforme § 3º do art. 73 da CF/88.³⁷⁰

Por fim, outro importante destaque que merece abordagem no presente tópico, diz respeito às consequências advindas das decisões dos Tribunais de Contas no exame de conformidade constitucional de leis e atos normativos emanados do Poder Público, seja determinando que a unidade jurisdicionada deixe de aplicar determinada norma, por entendê-la inconstitucional; seja recomendando uma interpretação constitucional para determinado caso concreto.³⁷¹

³⁶⁹ No Superior Tribunal de Justiça, o procedimento para a declaração incidental de inconstitucionalidade encontra-se previsto nos artigos 199 e 200 do respectivo Regimento Interno, *in verbis*: “Art. 199. Se, por ocasião do julgamento perante a Corte Especial, for arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, suspender-se-á o julgamento, a fim de ser tomado o parecer do Ministério Público, no prazo de quinze dias. § 1º Devolvidos os autos e lançado o relatório, serão eles encaminhados ao Presidente da Corte Especial para designar a sessão de julgamento. A Secretaria distribuirá cópias autenticadas do relatório aos Ministros. § 2º Proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou ato impugnado, se num ou noutro sentido se tiver manifestado a maioria absoluta dos membros da Corte Especial. § 3º Se não for alcançada a maioria absoluta necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso, a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o quorum; não atingido, desta forma, o quorum, será convocado Ministro não integrante da Corte, observada a ordem de antiguidade (art. 162, § 3º). § 4º Cópia do acórdão será, no prazo para sua publicação, remetida à Comissão de Jurisprudência que, após registrá-lo, ordenará a sua publicação na Revista do Tribunal. Art. 200. A Seção ou a Turma remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial quando a maioria acolher arguição de inconstitucionalidade por ela ainda não decidida. § 1º Acolhida a arguição, será publicado o acórdão, ouvido, em seguida, o representante do Ministério Público, em quinze dias. § 2º Devolvidos os autos, observar-se-á o disposto nos parágrafos 1º e 3º do artigo anterior. § 3º O relator, ainda que não integre a Corte Especial, dela participará no julgamento do incidente, excluindo-se o Ministro mais moderno.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: STJ, 296 p. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 12 ago. 2016).

³⁷⁰ Tal sugestão igualmente aplicar-se-ia, no que couber e de forma paralela, a todas as demais Cortes de Contas brasileiras, com os Conselheiros de Contas, a nível estadual e municipal, sendo equiparados aos Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos respectivos Estados.

³⁷¹ Novamente, em sede de controle difuso de constitucionalidade, lembre-se que a Corte de Contas jamais declara a lei ou o ato normativo inconstitucionais em tese, limitando-se apenas a considerar a norma aplicável ou inaplicável.

Nesse contexto, indaga-se: as deliberações do Tribunal de Contas afetas ao tema do controle de constitucionalidade de leis e/ou atos normativos vinculam a Administração Pública? Em outros termos, pode o Tribunal de Contas proferir decisões sobre o assunto, de natureza não judicante e administrativa, e, ainda assim, vincular o Executivo, mesmo sem qualquer manifestação pretérita do Poder Judiciário? E, em caso positivo e nesse contexto, seria possível aplicar alguma sanção ao gestor/administrador público em face de eventual descumprimento de uma deliberação do Tribunal de Contas?

Pois bem. Inicialmente, a nosso sentir, a decisão da Corte de Contas, seja ela de que natureza for, dentro de suas atribuições constitucionais, possui, de fato, **caráter impositivo e vinculante para a Administração**. Não se pode colocar a decisão proferida pelo Tribunal de Contas no mesmo nível que uma decisão proferida por órgão integrante da Administração Pública.

Embora ambos tenham natureza administrativa, não faria o menor sentido que a Administração pudesse ignorar as decisões dos Tribunais de Contas, seja pelo assento constitucional que assume – protagonista do controle no ordenamento jurídico pátrio –, seja pelo próprio princípio da separação de poderes e sua releitura no contexto constitucional atual, seja porque os atos controlados não tem a mesma força que os atos de controle, caso contrário o órgão controlado estaria, de certa forma, revisando as decisões da instância fiscalizadora.

