



A Corte de Contas e a Competência para Apreciação Incidental de Normas



Diego Moreno da Rocha



A Corte de Contas e a Competência para Apreciação Incidental de Normas



Diego Moreno da Rocha

 **Bookerfield**

Editora Chefe

Marcia A. A. Marques

Coordenadora Editorial

Isabela Arantes Ferreira

Bibliotecária

Eliete Marques da Silva

Diagramação

Marcos Antonio Ribeiro Pereira

Arte da Capa

Matheus Lacerra

Imagem da Capa

Freepik

Revisão

Os Autores

O conteúdo deste livro está licenciado sob uma licença de Atribuição Creative Commons. Atribuição-Não-Comercial Não Derivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).



2021 by Bookerfield Editora

Copyright © Bookerfield Editora

Copyright do Texto © 2021 Os autores

Copyright da Edição © 2021 Bookerfield Editora

Os autores cedem à Bookerfield Editora os direitos para esta edição

Esta obra é de natureza digital (e-book). Versões impressas são permitidas, não tendo a Bookerfield Editora qualquer responsabilidade pela confecção e distribuição de exemplares físicos deste conteúdo.

Todos os manuscritos da obra passaram por rigorosa avaliação cega pelos pares, baseadas em critérios científicos e imparciais, recebendo a aprovação após atender os critérios técnicos estabelecidos pelo Conselho Editorial.

Todo o conteúdo do livro e de artigos individuais é de responsabilidade exclusiva de seus respectivos autores, não sendo a Bookerfield Editora responsável por quaisquer eventuais irregularidades.

Situações como plágio, má conduta ética/científica ou dados e resultados fraudulentos são de responsabilidade do autor, comprometendo-se a Bookerfield Editora em investigá-las rigorosamente e tomar as ações cabíveis.

O download, compartilhamento e referência da obra são permitidos mediante atribuição de crédito aos autores e à Editora. A comercialização desta obra é expressamente proibida.

CONSELHO EDITORIAL

Ciências Agrárias

Afrânio Silva Madeiro
Alirya Magda Santos do Vale Gomes
Ana Luiza Trovo Marques de Souza
André Giarola Boscarato
Carlos Eugenio Fortes Teixeira
Daniela Kunkel
Daniele Cristina Ficanha
Elson Barbosa da Silva Junior
Fabiana Schiochet
Fernanda Beatriz Pereira Cavalcanti
Fernanda Morcatti Coura
Flávio José Rodrigues Cruz
Guilherme Donadel
Heiriane Martins Sousa
Jairton Fraga Araujo
João Francisco Severo Santos
Joelma Leão Buchir
Kleber Fernando Pereira
Maria Cristina Bueno Coelho
Monyck Jeane dos Santos Lopes
Pablo Daniel Freitas Bueno
Renato Jaqueto Goes

Ciências Biológicas

Afrânio Silva Madeiro
Alirya Magda Santos do Vale Gomes
Ana Luiza Trovo Marques de Souza
André Giarola Boscarato
Carlos Eugenio Fortes Teixeira
Daniela Kunkel
Daniele Cristina Ficanha
Elson Barbosa da Silva Junior
Fabiana Schiochet
Fernanda Beatriz Pereira Cavalcanti
Fernanda Morcatti Coura

Flávio José Rodrigues Cruz
Guilherme Donadel
Heiriane Martins Sousa
Jairton Fraga Araujo
João Francisco Severo Santos
Joelma Leão Buchir
Kleber Fernando Pereira
Maria Cristina Bueno Coelho
Monyck Jeane dos Santos Lopes
Pablo Daniel Freitas Bueno
Renato Jaqueto Goes

Ciências da Saúde

Alexandre Visconti Brick
Aline Correa de Carvalho
Ana Luiza Trovo Marques de Souza
André de Araújo Pinto
Andressa Ribeiro Contreira
Bárbara de Lima Lucas
Bianca Barros da Costa
Carlos Vinícius Pagani Vieira Machado
Débora Cristina Damasceno
Deborah Margatho Ramos Gonçalves
Diogo de Sousa Martins
Elisângela Rodrigues Carrijo
Emanuel Tenório Paulino
Estélio Henrique Martin Dantas
Eveline Fernandes Vale
Fabiana Leticia Sbaraini
Fabio José Antonio da Silva
Jaqueline Rocha Borges dos Santos
João Francisco Severo Santos
José Aderval Aragão
José Roberto Zaffalon Júnior

Jovino Gentilini Junior
Juliane Campos Inácio
Líncon Bordignon Somensi
Luciane Cristina Arantes
Marcela Melo dos santos
Marcello Alberton Herdt
Marcelo de Oliveira Pinto
Marcos Guimarães de Souza Cunha
Maria Patricia Costa Villela
Nara Michelle Moura Soares
Paulo Celso Budri Freire
Pedro Paulo Gattai Gomes
Raquel Ayres
Renata Oliveira de Barcelos
Renato Carlos Machado
Roberson Geovani Casarin
Rogério Wagner da Silva
Sergio Ibañez Nunes
Sheila Moura Amaral
Taíza Fernanda Ramalhais
Vivian Victoria Vivanco Valenzuela

Ciências Exatas e da Terra

Andrea Sartori Jabur
Antônio Carlos Ribeiro Araújo Júnior
Cláudia Hitomi Watanabe Rezende
Dalvani Fernandes
Evandro Preuss
Gerson Cruz Araujo
Gisane Aparecida Michelin
Henrique Mariano Costa do Amaral
Henrique Pereira Oliveira d`Eça
Neves
Isidro ihadua
João César Abreu de Oliveira Filho
Lívia Sancho
Manolo Cleiton Costa de Freitas
Marcos Vinicius de Oliveira Peres
Paulo Celso Budri Freire
Sonia Tomie Tanimoto

Tânia do Carmo
Vagner Marques de Moura
Valdecir Alves dos Santos Júnior

Ciências Humanas

Ana Margarida Theodoro Caminhas
Ana Maria Senac Figueroa
Anderson Dantas da Silva Brito
Breno Henrique Ferreira Cypriano
Bruno Cezar Silva
Camila Bueno Grejo
Camila de Vasconcelos Tabares
Cássia Maria Bonifácio
Dalvani Fernandes
Edonilce da Rocha Barros
Elisângela Rodrigues Carrijo
Eulalia Fabiano
João César Abreu de Oliveira Filho
João Francisco Severo Santos
Josael Jario Santos Lima
Luciano Sérgio Ventin Bomfim
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Pereira Magalhães
Miguel Rodrigues Netto
Rebecca Bianca de Melo Magalhães
Roberson Geovani Casarin
Taíza Fernanda Ramalhais
Tatiane dos Santos Duarte

Ciências Sociais Aplicadas

Ana Margarida Theodoro Caminhas
Bruno Cezar Silva
Camila Augusta Alves Pereira
Camila Nathalia Padula de Godoy
Dandara Scarlet Sousa Gomes
Bacelar
Daniel Nascimento e Silva
Darline Maria Santos Bulhões
Denise Tanaka dos Santos
Elisângela Rodrigues Carrijo

Eulalia Fabiano
Fabio Adriano Stürmer Kinsel
Fabricio Lemos de Siqueira Mendes
Gelson Mario Filho
Hector Rodrigo Ribeiro Paes Ferraz
Helga Midori Iwamoto
Horácio Monteschio
João Francisco Severo Santos
Josael Jario Santos Lima
Leandro Nunes Soares da Silva
Lucas Rosas de Freitas Sá Barreto
Miguel Rodrigues Netto
Nagib Abrahão Duailibe Neto
Nelson Calsavara Garcia Junior
Patrícia Loureiro Abreu Alves
Barbosa
Renato Obikawa Kyosen
Sandy Rodrigues Faidherb
Silvia Helena Ribeiro Cruz
Solange Kileber
Stella Villela Florêncio
Thiago Nery Pandolfo
Veyzon Campos Muniz
Ygor de Siqueira Mendes Mendonça

Engenharias

Alejandro Victor Hidalgo Valdivia
Alex Milton Albergaria Campos
Ana Carla Fernandes Gasques
Andrea Sartori Jabur
Arlete Barbosa dos Reis
Cristhiane Michiko Passos Okawa
Daniele Cristina Ficanha
Diego Matheus Sanches
Elaine Patricia Arantes
Fernando Oliveira de Andrade
Henrique Mariano Costa do Amaral
Jefferson Sousa Farias
Laís Roberta Galdino de Oliveira
Leila Cristina Nunes Ribeiro

Letícia Reis Batista Rosas
Marcelo Henrique da Silva
Marcelo Marques
Marcos Guimarães de Souza Cunha
Mileni Cristina da Silva
Renata Jardim Martini
Thiago Averaldo Bimestre
Tiago Brandão Costa
Valdecir Alves dos Santos Júnior

Linguística, Letras e Artes

Adriana dos Reis Silva
Anderson Dantas da Silva Brito
Danuzia Marjorye Santos de Araújo
Jane Catia Pereira Melo
Luceni Lazara da Costa Ribeiro
Márcia Donizete Leite-Oliveira
Maria Christina da Silva Firmino
Cervera
Simone Oliveira Vieira Peres
Thiago Blanch Pires
Vera Regiane Brescovici Nunes

Multidisciplinar

Alejandro Victor Hidalgo Valdivia
Ana Carla Fernandes Gasques
Ana Margarida Theodoro Caminhas
Andrea Sartori Jabur
Arlete Barbosa dos Reis
Cláudia Hitomi Watanabe Rezende
Cristhiane Michiko Passos Okawa
Érika Alves Tavares Marques
Fabricio Lemos de Siqueira Mendes
Fernando Oliveira de Andrade
Isidro ihadua
José Amorim
Marcelo Marques

A corte de Contas e Competência para Apreciação Incidental de Normas

Editora Chefe Marcia A. A. Marques
Coordenadora Editorial Isabela Arantes Ferreira
Bibliotecária Eliete Marques da Silva
Diagramação Marcos Antonio Ribeiro Pereira
Revisão Os Autores

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Rocha, Diego Moreno da
A Corte de Contas e a competência para apreciação incidental de normas [livro eletrônico] / Diego Moreno da Rocha. -- São Paulo, SP : Bookerfield, 2022.

PDF

Bibliografia.

ISBN 978-65-89929-53-6

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal 2. Direito constitucional - Brasil 3. Finanças públicas - Brasil 4. Tribunais de Contas - Brasil I. Título.

22-108770

CDU-35.072.3:354 (81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Tribunal de Contas : Direito administrativo 35.072.3:354 (81)

Eliete Marques da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9380

DOI 10.53268/BKF22040800

Bookerfield Editora
São Paulo – Brasil
Telefone: +55 (11) 98441-4444
www.bookerfield.com
contato@bookerfield.com

 **Bookerfield**

DECLARAÇÃO DO AUTOR

O autor declara não haver qualquer interesse comercial ou irregularidade que comprometa a integridade desta obra; declara que participou da elaboração e revisão da obra, atestando a confiabilidade dos dados e resultados; declara que a obra está livre de plágio acadêmico; declara que a publicação desta obra não fere qualquer outro contrato por ele firmado; declara ter atendido eventuais exigências de outras partes, como instituições financiadoras, para a publicação desta obra.

APRESENTAÇÃO

Este livro traz à baila o exame da constitucionalidade, ao longo do tempo, demonstrando sua evolução histórica, bem como a apreciação da constitucionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros sob três óticas: análise intertemporal do controle de constitucionalidade; análise da situação fática atual; e análise de possível entendimento futuro, ante a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (MS 35.410-DF) em relação à aplicação da Súmula 347/STF de 1963. A controvérsia instalada reside na problemática em saber se as Cortes de Contas podem realizar a apreciação da constitucionalidade, quando da tramitação de processos e de matérias atinentes às suas competências constitucionais e, em caso afirmativo, quais os limites que devem ser observados, a fim de não usurpação de competência dos poderes constituídos. O estudo deste livro conclui pela necessidade de fortalecimento do papel institucional do Tribunal de Contas na adoção de medidas assecuratórias a boa e regular aplicação de verbas públicas, atribuindo à Colenda Corte de Contas a manutenção da apreciação de leis e atos normativos do Poder Público, no caso concreto e de forma incidental, sendo por certo, não declarar, mas apenas afastar a aplicação das normas tidas por inconstitucionais, em obediência ao princípio da Supremacia da Constituição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1	
DIREITO COMPARADO INTERTEMPORAL SOB O ASPECTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	16
1.1 O célebre caso Marbury vs. Madison	16
1.2 As Constituições brasileiras: 1824; 1891; 1934; e 1937	21
1.3 A Constituição de 1946 e a EC nº16/65	23
1.4 A Constituição de 1967/69	25
1.5 A Constituição de 1988	26
DOI: 10.53268/BKF22040801	
CAPÍTULO 2	
COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DAS CORTES DE CONTAS E A LIMITAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL	28
2.1 Controle Externo da Administração Pública	28
2.2 Espécies de fiscalização: contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial	32
2.3 As Cortes de Contas e suas competências próprias e privativas	35
2.4 Coisa julgada e as Cortes de Contas	39
2.5 O exame das decisões das Cortes de Contas e a tutela jurisdicional	41
DOI: 10.53268/BKF22040802	
CAPÍTULO 3	
A NATUREZA JURÍDICA DAS CORTES DE CONTAS	46
3.1 Diferença entre Controle Externo e Interno	46
3.2 A previsão do TCU nas constituições brasileiras	50
3.3 Natureza jurídica do TCU: debate doutrinário e posição do STF	58
DOI: 10.53268/BKF22040803	
CAPÍTULO 4	
A APRECIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE PELAS CORTES DE CONTAS	65
4.1 Controle constitucional e a inconstitucionalidade das normas	65
4.2 Supremacia hierárquica e a tutela da Constituição	67
4.3 Controle incidental, difuso e Inter-partes	74
4.4 A regra da "Full Bench" e a teoria dos poderes implícitos	77
DOI: 10.53268/BKF22040804	

CAPÍTULO 5

O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO CONSULTIVA PELAS CORTES DE CONTAS	84
5.1 Princípios basilares da Administração Pública	84
5.2 Classificações do controle sobre a Administração Pública.....	91
5.3 O benefício das Cortes de Contas para a sociedade	103
5.4 O exercício da função consultiva	108
DOI: 10.53268/BKF22040805	

CAPÍTULO 6

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	112
6.1 O constitucionalismo	112
6.2 A Supremacia constitucional	114
6.3 O princípio da unidade normativa	116
DOI: 10.53268/BKF22040806	

CAPÍTULO 7

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELAS CORTES DE CONTAS E A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF	118
7.1 Contextualização histórica e finalidade da súmula nº 347.....	118
7.2 Reserva de jurisdição no julgamento da constitucionalidade	120
7.3 Usurpação de competência: Judiciário, STF e Senado Federal	122
7.4 Controle de normas como atribuição da Corte de Contas na repartição dos poderes	124
7.5 O celeuma da Súmula nº 347 perante o STF	126
7.6 O exame da constitucionalidade quando do parecer em consulta	129
7.7 Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o controle de constitucionalidade por órgão não jurisdicional	130
DOI: 10.53268/BKF22040807	

CAPÍTULO 8

A NÃO SUPERAÇÃO DA SÚMULA Nº347	133
8.1 Cenário atual após o julgamento do MS nº 35.410 pelo STF	133
8.2 Não superação da Súmula nº347 e apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos pelos Tribunais de Contas.....	137
DOI: 10.53268/BKF22040808	

REFERÊNCIAS	140
--------------------------	-----

ÍNDICE REMISSIVO	143
-------------------------------	-----

SOBRE O AUTOR	147
----------------------------	-----

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, analisada sob o ângulo organizacional como “o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo”¹, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, está adstrita à fiscalização de seus atos.

Tal fiscalização decorre da essência do princípio da legalidade e da obediência ao ordenamento jurídico, Assim, a atuação Estatal não apenas estabelece, através de lei, as condutas que devem ser observadas, mas também, se sujeitam aos deveres legais a todos impostos. Por ocasião da observância dos ditames legais, busca-se à garantia da liberdade e da proteção dos indivíduos contra o exercício arbitrário de poder. Dito de outra forma, os atos administrativos só serão regulares quando observarem a legislação aplicável.

O princípio da Supremacia da Constituição, em um Estado Democrático de Direito, estabelece que todo o ordenamento jurídico deve ter como fundamento de validade a Constituição Federal. Entende-se a hierarquização da CF em um plano de superioridade, subordinando todas as demais espécies de normativas à observância e à compatibilidade de seus preceitos.

Nessa toada, os atos da Administração Pública devem guardar compatibilidade com as leis que regulamentam, e estas últimas, na CF, que lhes são superiores. Dessa forma, todo arcabouço jurídico pátrio, entendido como o conjunto de normas jurídicas, deve estar em consonância com CF, pois de outra forma, a incompatibilidade poderá ser suscitada e, por decorrência lógica, tais normas deverão ser extirpadas, através do instrumento constitucional denominado “controle de constitucionalidade”.

O controle da constitucionalidade de leis e atos normativos é, em regra, de competência constitucional do Poder Judiciário, conforme se observa na leitura do art. 97² da Constituição Federal, bem como dos seus

¹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

² “O CAPÍTULO III, DO PODER JUDICIÁRIO, Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”

artigos 102, inciso I, alínea “a”, inciso III, alínea “c”³ e 125, parágrafos 1º e 2º.⁴

A respeito dessa situação, infere-se que o julgamento e a apreciação da compatibilidade jurídica de determinada norma, tendo como paradigma a Constituição Federal ou às Constituições Estaduais serão realizados pelo Poder Judiciário, os quais poderão eventualmente resultar na declaração de inconstitucionalidade, caso verificada a não adequação aos preceitos constitucionais.

Conforme será demonstrado no decorrer deste livro, o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro atual é considerado híbrido, por parte da doutrina majoritária, pois prevê dois critérios de controle, o difuso, atribuído aos membros do judiciário e aos Tribunais de Justiça - órgãos judicantes do Poder Judiciário -, e o abstrato, de competência exclusiva dos órgãos de cúpula deste Poder. Nesse sentido, órgãos e entidades dos demais Poderes não possuem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, quando da análise abstrata. Em que pese a inequívoca distribuição de competências adotada pela CF/88, tem-se questão controvertida quanto ao tema em análise: o celeuma surge da possibilidade de a Administração Pública deixar de aplicar lei ou ato normativo a partir de juízo próprio quanto à inconstitucionalidade, e, principalmente, quanto a não aplicação de leis ou atos normativos a partir de decisões das Cortes de Contas relativas à (in)constitucionalidade dessas normas.

A questão controvertida, que encontra defensores das mais variadas posições, diz respeito ao conteúdo da Súmula nº 347, pelo STF, no ano de 1963, cujo teor é o seguinte: “*o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*”.

Em razão deste verbete, os Tribunais de Contas de todo o país, seja da União, sejam Estaduais ou sejam Municipais, têm realizado controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, fundamentando tal competência na Súmula ora analisada.

Diante do celeuma posto, é fulcral que se entenda qual o posicionamento da Suprema Corte quanto à interpretação que deve ser dada à Súmula nº 347 e qual deve ser o tipo de controle realizado por

³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

⁴ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

parte dos Tribunais de Contas, na apreciação incidental de normas no caso concreto. O presente livro buscará responder, de forma fundamentada, os seguintes questionamentos: a Súmula nº 347 foi superada? Os Tribunais de Contas podem realizar o controle de constitucionalidade de leis e de atos administrativos do Poder Público?

O exame detido deste tema, se faz de fundamental importância nos tempos atuais, pois as Cortes de Contas têm ocupado posição de destaque no controle da coisa pública. Nessa esteira, alguns autores⁵ têm entendido que este papel de protagonismo ocorre, muitas das vezes, pela postura reiterada de interpretação extensiva das suas próprias competências constitucionais.

Exsurge a motivação para a apresentação do tema deste livro, porque as decisões das Colendas Cortes de Contas impactam diretamente a boa e regular administração de recursos públicos e da coisa pública como um todo. Ao auxiliar o Poder Legislativo, no controle externo da Administração Pública, exercendo suas competências próprias e privativas de previsão constitucional, os Tribunais de Contas fiscalizam as receitas e as despesas dos atos administrativos.

A respeito da amplitude de algumas de suas atribuições, os TC's investigam, de forma técnica, objetiva e imparcial, a execução de licitações, de contratos, de processos de desestatização, de concessões, permissões ou autorizações de uso de bens ou da prestação de serviços públicos, de parcerias público-privadas, assim como na economicidade da condução de políticas públicas. Podem, inclusive, fiscalizar os recursos públicos de qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, tenha sob sua guarda ou administração, recursos públicos.

Previsto está, portanto, a incumbência constitucional (art. 70 a 75 da CF/88) de guarda e de tutela da correta aplicação de recursos públicos por parte das Cortes de Contas. Vale dizer, o Poder Legislativo é o titular do controle externo da Administração Pública, mas a atuação mais contundente vem por parte do braço instrumental, independente e autônomo, de estatura constitucional, dito de outra maneira, dos Tribunais de Contas.

Assim, ao não se saber se as Cortes de Contas de Contas realizam ou não controle de constitucionalidade, decorre em indesejável insegurança jurídica para os próprios Tribunais de Contas, para os administrados e para a Administração Pública como um todo.

No entanto, sob o ponto de vista da separação dos poderes constituídos, avalia-se a existência de interferência inconstitucional a que estaria atrelado o Poder Executivo, na medida em que seus atos estariam adstritos ao exame e apreciação de (in)constitucionalidade por parte do Tribunais de Contas, sem que se tenha plena convicção do posicionamento da Suprema Corte quanto à extensão do entendimento que deve ser dado à

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

Súmula nº 347.