Pode-se afirmar, então, que a decisão do Tribunal de Contas, se não se iguala à decisão jurisdicional, porque está sujeita também ao controle pelo Poder Judiciário, como já visto, também não se identifica com a função puramente administrativa; ela se coloca a meio caminho entre uma e outra.

Em consequência, as decisões dos Tribunais de Contas se sobrepõem às decisões das autoridades administrativas, muito por conta de sua natureza jurídica *sui generis* e competência outorgada pela Lei Maior para a fiscalização das contas públicas, vinculando, sim, por conseguinte, o restante da Administração Pública, qualquer que seja o nível em que se insiram na hierarquia do aparelhamento estatal, mesmo no nível máximo da chefia do Poder Executivo.

Desse modo, em resumo, se, por um lado, as deliberações dos Tribunais de Contas, iniludivelmente administrativas, são suscetíveis de apreciação pelo Judiciário, podendo vir a ser anuladas por este, por outro lado, o mesmo não pode fazer a Administração, posto que o Tribunal de Contas, instituição

constitucionalmente estabelecida para vigiar a execução e a boa aplicação dos recursos públicos, é sobranceiro à própria Administração, que fica vinculada às deliberações advindas da Corte de Contas, não podendo ignorar suas deliberações ou contrariar suas decisões.

Nesse cenário, volta-se à questão sobre as eventuais consequências sancionatórias a serem impostas aos gestores públicos, caso os mesmos não observem as deliberações do Tribunal de Contas que versem sobre a constitucionalidade de lei e/ou ato normativo emanado do Poder Público.

Ora, de início, importante ressaltar que não se desconhece o influxo de certos princípios na atuação administrativa, tais como os princípios da segurança jurídica e da presunção de legalidade e legitimidade das leis e dos atos normativos.

Não é difícil observar que a atuação das Cortes de Contas no afastamento da aplicação de leis e atos do Poder Público por reputá-los inconstitucionais, pode gerar grande insegurança jurídica aos seus jurisdicionados, já que, em razão de tais decisões, são obrigados a deixar de aplicar normas que, até então, possivelmente não haviam sido objeto de qualquer manifestação e/ou questionamento, seja perante a Suprema Corte ou mesmo frente a outro órgão jurisdicional inferior, que retirasse sua presunção de constitucionalidade, legalidade e legitimidade.

Apesar disso, também é certo que a fiscalização sob os aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade, tal como inserida na Constituição de 1988, foi e é, em especial, determinante para a fixação do atual papel dos Tribunais de Contas no cenário nacional, na medida em que introduziu um novo mecanismo de controle do patrimônio público e, por consequência, passou a exigir um novo comportamento dos gestores/administradores públicos.

Considerando estas particularidades, é possível afirmar que o exame de constitucionalidade realizado pelas Cortes de Contas e a adoção de determinada posição sobre a lei e/ou o ato normativo, deve servir, **primordialmente**, como uma deliberação pedagógica, de relevante auxílio à Administração Pública, de caráter informativo e orientador para todos os órgãos jurisdicionados.

Essa posição, contudo, não afasta a natureza **impositiva e vinculante** da determinação exarada pelo Tribunal no exame de constitucionalidade, a ponto de, depois de emanada, tornar-se um **dever** a imposição de sanções aos

administradores públicos, na hipótese de descumprimento de decisão que verse sobre esse tema.

Nesse ponto, ressalte-se uma premissa essencial: eventual determinação dos Tribunais de Contas dessa natureza, somente restaria plenamente válida, eficaz e exigível se, e apenas se, fosse adotada após se submeter ao competente rito processual para deliberação da arguição incidental de inconstitucionalidade, a ser devidamente regulamentado em seus respectivos instrumentos normativos (Lei Orgânica *c/c* Regimento Interno); rito este que, sempre e necessariamente, deverá observar a regra do *quorum* especial para o julgamento em sede de controle difuso de constitucionalidade, previsto no art. 97 da Constituição Federal de 1988.

Isto posto, sobrevindas deliberações no contexto mencionado, e sob a condição acima referenciada, seria possível aos Tribunais de Contas aplicar sanções aos seus jurisdicionados quando os mesmos incorrerem no descumprimento, sem justo motivo, de decisão da Corte de Contas. Como exemplo, no âmbito federal, a sanção aplicável pelo Tribunal de Contas da União seria a **multa administrativa**, também aplicável em caso de reincidência na mesma prática.³⁷²

É oportuno mencionar, ainda, que seria **defeso** ao Tribunal de Contas julgar irregular e/ou aplicar eventuais sanções pela prática de ato administrativo no exercício da gestão pública – fundamentado em lei ou ato outro normativo considerados, pelo Tribunal, inconstitucionais –, que seja **pretérita** às deliberações e/ou recomendações exaradas, as quais assumiriam força impositiva e vinculante somente para os atos a elas **supervenientes**. Isto, considerando, em especial, a incidência dos já mencionados princípios da segurança jurídica e da presunção de legalidade e legitimidade das leis e dos atos normativos, bem como a ausência de competência das Cortes de Contas de emitirem decisões com efeitos *ex tunc*.

Enfim. As decisões dos Tribunais de Contas afetas ao tema do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos emanados do Poder Público vinculam a toda a Administração, no âmbito da respectiva competência, e, se não observadas, ensejam penalização do gestor público, desde que observados alguns requisitos, notadamente, o *quorum* constitucional do art. 97 da CF/88 para o julgamento da arguição de inconstitucionalidade. Servem, ademais, para sinalizar

³⁷² Art. 58, incisos IV e VII da Lei n.º 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU) *c/c* Art. 268, incisos VII e VIII do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

um entendimento assentado no âmbito das respectivas Cortes, criando precedentes para uniformização de sua jurisprudência, de maneira a orientar previamente o modo de agir dos jurisdicionados e prevenir a ocorrência de eventuais prejuízos ao interesse público, tais como danos ao patrimônio público, malversação de recursos financeiros etc.

6 CONCLUSÃO

Ao fim deste estudo, como conclusão do quanto construído nos capítulos anteriores, resta, pois, sintetizar a finalidade que moveu os pensamentos alinhavados, os quais primaram por averiguar o tema afeto à atuação dos Tribunais de Contas no Brasil e suas imbricações no exercício do controle de constitucionalidade das normas jurídicas emanadas do Poder Público, de modo a elucidar toda a matéria que envolve o exame de conformidade constitucional dos atos administrativos de gestão pública sob seu exame e, via de consequência, das leis e dos atos normativos que os fundamentam.

Assim, expendidas essas tantas linhas, e com estofo nas premissas ali encontradas, passa-se, então, a pontuar sinteticamente as conclusões que esta investigação, acredita-se, proporcionou:

1. Verificou-se que a Constituição – documento escrito que norteia todo o desenvolvimento jurídico do Estado e que outorga o gozo e a fruição dos direitos pelo povo – constitui o ponto de referência máximo, orientador de toda atividade estatal, sendo o fundamento último de referência e validade de todos os atos normativos, sejam legislativos, administrativos ou jurisdicionais, servindo como instrumento garantidor de direitos e garantias fundamentais individuais, e limitador de ação dos Poderes estatais constituídos.
2. O estudo do tema afeto ao controle de constitucionalidade baseou-se, pois, no princípio da supremacia da Constituição, que posiciona a Carta Magna acima de todas as outras manifestações do Direito, as quais, ou são com ela compatíveis, ou nenhum efeito devem produzir.
3. Nesse contexto, analisaram-se os três principais modelos pelos quais a fiscalização do ordenamento jurídico poderá ser exercida, de forma a garantir a preponderância da Constituição sobre todo e qualquer ato que lhe seja contrário: (i) o modelo difuso, também denominado incidental, cuja consolidação ocorreu nos Estados Unidos da América, e consiste no

exercício de controle de constitucionalidade pelo juízo singular e nos casos concretos; *(ii)* o modelo concentrado, idealizado pelo austríaco Hans Kelsen, também denominado abstrato, pelo qual a declaração de inconstitucionalidade das normas é feita por um tribunal específico, especializado e autônomo, separado das funções estatais, em que não há a necessidade de se discutir situações concretas para a análise da adequação constitucional da norma; e *(iii)* o modelo político, estudado a partir do sistema adotado na França, em que a fiscalização da constitucionalidade é exercida por meio de um órgão também estranho ao Judiciário, que tem competência para avaliar previamente a adequação constitucional de determinada norma.