O Poder Legislativo, por exemplo, possui como função típica a edição de leis que, em regra, possuem presunção relativa de constitucionalidade, pode acabar por ver seus atos serem invalidados por órgão incompetente, sem saber ao certo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e se a Súmula nº 347 chancela a competência dos Tribunais de Contas no controle de normas. Neste mesmo diapasão, os órgãos do Judiciário poderiam entender que suas atribuições estão sendo usurpadas, pois desconhecem a necessária interpretação e entendimento a ser conferido à Súmula nº 347 e às competências atribuídas aos Tribunais de Contas.

É necessário entender perfeitamente as devidas atribuições constitucionais, pois ao extrapolar as suas próprias competências, a Corte Técnica pode pôr em risco a segurança jurídica das relações com a Administração Pública, e por fim, para o próprio Estado Democrático de Direito, exatamente por violar a Constituição Federal, em especial a tripartição de poderes e a obediência ao princípio dos pesos e contrapesos.

CAPÍTULO 1

DIREITO COMPARADO INTERTEMPORAL SOB O ASPECTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 O célebre caso *Marbury vs. Madison*.

Inicialmente, faz-se necessário destacar que a primeira noção existente sobre o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, parte do pressuposto da existência de Constituições escritas. Dessa forma, com a materialização da Constituição escrita, foi se desenvolvendo a percepção da compatibilidade entre as leis aprovadas pelo Poder Legislativo e o texto da Carta Política.

As Constituições eram e, ainda são, um marco das conquistas de direitos e garantias para os indivíduos. São documentos que acumulam diversos movimentos sociais, ou revoluções, destinados ao estabelecimento dos direitos e das prerrogativas dos cidadãos em face do Estado.

De nada adiantaria, portanto, a previsão escrita dos citados direitos, tão preciosos ao indivíduo, se, ao arbítrio de uma autoridade menos sensata, pudessem ser suprimidos, ao rito comum e, em geral, mais simples, como se o fosse uma lei ordinária, que se faz necessária para regular matérias diárias e comezinhas.

Tal pressuposto não soava harmônico e, dessa forma, logo se compreendeu que as normas constitucionais estavam em um patamar de superioridade, em relação ao ordenamento jurídico, e que só poderiam ser modificadas por um processo legislativo mais dificultoso e rígido que o das leis ordinárias.

A Carta Magna publicada na Inglaterra, em 1215, representou um marco inicial no estabelecimento dos direitos fundados em uma carta escrita. Diante de um regime feudal, presente à época, não era o povo que obrigava o rei a lhes garantir direitos, mas sim a nobreza e o clero, insatisfeitos com a má-gestão autoritária de João Sem Terra.

A Magna Carta foi emitida em junho de 1215 e foi o primeiro documento a colocar por escrito o princípio de que o rei e seu governo não estavam acima da lei. Procurava impedir que o rei explorasse seu poder e colocava limites à autoridade real estabelecendo a lei como um poder em si. Apesar desses documentos históricos representarem o ponto fulcral do direito anglo-saxão, não existe até os dias atuais, na Inglaterra, uma Constituição formal. Assim, o direito consuetudinário inglês jamais estabeleceu a formulação de

um conceito semelhante ao de controle de constitucionalidade nos moldes que se utilizam na atualidade.

Neste sentido Merlim (2000) assevera que apesar de que na Europa Continental o movimento constitucionalista ter angariado vitórias, entre os britânicos não se observou tal fato, com os mesmos optando pelas bases costumeiras, ainda que tenham algumas leis escritas. Atualmente ainda não existe diferenciação entre leis ditas constitucionais e leis ordinárias. Sendo a Constituição britânica costumeira, ela não deve nada à teorização decorrente das Constituições escritas formalizadas. Trata-se de Constituição que pode ser compreendida unicamente sobre o ponto de vista material. (...) Se a vontade do Parlamento, expressão da maioria, é ilimitada, inexistindo Constituição escrita, então não há lugar para a instituição de um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade. Para os ingleses o Parlamento, enquanto representante do povo, se configura como soberano.

Desta forma, sendo o desejo do Parlamento a vontade da maioria e perfazendo-se esta como ilimitada, não seria cabível que um órgão estranho ao Parlamento viesse limitá-la a pretexto de se estar realizando controle. Já nos Estados Unidos foi observado um movimento diferente. Na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, a contraponto, a ideia de superioridade se encontrava presente, se comparada às normas ordinárias, Hamilton sustentava, em *The Federalist*, a competência judiciária para a interpretação das leis, bem como que a Constituição deveria ser vista pelos juizes como uma Lei Fundamental, em grau de superioridade em relação à lei ordinária. (POLETTI, 1985, p.37).

É significativo o entendimento de que o poder da autoridade governamental é limitado; é delegado de forma estrita e condicional. Entretanto, esse tema, embora latente, ainda não havia ganhado força de maneira clara e objetiva em parte alguma do planeta, mesmo após a revolução da burguesia, no século XIX. Salienta-se que a Constituição dos Estados Unidos não trazia de forma expressa, como não traz na atualidade, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Raul Machado Horta vem esclarecer tal ponto:

“No jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, notadamente no pensamento de Vattel, encontram-se ideias que, desenvolvidas e enriquecidas posteriormente, vieram afirmar e construir a doutrina constitucional. Constituem, de certo modo, o ponto de partida de um movimento de profunda irradiação, cujas fases culminantes assinalam as noções mais caras ao constitucionalismo moderno, tais como: poder constituinte, leis constitucionais e leis ordinárias, Constituição escrita e rígida, Constituição formal e Constituição material, reforma e intangibilidade constitucionais. Noções convergentes para uma direção comum: a supremacia da Constituição, cujas etapas

consecutivas serão objetos de nosso exame.”⁶

Nos EUA, a primeira decisão referente à superioridade da constituição⁷ e, nesse sentido, veio tratar da possibilidade do Judiciário invalidar um ato em desacordo com a Constituição, foi tomada ainda em 1803, princípio do século XIX, no momento que a Suprema Corte Norte-Americana foi chamada para realizar a análise em torno de uma disputa entre Federalistas, que não mais detinham o poder, e Republicanos, que agora havia o alcançado. Analisa-se um breve trecho desta decisão histórica, marco inicial da noção de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público:

“No caso Marbury v. Madison a Suprema Corte afirmou seu poder de rever leis do Congresso e invalidar aquelas que conflitarem com a Constituição. Durante as duas primeiras administrações, os presidentes George Washington e John Adams somente nomearam membros do Partido Federalista para cargos administrativos e do judiciário. Quando Thomas Jefferson venceu a eleição de 1800, o presidente Adams, federalista, começou a preencher rapidamente os cargos do ramo judiciário com membros de seu próprio partido, que serviriam vitaliciamente enquanto apresentassem ‘bom comportamento’. Em resposta, os Republicanos jeffersonianos rejeitaram a Lei do Judiciário de 1800, que criará vários novos juizados e cortes de comarca com juizes federalistas e ameaçaram de impeachment se a Suprema Corte derrubasse o estatuto de rejeição. Embora o presidente Adams tentasse preencher as vagas antes do final de seu mandato, não entregou vários comissionamentos. Assim, quando Jefferson tornou-se presidente, recusou-se a honrar as nomeações de último instante do presidente John Adams. Em resultado, William Marbury, um desses indicados, processa James Madison, o novo secretário de Estado e pediu à Suprema Corte que expedisse um mandado de entrega de seu comissionamento como juiz de paz. O novo chefe de Justiça, John Marshall, entendeu que, se a Suprema Corte expedisse um writ de mandamus, (uma ordem para forçar Madison a entregar o comissionamento), a administração Jefferson o ignoraria e, assim, a autoridade dos tribunais enfraqueceria significativamente. Por outro lado, se a Corte negasse o writ, bem poderia parecer que a justiça teria agido por medo. Ambos os casos constituem uma negação do princípio básico da

⁶ Estudos de direito constitucional, p.135

⁷ Para uma visão mais aprofundada sobre a evolução da ideia de Constituição, vide Raul Machado Horta, op. cit., p.133-136, nota 6.

supremacia da lei. Ao invés disso, Marshall encontrou uma base comum pela qual a Corte poderia punir os jeffersonianos por suas ações e, ao mesmo tempo, enaltecer o poder da Suprema Corte. Sua decisão, nesse caso, tem sido frequentemente aclamada como um tour de force judicial. Basicamente, ele declarou que Madison deveria ter entregue o comissionamento a Marbury; no entanto, em sua sentença Marshall declarou que faltava à Corte o poder de exarar writs de mandamus. Embora um artigo da Lei do Judiciário de 1789 outorgava à Corte o poder de exarar writs de mandamus, a Corte decidiu que isso excederia a autoridade outorgada à Corte ao amparo do Artigo III da Constituição e era, portanto, nula e sem efeito. Assim, embora o caso limitasse o poder da Corte em um sentido, de outro lado, ele grandemente o ampliava ao estabelecer, em última análise, o poder da corte de declarar como inconstitucionais atos do Congresso. Tão importante quanto, enfatizou-se o fato de que a Constituição é a lei suprema da terra, e que a Suprema Corte é o árbitro e autoridade final da Constituição. Em resultado dessa decisão judicial, a Suprema Corte tornou-se um parceiro em igualdade de condições junto ao executivo.”⁸

Mas, é importante ressaltar que na decisão do caso Marbury v. Madison, Marshall, Federalista ferrenho, então presidente da Suprema Corte recebeu muitas críticas pelos seus contemporâneos. Ao analisar a decisão de Marshall fica nítido seu conteúdo político. Na constituição não havia previsão de forma expressa sobre a competência da Suprema Corte para julgar a constitucionalidade das leis e o fundamento construído por Marshall demonstrou que tal competência era uma consequência lógica do sistema e da supremacia da Constituição. Neste sentido, a argumentação do chief justice, nos compete a ressalva de que tal argumentação não era totalmente inédita. Ainda que tenha entrado para a história como leading case do judicial review era possível, já naquela época identificar precedentes tanto no direito inglês da época colonial, quanto precedentes teóricos como em Federalistas, nº 78 onde Alexander Hamilton expôs analiticamente a tese em 1788 (BARROSO, 2011, p. 27-28

Por fim, constata-se o valor dado pela Suprema Corte às Constituições escritas, segundo as palavras do eminente magistrado:

“Que isto assim reduz a nada o que temos tido como o maior aperfeiçoamento em instituições políticas, uma

⁸ Fonte: [Supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/landmark/marbury.html](http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/landmark/marbury.html) http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/landmark/marbury.html. Tradução de Eleny Corina Heller, documento pertencente ao acervo da biblioteca da Procuradoria da ALESP.

constituição escrita, seria, de si, suficiente, na América, onde as constituições escritas têm sido vistas com tanta reverência, para rejeitar-se a interpretação. Mas as peculiares expressões da constituição dos Estados Unidos fornecem argumentos adicionais em favor de sua rejeição. O poder judiciário dos Estados Unidos estende-se a todos os casos de surgimento ao amparo da constituição. Poderia ser de intenção daqueles que concedem esse poder dizer que, ao empregar a constituição, [esse poder] não deveria ser visto naquela? Que um caso de surgimento ao amparo da constituição deveria ser decidido sem se examinar o instrumento ao amparo do qual tem ele surgido? Isto é extravagante demais para ser mantido. (...) Assim, a específica fraseologia da constituição dos Estados Unidos confirma e reforça o princípio, suposto como sendo essencial a todas as constituições escritas, que uma lei que repugna à constituição é nula; e que os tribunais, bem como demais departamentos, estão obrigados por esse instrumento. A lei não deve surtir efeitos.”⁹

A ideia desenvolvida por Marshall possui um raciocínio extremamente lógico: se a Constituição encontra-se em um patamar de superioridade em relação à lei ordinária (e essa posição decorre logicamente do fato de ser escrita a Constituição e revelar ideais superiores de um povo); em caso de edição de lei ordinária que seja contrária aos termos da Constituição, a consequência inevitável será de que a lei não poderá ser considerada válida, sob pena de se suprimir a própria Constituição.

Marshall, examinou a possibilidade de se emitir uma determinação dessa natureza a um agente do Poder Executivo. Sustentou, então, que havia duas categorias de atos do Executivo que não eram passíveis de revisão judicial: os atos de natureza política e aqueles que a Constituição ou a lei houvessem atribuído a sua exclusiva discricionariedade. Fora essas duas exceções, onde a Constituição e a lei impusessem um dever ao Executivo, o Judiciário poderia determinar o seu cumprimento. Estabeleceu, dessa forma, a regra de que os atos do Poder Executivo são passíveis de controle jurisdicional, tanto quanto a sua constitucionalidade como quanto a sua legalidade (BARROSO, 2011, p. 29).

O Poder Judiciário, que em tarefa de interpretação e aplicação das leis, no momento que for confrontado com algum tipo de conflito envolvendo

⁹ Ibid.

a Constituição e uma lei ordinária, ambas regulando, de forma diferente, a mesma matéria, deve aplicar o afastamento da lei ordinária, prevalecendo e aplicando a Constituição. Uma lei não compatível com a Constituição não pode nem mesmo ser considerada lei, é um ato viciado, nulo de pleno direito: “*the unconstitutional law is no law at all.*”

1.2 As Constituições brasileiras: 1824; 1891; 1934; e 1937.

No direito brasileiro a evolução no controle de constitucionalidade de normas foi implantado paulatinamente, na medida em que eram desenvolvidos conceitos doutrinários em outros países, tendo sido formado, ao fim e ao cabo, um sistema *sui generis*, com características próprias. Desta forma na Constituição do Império de 1824, muito influenciada pelo Direito europeu, não havia previsão quanto ao controle de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público.

Nesta época as concepções políticas em destaque na Europa haviam de ter uma forte influência no Brasil, de modo mais evidente quando vindos da França e da Inglaterra. De tal sorte, não era atribuída ao Judiciário, neste países a prerrogativa que os Estados Unidos adotavam, *judicial review*, que se evidenciou na célebre decisão Marbury vs. Madison, que se configurava possibilidade de o Poder Judiciário não aplicar as leis, quando se mostrasse incompatíveis com os ditames constitucionais. Seja no âmbito da Inglaterra ou na França, ideia de supremacia do Parlamento e da lei enquanto vontade geral não poderia sofrer fiscalização. Mas, a Constituição do Império previa a existência do Poder Moderador, a cargo do próprio Imperador, a quem cabia implementar as medidas assecuratórias à manutenção da harmonia entre os Poderes. Assim, não havia espaço para a instituição de um controle de constitucionalidade.

Com a proclamação da República (1889), o direito brasileiro acabou por se reconfigurar de modo profundo, nesta época a Europa já não mais se estabelecia como fonte inspiradora, agora os Estados Unidos ocupava posição de destaque, principalmente por meio da intervenção de Rui Barbosa. O Brasil passou a adotar o modelo Republicano, além do sistema de governo republicano, o regime presidencialista; o legislativo composto por duas Câmaras, sendo o Senado composto de representantes dos Estados e Câmara dos Deputados representantes do povo; e a forma federativa de Estado, de forma a descentralizar o poder político entre entes autônomos. Além disso, foi incorporado o sistema americano de controle de constitucionalidade de atos normativos e leis, a *judicial review*. A competência para a apreciação da constitucionalidade foi atribuída pela Constituição ao STF, na alínea ‘a’, do parágrafo 1º, do artigo 59, que possuía o seguinte teor:

“Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:
(...) § 1o Das sentenças das justiças dos Estados, em

última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

(...) b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

O controle de constitucionalidade difuso foi então previsto na Constituição brasileira, de caráter incidental e repressivo ou sucessivo, pela via de exceção. No início, o Poder Judiciário não usou tal instrumento que lhe foi atribuído, passando compreender e praticar os novos institutos a partir de trabalhos doutrinários, em especial do jurista Rui Barbosa. O dispositivo constitucional acima descrito foi regulamentado pela Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2001, p. 223) esclarecem acerca do artigo 13, parágrafo 10 da referida lei¹⁰: “Não havia mais dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade. A reforma constitucional de 1926 procedeu a algumas alterações, sem modificar, no entanto, a substância.”¹¹

Por ocasião da promulgação da Constituição de 1934 como resultado, entre outros fatores, do movimento representado pela Revolução Constitucionalista de 1932, suscitado pelo Estado de São Paulo, foi mantido o controle de constitucionalidade no caso concreto, difuso, incidental e repressivo ou sucessivo, aos moldes do sistema norte-americano, introduzindo, por outro lado, diversas melhorias e aperfeiçoamentos na apreciação da constitucionalidade. Dentre as modificações e aperfeiçoamentos mais significativos estão a exigência de quórum qualificado (maioria absoluta) para a declaração de inconstitucionalidade (art. 179)¹², em conformidade com a jurisprudência americana. Essa regra de suma importância continua em vigor até hoje em nosso sistema pátrio e é conhecida como regra da “*Full Bench*” ou princípio da reserva de plenário.

Em que pese sua rápida vigência, tratou-se de texto constitucional bastante evoluído. O regime inaugurado pelo Estado Novo era, sem dúvidas, um regime ditatorial, no qual a Constituição foi usada como um instrumento retórico destinado a legitimá-lo. A respeito do controle de constitucionalidade, algumas mudanças foram realizadas, em regra, representando um retrocesso. Permaneceu a apreciação no caso concreto do controle difuso, de forma incidental e repressiva ou sucessiva, bem como a exigência de quórum

¹⁰ “Art. 13. Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com esta Constituição.”

¹¹ Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999, p. 223.

¹² “Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade de seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.”

qualificado (maioria absoluta) dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Chefe do Executivo. Entretanto, a representação interventiva não foi abarcada pela CF/1937, nem a faculdade de suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional pelo STF.

No parágrafo único do artigo 96 da Carta de 37 foi instituída norma de caráter eminentemente centralizador, tendente a mitigar o poder do Judiciário, que possibilitava, no “caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”. De maneira um tanto quanto estranha, portanto, o voto qualificado de dois terços do Parlamento poderia transformar a lei tida por inconstitucional em constitucional e fazer um nada jurídico da decisão da Suprema Corte.

1.3 A Constituição de 1946 e a EC nº16/65.

O Brasil viu renascer a democratização do país, em virtude do triunfo dos Aliados sobre o nazismo e o fascismo, conferindo à Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 caráter político-liberal, de viés descentralizador se comparado ao centralismo presente na Constituição de 1937, federativo, garantidor dos direitos individuais, reprisando as inovações trazidas pela Constituição de 1934, sem possibilitar, entretanto, a solução das crises institucionais que se tornaram constantes.

O controle difuso no caso concreto, pela via de defesa ou exceção, permaneceu no texto constitucional com características iniciais. No artigo 101, inciso III, alínea “a”, onde era atribuído ao Supremo competência de julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes *“quando a decisão for contrária a dispositivos desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal.”*

Foi mantida, de igual modo, a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais, restando claro, pelo teor de seu artigo 64, que a suspensão dependia de decisão definitiva do STF e não de qualquer decisão do poder judiciário.¹³ A necessidade do quórum qualificado (maioria absoluta) dos membros dos Tribunais para a declaração de inconstitucionalidade também foi preservada.¹⁴

Uma vez adotada a forma federativa de Estado, emerge a descentralização política e uma divisão de competências entre os diferentes

¹³ “Art. 64. Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

¹⁴ “Art. 200. Só pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”.

entes federativos, até a promulgação da CF/88, entes federativos somente a União e os Estados-membros eram considerados; depois da CF/88, os Municípios foram incluídos na ideia de Federação-, o que deu aos municípios a autonomia na sua gestão de sua esfera de poder e interesses locais, resguardando-se, em todo caso, a soberania apenas à República Federativa do Brasil. No pacto federativo, prevalece o princípio da não-intervenção de um ente autônomo em outro também autônomo.

Ao realizar a alteração do art. 101 da CF de 1946, inserindo no item I, a alínea “k”, a EC n. 16 instituiu no Brasil a fiscalização concentrada e abstrata de constitucionalidade, atribuindo à Suprema Corte a competência originária de apreciar “a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República.” Trata-se de representação de inconstitucionalidade genérica, apta a resguardar todos os dispositivos constitucionais. Esclarece o tema, diferenciando-o da representação interventiva, Clémerson Merlin Cléve:

“A representação instituída pela Emenda Constitucional 16/65 não se confunde com a representação interventiva. Consiste em mecanismo de solução de conflito entre a União e uma coletividade política estadual. Por isso, apenas a violação dos princípios constitucionais sensíveis pode autorizar a sua propositura pelo Procurador-Geral da República. Cuida-se, ao contrário, o mecanismo instituído pela Emenda 16/65, de representação genérica, apta a garantir a observância de todos os dispositivos da Constituição. A representação interventiva implica uma fiscalização concreta de constitucionalidade, embora realizada em sede de ação direta; presta-se exatamente para a solução de um conflito federativo. Com a representação genérica, ao contrário, manifesta-se modo de fiscalização abstrata da constitucionalidade, já porque em semelhante situação estará em jogo a compatibilidade, em abstrato (em tese), de um dispositivo normativo infraconstitucional contrastado com a Lei Fundamental da República.”¹⁵

Aos Estados-membros também foi assegurada a faculdade de instituir mecanismo de controle de constitucionalidade em face de leis municipais, quando o paradigma era a Constituição do Estado, de competência dos Tribunais de Justiça.¹⁶

¹⁵ A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p.88-89.

¹⁶ (E. C. 16/65, que acrescentou o inciso XII ao artigo 124 da Constituição de 1946).

1.4 A Constituição de 1967/69.

Em 1964, com a tomada do poder pelos militares, o regime democrático sofria, mais uma vez, um forte golpe. Na exposição de motivos do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, se manifestavam assim as novas autoridades governantes:

Para “*demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República (...)*”.¹⁷

Com esses pressupostos bem esclarecidos, pode-se entender melhor as alterações instituídas pela CF/67. A essência dessa Constituição era a de fortalecer a pessoa do Presidente da República.

O controle difuso de constitucionalidade, ou seja, aquele exercido de forma incidental em um processo no caso concreto entre partes, pela via de defesa ou exceção, não foi alterado.

Já na representação interventiva, a competência para suspender o ato normativo estadual foi transferida do Parlamento para o Chefe do Executivo Federal, por força do disposto no § 2º, do art. 11.

A CF/67 não trouxe o dispositivo constante da EC 16/65 que autorizava a criação da representação de inconstitucionalidade no âmbito dos Estados-membros, não havendo, dessa forma, previsão para a criação de apreciação de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, tendo como paradigma as Constituições estaduais, cuja competência originária era dos TJ's.

Destaca-se, contudo, que a atmosfera fática do Brasil, na época, era bastante instável. Em 13 de dezembro de 1968 seria revogado o Ato Institucional nº 5, que outorgava diversos poderes ao PR, como os de decretar o recesso dos órgãos do Legislativo, como o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e as Câmaras de Vereadores, ficando, assim, o PR autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.¹⁸

O artigo 3º do referido Ato Institucional atribuía ao Presidente da República a competência de, “*no interesse nacional, [...] decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição.*”

A EC nº1/69, permitiu, por seu turno, de maneira inovadora, a representação interventiva pelos Estados, ou seja, a possibilidade de, nos moldes do que ocorria em âmbito federal, deflagrar a apreciação e fiscalização da constitucionalidade de lei municipal tendo como parâmetro os princípios constitucionais sensíveis da Constituição do Estado.

A EC nº 7/77 atribuiu ao STF a competência para examinar, com

¹⁷ Exposição de motivos do Ato Institucional de 09 de abril de 1964.

¹⁸ (art. 2º e seu parágrafo único).

efeito vinculante, ato normativo federal ou estadual, outorgando ao PGR a legitimidade para propor a representação.¹⁹ Essa EC estabeleceu também a possibilidade de concessão de medida cautelar em sede de representação de inconstitucionalidade.²⁰

1.5 A Constituição de 1988.

A CF/88, responsável pela retomada democrática, trouxe alterações substanciais no ordenamento jurídico brasileiro e em especial no controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público.

Desta feita, inaugurou-se um criativo sistema misto de apreciação de constitucionalidade, que engloba a *judicial review*, isto é, a apreciação concreta, difusa e incidental, nos moldes do modelo americano, exercida pela via de defesa ou exceção, bem como a concentrada, principal e abstrata, exercida pela via da ação direta, com inspiração nos ensinamentos de Hans Kelsen e no direito austríaco.

A representação de inconstitucionalidade passou a ser denominada de ADIN, de competência originária da Suprema Corte.²¹

Ressaltam-se as seguintes modificações substanciais em relação ao regime anterior:

(i) a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que era exclusiva do Procurador-Geral da República, foi consideravelmente ampliada, reconhecendo-se a sua importância jurídica;²²

(ii) tornou-se obrigatória a manifestação do Procurador-Geral da República nas ações diretas de inconstitucionalidade;²³

(iii) cria-se a figura do Advogado-Geral da União, a quem cabe a representação judicial e consultoria da União e, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a defesa do ato ou texto impugnado;²⁴

(iv) criou-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão²⁵ e o mandado de injunção;²⁶

(v) criou-se um mecanismo destinado à arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição;²⁷

(vi) atribuiu ao Senado Federal a competência de retirar a eficácia

¹⁹ (art. 119, I, “e”)

²⁰ (art. 119, I, “p”).

²¹ (art. 102, I, “a”).

²² (art. 103, inciso I a IX).

²³ (art. 103, § 1o).

²⁴ (art. 103, § 3o).

²⁵ (art. 103, § 2o).

²⁶ (art. 5o, LXXI).

²⁷ (art. 102, parágrafo único, regulamentado, posteriormente, pela Lei 9.882/99).

de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;²⁸

(vii) reconheceu expressamente a possibilidade de os Estados-membros instituírem representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Carta estadual.²⁹

A CF/88, Constituição Cidadã, em que pese as modificações introduzidas, não trouxe o dispositivo previsto pela EC nº 7/77, a qual dispunha ser de competência da Corte Suprema julgar representação para fins de interpretação.

A EC nº 3/93 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) de lei ou ato normativo federal, de competência originária do STF, dando nova redação aos artigos 102 e 103 da CF/88.

As decisões definitivas de mérito, proferidas nas ADC's, produzirão efeitos vinculantes e terão eficácia contra todos, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública. Estava, dessa forma, inaugurada a possibilidade de instituição de um instrumento de apreciação de constitucionalidade de caráter dúplice, que atenderia aos postulados da economia processual. Proclamada a constitucionalidade da lei, julgar-se-á procedente a ação declaratória de constitucionalidade e improcedente a ação direta de inconstitucionalidade e, proclamada a inconstitucionalidade, ocorrerá o inverso.³⁰

²⁸ (art. 52, X).

²⁹ (art. 125, § 2o).

³⁰ Lei federal 9.968, de 1999, art. 23, parágrafo único.

COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DAS CORTES DE CONTAS E A LIMITAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

2.1 O Controle Externo da Administração Pública.

Em que pese existir diversas fases de desenvolvimento do Estado, algumas delas acabam por assumir maior destaque, como a modificação do Estado Liberal ao Estado Social, também denominado de Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State*. Salienta-se que a partir do Estado do Bem-Estar Social foram desenvolvidas as ideias neoliberais, que regulam a conduta de alguns países, cita-se como exemplo o Brasil, sendo também denominado de Estado Democrático de Direito.

Apesar de não se poder precisar ao certo quais as primeiras instituições associadas ao conceito de controle na antiguidade, é certo que, com a organização da sociedade em Cidades-Estados, nasceu a necessidade de arrecadação, gerenciamento e estocagem de materiais e, posteriormente, de dinheiro em espécie. Surgiu a necessidade de controle, na medida em que tais montantes, de materiais e de numerários, tornaram-se expressivos. Na verdade, a função de controlar é inerente à administração e ao poder. Contudo, somente com a Revolução Francesa, na qual se consagrou o princípio da tripartição dos poderes em: Executivo, Legislativo e Judiciário, pode-se suscitar a existência real e efetiva de um controle externo, realizado, de forma independente e autônoma, por outro poder, distinto daquele responsável pela execução das atividades controladas. Nessa esteira, é importante frisar que o pressuposto da divisão de poderes é princípio geral do Direito Constitucional. Tal divisão tripartida foi definida por Montesquieu como sistema de freios e contrapesos (*checks and balances system*).

A divisão de poderes é relativa, tendo em vista que o texto constitucional estabelece diversas hipóteses de controle recíproco entre as funções estatais, o que na essência serve para garantir que as atividades estatais estejam submetidas a algum tipo de controle. Fabrício Motta destaca o ensinamento de Paulo Otero para identificar três ordens de fatores que abalaram a clássica distribuição constitucional da separação de poderes:

a) *a intervenção dos partidos políticos – sobretudo nos ordenamentos que consagram a forma parlamentarista de governo, perpassando o exercício das funções de todos os poderes;*

b) *a neocorporativização da decisão política – a reconciliação*

do Estado com a sociedade prega a utilização de fórmulas consensuais, remetendo a legitimidade das decisões normativas estatais em procedimentos negociais;

c) a transformação da competência das estruturas tradicionais – o Executivo não mais se sujeita à vontade geral expressa pelo parlamento, muito pelo contrário. Este último aspecto merece maior atenção.

Para o autor,

“A separação de poderes sofreu considerável mudança com o novo constitucionalismo pautado, entre outras características, pelo primado dos direitos fundamentais, de forma que permaneceu o sentido original da limitação ao poder, embora não como um fim em si mesmo ou como uma luz para o brilho da lei. Ao contrário, a dimensão instrumental do princípio deve prevalecer como esteio para a realização dos direitos fundamentais e dos objetivos de cada Estado.³¹ Isto exige que as concepções originais do princípio sejam confrontadas com o ordenamento de cada Estado, não mais prevalecendo com valor dogmático e receita universal.”³²

A despeito da existência de outros instrumentos de controle na estrutura de cada Poder (controle hierárquico, controle interno, controle supervisonal, controle finalístico e autocontrole), mostra-se indispensável a presença de um controle externo, que deve ser exercido por uma instituição independente e autônoma com o objetivo de fiscalizar a atividade, orçamentária e financeira do Estado, ou seja, tutelar a maneira como os recursos da públicos são administrados.

Conforme estabelece Chiavenato, o controle consiste na *“função administrativa que monitora e avalia as atividades e os resultados alcançados para assegurar que o planejamento, organização e direção sejam bem sucedidos”*.³³

Partindo de tal conceito, ensina Evandro Martins Guerra:

Controle, como entendemos hoje, é a fiscalização, quer dizer, inspeção, exame, acompanhamento, verificação,

³¹ “A procura de qualificações imaginativas para o Estado – ‘Estado ativo’, ‘Estado Regulador’, ‘Estado reflexivo’ – pode deixar na sombra aquilo que é verdadeiramente decisivo para as mulheres e homens concretamente existentes. Estamos a referir-nos, como se intui, às dimensões, republicana, comunitária, inclusivas e solidárias dos novos esquemas de organização política. Pensemos, pois, em primeiro lugar, no papel do Estado” (CANOTILHO, 2001, p. 709, destaques originais).

³² MOTTA, Fabrício. Função normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2007

³³ Administração Geral e Pública. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 447.

exercida sobre determinado alvo, de acordo com certos aspectos, visando averiguar o cumprimento do que já foi predeterminado ou evidenciar eventuais desvios com fins de correção, decidindo acerca da regularidade ou irregularidade do ato praticado. Então, controlar e fiscalizar, emitindo um juízo de valor.³⁴

O controle pode ser de legalidade, quando se verificar sua conformidade com normas e padrões previamente estabelecidos; de mérito, quando se avalia a conveniência e oportunidade das ações fiscalizadas; de gestão, quando se avaliam os resultados alcançados e os processos e recursos empregados. Além disso, pode ser realizado previamente, concomitantemente ou em momento subsequente ao ato fiscalizado.

É necessário, ainda, fazer referência ao sistema de controle interno. Controle interno é o exercício de atividades fiscalizatórias dentro da mesma estrutura organizacional. A CF/88 determina a criação e manutenção de sistema integrado de controle interno pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para exercício das competências constantes dos incisos do art. 74.³⁵ A regra constitucional impõe a existência de controles diferentes no Poder Executivo e no Poder Legislativo. Faz-se necessário que exista interligação entre as duas estruturas de controle, mas sem qualquer grau de subordinação e hierarquização com as competências relativas ao controle externo da Administração Pública.

Nessa toada, destaca com objetividade Rodrigo Pironti Aguirre de Castro:

Seria possível imaginar que a Constituição traz a noção de que o sistema integrado de controle interno, conforme refere o art. 74, impõe o entendimento de que a integração deve ser dada de maneira horizontal entre os poderes, ou seja, que os controles internos sejam interdependentes e se orientem de acordo com um órgão central, comum a dois ou mais poderes e alocado estruturalmente dentro de um deles, que teria a responsabilidade de unificar e centralizar as orientações e determinações desse sistema. Ressalte-se, desde já, que a natureza jurídica do Sistema

³⁴ GUERRA, Evandro. Os Controles Externo e Interno da Administração Pública. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 90.

³⁵ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

de Controle Interno é efetivamente ser interna corporis à Administração Pública, vale dizer qualquer tentativa de permitir que um órgão estranho à estrutura do Poder controlado — mesmo que com a errônea nomenclatura de “interno” — possa interferir ou determinar a atuação desse Poder, viola o texto Constitucional e fere a noção maisomezinha de Separação dos Poderes.

[...]

Assim, não parece razoável o critério de aceitação de um controle comum a dois poderes distintos, por dois motivos fundamentais:

a) A concepção estrutural do princípio da hierarquia, pressuposto para uma relação desconcentrada do sistema de controle interno, não pode fugir aos limites do ente governamental ou do poder onde é exercida, sob pena de ineficácia do controle, uma vez que só há hierarquia entre órgãos direta ou indiretamente vinculados; e

b) a noção de horizontalização do controle não deve ser aplicada entre esferas de governo e poderes distintos, sob pena de inconstitucionalidade latente em face da violação do princípio da separação de poderes.³⁶

O controle externo, por sua vez, realiza-se por ente estranho ao órgão ou entidade que está sendo controlado e objetiva comprovar a probidade da Administração e a regularidade, legalidade e legitimidade da guarda e do correto emprego de bens, valores e dinheiros públicos, bem como a fiel execução do orçamento. Pardini assim explica:

Controle externo sobre as atividades da Administração, em sentido orgânico e técnico é, em resumo, todo controle exercido por um Poder ou órgão sobre a administração de outros. Nesse sentido, é controle externo o que o Judiciário efetua sobre os atos dos demais Poderes. É controle externo o que a administração direta realiza sobre as entidades da administração indireta. É controle externo o que o Legislativo exerce sobre a administração direta e indireta dos demais Poderes. Na terminologia adotada pela Constituição, apenas este último é que recebe a denominação jurídico-constitucional de controle externo (CF arts. 31 e 70 a 74), denominação está repetida especificamente em outros textos infraconstitucionais,

³⁶ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Breve ensaio sobre o sistema de controle interno no Brasil: uma agenda para os próximos cinco anos e a redefinição do denominado modelo de gestão “gerencial”. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 11, n. 128, p. 41-49, ago. 2012.

como, por exemplo, a Lei n. 8.443/1992.³⁷

Não há subordinação entre os controles, interno e externo, mas sim complementaridade, na medida em que a principal atribuição do primeiro é auxiliar o atingimento dos objetivos institucionais do segundo, devendo existir uma cooperação e auxílio mútuo entre as duas formas de controle.

No Brasil, o poder Legislativo realiza o controle externo sobre o Poder Executivo, que possui como objetivo fiscalizar a legalidade, legitimidade, economicidade, comprovar a probidade na administração de bens e recursos públicos, isto é, fiscaliza-se a arrecadação, a guarda e a aplicação de tais recursos, e ainda, a conservação do patrimônio público e o gerenciamento de recursos extraorçamentários. O controle parlamentar direto é considerado uma espécie de controle político. Por outro lado, o controle técnico-financeiro, sob a ótica da fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial, é de responsabilidade das Cortes de Contas, nos moldes dos art. 70 e 71 da CF/88.

2.2 Espécies de fiscalização: contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial.

O art.70 da CF/88, atribui aos órgãos de controle a fiscalização contábil, orçamentária, operacional, financeira, e patrimonial da Administração Direta e Indireta. Faz-se necessário entender os conceitos para que se possa compreender o efetivo alcance de suas atribuições.

A fiscalização de natureza financeira engloba toda a atividade financeira do Estado, incluindo toda espécie de arrecadação de recursos públicos, sua respectiva gestão e os dispêndios de recursos sob a guarda da Administração. Existe a previsão constitucional no que tange à aplicação de subvenções e a renúncia de receitas quanto ao aspecto da fiscalização financeira. Tal análise, devido sua grande importância, também encontra guarida na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000).

A fiscalização do orçamento tem como foco, como se depreende, as leis orçamentárias e o orçamento propriamente dito. Abrange o processo de elaboração do plano plurianual (PPA), da lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e da lei orçamentária anual (LOA), com todas as condições exigidas pela CF/88 e pela legislação infraconstitucional. A execução do orçamento também é foco de fiscalização, abrangendo todas as etapas de execução da receita e da despesa pública. A fiscalização orçamentária não se restringe ao cumprimento das respectivas normas, mas abrange, inclusive, a fiscalização da execução de programas, projetos, planos e atividades.

O acompanhamento dos resultados do orçamento, através de indicadores, com foco na eficácia, eficiência, economicidade e efetividade

³⁷ In: O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 40.

dos gastos públicos tem ganhado importância através do denominado *Performance Budget*, definido por Marcos Nóbrega como “*procedimento ou mecanismo ligando os fundos providos pelo setor público e os resultados (outputs e outcomes) alcançados, considerando para tanto as informações sobre a performance dos programas de governo e a utilização dessa informação pelos tomadores de decisão, gerentes, políticos e sociedade*”.³⁸ Trata-se de uma metodologia na qual se busca cobrar o desempenho e performance, regular e adequada, dos gastos públicos.

A fiscalização contábil tem como objetivo principal verificar a observância às normas técnicas e o marco de relatório financeiro aplicável, essencialmente previstos na lei que disciplina as normas gerais do Direito Financeiro, Lei nº 4.320/64.

Nos ensinamentos de Hélio Saul Mileski,

(...) é a que se efetua por meio de controle realizado sobre os registros contábeis determinados legalmente, objetivando examinar e verificar a regularidade e a correção técnica da escrituração, a legitimidade dos atos e fatos que deram origem aos lançamentos e a formalização da documentação comprobatória, medindo e avaliando a segurança e a eficiência do sistema de controle interno, próprias do sistema contábil.³⁹

A fiscalização patrimonial tem como foco a salvaguarda do patrimônio público, o uso e a gestão material da coisa pública. Ressalta-se que a previsão na Lei nº 4.320/64 impõe a existência de registros analíticos de todos os bens de caráter permanente, com indicação dos elementos necessários para a perfeita caracterização de cada um deles e dos agentes responsáveis pela sua guarda e administração (art. 94).

Por fim, a fiscalização operacional tem como foco a observância dos 4 E’s (economicidade, eficácia, eficiência e efetividade). Conforme as Normas de Auditoria NA 1.0.38 e 1.0.40 da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores – INTOSAI (*International Organisation of Supreme Audit Institutions*), a auditoria operacional, tem como finalidades verificar:

- (a) se a Administração desempenhou suas atividades com economia, de acordo com princípios, práticas e políticas administrativas corretas;
- (b) se os recursos humanos, financeiros e de qualquer outra natureza são utilizados com eficiência, incluindo o

³⁸ NÓBREGA, Marcos. Orçamento, eficiência e Performance Budget. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 175-211, out./dez. 2012.

³⁹ MILESKI, Hélio Saul. O controle da gestão pública. 2. ed. rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 283.

exame dos sistemas de informação, dos procedimentos de mensuração e controle do desempenho e as providências adotadas pelas entidades auditadas para sanar as deficiências detectadas; e

(c) a eficácia do desempenho das entidades auditadas em relação ao alcance de seus objetivos e avaliar os resultados alcançados em relação àqueles pretendidos.⁴⁰

ACF/88 faz alusão ao controle de economicidade, eficácia e eficiência. De acordo com o Manual de Auditoria Operacional do TCU,⁴¹ economicidade “é a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade. Refere-se à capacidade de uma instituição gerir adequadamente os recursos financeiros colocados à sua disposição”. Já a eficiência é descrita como “a relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los, em um determinado período de tempo, mantidos os padrões de qualidade. Essa dimensão refere-se ao esforço do processo de transformação de insumos em produtos”. A eficácia, por fim, é “o grau de alcance das metas programadas (bens e serviços) em um determinado período de tempo, independentemente dos custos implicados. O conceito de eficácia diz respeito à capacidade da gestão de cumprir objetivos imediatos, traduzidos em metas de produção ou de atendimento, ou seja, a capacidade de prover bens ou serviços de acordo com o estabelecido no planejamento das ações”.

A conclusão pode ser obtida pelos ensinamentos de Luciano Ferraz:

“(...) o importante é perceber que a atuação dos órgãos de controle mediante essas modernas técnicas não têm o escopo precípua de detectar e coibir fraudes ou abusos – o que não quer significar que quando estas sejam detectadas o órgão de controle não vá reprimi-las –, porquanto o que se busca é a detecção de fatores que estejam a inibir o desempenho operacional do órgão, entidade ou programa, bem assim a produção dos efeitos sociais intuídos, em ordem a formular recomendações para a melhoria desses aspectos. De se notar que tais novas fórmulas de controle, que se desenvolvem quase que a lareira do âmbito estrito da legalidade, tudo se relacionam com os novos paradigmas da Administração (gestão) e do Direito Administrativo (juridicidade): a

⁴⁰ INTOSAI – International Organization of Supreme Audit Institutions. Diretrizes para aplicação de normas de auditoria operacional. Traduzido por Inaldo da Paixão Santos Araújo e Cristina Maria Cunha Guerreiro. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2005.

⁴¹ Brasil. Tribunal de Contas da União. Manual de auditoria operacional/Tribunal de Contas da União. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010.

busca constante da melhoria do desempenho e dos resultados nas organizações sempre – desde Taylor – ocupou os estudiosos da ciência de administração; uma administração pública econômica, eficiente, eficaz e, sobretudo, efetiva sempre foi a grande missão que a seu cargo se coloca em favor da sociedade.⁴²

2.3 As Cortes de Contas e suas competências próprias e privativas.

Nos moldes do que já foi apresentado, o sistema de controle externo consiste no conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando fiscalização, verificação e correção dos atos.⁴³

Há, por parte da doutrina, dois principais sistemas de controle externo: o sistema de Tribunais de Contas e o sistema de Auditorias-Gerais. Existem similaridades em ambos os sistemas, cita-se a título de exemplo a função precípua do controle externo da Administração Pública. Contudo, pode também ser observado distinções, dentre as quais o fato de o sistema de Auditoria-Geral ser um controle eminentemente consultivo ou opinativo, sem competências sancionatórias e coercitivas. Nesse sentido, suas deliberações adotam a forma de pareceres ou recomendações e são elaboradas de forma singular ou monocrática pelo Auditor ou Controlador-Geral, nomeado para um mandato com período de tempo previamente fixado.