4. Considerando os três principais sistemas de controle de constitucionalidade desenvolvidos no mundo, afirmou-se que, no direito brasileiro, após detida análise, o controle acompanhou não apenas um – como ocorreu na grande maioria dos países europeus e latino-americanos –, mas os três sistemas mencionados: *(i)* o controle nos moldes franceses influenciou muito a Constituição de 1824; *(ii)* o controle difuso americano prevaleceu a partir da proclamação da República; e *(iii)* o controle concentrado kelseniano é contemporâneo às ideias de seu idealizador e ganhou bastante importância com o processo de redemocratização e com a promulgação da Constituição de 1988.

5. Viu-se, então, que a evolução legislativa e jurisprudencial conduziu o Brasil pós-88 para a adoção de um sistema jurisdicional híbrido e/ou misto de controle de constitucionalidade, que admite a convivência de duas espécies de controle judicial, sendo ambos realizados pelo Poder Judiciário:

(i) O sistema difuso, efetuado pela jurisdição ordinária comum, constituída por qualquer magistrado ou tribunal, em que o exame de constitucionalidade da matéria é tratado no caso concreto, em um processo específico, e, justamente por representar uma questão incidental no bojo da ação principal, a declaração de inconstitucionalidade somente opera efeitos *inter partes*,

desconstituindo, para elas, todos os atos pretéritos praticados sob o pálio na norma questionada. Referida norma, porém, permanece eficaz e aplicável para terceiros, até que, se o caso, o Senado Federal, após eventual declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, suspenda sua executoriedade, estendendo, assim, os efeitos da declaração por meio de Resolução, que vigora a partir de sua publicação; e

(ii) O sistema abstrato, efetuado pela jurisdição constitucional, por via de ação direta, em que o exame de constitucionalidade se concentra no Supremo Tribunal Federal ou nos Tribunais de Justiça dos Estados, e busca a declaração de inconstitucionalidade em tese da norma contrária à Constituição, ou seja, o rechaço e de expulsão definitiva do ordenamento jurídico. A decisão da Suprema Corte tem eficácia *erga omnes* e produz, em regra, efeito retroativo, desfazendo-se todas as situações constituídas ao albergue da malsinada norma, sendo certo, contudo, que, em casos excepcionais, a decisão pode produzir efeitos prospectivos ou a partir de data fixada pelo Supremo Tribunal Federal, por motivos de segurança jurídica e/ou de relevante interesse social.

6. Assim, atualmente, no sistema de controle judicial de constitucionalidade consagrado na Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal é erigido como órgão titular da “*guarda da Constituição*”, cabendo-lhe atuar não só em caráter concentrado de competência originária, mas também exercendo jurisdição constitucional incidental em último grau, assumindo o papel de tribunal revisor da questão constitucional no âmbito do controle difuso, proferindo decisões terminativas da lide em ambas as situações.

7. Entretanto, em que pese o sistema brasileiro de fiscalização da inconstitucionalidade adotar, como regra geral, o controle judicial, consagrando o protagonismo dos órgãos do Poder Judiciário, que detêm a palavra final e definitiva acerca da interpretação da Constituição,

destacou-se que o próprio texto constitucional de 1988, em conjunto com o sistema jurídico brasileiro como um todo, estabeleceu algumas hipóteses em que os Poderes Executivo e Legislativo desempenham papel relevante no controle de constitucionalidade. Isto porque, é sabido que o princípio da separação de poderes do Estado não implica em separação e/ou isolamento absoluto, muito por conta da própria previsão constitucional que exige, não só a independência, mas também harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

8. Nesse contexto, especial atenção mereceu o controle realizado pelo Poder Executivo, vez que em semelhante atuação incorreriam os Tribunais de Contas no Brasil. Considerando a orientação doutrinária e jurisprudencial predominante, verificou-se que, atualmente, mesmo após a implementação do controle concentrado de constitucionalidade em 1965 e seu aprimoramento em 1988, permanece à Administração Pública a autorização para negar a aplicação de lei e/ou ato normativo que se revele incompatível com a Constituição Federal, deixando-se assente de que não se trata efetivamente de um controle de constitucionalidade propriamente dito, mas de deixar cumprir, de negar efetividade, à lei ou ato normativo inconstitucional. Aliás, nesse particular, a Administração não só está autorizada a deixar de cumprir norma inconstitucional, como é seu dever fazê-lo.

9. Caberia ao Chefe do Executivo decidir, quando da análise do caso concreto, sobre o descumprimento de lei eventualmente eivada de inconstitucionalidade, por meio de demonstração razoável e devidamente fundamentada, restando claro que a negação de eficácia à norma inconstitucional perdurará até manifestação em contrário do Poder Judiciário, se acionado; requisito que se impõe por força da obrigatória observância do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

10. Assentadas essas premissas, o trabalho adentrou ao estudo detido dos Tribunais de Contas, abordando, inicialmente, os precedentes

históricos no mundo e em âmbito nacional interno, para, posteriormente, dedicar-se à análise de seus principais aspectos e características dentro da conjuntura da Constituição Federal de 1988, de forma a esclarecer os pontos referentes à sua posição atual na organização dos Poderes, bem como a respeito da sua verdadeira natureza jurídica, para, aí sim, verificar a existência de competência ou não para o controle da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.

11. Inferiu-se, de início, que o controle da Administração Pública e das contas públicas, mesmo que de forma rudimentar, foi exercido desde os primórdios da Antiguidade. As formas e espécies de controle se davam de acordo com a época, as necessidades e a cultura de cada povo, sempre tendo em conta a correta aplicação, guarda e gerenciamento das rendas públicas estatais. Com efeito, diz-se que ao nascer o Estado de Direito, com poderes separados, mas mutuamente controlados, também nasce a garantia do cidadão de controlar os gastos públicos e de exigir a prestação de contas do administrador público. Verificou-se, então, que o controle é fundamental às instituições democráticas, sendo certo que só haverá plena efetivação dos direitos e garantias fundamentais em um Estado que possua, além da clássica tripartição de poderes, um órgão controlador externo com funções bem delineadas constitucionalmente. Esse órgão é o Tribunal de Contas.

12. Especificamente no Brasil, demonstrou-se, então, que os Tribunais de Contas, apesar de contarem com uma evolução histórica conturbada e permeada de significativos avanços e retrocessos ao longo do *iter* constitucional, atualmente, da forma como estão positivados no ordenamento jurídico pátrio, encontram-se consolidados no cenário constitucional. São, pois, órgãos de suma importância na proteção dos interesses dos cidadãos e no fortalecimento do Estado Democrático de Direito, por meio do qual se estabeleceram os ditames responsáveis por alçar o controle à condição de categoria fundamental, com vistas justamente a limitar o exercício do poder, que tende a ser efetivado com abuso e autoritarismo.

13. Nessa esteira, o Tribunal de Contas, pela Carta de 1988, foi alçado à condição de protagonista do controle no ordenamento jurídico pátrio. É classificado como instituição *sui generis* – vez que refoge à clássica divisão formulada por Montesquieu, pois intermediária à classificação tripartite – além de **independente** e **autônoma** – vez que desvinculada de qualquer relação de subordinação e/ou dependência com os três poderes constituídos – que, no desempenho das suas atribuições e competências constitucionais, assiste ao controle externo da gestão pública, prestando auxílio de natureza técnica-especializada ao Poder Legislativo; daí sua fundamental importância no sistema de “*freios e contrapesos*”, uma vez que fiscaliza, indistintamente, Executivo, Legislativo e Judiciário.

14. Viu-se, ademais, que os Tribunais de Contas emanam decisões que não gozam de definitividade jurisdicional, dado o previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Contudo, se, por um lado, em se tratando de eventual ameaça ou lesão a direito, outra ilegalidade manifesta, ou mesmo se a decisão administrativa emanada apresentar incongruência entre parâmetros e critérios estabelecidos, seus motivos determinantes e finalidades perquiridas, não resta dúvida que poderá a decisão ser anulada por determinação judicial; por outro lado, ao Poder Judiciário é defeso apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos, porquanto se limita a extirpar ato eivado de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade, impedindo que eventual discricionariedade transfigure-se em arbitrariedade.