Por sua vez, a sistemática da Corte de Contas, ao contrário da sistemática anterior, possui como características principais o caráter colegiado de suas decisões e o seu poder sancionatório e coercitivo, de forma a aplicar sanções pecuniárias ou não. Inúmeros países adotam a sistemática da Corte de Contas, entre eles a Coreia, Japão, Grécia, Portugal, Espanha, Uruguai, Alemanha, França, Holanda e Brasil.

A Corte de Contas brasileira somente foi criada efetivamente no primeiro ano da República, por meio do Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890, de iniciativa de Ruy Barbosa, que *propunha a criação de um Tribunal de Contas com o objetivo de apreciar a legalidade da despesa antes mesmo de ser realizada, impedindo a realização de despesas ilegais por parte do ente público*. No entanto, a referida sistemática não chegou a ser implementada no Brasil, tendo em vista que não há, até o presente momento, previsão genérica de que as Cortes de Contas devam examinar o gasto público de forma prévia, isto é, antes que ele ocorra. Destaca-se que, como regra geral, as principais atividades dos Tribunais de Contas ocorrem *a posteriori*.

Embora não tenha o perfil almejado por Ruy Barbosa, a Corte de

⁴² FERRAZ, Luciano. Modernização da Administração Pública e Auditorias de Programas. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 133-139, jul./set. 2003.

⁴³ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 30.

Contas foi inserida na primeira Constituição da República de 1891, que afirmou, em seu art. 89, ser *“instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa (sic) e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas pelo Congresso”*.

Em que pese todas as Cartas Políticas posteriores terem disciplinado competências relativas às Cortes de Contas, inclusive com a previsão de instituição dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios (CF/69), destaca-se que a Carta Cidadã de 1988 ampliou significativamente o âmbito de atuação dos Tribunais de Contas, inaugurou novas hipóteses de controle e modificou os critérios de indicação de Ministros, dentre outras relevantes alterações. Com isso, o TCU alçou alto grau de independência, de relevância e de importância de suas atribuições no controle da coisa pública, mesclando funções típicas das Auditorias-Gerais com atribuições coercitivas e sancionatórias, sendo um modelo híbrido de características singulares, se comparados aos modelos existentes no mundo.⁴⁴

Nessa toada, com a promulgação da CF/88, o TCU teve suas competências, matérias sujeitas à sua jurisdição e suas prerrogativas consideravelmente expandidas. Foi atribuído poderes para, ao auxiliar o Parlamento (titular do controle externo), realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade e a fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. Qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o ente público responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária tem o dever de prestar contas às Cortes de Contas.

Em relação ao Tribunal de Contas da União, foram atribuídas as competências, próprias e privativas, auxiliando o Congresso Nacional (titular do controle externo), nos moldes do que se verifica nos art. 71 a 74 e 161 da CF/88. Em decorrência da aplicação ao princípio da simetria, previsto no art. 75 da Constituição, as normas relativas ao TCU aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, sendo que compete às Constituições estaduais disporem sobre os Tribunais de Contas respectivos.

As Cortes de Contas são órgãos de estatura constitucional, independentes e autônomos, com suas atribuições expressamente previstas no texto constitucional. São órgãos responsáveis por fiscalizar e auxiliar os três poderes, porém sem hierarquia ou subordinação a qualquer um deles. A respeito especificamente do controle externo, o emprego pela CF/88 do termo “auxílio” não pode ensejar a ideia de uma relação de subordinação entre

⁴⁴ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. Controle Externo na Administração Pública Federal. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 94.

as Cortes de Contas e o Parlamento. Conforme explica Odete Medauar,⁴⁵ *“confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. [...] a Constituição Federal, em artigo algum, utiliza a expressão órgão ‘auxiliar’; dispõe que o controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas”*.

No sentido de caracterizar as Cortes de Contas como: órgãos independentes e autônomos de estatura constitucional, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca a importância dos Tribunais de Contas como garantidores dos valores político-constitucionais do Estado Democrático de Direito, por executarem *“funções indispensáveis ao funcionamento dos princípios republicano e democrático, no tocante a um dos mais delicados aspectos de qualquer complexo juspolítico, que é, desde a Magna Carta, a gestão fiscal, como a disposição político-administrativa dos recursos retirados impositivamente dos contribuintes”*.⁴⁶

A importância dada pelo constituinte originário sobre o tema, nos possibilita concluir que os Tribunais de Contas, a respeito de suas atribuições, constituem órgãos atípicos, que fogem da estrutura rígida da tripartição dos poderes, sendo responsáveis pelo controle externo da administração e da aplicação de quaisquer verbas de origem pública pertencentes à coletividade.

A forma em que se organiza o controle externo, no Brasil, leva em conta necessariamente o pacto federativo, no qual cada ente da Federação possui autonomia, autogoverno e autoadministração. Nesse sentido, faz-se necessário destacar a existência de diversas Cortes de Contas:

- o Tribunal de Contas da União, com sede no Distrito Federal, é responsável pela fiscalização dos valores, bens e recursos federais;
- os Tribunais de Contas dos Estados são responsáveis pela fiscalização dos valores, bens e recursos de cada um dos Estados;
- os Tribunais de Contas dos Municípios são responsáveis pela fiscalização dos valores, bens e recursos dos Municípios. Existem somente dois: Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro e Tribunal de Contas do

⁴⁵ MEDAUAR, Odete. O controle da Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 140.

⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 27-64, jul./set. 2003.

*Município de São Paulo;*⁴⁷

- os Tribunais de Contas dos Municípios são responsáveis pela fiscalização dos valores, bens e recursos de todos os Municípios do Estado, e não de somente um Município. Atualmente, existem Tribunais de Contas dos Municípios dos Estados de Goiás, Ceará, Pará e Bahia;

- as contas dos municípios dos demais Estados onde não existe Tribunal de Contas dos Municípios são fiscalizadas pelo Tribunal de Contas do Estado – TCE (art. 31, §1º).

Tais disposições auxiliam na compreensão do disposto nos §§1º e 4º do artigo 31 da Constituição Federal, a saber:

§1º - O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

[...]

§4º - É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

A Suprema Corte consolidou o entendimento de que a vedação contida no §4º do art. 31 impede somente a criação de órgão, Tribunal ou Conselho de Contas, pelos Municípios (órgãos municipais), inseridos em sua própria estrutura,⁴⁸

⁴⁷ Para Ives Gandra, a Constituição Federal assegura a permanência dos órgãos de controle externo preexistentes à sua edição: “ao determinar que novos órgãos municipais não poderão ser criados, garantiu, de forma definitiva, o constituinte, a indissolubilidade das Cortes existentes, não outorgando possibilidade a que o Poder Legislativo, por lei infraconstitucional, as extinguisse. Em outras palavras, ao não permitir a criação de novos tribunais e ao exigir o controle externo das contas municipais pelas Cortes já existentes, o constituinte retirou ao Poder Legislativo Estadual e ao Municipal a possibilidade de alterar os cânones conformadores de sua estrutura, até porque, se permitisse que fizessem tais alterações, estaria permitindo a interferência direta na própria estrutura da Federação. No máximo, podem criar novos Tribunais nos termos da lei suprema” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. As Cortes de Contas são instituições permanentes de impossível extinção no termos da Constituição Federal – sua competência é imodificável por legislação infraconstitucional. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, ano 8, n. 5, p. 289-297, maio 1992).

⁴⁸ Segundo Regina Ferrari, “essa forma de dispor de nosso ordenamento jurídico cria situação bastante sui generis, isso porque o Tribunal de Contas do Município, embora não seja órgão auxiliar do Legislativo Estadual, integra a estrutura do Estado membro, sendo na verdade um órgão auxiliar das Câmaras Municipais. A justificativa de tal posição abraçada pela Constituição Federal e interpretada pelo Supremo Tribunal Federal tem o objetivo de evitar a proliferação de Tribunais ou Conselhos de Contas Municipais, considerando que chegariam a milhares em função da quantidade de Municípios existentes no Brasil. Aceita-se a intenção, mas é surpreendente a conclusão” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Direito Municipal. 2. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 210).

[...] mas permite que os Estados-membros, mediante autônoma deliberação, instituam órgão estadual denominado Conselho ou Tribunal de Contas dos Municípios (RTJ 135/457, Rel. Min. Octavio Gallotti – ADI 445/DF, Rel. Min. Néri da Silveira), incumbido de auxiliar as Câmaras Municipais no exercício de seu poder de controle externo (CF, art. 31, §1º). Esses Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios – embora qualificados como órgãos estaduais (CF, art. 31, §1º) – atuam, onde tenham sido instituídos, como órgãos auxiliares e de cooperação técnica das Câmaras de Vereadores. A prestação de contas desses Tribunais de Contas dos Municípios, que são órgãos estaduais (CF, art. 31, §1º), há de se fazer, por isso mesmo, perante o Tribunal de Contas do próprio Estado, e não perante a Assembleia Legislativa do Estado-membro. Prevalência, na espécie, da competência genérica do Tribunal de Contas do Estado (CF, art. 71, II, c/c o art. 75).⁴⁹

2.4 Coisa julgada e as Cortes de Contas.

O atributo da coisa julgada estabelece a inalterabilidade da decisão do Estado acerca de matéria ou fato que foi submetida à sua apreciação. É considerado, pela doutrina, como instituto jurídico que compõe o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica e proteção à confiança legítima, assegurado como pressuposto basilar de todo Estado Democrático de Direito, sendo prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Conforme estabelece os ensinamentos de Fredie Didier Jr., *a coisa julgada não é instrumento de justiça. Não assegura a justiça das decisões. É, isso sim, garantia da segurança, ao impor a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica a que lhe foi submetida*. Destaca-se que a essência da jurisdição estaria vazia de significado lógico e prático se não lhe seguisse a inalterabilidade da decisão. Nessa toada, se as partes de um processo, a qualquer tempo, pudessem atacar a decisão judicial, ela não teria eficácia prática.

A melhor doutrina costuma dividir a coisa julgada em: coisa julgada formal e coisa julgada material. A primeira hipótese consiste na inalterabilidade do que foi decidido dentro do mesmo processo em que foi proferida a decisão.

Moacyr Amaral Santos explica bem o conceito de coisa julgada formal:

A coisa julgada formal consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recurso. Dá-se porque a sentença não poderá ser reformada por meio de recursos, seja porque dela

⁴⁹ ADI nº 687, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 02.02.1995, Plenário, DJ, 10 fev. 2006.

não caibam recursos, seja porque estes não foram interpostos no prazo, ou porque do recurso se desistiu ou do interposto se renunciou. [...] Imutável o ato, dentro do processo, esgota-se a função jurisdicional. O Estado tem por cumprida a sua obrigação jurisdicional.⁵⁰

Já a respeito da segunda hipótese, a coisa julgada material estabelece a impossibilidade de alteração da decisão no mesmo ou em qualquer outro processo, visto que a matéria que foi analisada cumpriu todos os trâmites procedimentais ou processuais que permitam ao Poder Judiciário decidir a questão em definitivo, de forma a, em regra, não mais se falar em possibilidade recursal. Após a formação da coisa julgada material, nenhum juiz poderá decidir de forma diversa, independentemente do motivo. Em princípio, somente as decisões que tenham examinado o litígio entre as partes (mérito), fazem coisa julgada material. Tais decisões de mérito não podem ser alteradas, nem há a possibilidade de se deflagrar um novo processo com a mesma finalidade, tendo em vista a promoção dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima. Dessa forma, impede-se que as questões sejam discutidas perpetuamente já que foram suficientemente debatidas e analisadas.

A respeito do tema, Daniel Amorim Assumpção Neves conceitua:

Essa imutabilidade gerada para fora do processo, resultante da coisa julgada material, atinge tão somente as sentenças de mérito proferidas mediante cognição exauriente, de forma que haverá apenas coisa julgada formal nas sentenças terminativas ou mesmo as sentenças de mérito, desde que proferidas mediante cognição sumária, como ocorre para a maioria doutrinária na sentença cautelar. Como se nota, a coisa julgada material depende da coisa julgada formal, mas o inverso não ocorre.⁵¹

Por seu turno, a coisa julgada na esfera administrativa consiste na inalterabilidade da decisão administrativa dentro do âmbito da própria Administração Pública. Trata-se da impossibilidade recursal na esfera administrativa. Contudo, em obediência ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, não há que se falar em obstáculo para apreciação da legalidade por parte do Poder Judiciário, motivo pelo qual não é considerada coisa julgada material, haja vista que não resulta na definitividade da decisão, atributo que somente está presente nas decisões adotadas pelo Judiciário.

⁵⁰ (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva. 3. v., p. 43).

⁵¹ (Manual de Direito Processual Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010).

A justiça comum deve resolver, preferencialmente, todos os litígios. Assim, a coisa julgada na esfera administrativa não obsta que a matéria seja rediscutida no âmbito judicial. Tal fato decorre do denominado sistema de jurisdição única. Nesse sentido, faz-se necessário diferenciar o sistema de jurisdição una (inglês) do sistema contencioso administrativo (francês), em que as decisões administrativas possuem a características de fazerem coisa julgada material no âmbito da própria Administração Pública, sendo que somente, excepcionalmente, pode ocorrer a apreciação pelo Poder Judiciário.

Houve a tentativa de se introduzir no Brasil o sistema do contencioso administrativo por intermédio da EC nº 7/77, contudo, tal previsão restou comprometida, sendo que, nos dias atuais, é adotado o modelo inglês (jurisdição una). Hely Lopes Meirelles, ao realizar um estudo sobre esses pontos, concluiu que essa possibilidade de coisa julgada resulta na preclusão administrativa que obsta a reanálise dos fatos, senão vejamos:

[...] essa imodificabilidade não é efeito da coisa julgada administrativa, mas é consequência da preclusão das vias de impugnação interna (recursos administrativos) dos atos decisórios da própria Administração. Exauridos os meios de impugnação administrativa, torna-se irretroatável, administrativamente, a última decisão, mas nem por isso deixa de ser atacável por via judicial.⁵²

Com isso, alguns renomados autores costumam indicar que o instituto tem o sentido de indicar mera impossibilidade de retratação no âmbito administrativo, ou a preclusão na esfera da Administração com o intuito de alterar o que foi decidido por entes administrativos.

De tal sorte que, devido a possibilidade da tutela jurisdicional em qualquer situação, a coisa julgada na esfera administrativa, isto é, as questões decididas em processos que tramitaram perante a Administração, não obstaria que o prejudicado provocasse o Poder Judiciário, responsável pela última palavra e por conceder à decisão caráter de inalterabilidade, fazendo surgir a coisa julgada.

2.5 O exame das decisões das Cortes de Contas e a tutela jurisdicional.

No que tange à natureza das funções dos Tribunais de Contas, ocorreram inúmeras teses divergentes tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Havia uma corrente que defendia a natureza jurisdicional, ao passo que outra entendia pela natureza administrativa das decisões da Corte. A divergência reside na expressão do termo julgamento, previsto na CF/88, para designar o julgamento que o Tribunal de Contas efetua sobre as contas dos administradores e demais responsáveis por verbas públicas. Em

⁵² (Direito Administrativo Brasileiro. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 76)

que pese as Cortes de Contas, indubitavelmente, não integrarem o rol dos órgãos do Poder Judiciário, excetuava Seabra Fagundes que,

inobstante isso, o art. 71 §4º, lhe comete o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou dinheiros públicos, o que implica em investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo.⁵³

De maneira convergente é o ensinamento de Pontes de Miranda, declarando 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 rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo bis in idem”*.⁵⁴ O Tribunal de Contas não julga, não tem funções jurisdicionais, não é considerado órgão do Judiciário, sendo que todas as suas atribuições, sem exceção, são de natureza meramente administrativa.

Carlos Ayres Britto destaca a ausência do exercício da função jurisdicional:

Note-se que os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas não se caracterizam pelo seu impulso externo ou non ex officio. Deles não participam advogados, necessariamente, porque a indispensabilidade dessa participação apenas se dá em nível do processo judiciário (art. 133 da CF). Inexiste a figura dos “litigantes” a que se refere o inciso LV do art. 5º da Constituição. E o “devido processo legal” que os informa somente ganha os contornos de um devido processo legal (ou seja, com as vestes do contraditório e da ampla defesa) se alguém passa à condição de sujeito passivo ou acusado, propriamente. Algumas características da jurisdição, no entanto, permeiam os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas. Primeiramente, porque os TCs julgam sob critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica (subsunção de fatos e pessoas à objetividade das

⁵³ FAGUNDES, Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 142.

⁵⁴ In: Comentários à Constituição de 1946, v. II, p. 95.

normas constitucionais e legais). Segundamente, porque o fazem com a força ou a irretratibilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado. Isto, quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público. Não, porém, quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processos de contas, porque, aí, prevalece a norma constitucional que submete à competência judicante do Supremo Tribunal Federal a impetração de habeas corpus, mandado de segurança e habeas data contra atos do TCU (art. 102, inciso I, alínea d). Por extensão, caem sob a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, conforme a situação, o processo e o julgamento dessas mesmas ações constitucionais contra atos dos demais Tribunais de Contas.⁵⁵

Tendo em conta que o constituinte originário, repetindo Constituições anteriores, empregou a expressão “julgar” para algumas deliberações do Tribunal de contas, o pronunciamento de tais Cortes deve ser acatado pelo Poder Judiciário, vez que não pode rejulgar o que já foi julgado, como acentua o já citado mestre Pontes de Miranda. O julgamento sobre as contas, decidindo a regularidade ou irregularidade, é soberano, privativo e definitivo. A desconstituição judicial de decisão do Tribunal de Contas somente poderá ocorrer se caracterizada incompetência, violação à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal ou no caso de irregularidade grave no curso do processo.

Nesse diapasão, no rol de competências exaustivamente elencadas no texto constitucional, no tocante à fiscalização orçamentária, patrimonial, financeira, contábil e operacional, identificam-se casos em que a decisão dos Tribunais de Contas deve ser soberana, na esfera administrativa. Embora não tenham caráter jurisdicional, as decisões dessas cortes sobrepõem-se às decisões dos órgãos controlados.

De todo modo, nos moldes do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, qualquer decisão das Cortes de Contas, mesmo sendo atinentes ao julgamento de contas de administradores, pode ser submetida à apreciação do Judiciário, se o interessado entender que ocorreu lesão ao seu direito. Neste sentido, o respeito aos direitos fundamentais que compõem o chamado “núcleo comum de processualidade” assume especial relevância. Ao estabelecerem o procedimento como instrumento constitucional de

⁵⁵ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 5, n. 47, jan. 2005

atuação de todos os poderes do Estado, Bacellar Filho e Hachem destacam a formação de um núcleo constitucional comum de processualidade:

O núcleo comum de processualidade possibilita a aproximação entre processo administrativo e judicial, para que aquele aproveite a construção doutrinária processual fixada na concepção do processo como garantia constitucional. Se o agir administrativo deve exercitar-se, em certos casos, nos moldes do processo, extrai-se a possibilidade da ampliação das garantias processuais para mais um quadrante do poder estatal: o administrativo.

[...]

A existência de tal núcleo resulta da percepção de que a unidade dos fundamentos do direito público justifica, dogmaticamente, a analogia de soluções para problemas comuns. O núcleo diferenciado — conjunto normativo específico que incide sobre cada modalidade processual (administrativa, civil, penal, trabalhista etc.) — persiste como decorrência das características de cada função. O núcleo comum de processualidade deduz-se do texto constitucional e pressupõe, mesmo no patamar da Constituição, o núcleo diferenciado derivado da função jurisdicional ou administrativa e do objeto de cada processo.

Todavia, antes de ser legislativo, jurisdicional ou administrativo, o processo tem uma identidade constitucional. Antecedendo qualquer consideração, se uma função estatal é exercitada por meio de um processo — seja ela qual for ou quais sejam os objetivos a serem alcançados — é porque nela devem estar presentes o contraditório e a ampla defesa.⁵⁶

Nesse diapasão, a apreciação, por parte do Judiciário, das decisões das Cortes de Contas encontra campo de atuação bastante amplo diante da extensão do alcance dos direitos fundamentais residentes no núcleo comum de processualidade.

Nos ensinamentos de Ellen Gracie,

o reexame das deliberações do Congresso Nacional e em particular do órgão auxiliar, o TCU, quando for o caso, não somente observará como levará em conta na reapreciação a observância do devido processo legal

⁵⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, p. 66-85, nov. 2014

(inciso LIV) assegurado o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV), em processo público (inciso LX) com provas lícitas (inciso LVI) com duração razoável (inciso LXXVIII), além de adequada fundamentação (art. 93, IX c/c art. 73, caput c/c art. 96, I, 'a' todos da Constituição).⁵⁷

Uma breve busca nos julgados da Suprema Corte demonstra que grande parte das decisões relativas ao exercício de competências das Cortes de Contas discute as aplicações concretas dos direitos fundamentais, principalmente do contraditório e da ampla defesa. Garante-se, com isso, a prerrogativa constitucional de competência de cada uma das instituições. Desafio maior tem sido no aspecto da execução das decisões das Cortes de Contas, sendo que, nos moldes do §3º do art. 71 da CF/88, tais decisões que imputam débito ou multa possuem eficácia de título executivo extrajudicial. É de extrema importância que os Tribunais de Contas realizem a articulação com os demais órgãos que possuem natureza fiscalizatória – essencialmente, o Ministério Público – para possibilitar a garantia da eficiência à execução de suas deliberações.