15. Sedimentados os pontos imprescindíveis à mínima compreensão da instituição Tribunal de Contas, passou-se especificamente ao estudo das suas competências ampliadas pela Constituição Federal de 1988, e, em consonância com os objetivos pretendidos na dissertação, realizou-se um aprofundamento sobre a possibilidade dos Tribunais de Contas analisarem a constitucionalidade das leis e atos normativos sob seu exame. Com efeito, após detida análise, verificou-se ser plenamente admissível aos Tribunais de Contas, na sua atual feição e bem cumprindo

sua missão institucional de agente fiscalizador, verificar a conformidade de leis e atos normativos perante a Constituição Federal, com fundamento, por si só, nas próprias competências a eles atribuídas, decorrentes de suas prerrogativas de controle previstas constitucionalmente: **legalidade, legitimidade e economicidade**.

16. Constatou-se que os Tribunais de Contas, ao efetuarem a análise de conformidade constitucional de leis e atos normativos, não só não usurpam competência do Poder Judiciário, como são obrigados a assim proceder. Isto porque, em caso contrário, seriam compelidos à sua própria extinção e os dispositivos a seu respeito previstos na Constituição Federal tornar-se-iam letra morta, porque não lhes seriam reconhecidas as competências atribuídas constitucionalmente para exercerem seus deveres, as mesmas que justamente os autorizam a efetuar a análise de conformidade constitucional de leis e atos normativos.

17. Para corroborar ainda mais esse posicionamento, apresentou-se outro fortíssimo argumento, lastreado no enunciado da **Súmula n.º 347 do Supremo Tribunal Federal**, que permite aos Tribunais de Contas, no e para o exercício de suas atribuições constitucionais e legais, apreciarem a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Isto porque, viu-se que a Súmula n.º 347/STF foi recepcionada pela Constituição de 1988, encontrando-se plenamente válida e aplicável, refletindo a sabedoria do julgador superior ao conceder atribuição jurisprudencial para dar azo à interpretação e amplitude ao julgador administrativo.

18. Ressaltou-se, entretanto, que, ao se afirmar que os Tribunais de Contas apreciam a constitucionalidade das leis, o que se está querendo dizer é que eles podem, diante de norma inconstitucional e no caso concreto específico, deixar de aplicá-las, vez que não podem declarar inconstitucionais as normas em abstrato, de maneira a extirpá-las do sistema jurídico pátrio, estendendo os efeitos *erga omnes*, porque a Constituição não lhes conferiu essa competência. Pode-se afirmar, então, que, nesse particular, procede-se o controle **difuso** e **incidental** de

constitucionalidade, sempre com **efeitos ex nunc**. Não pretende o Tribunal de Contas, pois, julgar a constitucionalidade da lei com o mesmo objetivo do Supremo Tribunal Federal, referida possibilidade cinge-se apenas à negativa de aplicação dos dispositivos impugnados; fazem isso, aliás, sem caráter de conclusividade e sob a eventual censura do Poder Judiciário no âmbito do controle judicial difuso da constitucionalidade das normas jurídicas.

19. Desse modo, as decisões que adotam nesta matéria limitam-se a, verificada a incompatibilidade com a Constituição, **negar executoriedade**, no caso concreto, aos atos de administração e gestão submetidos à sua fiscalização, bem como às leis e aos atos normativos que os fundamentam. As normas jurídicas cuja inconstitucionalidade for constatada em caráter incidental pelas Cortes de Contas, permanecem no sistema normativo, são válidas, mas não produzem efeitos, serão ineficazes para os respectivos casos em que a anomalia legislativa for apurada, até que o Poder Judiciário declare a retirada de sua validade, vez é o único que detém a competência para tanto.

20. Havendo supremacia da Constituição, é impensável, pois, cogitar a possibilidade de obrigar as Cortes de Contas a aplicar leis que considerem inconstitucionais. Ao mesmo tempo em que não se desconhece que a última palavra em matéria constitucional cabe, sempre, ao órgão jurisdicional constitucional, é certo, do mesmo modo, que não é a única. Ao afastar a aplicabilidade de uma lei ou ato normativo ao argumento de que estão em dissonância com o ordenamento constitucional vigente, os Tribunais de Contas atuam como verdadeiros guardiões do Estado Democrático de Direito, com vistas a evitar que desmandos e malversações de dinheiro público se perpetuem sob a proteção normativa inconstitucional; mesmo porque, reitera-se, o exame de constitucionalidade decorre das suas próprias atribuições, extraídas, essencialmente, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição.

21. Ao término do trabalho, optou-se por esboçar algumas propostas acerca do procedimento prático de operacionalização quando da constatação de eventual inconstitucionalidade pelos Tribunais de Contas, bem como com relação às consequências advindas das decisões dos Tribunais de Contas no exame de conformidade constitucional de leis e atos normativos emanados do Poder Público.

22. Em linhas gerais, concluiu-se que as decisões dos Tribunais de Contas afetas ao tema do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos emanados do Poder Público, obrigatoriamente vinculam a toda a Administração, no âmbito da respectiva competência, e, se não observadas, ensejam penalização do gestor público – tal como a imposição de multa administrativa –, mas desde que observados alguns requisitos, notadamente, o *quorum* constitucional do art. 97 da CF/88 para o julgamento da arguição de inconstitucionalidade. Servem, ademais, para sinalizar um entendimento assentado no âmbito das respectivas Cortes, criando precedentes para uniformização de sua jurisprudência, de maneira a orientar previamente o modo de agir dos jurisdicionados e prevenir a ocorrência de eventuais prejuízos ao interesse público, tais como danos ao patrimônio público, malversação de recursos financeiros etc.

Pois bem. Elencadas as conclusões, aduz-se que o presente trabalho pretendeu demonstrar que não se pode menoscabar a participação dos Tribunais de Contas no novo cenário de interpretação constitucional participativa e democrática pós-88. Sua “*leitura*” da Constituição não é feita a esmo, sem fundamentos, mas sim com espreque em profundo conhecimento das matérias que lhe são afetas, bem como em suas próprias competências constitucionais.

Para dar cabo ao seu mister constitucional o Tribunal de Contas não pode deixar de proceder o exame de constitucionalidade das normas invocadas pelos administradores como legitimadoras dos atos praticados na gestão da coisa pública. Não se pode impor que o Tribunal simule não ter detectado qualquer descompasso normativo em face da Lei Maior, perpetuando a irregularidade porventura verificada,

cabendo-lhe, sim, afastar a aplicação do dispositivo que destoi do arcabouço constitucional.

Com efeito, retirar do Tribunal de Contas o dever institucional de analisar, no caso concreto, a constitucionalidade de lei e atos normativos do Poder Público, é despir-lhe de armas e ferramentas que depõe no desempenho de suas funções. É enfraquecer seu poder na luta contra as artimanhas de gestores públicos negligentes em prejuízo do erário e de toda a sociedade. Além disso, eventual subtração dessa competência acarretaria grave retrocesso e um descompasso total com os rumos do atual cenário delineado pelo constitucionalismo democrático, com o conseqüente enfraquecimento da função de controle da gestão pública.

Pode-se dizer, assim, que a competência dos Tribunais de Contas para afastar a aplicabilidade de leis e atos normativos por ofensa à Constituição decorre, essencialmente, da sua tessitura constitucional e das relevantes atribuições que lhe foram conferidas, razão pela qual se sustenta que não lhe reconhecer tal prerrogativa afronta gravemente os corolários democráticos e republicanos.

7 BIBLIOGRAFIA

ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da competência do Tribunal de Contas para negar aplicação a leis inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Tribunais de Contas – natureza, alcance e efeitos de suas funções*. RDP 73:181-92, jan./mar. 1985.

BARBOSA, Ruy. *Exposição de Motivos de Rui Barbosa sobre a Criação do TCU*, publicada na *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília: v. 30, n. 82, 253-262, out/dez. 1999.

BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal [Rio de Janeiro]: Companhia Impressora, 1893.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Poder Executivo – Lei Inconstitucional – Descumprimento*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 181/182:387-414, jul./dez. 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 07 jun. 2016.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e ampl., Coimbra: Almedina, 1996, t. I.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 14. reimp., Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed., reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de Poderes do Estado*. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, ano 18, n. 38, 40-56, out./dez. 1997.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do contrôle da constitucionalidade*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *O Tribunal de Contas – Órgão Constitucional – Funções Próprias e Funções Delegadas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 109:1-10, jul./set. 1972.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. *Tribunal de Contas: evolução e principais características no ordenamento jurídico brasileiro*. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos - estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COSTA, Sylo da Silva. *O Quarto Poder*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XV, n. 4, 1997. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1997/04/-sumario?next=4>. Acesso em: 06 maio 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 166:1-16, out./dez. 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Coisa julgada – aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União*. Revista do Tribunal de Contas da União. v. 27, n. 70, out./dez. 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional: Instituições de Direito Público*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

DROMI, Roberto. *Sistema y valores administrativos*. 1. ed., Buenos Aires-Madrid, 2003.