⁵⁷ GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 7, n. 82, out. 2008.

A NATUREZA JURÍDICA DAS CORTES DE CONTAS

3.1 Diferença entre Controle Externo e Interno.

O Artigo 70, caput, da Constituição Federal prevê que: *"a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas, será exercido pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder"*. Ressalta-se, a princípio, que o mencionado dispositivo inaugura a Seção IX do Capítulo I, que trata do Poder Legislativo, integrante do Título IV da Constituição.

Conforme Kildare Gonçalves Carvalho:

Não é, pois, sem motivo que a fiscalização da atividade financeira e do orçamento do Estado esteja prevista parte dedicada ao Poder Legislativo: é que, de fato, [...] o Poder Legislativo é tradicionalmente o poder financeiro, pois antes de legislar autorizava a cobrança de tributos e consentia nos gastos públicos (**no taxation without representation**). Permanece, então, nas Constituições democráticas, essa conquista dos Paramentos, atribuindo-se a um órgão distinto do Executivo a função fiscalizadora de suas contas. A função de controle pelo Poder Legislativo não excluiu, contudo, a autofiscalização (sistema de controle interno), exercida pelos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), por meio de órgãos próprios integrantes da sua estrutura administrativa.⁵⁸

No mesmo sentido é o ensinamento de Uadi Lammêgo Bulos:

O controle externo é exercido pelo órgão diverso do controlado, é dizer, pelo Congresso Nacional, Assembleias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, Câmaras Municipais, com auxílio dos respectivos

⁵⁸ (art. 74) (CARVALHO, 2010: 1279).

*Tribunais de Contas (art. 71). Sua natureza é técnica, realizando-se externa corporis, com a finalidade principal de fiscalizar. Excepcionalmente, perante situações de irregularidade, é acionado, mas com estrita observância aos casos especificados na legislação.*⁵⁹

Já Hely Lopes Meirelles conceitua:

O controle externo visa comprovar a probidade da Administração Pública e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a sua fiel execução do orçamento. É, por excelência, um controle político de legalidade contábil e financeira, o primeiro aspecto a cargo do Legislativo; o segundo, do Tribunal de Contas.⁶⁰

Nesse diapasão, observa-se que a CF/88 atribuiu ao Judiciário a competência para rever, mediante provocação, os atos administrativos, Tal competência é considerada uma hipótese de controle externo em sentido amplo. Ocorre uma modalidade de controle externo por intermédio do Ministério Público, e, ao que nos importa, pelo Tribunal de Contas da União, os quais não apresentam natureza jurisdicional em seu sentido estrito. A espécie de controle executado pela Corte de Contas é de fiscalização, como se extrai dos art. 70, caput, e parágrafo único e 71, caput, incisos I a XI, da Carta Magna. Tal previsão também pode ser constatada nos dispositivos constantes da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, instituída pela Lei nº 8.443/92:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração 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 dano ao Erário;

II - proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas Comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades

⁵⁹ (BULOS, 2003: 868).

⁶⁰ (MEIRELLES, 1999: 631).

dos poderes da União e das demais entidades referidas no inciso anterior;

III - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, nos termos do art. 36 desta Lei;

IV - acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União e das entidades referidas no inciso I deste artigo, mediante inspeções e auditorias, ou por meio de demonstrativos próprios, na forma estabelecida no Regimento Interno;

V - apreciar, para fins de registro, na forma estabelecida no Regimento Interno, 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 federal, 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; [...].

*Vê-se que, é no controle externo da administração financeira e orçamentária é que se inserem as principais atribuições do Tribunal de Contas, como órgãos independentes, mas auxiliares do Legislativo e colaboradores do Executivo.*⁶¹ Desta feita, não resta dúvida que CF/88 ampliou sobremaneira as atribuições do TCU.

Nos moldes do que ensina Hely Lopes Meirelles:

Toda atuação dos Tribunais de Contas devem ser a posteriori, não tendo apoio constitucional qualquer controle prévio sobre atos ou contratos da Administração direta ou indireta, nem sobre a conduta de particulares que tenham gestão de bens ou valores públicos, salvo as inspeções e auditorias in loco, que podem ser realizadas a qualquer tempo.

As atividades dos Tribunais de Contas expressam fundamentalmente em “funções técnicas, opinativas, verificadoras, assessoradas e jurisdicionais administrativas, desempenhadas simetricamente tanto pelo TCU quanto pelos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios que os tiveram (presentemente, só o Município de São Paulo e do Rio de Janeiro os têm).⁶²

Além da sistemática do controle externo, a CF/88 também estabelece

⁶¹ (MEIRELLES, 1999: 631)

⁶² (MEIRELLES, 1999: 632).

o sistema de controle interno, realizado de forma integrada pelos Poderes Executivo, Legislativo, e Judiciário, a saber:

Art. 74 - Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV- apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Uadi Lammêgo Bulos assim leciona:

O controle interno ou autocontrole, é aquele exercido interna corporis, isto é, dentro da esfera de cada Poder. Por isso, tem natureza administrativa, sendo exercido sobre os funcionários, pelos superiores hierárquicos (art. 74, infra)⁶³. Assim, “a fiscalização levada a cabo pelo Judiciário no seu 100 quadro de pessoal, a apuração empreendida no seio do Legislativo para se apurar irregularidades funcionais, o controle do Executivo sobre seus gastos internos são alguns exemplos que podem ser lembrados”.⁶⁴

Nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

O controle interno objetiva a criação de condições indispensáveis à eficácia do controle externo e visa a assegurar a regularidade da realização da receita e da despesa, possibilitando o acompanhamento da execução do orçamento, dos programas de trabalho e a avaliação dos respectivos resultados. É, na sua plenitude, um controle de legalidade, conveniência, oportunidade e

⁶³ (BULOS, 2003, p. 868).

⁶⁴ (BULOS, 2003: 868).

eficiência.⁶⁵

A Carta Magna estabelece, ainda, no art. 74, parágrafo 1º: "Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária". Ressalta-se, inclusive, sob pena de, em tese, responsabilidade por ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/1992.⁶⁶

Finalmente, nos termos do art. 74, parágrafo 2º, da CF/88: "Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para na forma da lei denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União". Até mesmo o Tribunal de Contas deve prestar contas (Precedente: STF, ADIn 687, Rel. Min. Celso de Mello, Clipping do DJ de 10-2-2006).⁶⁷

3.2 A previsão do TCU nas constituições brasileiras.

O Tribunal de Contas foi criado por intermédio da inspiração de Rui Barbosa por meio do Decreto nº 966 A, de 7 de Novembro de 1890, do Governo Provisório do Brasil República, Desta feita, as Cortes de Contas passaram a integrar todas as Constituições republicanas. Nos dias atuais, o TCU é regido pela Lei nº 8.443/1992, que instituiu a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Ressalta-se que o Tribunal de Contas já era previsto por Pimenta Bueno, em sua obra de Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império, *ipsis verbis*:

É de suma necessidade a criação de um Tribunal de Contas, devidamente organizado, que examine e compare a fidelidade das despesas com os créditos votados, as receitas com a lei do imposto, perscrute e siga pelo testemunho dos documentos autênticos em todos os seus movimentos a aplicação e emprego dos valores dos Estados, e que, enfim, possa assegurar a realidade das contas. Sem esse poderoso auxiliar nada conseguirão as Câmaras.⁶⁸

No entanto, a origem remota das atuais Cortes de Contas,

[...] foi a criação em 1714, em Berlim, pelo Rei Frederico

⁶⁵ (MEIRELLES, 1999: 631).

⁶⁶ (MORAES, 2007: 1233).

⁶⁷ (Cf. BULOS, 2007: 1001).

⁶⁸ (BUENO apud CARVALHO, 2010: 1280).

Guilherme I, da Prússia, de órgão colegiado de controle denominado Contadoria Geral de Contas, posteriormente, denominado Controladoria Geral de Contas e com nova sede em Potsdam, em 1818. Esse órgão, que contava com relativa autonomia em relação aos demais entes da administração para fiscalizar as contas públicas, como relata Salomão Ribas Junior, não nasceu com a finalidade de garantir a publicidade, legalidade e legitimidade dos gastos públicos, mas para combater a desperdício na dilapidação do tesouro real e possibilitar maiores riquezas e regalias do monarca. Em 1871, a Contadoria de Contas da Prússia foi transformada no Tribunal de Contas do Reich Alemão, deixando de existir após a Segunda Grande Guerra e sendo substituído, na então República Federal da Alemanha, pelo Tribunal de Contas, cuja previsão encontra-se no art. 114 da Lei Fundamental.⁶⁹

A história do controle, no Brasil, retoma ao período colonial:

Em 1680, foram criadas as Juntas das Fazendas das Capitanias e a Junta da Fazenda do Rio de Janeiro, jurisdicionadas a Portugal, e, em 1808, na administração de D. João VI, foi instalado o Erário Régio e criado o Conselho da Fazenda, que tinha como atribuição acompanhar a execução da despesa pública. Mas, foi somente com a proclamação da independência do Brasil, em 1822, que o Erário Régio foi transformado no Tesouro pela Constituição monárquica de 1824, prevendo-se, então, os primeiros orçamentos e balanços gerais.⁷⁰

Conforme Pontes de Miranda:

A ideia de um Tribunal de Contas vem, no Brasil, de 1826, em projeto apresentado ao Senado do Império por Felisberto Caldeira Brandt (Visconde de Barbacena) e por José Inácio Borges. Combateu-o Manuel Jacinto Nogueira da Gama, Conde (pouco depois Marquês de Baependi) [...]. Em 1845 Manuel Alves Branco, Ministro do Império, propôs a organização de um Tribunal de Contas que, sobre exercer fiscalização financeira, apurasse a responsabilidade dos exatores da Fazenda Pública, como poder de ordenar a prisão dos desobedientes e contumazes e de julgar à revelia as contas que tivessem

⁶⁹ (MORAES, 2007a: 1213).

⁷⁰ (BRASIL, 2011)

*de prestar. Se bem que a ideia volvesse em Pimenta Bueno (depois, Marquês de São Vicente), Silveira Martins, o Visconde de Ouro Preto, e João Alfredo, o Império não possuiu o seu Tribunal de Contas.*⁷¹

Na República, dá seguimento Pontes de Miranda,

[...] o Decreto n. 966-A, de 7 de novembro de 1890, devido à iniciativa de Rui Barbosa, criou o Tribunal de Contas, destinado a fiscalizar os atos do Poder Executivo, quando suscetíveis de estabelecer despesas ou interessar as finanças da República (art. 2º, sobre o registro) e a julgar as contas de todos os responsáveis por dinheiros públicos, qualquer que fosse o Ministério a que pertencesse, "dando-lhes quitação, condenando-os a pagar e, quando não cumpram, mandando proceder na forma de direito" (art. 4º).⁷²

Dessa forma, devido a essencialidade constitucional da Corte da União, faz-se imprescindível a indicação dos dispositivos nas Constituições republicanas de 1981, 1934, 1937, 1946, 102 1967 e sua Emenda nº 1/1969 e a de 1988, sem se esquecer da Constituição Imperial de 1824, que não previu uma Corte de Contas. Se não, vejamos.⁷³

A Carta da Lei, de 25 de março de 1824, pelo artigo 172, estabelece que:

O Ministro de Estado da Fazenda, havendo recebido dos outros ministros os orçamentos relativos às despesas de suas repartições, apresentará na Câmara dos Deputados anualmente, logo que esta estiver reunida, um balanço geral da receita e despesa do tesouro nacional do ano antecedente, e igualmente o orçamento geral de todas as despesas públicas do ano futuro, e da importância de todas as contribuições e rendas públicas.

Observa-se, com isso, que existe apenas a previsão dos orçamentos e balanços gerais; logo, o Brasil-Império não conheceu o Tribunal de Contas, o Erário Régio foi alterado para Tesouro Nacional. A Constituição da República

⁷¹ (MIRANDA, 1987: 244).

⁷² (MIRANDA, 1987: 245).

⁷³ Para todas as referências às Constituições brasileiras de 1824 a 1967, vide: Constituição de 1824: NOGUEIRA (2001); Constituição de 1891: BALEEIRO (2001); Constituição de 1934: POLETTI (2001); Constituições de 1937: PORTO (2001); Constituições de 1946: BALEEIRO (2001); Constituição de 1967: CAVALCANTE; BRITO: BALEEIRO (2001); Emendas Constitucionais de 1969: PORTO (1999).

de 1891 dos Estados Unidos do Brasil, assim preceitua a Corte de Contas:

Art. 89. É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas das receitas e despesas e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.

A Corte de Contas, *“tratava-se, pois, de auxiliar do Congresso Nacional, que, em nome do legislador e por conta dele, procedia. Órgão de fiscalização do Poder Executivo – e não órgão do Poder Executivo. Órgão de cooperação ou de auxílio, sim, porém não do Poder Executivo – do Poder Legislativo”*.⁷⁴

A Constituição da República de 1934 dos Estados Unidos do Brasil permanece com a Corte de Contas:

Art. 99. É mantido o Tribunal de Contas, que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. Art. 100. Os Ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, e terão as mesmas garantias dos Ministros da Corte Suprema. Parágrafo único. O Tribunal de Contas terá, quanto à organização do seu Regimento Interno e da sua Secretaria, as mesmas atribuições dos tribunais judiciários.

Conforme Pontes de Miranda a Constituição de 1934 considerou a Corte de Contas órgão de cooperação auxílio nas atividades governamentais, pois:

*Ao antigo Tribunal de Contas – que a Constituição manteve (art. 99: “é mantido”) – o texto de 1934 conferiu, assim, a mais, a atribuição de “julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos”; portanto, alcances e culpa dos depositários de dinheiros ou bens públicos, em toda a sua extensão. O acréscimo, em vez de o tornar órgão cooperador do Poder Executivo, acentuou o elemento judiciário que já ele tinha, inclusive pelo modo de composição e garantias dos seus membros.*⁷⁵

⁷⁴ (MIRANDA, 1987: 246).

⁷⁵ (MIRANDA, 1987: 247).

A Constituição da República de 1937 dos Estados Unidos do Brasil, por sua vez, não enquadrou a Corte de Contas, no âmbito do Poder Legislativo, por motivos lógicos:

Art. 114. Para acompanhar, diretamente ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar as contas dos responsáveis por dinheiro ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo presidente da República, com a aprovação do Conselho Federal. Aos ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos ministros do Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. A organização do Tribunal De Contas será regulada em lei.

A Constituição da República de 1946 dos Estados Unidos do Brasil, art. 76, parágrafos 1º e 2º e art. 77, incisos I, II e III, parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, instituiu a jurisdição da Corte de Contas em todo o território nacional. Transcreve-se as disposições constitucionais, *ipsis litteris*:

Art. 76. O Tribunal de Contas tem sua sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional.

§1º Os ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, e terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos juízes do Tribunal Federal de Recursos.

§ 2º O Tribunal de Contas exercerá, no que lhe diz respeito, às atribuições constantes do art. 97, e terá quadro próprio para o seu pessoal.

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.

§ 2º Será sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio

ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de administração pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional ou por conta deste.

§ 3º Em qualquer caso, a recusa do registro por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio terá caráter proibitivo. Quando a recusa tiver outro fundamento a despesa poderá efetuar-se após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tesouro Nacional ou por conta deste.

§ 4º O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República deverá prestar anualmente ao Congresso Nacional. Se elas não lhe forem enviadas no prazo da lei, comunicará o fato ao Congresso Nacional para os fins de direito, apresentando-lhe, num e noutro caso, minucioso relatório do exercício financeiro encerrado.

Constata-se, portanto, que *"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."*⁷⁶

Por seu turno, a Constituição de 1967 da República Federativa do Brasil e sua Emenda nº 1/1969, também permaneceram com a Corte de Contas:

Art. 70. A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional mediante controle externo e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.

§ 1º O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

[...]

Art. 72. O Tribunal de Contas da União, com sede no Distrito Federal e quadro próprio de pessoa, tem jurisdição em todo o País.

§ 1º O Tribunal exerce, no que couber, as atribuições previstas no artigo 115.

§ 2º A lei disporá sobre a organização do Tribunal, podendo dividi-lo em Câmaras e criar delegações ou

⁷⁶ (MIRANDA, 1987: 248)

órgãos destinados a auxiliá-lo no exercício das suas funções e na descentralização dos seus trabalhos.

§ 3º Os seus Ministros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros, maiores de trinta e cinco anos, de idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública, e terão as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos.

Observa-se que o texto da Constituição de 1967 atribuiu ao Poder Legislativo a Corte de Contas. Já a respeito da Constituição de 1988, houve a manutenção do Tribunal de Contas da União, ampliando significativamente suas atribuições em razão do próprio fortalecimento do Parlamento. Sendo que o Tribunal de Contas da União é órgão que presta auxílio ao Congresso Nacional no controle externo dos gastos públicos, como se depreende do artigo 71: "O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União", sendo que suas atribuições estão estabelecidas nos incisos I a XI do mesmo artigo. Devido sua extrema importância, transcreve-se o dispositivo em sua integralidade:

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.

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Tais incisos prescrevem as competências, próprias e privativas, do Tribunal de Contas da União, órgão responsável por auxiliar o Poder Legislativo (titular do Controle Externo) no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, tanto na Administração Direta quanto na Indireta.

Entretanto, a aprovação das contas pela Corte de Contas da União não impede que o Ministério Público apresente denúncia, se entender que há, em tese, crime em ato conexo à prestação de contas daquele órgão de natureza administrativa (STF, RTJ, 160: 900).⁷⁷

3.3 Natureza jurídica do TCU: debate doutrinário e posição do STF.

Há muita discussão no que tange à natureza jurídica da Corte de Contas da União. Existe, por parte da doutrina, aqueles que consideram a Corte de Contas um quarto poder, fugindo da tripartição clássica dos poderes. Fator predominante, nessa celeuma, seria se o Tribunal de Contas realiza ou não julgamento, isto é, possui ou não função jurisdicional. Nessa esteira, tendo em vista a divergência existente sobre a natureza jurídica das Cortes de Contas, seguem as opiniões dos principais doutrinadores e o entendimento da Suprema Corte.

Conforme preceitua Alexandre de Moraes, "o Tribunal de Contas da União é um órgão auxiliar e de orientação do Poder Legislativo, embora a ele não subordinado, praticando atos de natureza administrativa, concernentes, basicamente, à fiscalização".⁷⁸

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no mesmo sentido, explica que:

Sua função geral é auxiliar o Congresso Nacional no controle externo que lhe cabe exercer sobre a atividade financeira e orçamentária da União (art. 71). Para tanto, incumbe-lhe apreciar as contas do Presidente da República, desempenhar funções de auditoria financeira e orçamentária, bem como julgar as contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos.⁷⁹

Kildare Gonçalves Carvalho, com peculiar cultura, ensina que:

[...] a posição constitucional do Tribunal De Contas no Brasil é o de auxiliar o Poder Legislativo no controle da execução do orçamento e da aplicação do dinheiro público; o Tribunal de Contas não é órgão do Poder Executivo nem do Poder Judiciário, como se depreende, inclusive da própria colocação topográfica do órgão no texto constitucional, ou seja, no Capítulo destinado ao Poder Legislativo.⁸⁰

⁷⁷ (Cf. BULOS, 2007: 872).

⁷⁸ (MORAES, 2007a: 1213; MORAES, 2007b: 410).

⁷⁹ (FERREIRA FILHO, 2006: 158).

O Tribunal de Contas, como se viu, não integra o Poder Judiciário, mas é órgão auxiliar do Poder Legislativo no controle da execução e da aplicação do dinheiro público. A Constituição, ao usar a expressão "julgar", não transforma o Tribunal de Contas em órgão jurisdicional. A função que exerce é materialmente administrativa: é o que pensam Seabra Fagundes, Wilson Accioli e Michel Temer, dentre outros. José Afonso da Silva, a propósito do assunto, fala que não se trata de função jurisdicional: o Tribunal de Contas não julga pessoas nem dirime conflitos de interesse, mas apenas exerce um julgamento técnico de contas. A questão vem exposta com clareza por Uadi Lammêgo Bulos [...].⁸¹

Não obstante, registrem-se, as explicações de Uadi Lammêgo Bulos:

A palavra jurisdição, no sentido do preceito, não se confunde com o exercício autoritativo daquele munus desempenhado, exclusivamente, pelo Poder Judiciário, ao aplicar o direito no caso litigioso concreto.