DUVERGER, Maurice. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1959.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed., 4.^a reimpressão. Madri, Civitas, 2001.

FARIAS, Luciano Chaves de. *O Poder dos Tribunais de Contas de Examinar a Constitucionalidade das Leis e Normas*. Boletim de Direito Administrativo, ano XXII, n. 10, p. 1137-1144, out. 2006.

FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1993.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Limites à revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XVI, n. 2, 1998. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/02/-sumario?next=4>. Acesso em: 19 maio 2016.

FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública: elementos para a compreensão dos tribunais de contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y Constitución*. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). *El estado moderno em Europa: instituciones y derecho*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed., rev. e ampl. e atual., Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Tercera edición. Madrid: Revista de Occidente, 1953.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2. ed. rev. e ampl., 2. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Fierro e Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. Deuxième Édition. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1929.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAUBÉ, Vitor Rolf. *Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 29, n. 113, 307-326, jan./mar. 1992.

MARANHÃO, Jarbas. *Heraclio Salles e o Tribunal de Contas*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 38, n. 149, p. 53-60, jan./mar. 2001.

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

MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Convalidação legislativa*. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 34, n. 134, abr./jun. 1997.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 2: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competências originária dos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MILESKI, Hélio Saul. *Tribunais de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras*. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos - estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2004, t. V.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MONTEBELLO, Marianna. *Os tribunais de contas e o controle das finanças públicas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XVII, n. 2, 1999. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=4>. Acesso em: 03 maio 2016.

MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. *O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo*. Revista Forense, v. 79, n. 284, 101-115, out./dez. 1983.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. 2. ed., 2.^a tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 223:1-24, jun./mar. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ética e funções essenciais à Justiça no presidencialismo moderno. Subsídios para a revisão constitucional*. Revista de Informação Legislativa, ano 30, n. 120, 67-82, out./dez. 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXI, n. 3, 2003. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2003/03/-sumario?next=14>. Acesso em: 01 maio 2016.

PETIAN, Angélica. *O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pelos Tribunais de Contas*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, a. 7, n. 74, 17-29, abr. 2007.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Publico Brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1857.

POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, vol. II e IV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. III.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., ajustada ao novo código civil, São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSAS, Roberto. *Direito Sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 13. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHMITT, Carl. *O Guardiã da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Revista Forense, 1957.

SHEPPARD, Steve (org.). *Sir Edward Coke, The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*. Vol. 1. Indianapolis: Liberty Fund, 2003. Chapter: Dr. Bonham's Case. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/title/911/106343>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n.13-15, p. 105-171, dez.1978/dez. 1979.

SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: Controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso no Mandado de Segurança n.º 7.243*, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 20.01.1960, Relator Ministro Luiz Gallotti. Revista de Direito Administrativo, v. 59, 338-353, jan./mar. 1960.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso no Mandado de Segurança n.º 13.950*, Relator Ministro Amaral Santos, julgado em 10.12.1968. Revista de Direito Administrativo, v. 97, 116-120, 1969.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Representação n.º 512*, do Rio Grande do Norte, Relator Ministro Pedro Chaves, julgado em 07.12.1962. Revista de Direito Administrativo, v. 76, 308-314, abr./jun. de 1964.

TÁCITO, Caio. *Comentário. Anulação de Leis Inconstitucionais*. Revista de Direito Administrativo, v. 59, 339-350, jan./mar. 1960.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 194:31-45, out./dez. 1993.

VELLOSO, Carlos. *O Supremo Tribunal de Justiça do Império e o Supremo Tribunal Federal Republicano*. (Discurso pronunciado pelo Ministro Carlos Velloso, na Sessão Solene, realizada em 18 de setembro de 2003, em que o Supremo Tribunal Federal comemorou o centésimo setuagésimo quinto aniversário da Lei de 18 de setembro de 1828, que criou o Supremo Tribunal de Justiça do Império, antecessor do Supremo Tribunal Federal). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61310>>. Acesso em: 06 abr. 2016.