1º No Brasil, vigora o princípio do monopólio ou unidade de jurisdição – una Lex, una jurisdictio. Portanto, só o Poder Judiciário pode apreciar atos que causem lesão ou ameaças a direitos (Art. 5º, XXXV). Daí a impropriedade do uso do signo jurisdição, no art. 73, uma vez que inexistem ramificações ou bifurcações do Judiciário, a ponto de haver duas ordens judicantes, independentes e autônomas;

2º A um primeiro momento, se poderia até pensar que os Tribunais de Contas exercem a jurisdictio, devido a sua própria denominação, que sugere ideia de órgão colegiado. Acrescente-se a isso o fato de a linguagem prescritiva do constituinte mencionar a expressão julgar contas. Ademais, estendem-se aos integrantes das Cortes de Contas as mesmas garantias deferidas aos membros do Poder Judiciário. Acontece, porém, que todos esses argumentos, que partem de premissas verdadeiras, conduzem a conclusões falsas. Se esses motivos fossem levados às suas últimas consequências, esses Tribunais de Contas integrariam a estrutura

⁸¹ (CARVALHO, 2010: 1281).

do Judiciário, o que afrontaria a ordem constitucional pátria, que não os admite no elenco do art. 92;

3º Em verdade, as cortes de contas atuam de ofício, como órgãos auxiliares, não julgam, no sentido técnico de dizer o direito, nem eliminam conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas;

4º Nada obstante, a imprecisão terminológica do constituinte, o próprio art. 73, em epígrafe, menciona o termo no que couber, para referir-se às atribuições que as Cortes de Contas podem exercer, à luz do que giza o art. 96. Assim, não é toda e qualquer matéria suscetível de exame, por parte desses tribunais, o que vale dizer: tais órgãos públicos, independentes e encarregados de atuar em esfera pré traçada pelo constituinte originário, não exercem atividades jurisdicionais, mas sim administrativas. Apenas quem confunde administração com jurisdição diz que as decisões dos Tribunais de Contas são de índole judicante. Todavia, a Corte de Contas na julga, decide administrativamente, não integra o Poder Judiciário, auxilia o Legislativo, não desempenha função judicante, emite posicionamento de reconhecida magnitude.⁸²

Carlos Ayres Britto defende que os Tribunais de Contas não são órgãos capazes de exercer a função jurisdicional do Estado, tendo em vista que:

A função jurisdicional do Estado é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componentes desse Poder (o Judiciário), como se vê da simples leitura do art. 92 da Lex Legum; b) também não se integram no rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais a tal função (a jurisdicional), a partir do art. 127 do mesmo Código Político de 1988.⁸³

Nessa linha de entendimento, a atuação da Corte de Contas da União é:

[...] consequência de uma precedente atuação (a administrativa), e não um proceder originário. E seu operar institucional não é propriamente um tirar competências da lei para agir, mas ver se quem tirou competência da lei

⁸² (BULOS, 2003: 873-874).

⁸³ (BRITO, 2005: 68).

para agir estava autorizada a fazê-lo e em que medida.⁸⁴

Luciano Chaves de Farias preceitua,

[...] o Tribunal de Contas é o órgão auxiliar dos Poderes do Estado, não sendo ele próprio, portanto, um quarto Poder como quer certa doutrina. Suas funções são hauridas diretamente do Texto Constitucional. Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal [STF, Pleno, J. 29.06.1984, in RDA 158/196], afirmando 108 que “O Tribunal não é preposto do Legislativo. A função, que exerce, recebe-a diretamente da Constituição, que lhe define as atribuições”⁸⁵

Conforme Micaela Dominguez Dutra:

Apesar de não ter qualquer dispositivo na Constituição ora vigente que ampare a tese de que podem os Tribunais de Contas declarar a inconstitucionalidade de ato normativo, e obrigar o administrado a não observar tal entendimento como Verbete n. 347 da Súmula de jurisprudência desta egrégia Corte Constitucional, que dispõe: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos de Poder Público.”⁸⁶

Ives Gandra da Silva Martins, por fim, explica que:

Houve, certamente, em função das discussões parlamentares, um avanço, se compararmos as competências do texto de 67 e da Emenda Constitucional n. 1/69, mas continuou o Tribunal de Contas, na dependência do Parlamento, ao ponto de o Constituinte, no Título IV, da Lei Maior, ter dedicado os artigos 44 a 75 ao Poder Legislativo (Capítulo I), nele incluído o Tribunal de Contas; os artigos 76 a 91 (Capítulo II), ao Poder Executivo; os artigos 92 a 126 (no Capítulo III) ao Poder Judiciário; e dedicado o capítulo IV, artigos 127 a 135, às funções essenciais à Justiça (Ministério Público e Advocacia.

É, portanto, o Tribunal de Contas um órgão não do Poder Judiciário, mas do Poder Legislativo.

⁸⁴ (BRITO, 2005: 73).

⁸⁵ (FARIAS, 2006: 68-70).

⁸⁶ (DUTRA, 2008: 198).

[...]

Ora, quem exerce o controle externo é o Congresso Nacional (Poder Legislativo) e quem é poder acólito, vicário, auxiliar, ancilar é o Tribunal de Contas. De resto, em todo o elenco de atribuições do art. 71 percebe-se que o Tribunal de Contas é um órgão técnico, que facilita o controle externo por parte do Poder Legislativo.⁸⁷

Lincoln Magalhães da Rocha, por seu turno, esclarece que a Corte de Contas da União:

Não integra o Poder Judiciário, mas, sim, o Poder Legislativo do qual faz parte, e lhe presta auxílio para o desempenho da função de controle externo que incumbe ao Congresso Nacional.

Creio não ser correto afirmar que o Tribunal de Contas da União é um órgão auxiliar do Poder Legislativo. Sim, porque um órgão auxiliar tem conotação de subordinação e não de coordenação.

Por isso mesmo, alguns doutrinadores negam que o TCU seja um órgão auxiliar do Poder Legislativo, mas, sim, um verdadeiro Tribunal autônomo situado no Legislativo, mas com total independência daquele poder e cuja precípua missão é exercer a função de controle externo juntamente com o Congresso Nacional.

Trata-se de distinção sutil, mas que do prisma doutrinário, tem sua razão de ser porque põe às claras a absoluta independência de que goza a Corte de Contas.

O Tribunal de Contas da União não tem qualquer relação hierárquica com a Câmara dos Deputados e como Senado Federal: apenas presta auxílio ao Congresso Nacional na sua função de controle externo, de forma autônoma e independente, no exercício de sua competência constitucional própria.

O Tribunal de Contas da União é, pois, um autêntico Tribunal e, embora não judiciário, é judicialiforme, i.é, desempenha sua função com as formalidades litúrgicas semelhantes a do Poder Judiciário. Tem jurisdição em todo o território nacional e tem as mesmas competências “tribunalísticas” das demais cortes, descritas no artigo 96 da Constituição Federal”⁸⁸

José Joaquim Gomes Canotilho reforça que *“há sistemas de controle*

⁸⁷ (MARTINS, 2008: 55-56).

⁸⁸ (ROCHA, 2009: 185).

*que não são tribunais; há sistemas de controle que são tribunais, mas não têm funções jurisdicionais; e há sistemas de controle em que o Tribunal de Contas tem função jurisdicional*⁸⁹, no entanto, esclarece que:

A cumplicidade profunda dos Tribunais de Contas com o aprofundamento do princípio republicano permite-nos defender que, no contexto actual, dos Estados de Direito democráticos já não é possível reduzir estes tribunais a simples instâncias de dissuasão politicamente remetidas para a categoria de órgãos auxiliares.⁹⁰

No que tange ao posicionamento do STF quanto à relevância constitucional das Cortes de Contas, podem ser citados os seguintes entendimentos:

STF - A essencialidade dessa Instituição – surgida nos albores da República com o Decreto n. 966-A, de 7-11-1890, editado pelo Governo Provisório sob a inspiração de Rui Barbosa – foi uma vez mais acentuada com a inclusão, no rol dos princípios constitucionais sensíveis, da indeclinabilidade da prestação de contas da administração pública, direta e indireta CF, art. 34, VII, d). A atuação do Tribunal de Contas, por isso mesmo, assume importância fundamental no campo do controle externo. Como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, os Tribunais de Contas tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na Administração Pública e o comportamento de seus agentes, com especial ênfase para os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade. Nesse contexto, o regime de controle externo, institucionalizado pelo ordenamento constitucional, propicia em função da própria competência fiscalizadora outorgada aos Tribunais de Contas, o exercício, por esses órgãos estatais, de todos os poderes p explícitos e implícitos – que se revelem inerentes e necessários à plena consecução dos fins que lhe foram cometidos.⁹¹

Em relação às suas atribuições, tem-se o seguinte entendimento da Corte Suprema:

⁸⁹ (CANOTILHO, 2010, p. 24-25).

⁹⁰ (CANOTILHO, 2008, p. 35).

⁹¹ (STF – Suspensão de Segurança n. 1.308-9/RJ – Rel. Min. Celso de Mello (Presidente), Diário da Justiça, Seção I, 19 out. 1998, p. 26) (Cf. MORAES, 2007b: 1214).

[...] a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. [...] É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao Tribunal de Contas da União, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República.⁹²

Em relação ao aspecto da coisa julgada na esfera administrativa, a Suprema Corte assim se posiciona: *“É logicamente impossível desconstituir ato administrativo aprovado pelo Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão do colegiado que o aprovou; e para rescindi-la é necessário que nela se constatem irregularidades formais ou ilegalidades manifestas”*.⁹³

No entanto, cabe destacar que a coisa julgada na esfera administrativa não impede que o interessado possa demandar o Poder Judiciário, sob pena de obstaculizar o acesso à jurisdição, consectário lógico do princípio insculpido no art. 5º, XXXV: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

⁹² (MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 19-11-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.) (BRASIL, 2011b).

⁹³ (STJ, REsp 8970 SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, decisão: 18-12-1991, RSTJ, v. 30, p. 378; DJ-1, de 9-3-1992, p. 2533). (Cf. BULOS, 2003: 874).

CAPÍTULO 4

A APRECIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE PELAS CORTES DE CONTAS

4.1 Controle constitucional e a inconstitucionalidade das normas.

A jurisdição, palavra advinda do latim, *'jurisdictio'*, dizer o direito é o meio pelo qual o Estado cumpre sua função de prestar a *justiça* aos que solicitarem sua intervenção, sendo esta uma forma de exercício da soberania estatal⁹⁴. Dessa forma, é uma atribuição do Estado, tendo em vista a proibição da defesa individual e privada, feita pelos próprios cidadãos, por ser considerada uma afronta a paz social, estabelecendo-se que: *“nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por ele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida.”*⁹⁵

Analisando detidamente o que seria, de fato, a Jurisdição Constitucional, é necessário conceituar, inicialmente, o significado de Constituição, que, nas palavras de Hans Kelsen⁹⁶, preceitua:

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se define a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender.

Nesse sentido, a Carta Magna, em virtude de seu processo mais rígido de alteração e superioridade em relação à legislação ordinária, que lhe é subordinada e posterior, serve de paradigma para a verificação da compatibilidade de todo o ordenamento jurídico, sendo consideradas inconstitucionais quando estiverem em *“desconformidade com o regramento*

⁹⁴ BERMUDES, Sérgio. Introdução ao Processo Civil. 4º ed. Forense: 2006.

⁹⁵ AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

⁹⁶ KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Introdução, Revisão e Técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130.

*superior, por desatender os requisitos impostos pela lei maior.*⁹⁷, materializada estará o Controle de Constitucionalidade das Leis, através da Jurisdição Constitucional.

Partindo do que foi estabelecido, para se realizar o controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico infraconstitucional se faz fundamental observar a existência de procedimento mais rigoroso para modificação do texto constitucional, isto é, sua maior estabilidade na permanência de suas norma, com isso, em posição hierárquica superior à legislação ordinária, sendo diretamente subordinada a seus ditames e princípios. Nessa esteira, em virtude da relação intrínseca entre a supremacia constitucional e a sua rigidez, Adolfo Mamoru NISHIYAMA⁹⁸ leciona:

A ideia de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos está ligada a dois aspectos: a) a supremacia da Constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico e b) a rigidez constitucional. Em relação ao primeiro aspecto, há Estados em que o ordenamento jurídico está baseado em um sistema piramidal, a produção de uma norma depende de outra que lhe é superior hierarquicamente. (...) Podemos dizer que a CF/88 é norma superior em relação às demais normas infraconstitucionais e, portanto, a interpretação do sistema jurídico-normativo vigente deve ser feita de cima para baixo, visto que a CF/88 é norma-origem, não existindo outra acima dela. O segundo aspecto está ligado diretamente ao primeiro. As Constituições rígidas são aquelas que prevêm para a sua alteração um procedimento especial, qualificado e mais dificultoso do que a elaboração de uma lei ordinária. Se a legislação ordinária pudesse alterar o texto constitucional estaríamos diante de uma Constituição flexível, não havendo hierarquia entre as normas. Desta forma, a rigidez constitucional cria uma relação piramidal entre a Carta Magna e as outras normas do mesmo ordenamento jurídico.

O controle de constitucionalidade da lei tem por objetivo a preservação da força normativa da Constituição, em obediência ao princípio da supremacia constitucional, seja a norma formal ou materialmente constitucional, ainda que seja a apreciação dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias. Para

⁹⁷ BARROSO, Luiz Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4º ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

⁹⁸ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. Aspectos Básicos do Controle de Constitucionalidade de Leis e de Atos Normativos e Breve Análise da Lei n.º 9868, de 10.11.1999, e da Lei n.º 9882/99, de 03.12.1999.RT/fasc. Civ. v. 788, n.º 90, jun. 2001.

consecução desse objetivo, exige-se a interpretação da norma, utilizando dos dois métodos dominantes, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, previstos expressamente no art. 28, da Lei Federal nº 9.868/99, que dispõe sobre o julgamento da ADI e ADC perante o STF.

Em consonância ao que foi explanado, o ordenamento jurídico possui hierarquia, assim, a legislação infraconstitucional deve buscar legitimidade na norma que lhe é hierarquicamente superior, de tal que sorte que se busca extirpar do sistema jurídico à norma que não seja compatível com o texto constitucional (norma dotada de supremacia em relação às demais normas). Com isso, da incompatibilidade advém a inconstitucionalidade, nos moldes do que preceitua KELSEN:⁹⁹

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

Na teoria da inconstitucionalidade, são três as ideias dominantes, no que diz respeito à legislação infraconstitucional que afronta o texto da Constituição, podendo ser: nula, anulável ou inexistente.

Nesse diapasão, tem-se a supremacia da Constituição em face da legislação ordinária. Sendo que a legislação infraconstitucional encontra na Constituição sua fonte de legitimidade, aplicação, validade e eficácia jurídica, exigindo controle de seus dispositivos para que não haja confronto com a Carta Política, que lhe é anterior, e a qual está subordinada.

4.2 Supremacia hierárquica e a tutela da Constituição.

Faz-se necessário, neste ponto, trazer a diferença entre a Constituição, como norma de hierarquia superior, que estabelece à validade e garante a legitimidade às normas infraconstitucionais ordinárias que lhe são posteriores e hierarquicamente inferiores, bem como lhe deva observar a compatibilidade temática, sob pena de serem extirpadas do sistema jurídico, por serem consideradas inconstitucionais, nos moldes que leciona Ferdinand

⁹⁹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 246.

Lassale:¹⁰⁰

Esta diferença é tão inegável, que existem, até constituições que dispõem taxativamente que a Constituição não poderá ser alterada de modo algum; noutras, consta que para reformá-la não é bastante que uma simples maioria assim o deseje, mas que será necessária obter dois terços dos votos do Parlamento; existem ainda algumas onde se declara que não é da competência dos corpos legislativos sua modificação, nem mesmo unidos ao Poder Executivo, senão que para reformá-la deverá ser nomeada uma nova Assembleia Legislativa, ad hoc, criada expressa e exclusivamente para esse fim, para que a mesma se manifeste acerca da oportunidade ou conveniência de ser a Constituição modificada.

É nesse sentido que as normas constitucionais devem ser paradigma delineador para a atuação da Administração e a legislação ordinária, não apenas no que tange a legitimidade ou maneira de aplicação, mas também, quanto a interpretação dispensada para a sua utilização de acordo com a “*vontade da constituição*”¹⁰¹, que passa a conduzir a hermenêutica na antinomia entre preceito constitucional e norma infraconstitucional federal, estadual ou municipal. Nessa toada, a garantia jurisdicional dada a Constituição é bem disciplinada por Kelsen:¹⁰²

A garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas. Por conseguinte, costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem assim como a criação ou a produção do direito considerado como simples reprodução.

¹⁰⁰ Informações proferidas numa Conferência, em 1863, pelo autor, para os intelectuais e operários da antiga Prússia. Em: LASSALE, Ferdinand; A Essência da Constituição; traduzido por: Walter Stöner. 6º Ed.. Editora Lumen Juris, 2001. p. 8.

¹⁰¹ Citado por Gilmar Ferreira Mendes em: Apresentação ao trabalho de Konrad Hesse, A força normativa da Constituição, que serviu de base para a aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959.

¹⁰² KELSEN, Hans; Jurisdição Constitucional; Introdução, Revisão e Técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124.

Diante do que foi apresentado, é notório que a jurisdição integra o rol das funções típicas de Estado. Sendo que, na sua extensão, para alcançar e possibilitar que se utilize a Constituição como forma de paradigma para extirpar ou legitimar a legislação ordinária no ordenamento jurídico, utiliza-se a Carta Magna como instrumento basilar precípua de validade para as normas infraconstitucionais subseqüentes.

Partindo deste pressuposto, a jurisdição no âmbito constitucional possui a finalidade de manter os preceitos, valores e normas fundamentais do Estado, presentes insculpidos na Carta Magna, os quais devem ser respeitados pela legislação subseqüente, que lhe é subordinada e hierarquicamente inferior. De outro modo, não observa, neste ponto, um legislador atuando de forma negativa, que expurga atos normativos do ordenamento jurídico, por serem conflitantes com a Carta Política; menos ainda poder-se-ia considerá-lo como um mero mantenedor de assuntos ético-culturais da coletividade; mas, em verdade, como uma força coercitiva, que busca a pacificação de litígios por intermédio de princípios e de normas, processuais e materiais, que estão resguardados nos dispositivos constitucionais, garantindo-se a supremacia e a estabilidade de seu texto quando do confronto com uma norma hierarquicamente inferior que lhe seja conflitante.

Assim, além da supremacia e da hierarquia normativa, existente entre a norma infraconstitucional e a formalmente constitucional, é necessário haver a rigidez desta, por intermédio de um processo de modificação mais dificultoso, como forma de ser passível de controle, até para que se garanta a manutenção do sistema jurídico hierarquizado e definido de acordo com a norma legitimadora, qual seja a Constituição, assim ensina Luís Roberto BARROSO:¹⁰³

A rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle. Para que 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 ocorreria revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.

A rigidez constitucional estabelece, dessa forma, uma inalterabilidade relativa de seus dispositivos, que prevalece sobre a legislação

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 65.

infraconstitucional que lhe é hierarquicamente inferior, além de ter um procedimento de alteração mais dificultoso que o da legislação ordinária, possuindo, como na CF/88, partes não passíveis de alteração, que não poderão ser violadas por lei ordinária ou atos administrativos. Do mesmo modo, preconiza os ensinamentos de José Afonso da SILVA.¹⁰⁴

O conceito de rigidez, consubstanciado na imutabilidade relativa da constituição, é de fundamental importância na teoria do direito constitucional contemporâneo. Funciona como pressuposto: a) da distinção do próprio conceito de constituição em sentido formal; b) da distinção entre normas constitucionais e normas complementares e ordinárias; c) da supremacia formal das normas constitucionais. Constitui, também, suporte da própria eficácia jurídica das normas constitucionais. Se estas pudessem ser modificadas pela legislação ordinária, sua eficácia ficaria irremediavelmente comprometida.

Nesse sentido, observa-se a hierarquia existente entre as normas constitucionais (superiores) e as demais normas infraconstitucionais que lhes são subordinadas. Tem-se que somente o bloco de constitucionalidade, isto é, os dispositivos do texto da Constituição, incluindo o ADCT e excluindo o Preâmbulo, poderá servir de base para a apreciação de compatibilidade e, por conseguinte, a declaração da inconstitucionalidade de uma norma conflitante com suas disposições, devendo, tal norma, ser extirpada do ordenamento jurídico.

Tal entendimento, encontra respaldo no princípio da superioridade hierárquica das normas constitucionais, que foi brilhantemente esposado na Teoria Pura do Direito, do austríaco Hans Kelsen, prelecionando que:

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.¹⁰⁵

Partindo deste pressuposto, não há o que se arguir a respeito do conflito entre normas situadas em planos hierárquicos distintos, pois, a norma infraconstitucional busca seu fundamento de legitimidade na norma constitucional, isto é, as normas hierarquicamente inferiores buscam sua

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6ª ed., 3ª triagem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 40.

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 215.

validade nas normas hierarquicamente superiores. Sendo, portanto, a Carta Magna, a norma de maior hierarquia no ordenamento jurídico e norma basilar de validade para toda a legislação que lhe for posterior. Nesse ponto, a respeito da impossibilidade de conflito de normas em patamares hierárquicos distintos, tendo em vista que a antinomia pode ser resolvida justamente a partir do critério hierárquico, Kelsen estabelece que:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de considerar-se como estando de harmonia com a norma do escalão superior.¹⁰⁶

No entanto, é fundamental rememorar que a supremacia constitucional somente pode ser constatada quando da rigidez constitucional, conforme preceitua JOSÉ AFONSO DA SILVA, sendo que: *“imutabilidade da constituição por processos ordinários de elaboração legislativa. Sob este aspecto, trata-se de problema de natureza puramente formal, jurídica: só as constituições escritas entram nesse conceito”*.¹⁰⁷ Com isso, faz-se necessário que a Constituição seja escrita e que possua um processo mais rígido de alteração de seu texto, no que tange à alteração da legislação infraconstitucional, sendo que, podem alguns dispositivos, inclusive, serem considerados imutáveis. Cita-se, como exemplo, a presença das cláusulas pétreas, em que, mesmo através de um procedimento diferenciado, não existe a possibilidade de sua alteração por intermédio do poder constituinte derivado reformador.

Pode-se, com isso, concluir que, partindo do *Princípio da Supremacia da Constituição* tem-se como resultado a rigidez das normas constitucionais, estabelecendo um processo mais dificultoso e que exige maior complexidade para modificação dos dispositivos constitucionais, se comparado com as normas infraconstitucionais. Dessa forma, as normas de status constitucional servem de paradigma para exclusão de normas que lhe contradigam. Nesse sentido, ensina a doutrina de Luís Roberto BARROSO:

A dicotomia entre Constituição rígida e Constituição flexível, por sua vez, não se confunde, mas se superpõe em larga medida, com a distinção entre Constituição escrita e não escrita. Diz-se flexível a Constituição cujo

¹⁰⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 217.

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 41.

processo de reforma coincide com o modo de produção da legislação ordinária, inexistindo diferença formal entre norma constitucional e norma infraconstitucional.

(...)

Já a rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para a reforma da Constituição, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição das leis infraconstitucionais, e que no caso brasileiro incluem quorum e procedimento diversos, além de limitações materiais e circunstanciais.¹⁰⁸

Destaca-se, inclusive, as restrições circunstanciais, tidas em determinados momentos, para que se possa emendar a CF/88, tem-se como exemplo, a vedação de proposta de emenda “na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio” (art. 60, § 1º), bem como a observância do princípio da irrepetibilidade absoluta que preconiza a proibição de outra emenda, de mesmo objeto, cuja proposta foi anteriormente rejeitada ou prejudicada, ser levada a discussão novamente na mesma sessão legislativa (art. 60, § 5º).

Nesse diapasão, constata-se a rigidez constitucional como uma condição *sine qua non* para a legitimação, aplicabilidade e eficácia do *princípio da supremacia da constituição*, principal fundamento para a realização do Controle de Constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público. Com isso, KELSEN ensina que *o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma*, que em último grau hierárquico é denominada *norma fundamental hipotética*, a Constituição Federal. A esse respeito e completando o que foi dito:

Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos – através de uma criação consciente do Direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume – devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou a assembléia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Neste sentido, a norma fundamental é a instauração

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1998.p. 152.

do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição em sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido lógico-positivo.¹⁰⁹

Além disso, o fundamento de legitimidade dos atos normativos que são objeto de controle pelas Cortes de Contas também obedecem a CF/88, por ser a norma suprema, cuja sistemática para alteração ocorre por meio de um quórum qualificado, certificando a rigidez de seu texto. Tem-se que tais normas são provenientes do Poder Constituinte Originário, ilimitado e incondicionado juridicamente, que deflagra uma nova ordem jurídica no país. Ao tratar do tema, Gilmar MENDES¹¹⁰, fazendo referência à Ernst Friesenhahn, descreve a sistemática da seguinte maneira:

Constitui tarefa da jurisdição constitucional garantir, nos diferentes processos, uma defesa institucional autônoma da Constituição. A jurisdição constitucional distingue-se de outros tipos de jurisdição mediante uma peculiar relação com o texto constitucional. E, por isso, ocupa lugar de destaque na organização estatal concebida pela Constituição. Os Tribunais constitucionais são considerados entre os chamados 'órgãos constitucionais'(Verfassungsorgane).

No estado federal, somente pode existir jurisdição constitucional no âmbito do Estado-membro se a Constituição Federal assegura às unidades federadas não só a liberdade para criar, por sua própria deliberação, constituições autônomas, mas também o poder para regular, especificamente, a defesa judicial de sua Constituição.

Com isso, a CF/88 somente obriga o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal, ou do seu Órgão Especial, para se reconhecer a inconstitucionalidade do ato normativo do Poder Público (art. 97, CRFB/88), em atenção ao princípio da reserva de plenário, excepcionado caso o STF ou o Tribunal tenha entendimento consolidado pela inconstitucionalidade do ato impugnado.

Com isso, a jurisdição constitucional, como forma de resguardar o texto constitucional, no sentido de direcionar e estabelecer um parâmetro para a retirada do ordenamento jurídico de atos normativos, submetidos ao controle dos Tribunais de Contas, que sejam conflitantes com sua fonte de validade - CF/88 - não sendo o caso de se cogitar em colisão de normas, pois

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 221/222.

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988. Vol. I. Brasília: Revista Jurídica Virtual, 1999.

ocorre a distinção dos patamares hierárquicos, fala-se, portanto, em controle de constitucionalidade da legislação inferior. Diante disso, a Constituição precisa ser, pelo menos, rígida, possuir forma distinta e mais dificultosa para modificação de seu texto, em obediência ao Princípio da Supremacia Constitucional, tema que será melhor detalhado nos capítulos vindouros.

4.3 Controle incidental, difuso e Inter-partes.

Após explanação detida da contextualização do controle de constitucionalidade incidental, no caso concreto, difuso e sendo realizado por via de exceção, inicia-se o estudo da atribuição desempenhada pelas Cortes de Contas.

Por ser matéria atinente à aplicação de normas jurídicas, a sistemática da hermenêutica, como técnica decisória, deve ser constantemente utilizada, para se solucionar as possíveis situações de conflito entre a Lei Maior e a legislação infraconstitucional, que lhe é subsequente e nela busca sua fonte de validade, utilizando-se da interpretação hermenêutica como forma de adequação dos atos normativos com a CF/88, presumindo-se serem constitucionais atos normativos do Poder Público, bem como a extração do ordenamento pátrio-jurídico como *ultima ratio*.

Em resumo, o que se busca é considerar inconstitucional a norma que está em confronto, formal ou materialmente falando, por ação ou omissão, com a Carta Magna, isto é, um ato infraconstitucional inferior conflitante com seu pressuposto de legitimidade e de validade, sendo que, a norma tida por inconstitucional, já nasce desde a origem viciada, apesar de existir e de produzir seus efeitos enquanto não reconhecido o vício.

Nesse sentido, uma norma que nasceu em conflito material com os dispositivos da Lei Maior é inválida por violação aos preceitos basilares de determinado Estado. Assim, nas palavras de Luiz Roberto BARROSO:¹¹¹

Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a vigência de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade.

De todo modo, a ideia do conflito entre tipos normativos distintos decorre da diferença hierárquica existente entre a norma constitucional (superior) e os atos infraconstitucionais (inferiores), que direcionam todo

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, 4^o Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

o exercício da atividade pública. Sendo que os órgãos de Controle devem tutelar pela sua garantia e observância na defesa do patrimônio público e do bem comum.

Partindo desse pressuposto, o controle de constitucionalidade pode ser classificado em formal (quando o vício está no rito, ou seja, no procedimento de formação da lei ou ato normativo) ou material (quando o vício está no conteúdo, isto é, os dispositivos da legislação infraconstitucional não são compatíveis com as disposições do texto constitucional; podendo tal análise ser levantada pela via de ação (principal) ou pela via de exceção (incidental), podendo nesta última hipótese ser realizada no âmbito dos Cortes de Contas; quanto à forma que o controle pode ser realizado, existe a possibilidade de ser repressivo (após a publicação da lei ou ato normativo) ou preventivo (antes da publicação da lei ou ato normativo); quanto ao órgão responsável pelo controle divide-se em político (veto ou sanção do chefe do poder executivo) ou judicial (qualquer juiz ou Tribunal pertencentes ao Judiciário); e em relação aos critérios de controle será concreto (difuso) ou abstrato (concentrado). Com isso, são essas as principais classificações do controle de constitucionalidade, entendimentos necessários para se compreender o instituto e sua aplicabilidade no âmbito das Cortes de Contas. Fora isso, a inconstitucionalidade pode ser praticada de duas formas, por ação ou por omissão.

No controle de constitucionalidade incidental, ocorre quando da apreciação de um processo em curso, que traz à baila a alegada inconstitucionalidade como análise prejudicial do caso concreto e não como a matéria principal da ação, sendo que dessa apreciação, o resultado será *inter partes*, para o caso concreto, em vias de incidente prejudicial, conforme explica o professor Walber de Moura AGRA:¹¹²

Esse tipo de controle é exercido em um processo inter partes, com o objetivo de dirimir uma controvérsia jurídica exposta em uma lide, em defesa de direitos subjetivos pertencentes às partes interessadas. Ele se configura como uma prejudicial de mérito, determinada matéria que desempenha a função de pressuposto para se discutir o mérito, sendo concretizada de forma incidental, o que significa que a questão meritória apenas pode ser decidida se for ultrapassada a apreciação da prejudicial; ou como fundamento ou causa de pedir, sendo o pedido almejado diverso da solicitação de declaração da inconstitucionalidade. Pode ainda ser efetivado através de recurso extraordinário, recurso ordinário, mandado de segurança ou habeas corpus.

¹¹² AGRA, Walber de Moura. Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade. Salvador: Jus Podium Edições, 2008. p. 52.

Tem-se por abstrato o controle realizado que o cerne da ação é extirpar do ordenamento jurídico normas não compatíveis, material ou formalmente, com a CF/88. Tal situação decorre da supremacia constitucional, na qual tais normas possuem regras e procedimentos mais complexos para sua modificação, de forma que seus dispositivos prevalecem quando do conflito com a legislação infraconstitucional. Salienta-se que o rol de legitimados para a propositura da ação de controle concentrado é taxativo, assim, conforme ensina o professor Walber AGRA:¹¹³

Em uma releitura do sistema concentrado de controle de constitucionalidade, o elemento essencial é a democratização do processo de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo maior intervenção dos setores organizados da sociedade, dentro da perspectiva de um relacionamento aberto com os setores da sociedade, um dos fatores densificadores da legitimação do controle de constitucionalidade.

A respeito do controle difuso (incidental) ocorre quando o cerne da ação não é a constitucionalidade da lei ou ato normativo, mas acaba por perpassar por essa apreciação de forma prejudicial. Tal situação seria como um itinerário jurídico necessário a se transpor antes de se analisar o mérito da questão principal. Dessa forma, leciona BARBOSA MOREIRA:¹¹⁴

O segundo critério (critério formal) permite distinguir: um sistema de controle por via incidental, em que a questão da constitucionalidade é apreciada no curso de processo relativo a caso concreto, como questão prejudicial, que se resolve para assentar uma das premissas lógicas da decisão da lide; e um sistema de controle por via principal, no qual essa questão vem a constituir o objeto autônomo e exclusivo da atividade cognitiva do órgão judicial, sem nexos de dependência para com outro litígio.

No que tange ao controle por via de ação (principal), tem-se a tutela da norma constitucional propriamente dita, independentemente de haver algum litígio sendo discutido em processo. Neste caso, não há que se falar em partes, pois o que se questiona é a lei ou ato normativo conflitante com os dispositivos da Carta Magna. A esse respeito explica Luiz Roberto

¹¹³ AGRA, Walber de Moura. Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade. Salvador: Jus Podium Edições, 2008. p. 77.

¹¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. v. 5. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO:¹¹⁵

Ao contrário do controle incidental, que segue a tradição americana, o controle por via principal é decorrente do modelo instituído na Europa, com os tribunais constitucionais. Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma nova disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.

4.4 A regra da “Full Bench” e a teoria dos poderes implícitos.

Sob pena de usurpar a competência do Supremo (Guardião da CF/88), o controle de constitucionalidade realizado pelas Cortes de Contas é de natureza incidental (difusa), por via de exceção. Assim, não é de competência dos Tribunais de Contas o julgamento da lei em tese ou ato normativo não constante de matéria prejudicial de mérito.

O STF, na vigência da Constituição pretérita, editou a Súmula n° 347, que possui o seguinte teor: *“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”*. Aprovada na Sessão Plenária de 13/12/1963. Tal entendimento sumulado, em virtude da não existência, à época, no ordenamento pátrio, do controle concentrado por parte da Suprema Corte, era dominante e consolidado. No entanto, com a evolução do controle de constitucionalidade, tal súmula tem gerado palco para debates. Cita-se divergência instalada pelo Ministro Gilmar Mendes, na apreciação do MS 25.888, de 22/03/2006. No julgamento do MS, o Ministro Gilmar Mendes lembrou que o controle abstrato de constitucionalidade foi implementado no Brasil pela EC 16/65, ampliando substancialmente os poderes e a vinculação da decisão proferida pelo STF.

Para clarear melhor o que foi explanado, cita-se um trecho da decisão monocrática:

Não me impressiona o teor da Súmula n° 347 desta Corte, segundo o qual “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional n° 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4º ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 50.

abstrato de normas, 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 com a Constituição de 1988. (BRASIL, 2006.¹¹⁶

Além disso, por meio de entendimento vinculante, a Suprema Corte consolidou o tema, ao decidir que as decisões nas quais apreciem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público devem, obrigatoriamente, ser analisadas pelo Plenário do Tribunal ou seu órgão especial (caso exista), com quórum qualificado de maioria absoluta, nos moldes do que foi preconizado pela Súmula Vinculante n° 10:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Com isso, é garantido, em obediência ao devido processo legal, o respeito ao contraditório e a ampla defesa, no âmbito das Cortes de Contas, quando da decisão do Tribunal puder resultar em anulação ou revogação

¹¹⁶ *Decisão monocrática disponível em: . Acesso em: 20.mar.2018*

de ato administrativo que beneficie o interessado, nos termos da Súmula Vinculante nº 3.¹¹⁷

Nessa esteira, o TCE/RO, em voto proferido pelo Conselheiro Wilber Carlos dos Santos Coimbra, na apreciação do processo nº3883/2012 – TCE/RO¹¹⁸, publicado no Diário Oficial de 17/11/2017, se manifestou no sentido de:

II.1.1.1. Da alegação de incompetência do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia para apreciar a inconstitucionalidade de ato normativo (...) 35. De fato, o Ministro Gilmar Mendes tem o entendimento pessoal de que o Tribunal de Contas não possui legitimidade para aferir a constitucionalidade de leis e atos normativos. 36. Nada obstante, esta Unidade Técnica entende que o melhor entendimento a ser dado ao caso sub examine é que o Tribunal de Contas pode apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, desde que não seja de forma abstrata, ou seja, que a apreciação da constitucionalidade seja de forma incidental (no caso concreto) e que decisão gere efeitos inter partes.

(...)

39. Noutro ponto, a ementa da Medida Cautelar da ADI 221 dispôs que os Poderes Executivo e Legislativo podem determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos que afrontam a Constituição Federal.

(...)

40. Essa determinação de não aplicação de lei ou ato normativo inconstitucional ontologicamente, na essência, é uma espécie de controle difuso. 41. Na sequência, destaca-se que o último intérprete da Constituição da República Federativa do Brasil é o Supremo Tribunal Federal, consoante previsão normativa contida na alínea “a” do inc. I do art. 102 da Constituição Federal. 42. Trata-se de densificação da Sociedade Fechada de Intérpretes. 43. Entretanto, a Suprema Corte Constitucional não é a única que interpreta a Constituição Federal, vez que vige no ordenamento jurídico pátrio o controle de Constitucionalidade Difuso, porquanto todos os juizes podem fazer o mencionado controle de forma incidental nos julgamentos que realizarem. 44. Os Tribunais de Contas fazem parte da Sociedade Aberta de Intérpretes,

¹¹⁷ Súmula Vinculante nº 3: *Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.*

¹¹⁸ Disponível em: http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Diario/Diario_01515_2017-11-17-12-45-47.pdf. Acesso em: 21/03/2018.

eis que faz a apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos no julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta e das contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, na forma do inc. II do art. 71 da Constituição Federal. (...) 46. Em que pese à falta de norma constitucional expressa, é cediço que os Magistrados possuem a competência para fazer o controle de constitucionalidade de forma difusa. 47. Essa competência para apreciar a constitucionalidade de forma difusa tem sua raiz no direito norte-americano, no caso *Marbury v. Madison*, em que, entre outros pontos, a Suprema Corte dos Estados Unidos previu a possibilidade jurídica de que qualquer juiz poderá fazer a apreciação da compatibilidade das leis em face da constituição. 48. No Brasil, o mencionado mecanismo de controle foi introduzido por meio do art. 3º do Decreto n. 848 de 1890, ao assim preceituar: “Art. 3º Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte”, bem como pela alínea “b” do § 1º do art. 59 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, in verbis: Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. 49. A partir de então se criou a Constitucionalidade de forma difusa no Brasil. 51. Esse Costume Constitucional também se aplica aos Tribunais de Contas, senão vejamos: 52. O enunciado da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal n. 347 prevê a possibilidade jurídica do Tribunal de Contas fazer a apreciação de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, in litteris: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, PODE APRECIAR A CONSTITUCIONALIDADE das leis e dos atos do poder público. 53. Essa súmula foi aprovada em 1963, época em que somente existia no Brasil o controle difuso, vez que o controle abstrato de constitucionalidade somente foi instituído por meio da emenda constitucional n. 16/1965. 54. Assim é que existe o Costume Constitucional consistente na possibilidade jurídica de que os Tribunais de Contas podem fazer a apreciação da

compatibilidade das leis e atos normativos em face da Constituição Federal, desde que seja de forma difusa e incidental, não podendo fazer, portanto, o controle abstrato de constitucionalidade, o qual compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal. 55. Ademais, registra-se que o ato de julgar do juiz singular e dos Conselheiros do Tribunal de Contas são ontologicamente, na essência, iguais. 56. A única diferença, por decisão do Poder Constituinte Originário, é que as decisões do Tribunal Contas têm natureza jurídica de ato administrativo e dos juízes de ato jurisdicional. (...) 58. Saliencia-se que o comando constitucional previsto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal estabeleceu que compete ao Tribunal de Contas julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. 59. Ressalta-se que se a Constituição Federal atribui de forma categórica e expressa a competência ao Tribunal de Contas para efetuar o mencionado julgamento, assim estaria igualmente atribuindo, NA FORMA DE PODERES IMPLÍCITOS, a essa Corte de Contas, os meios necessários à integral densificação do julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por recursos públicos da administração direta e indireta e das contas daqueles que derem causa a prejuízo ao erário público. 60. Esses meios necessários à integral densificação do julgamento das contas, inclui a aplicação da Constituição Federal, o que inegavelmente consubstancia a concretização do controle difuso e incidental por parte desta Corte de Contas. 61. Relativamente a essa teoria dos poderes implícitos, o Supremo Tribunal Federal, por meio do MS 26.547/DF, já teve a oportunidade de densificar a mencionada teoria quando reconheceu a possibilidade jurídica do Tribunal de Contas decretar cautelarmente a indisponibilidade de bens. (...) 62. Veja-se o voto do Ministro Celso de Mello no mencionado MS 26.547/DF: "(...) a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos

Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. (...) É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao TCU, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria CR." (MS 24.510, rel. min. Ellen Gracie, voto do min. Celso de Mello, julgamento em 19-11-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.) (...) 64. Deve-se sim superar a lógica formal para a lógica do razoável e considerar o contexto fático, jurídico, político e social para dar a interpretação que os Tribunais de Contas façam o controle difuso e incidental de constitucionalidade, fazendo densificar os comandos Constitucionais. De mais a mais negar a legitimidade do Tribunal de Contas para fazer o controle difuso em tela é ferir de morte o Princípio da Proibição da Proteção de Deficiente, consectário do princípio da proporcionalidade. (...)72. Dessa forma, é desarrazoado o entendimento que o Tribunal de Contas seja considerado "a boca da lei", como outrora a magistratura era considerada. 73. Assim o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas serem considerados "a boca da lei" é uma linha de pensamento retrógrado e ultrapassado, já que vige no ordenamento jurídico pátrio a Supremacia da Constituição e todas as leis infraconstitucionais devem serem interpretadas normativas editados pelos poderes públicos é conferir real efetividade às suas atribuições, que são vocacionadas a neutralizar situações lesivas ao erário público. (...) 93. Urge destacar que o Tribunal de Contas não pode realizar o Controle Concentrado e Abstrato de Constitucionalidade. 94. Entrementes, a Corte de Contas somente pode realizar de forma difusa e incidental e com efeitos inter partes o Controle de Constitucionalidade, respeitando-se a cláusula de Reserva de Plenário (Art. 97, caput, CF6 c/c Súmula Vinculante n. 10 do STF).

Dessa forma, faz-se necessário observar a cláusula "*Full Bench*" (reserva de plenário) que, como citado anteriormente, nos moldes da Súmula Vinculante n° 10 e art. 97 da CF/88, preconiza o quórum qualificado de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Tal regra é essencial para a manutenção da estabilidade do sistema jurídico, tendo em vista que, mesmo no controle incidental (difuso) de

constitucionalidade, a lei ou ato normativo do Poder Público só será declarada inconstitucional (não compatível com a Constituição) se for reconhecida pelo Plenário do Tribunal ou Órgão Especial, por maioria absoluta.

Diante disso, ao apreciar a teoria dos poderes implícitos, inaugurado no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), para garantir o efetivo exercício de suas competências constitucionais, as Cortes de Contas necessitam ter a possibilidade de apreciar a compatibilidade e adequação das situações que lhe são apresentadas em face dos dispositivos da Carta Magna, norma suprema do ordenamento jurídico.

Por fim, conclui-se que o controle de constitucionalidade no âmbito das Cortes de Contas será exercido na via concreta (difusa), analisando a aplicação de determinada lei ou ato normativo de forma prejudicial, sendo a hermenêutica constitucional (técnica de interpretação constitucional) essencial para a atuação dos Tribunais de Contas.

O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO CONSULTIVA PELAS CORTES DE CONTAS

5.1 Princípios basilares da Administração Pública.

Inicialmente, diante do objeto em estudo, é necessário entender qual o real sentido e significado do conceito de Administração Pública. O verbo administrar significa gerir negócios públicos ou particulares, seguindo a lei e utilizando de forma adequada, bens pertencentes a outras pessoas, ou a coletividade. Administração Pública é a gestão de bens e interesses pertencentes à coletividade, que devem ser conservados e utilizados sempre seguindo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum.¹¹⁹

Uma das principais finalidades da Administração Pública seria tutelar e proteger o bem comum, pertencente à população. O agente público que se desviar desse objetivo, estará contrariando a função para qual foi incumbido, devendo os atos viciados por ele praticados serem considerados nulos e desfeitos desde a origem.

Conforme ensina Di Pietro¹²⁰ o termo empregado para Administração Pública divide-se em dois sentidos distintos:

Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa: compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.

A Administração Pública é organizada e estruturada de forma hierarquizada. Com isso, entende Carvalho Filho¹²¹ *“em um sentido objetivo*

¹¹⁹ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010, p.54.

¹²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014, p.98.

o verbo *administrar* indica *gerir, zelar, algo relacionado a uma supervisão*, e o adjetivo “*pública*” significaria não apenas algo relacionado ao Poder Público, mas também os direitos da sociedade como um todo, isto é, refere-se a própria administração dos interesses da coletividade executados pelo Estado em todas suas funções.

No sentido subjetivo, formal ou orgânico, a expressão Administração Pública significa o conjunto de agentes, órgãos e pessoas físicas ou jurídicas que tenham, sob sua responsabilidade, a incumbência de executar as atividades administrativas. Dessa forma, todos os órgãos, entidades e agentes públicos em sentido amplo, que em qualquer dos Poderes instituídos, estejam exercendo alguma atribuição administrativa, serão considerados integrantes da Administração Pública.

A Administração Pública é pautada na subordinação, em virtude da forma de distribuição de poder e desconcentração administrativa, existente na estrutura dos órgãos ou entidades. Tem-se também a graduação de autoridade e distribuição de competências de forma hierarquizada. Além disso, ressalta-se a inexistência dessa hierarquia no âmbito do Judiciário ou Legislativo, sendo, portanto, característica privativa da função executiva, como elemento típico e essencial da organização e estruturação dos serviços administrativos. Nos termos do que estabelece Meirelles:¹²²

A Administração Pública: em sentido formal é o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em uma acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos próprios serviços do Estado ou por ele assumidos em benefícios da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas.

Destaca-se que a função administrativa encontra seu fundamento de validade na lei. Assim, o efetivo exercício da atividade administrativa pela Administração Pública é viabilizado através da atuação dos agentes públicos que o fazem em obediência aos preceitos legais e ao ordenamento jurídico como um todo.

O controle da Administração Pública tem por finalidade observar se o agente público está agindo em conformidade com os princípios insculpidos no art.37, caput, da CF/88, que assim dispõe:

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de

¹²² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2015, p.60.

qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ressalta-se que o campo de aplicação dos princípios supracitados vai além dos órgãos integrantes da Administração Direta dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), abarcando também as entidades integrantes da Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais ou estatais).

Dessa forma, estes são os princípios expressamente previstos no texto da Constituição, que devem ser observados em qualquer Ente da Federação, por todos os Poderes, órgãos e entidades públicas. Cabe salientar que, além dos princípios expressamente previsto, existem outros, ainda que implícitos, reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, sendo de igual modo de extrema importância para a correta condução da Administração e da atividade administrativa, quais sejam: Princípio da Segurança Jurídica; Princípio da Continuidade do Serviço Público; Princípio da Proporcionalidade; Princípio da Supremacia do Interesse Público; Princípio da Razoabilidade; Princípio da Autotutela; e Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

O princípio da legalidade administrativa não pode ser considerado, no direito brasileiro, como mera decorrência lógica do dever de submissão do Estado à ordem jurídica, em observância ao Estado Democrático de Direito, tendo sido previsto de forma expressa no texto constitucional. A respeito desse tema, o art. 37, caput, diz que a Administração Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, entre outros, ao “princípio da legalidade”. Ademais, o art. 5º, II, preconiza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Com isso, infere-se que decretos regulamentares, no uso do poder regulamentar, editados pelo Chefe do Poder Executivo servem somente para dar “fiel execução das leis”, não havendo que se falar em inovação no ordenamento jurídico, nos termos do art. 84, IV, da CF/88. Assim, qualquer que seja o ato administrativo, ele sempre estará subordinado a regulamentar a lei.

Tem-se, também, que em relação ao princípio da igualdade (isonomia), material ou formal, sua previsão encontra amparo no art. 5º, caput, da CF/88 na qual dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Tal princípio encontra guarida em diversas outras normas, sendo que, também, presentes nos dispositivos constitucionais: a) do art. 5º, I, segundo o qual “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”; b) do art. 5º, XLI, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória

dos direitos e liberdades fundamentais”; c) do art. 37, caput, que consagra a “impessoalidade” como princípio da Administração.

Dentre as competências dos agentes públicos, no exercício de suas atividades, devem ser observados princípios norteadores, que estabelecem a razoabilidade, a proporcionalidade, a probidade, a justiça, a moralidade e a boa-fé na atuação pública, principalmente quando das competências discricionárias, em que, apesar de certa liberdade de atuação, devem ser mantidos os limites que a lei estabelecer, como forma de se evitar arbitrariedades indevidas.

Além disso, da finalidade pública decorre o fundamento de validade para a atuação estatal. Em que pese algumas normas terem um sentido, um tanto quanto, vago, o agente estatal deve pautar-se nos princípios administrativos para que sua conduta atinja o interesse da coletividade e o fim público almejado. As leis que sirvam de base para a atuação pública, mesmo nos casos que concedam certa discricionariedade ao agente estatal, devem fornecer elementos mínimos para a identificação, ainda pela via negativa (via que estabelece o que não deve ser feito), de qual a finalidade pública a ser atingida pelo ato. Assim, o fazem através de conceitos como os da razoabilidade, da proporcionalidade, da probidade, da moralidade e da boa-fé, sendo como decorrência lógica, a autorização para a intervenção dos órgãos competentes, quando da prática de atos que violem esses pressupostos basilares.

Da razoabilidade, a *contrario sensu*, decorre a irracionalidade, o absurdo, a não compatibilidade ou a incongruência na aplicação (e, sobretudo, na interpretação) das normas do ordenamento jurídico. Cita-se, como exemplo, a invalidade do ato administrativo que concede ao indivíduo desprovido de bens pessoais, mas filho de família abastada, ajuda financeira reservada aos comprovadamente hipossuficientes; outro exemplo seria, a medida liminar concedida em ação movida por alunos de escola particular, para suspender a cobrança das mensalidades enquanto não se resolve a discussão em torno do valor efetivamente devido. Com isso, tais medidas, fugindo de qualquer padrão de razoabilidade e beirando o absurdo, são inidôneas para alcançar as finalidades impostas pela ordem jurídica.

A proporcionalidade é o braço instrumental da razoabilidade, sendo sua expressão quantitativa. Pode ser considerado inválido o ato desproporcional em relação à situação que o originou ou à finalidade que se pretende atingir. Cita-se, como exemplo, a ação da tropa de choque armada com metralhadora e carros blindados para desobstruir o tráfego, de via secundária, impedida por passeata promovida por meia dúzia de crianças; outro exemplo seria, a ordem expedida pelo juiz da execução, para que seja removido para depósito público todo o maquinário da indústria executada, que, com isso, fica impedida de funcionar; mais um exemplo, a lei que proíba a produção de qualquer espécie de ruído, ainda que ínfimo, em todas as vias públicas da cidade, para preservar o sossego dos doentes.

A ideia de moralidade vai além do conceito de legalidade, pois direciona a atuação pública, mesmo em situações hipoteticamente legítimas, em decorrência da flexibilidade das normas jurídicas, que contrariem os padrões éticos e morais vigentes na sociedade, ainda que sejam situações dentro da legalidade. A moralidade foi, pela CF/88, alçada ao patamar de princípio jurídico expresso, de observância obrigatória pela Administração Pública (art. 37, caput.), sendo cabível, inclusive, ação popular para anular atos a ela lesivos (art. 5º, LXXIII).

Com isso, o Poder Público deve agir dentro da moralidade e da boa-fé, sendo inválidos (ilegais ou imorais) os atos que caminhem fora do campo da lealdade e da probidade administrativa esperada. Como exemplo, é passível de anulação e tido por irregular ato que viole o princípio da confiança legítima, podendo ocasionar responsabilidade civil do Estado a decretação, pela autoridade monetária, de gigantesca desvalorização da moeda nacional em relação ao dólar, produzida logo após a implantação de programa estatal de incentivo ao endividamento externo das empresas (com efeito, é desleal lançar alguém na insolvência pelo fato de haver confiado na recomendação das autoridades públicas).

O princípio da publicidade também encontra previsão expressa no texto constitucional. Estabelece a publicidade e transparência que deve ser dada aos atos administrativos, sendo certo merecer a mais ampla divulgação possível, possibilitando a instrumentalização do controle social. Assim, constitui fundamento basilar do princípio da publicidade garantir aos cidadãos o acesso à informação de forma a possibilitar o controle da legitimidade e legalidade da conduta dos agentes representantes da Administração Pública. Dessa forma, faz-se necessária a publicidade e transparência dos atos públicos para que a sociedade possa acompanhar e aferir a condução eficiente e eficaz das políticas públicas.

Conforme a doutrina de Carvalho Filho¹²³ o princípio da publicidade pode ser considerado por meio de dois instrumentos:

O direito de petição, pelo qual os indivíduos podem dirigir-se aos órgãos administrativos para formular qualquer tipo de postulação (art. 5º, XXXIV, “a”, CF); e

As certidões, expedidas por tais órgãos, registram a verdade de fatos administrativos, cuja publicidade permite aos administradores a defesa de seus direitos ou o esclarecimento de certas situações (art. 5º, XXXIV, “b”, CF).

Ao não ser concedido o exercício de tais direitos ou não ser veiculada a informação ou, ainda, veiculada incorretamente, terá o interessado, ao seu dispor, os instrumentos constitucionais para garantir a restauração da obediência ao ordenamento jurídico – o mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF) e o habeas data (art. 5º, LXXII, CF). Em verdade, todas as pessoas têm

¹²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual do Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2014.

direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo, com exceção das situações resguardadas por sigilo (art. 5º, XXXIII, CF), e o exercício desse direito, de previsão constitucional, há de pressupor, necessariamente, a observância da Administração Pública ao princípio da publicidade.

Por último, é salutar esclarecer que ao princípio da publicidade se submetem todas as pessoas integrantes da Administração Pública, sejam físicas ou jurídicas, inclusive, aquelas de direito privado que exercem atividade pública ou recebem recursos públicos para a consecução de seus objetivos. Dessa forma, abrange toda a Administração Direta, Indireta e as entidades paraestatais (Sistema S) de todos os entes da Federação.

Ressalta-se que a publicidade não pode ser utilizada como instrumento de promoção pessoal de agentes públicos. Nos moldes do art. 37, § 1º, da CF, a publicidade de atos, programas, serviços e campanhas dos órgãos públicos tem por objetivo somente educar, informar e orientar. Com isso, é vedado às autoridades públicas utilizarem-se do sistema de promoção de atos e fatos para divulgação pessoal. Ignorar esse mandamento constitucional significa, ao mesmo tempo, ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade, conforme jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, exigindo-se rigoroso controle de forma a coibir práticas semelhantes.

Em virtude do poder constituinte derivado reformador, a EC nº 19/98 alçou ao plano constitucional as regras relativas ao projeto de reforma do aparelho de Estado, acrescentando, ao caput do art. 37, mais um princípio: o da eficiência (denominado de “qualidade do serviço prestado” no projeto da Emenda). Nos termos do magistério de Carvalho Filho¹²⁴ *com a inclusão, pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causaram aos usuários. De fato, sendo tais serviços prestados pelo Estado ou por delegados seus, sempre ficaram inacessíveis para os usuários os meios efetivos para assegurar seus direitos. Os poucos meios existentes se revelaram insuficientes ou inócuos para sanar as irregularidades cometidas pelo Poder Público na execução desses serviços.*

Seguindo, Carvalho Filho¹²⁵ preceitua que *“a inclusão do princípio, que passou a ser expresso na Constituição, suscitou numerosas críticas por parte de alguns estudiosos”*. Uma dessas críticas diz respeito à imprecisão do termo. Isto é: quando se poderia dizer que a atividade administrativa foi eficiente ou não? De outra forma, afirma-se que, em que pese a expressa

¹²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014.

¹²⁵ CARVALHO FILHO, op. cit., p.78.

previsão nos dispositivos constitucionais, é fundamental, por parte da Administração Pública, a efetiva intenção de melhorar na condução das políticas públicas, nos gastos públicos e na melhor alocação de recursos no interesse da sociedade. Assim, não basta a previsão do princípio da eficiência no texto da CF/88 para que um órgão seja considerado eficiente. Desta feita, o primeiro passo é a mudança de mentalidade das autoridades governantes. Precisa haver o interesse na responsabilidade fiscal, o afastamento de interesses pessoais e a extrema preocupação na melhor alocação de recursos para atingimento de objetivos de interesse de toda a coletividade. A partir da adoção dessas medidas, a eficiência poderá ser cogitada.

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Por ter ocorrido a previsão expressa na Constituição, o princípio permite maior controle social por parte da população que poderá analisar as ações e omissões estatais e sobre elas exercer a sua cidadania. Nesse sentido, constitui dever constitucional da Administração Pública, que não poderá desrespeitá-lo, sob pena de serem responsabilizados aqueles que derem causa ao descumprimento.

Em que pese, em regra, o princípio da eficiência ser utilizado por ocasião da prestação de serviços públicos, deve também ser observado nos serviços administrativos internos à Administração. Significa dizer que a Administração deve buscar pautar-se na evolução tecnológica e nos métodos atualmente adotados para obter a qualidade e excelência na prestação das atividades a seu cargo. Com isso, pode-se criar, inclusive, uma nova distribuição de competências, nas quais seja dado destaque para as funções gerenciais e os respectivos agentes a exercê-las. Com esses objetivos, surgiram as ideias a respeito da Administração gerencial que norteia os Estados modernos (*public management*). Tal modelo administrativo, estabelece um Estado com metodologias menos rígidas, com foco nos resultados e utilizando-se de indicadores de desempenho (economicidade, efetividade, eficácia e eficiência).

A Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004 (denominada de “*Reforma do Judiciário*”), acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, estabelecendo: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”. A nova previsão, cuja roupagem é a de direito fundamental, tem por pressuposto básico o princípio da eficiência, no que se refere ao acesso à justiça. Nessa esteira, buscou-se tornar efetivo o acesso à justiça, tendo em vista a excessiva demora dos processos que tramitavam

na esfera judicial. Pois, sem a eficiência processual, teoricamente, a tutela jurisdicional se tornava inócua e não garantia a proteção à lesão ou à ameaça de direitos.(art. 5º, XXXV, CF).

Ressalta-se que a nova norma constitucional não se restringe aos processos que tramitam na esfera judicial, mas também atinge aqueles que tramitam na via administrativa, muitos destes, da mesma forma, objeto de excessiva lentidão. No entanto, não basta a previsão principiológica nos dispositivos da Lei Maior, há de haver outras medidas a serem adotadas, como por exemplo, a detida regulamentação infraconstitucional, em leis e regulamentos, para que as disposições possam ter real efetividade e aplicação prática.

Justamente por essas razões, é que o art. 7º da citada Emenda Constitucional nº 45/2004 determinou a instalação pelo CN de comissão mista especial, com o objetivo de elaborar, em 180 (cento e oitenta) dias da promulgação da Emenda Constitucional, os projetos de lei para a regulamentação do que nela foi disciplinado. Estabeleceu-se, ainda, que a mesma comissão mista especial teria o dever promover alterações na legislação federal, no intuito de ampliar o acesso à justiça e tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional, como decorrência do desejo de toda a coletividade.

Carvalho Filho¹²⁶ ensina que *a eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa: a idéia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental.*

Por fim, a efetividade é direcionada aos resultados obtidos com as ações administrativas, buscando demonstrar os efeitos gerados na população-alvo. O desejável é que tais subprincípios sejam observados concomitantemente, no entanto, pode ocorrer situações em que seja admitido condutas administrativas produzidas com eficiência, contudo não dotadas de eficácia, embora, em face do alcance dos objetivos, sejam consideradas efetivas. Pode, inclusive, ocorrer situações econômicas, eficientes e eficazes que, por não alcançarem os resultados desejados, não serão consideradas efetivas.

5.2 Classificações do controle sobre a Administração Pública.

A necessidade de controle da Administração Pública deriva da própria Carta Magna que possui vários mecanismos que possibilitam uma harmonização e um equilíbrio na atuação dos órgãos estatais quando do

¹²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual do Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2014.

exercício de suas funções. Tal harmonização corresponde ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balance*) que prevê a necessidade de um controle recíproco entre os Poderes constituídos, incluindo os órgãos autônomos de estatura constitucional, com a finalidade de se evitar abusos e arbitrariedades de um Poder sobre outro, tendo em vista a independência e harmonia que deve existir entre eles.

A Administração Pública é tida como uma ficção jurídica, sendo que sua atuação é por intermédio de seus órgãos e seus agentes, aos quais são atribuídas competências para o exercício de funções públicas, isto é, da atividade administrativa. A função administrativa pode ser exercida por todos os Poderes, mas a atribuição como função típica é do Poder Executivo, sendo prestada atipicamente pelos demais Poderes (Judiciário e Legislativo). Na sistemática constitucional pátria não é o povo que diretamente administra o Estado, mas os representantes diretamente eleitos, que serão responsáveis pelo estabelecimento de normas as quais deverão ser observadas pelos agentes públicos, na função de administradores. Com isso, ao executarem aquilo que está previsto nas normas, busca-se alcançar o interesse da coletividade, interesse público. No exercício das competências administrativas, quando da busca do interesse da coletividade, podem os agentes estatais se desviar de suas funções precípuas e dos limites legais, cometendo, com isso, ilegalidades e excesso de poder, sendo necessária uma fiscalização e controle permanente dos atos das pessoas que administrem, que gerem ou que utilizem recursos públicos e o patrimônio da Administração.

Conforme ensina Meireles¹²⁷ em seu magistério:

A Administração Pública, em todas as suas manifestações, deve atuar com legitimidade, ou seja, segundo as normas pertinentes a cada ato e de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização. Até mesmo em atos discricionários, a conduta de quem os pratica há de ser legítima, isto é, conforme as opções permitidas em lei e as exigências do bem comum. Assim, controle, em tema da Administração Pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.

A característica peculiar da função de controle estabelece como suas principais funções a fiscalização e o desempenho da atuação dos outros órgãos administrativos. Tal característica, apresenta natureza de atribuições muito positivas, mas envolve a necessidade do melhoramento da sua disciplina jurídica. Em que pese ser o Estado responsável direto pela realização do controle de seus agentes, o administrado (particular), pessoa física, também participa ativamente do controle administrativo, utilizando o

¹²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2015, p.62.

seu direito de petição, direito fundamental constitucional. Tendo por base o direito fundado em princípios, o controle da Administração estatal pode ser conceituado, nos termos do que ensina Carvalho Filho¹²⁸ como:

Como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico. No exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se ao controle por parte dos poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle de seus atos. Tal controle não abrange somente os órgãos do Poder Executivo, mas também os dos demais Poderes, quando exercem função tipicamente administrativa.

A Carta Magna outorgou aos cidadãos diversos instrumentos para consecução do exercício da cidadania, por intermédio do controle societal. Pode-se citar, como exemplo, o mandado de segurança, que permitirá a qualquer pessoa, física ou jurídica, questionar atos abusivos de agentes públicos, independentemente de representação, que não estejam sendo praticados em conformidade com o ordenamento jurídico, isto é, atos praticados com ilegalidade ou abuso de poder, os quais estejam ameaçando ou ferindo direito líquido e certo, individual ou coletivo.

Com isso, o mandado de segurança, quando da existência de um direito líquido e certo, é um mecanismo hábil e eficaz para o controle dos atos de agentes públicos que extrapolam os limites legais.

Existe, por parte da doutrina, diversos tipos e formas de se classificar os controles, podendo variar de acordo com aquilo que fundamenta a classificação, podendo ser: o órgão ou a autoridade que o executa; o posicionamento dos órgãos que estão realizando o controle e daquele que está sendo controlado; o momento em que se realiza o controle; a extensão do que se controla, ou, ainda, a natureza jurídica das pessoas e dos fatos controlados.

Destaca-se que serão abordadas as classificações que se consideram mais adequadas em relação aos controles realizados pelas Cortes de Contas.

Com isso, uma classificação, dentre as citadas, é aquela quanto à posição ocupada pelo ente controlador e o ente controlado, podendo, neste aspecto, o controle ser classificado como interno ou como externo. O controle interno é feito por ente especializado integrante da própria estrutura do ente que está sendo controlado. Com isso, há previsão do controle interno atuar de forma integrada por qualquer um dos Poderes constituídos e

¹²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual do Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2014, p.91

órgãos autônomos (Legislativo, Judiciário, Executivo, Tribunal de Contas ou Ministério Público) sobre sua própria estrutura administrativa.

A previsão da existência do controle interno, atuando de maneira integrada, nos três poderes do Estado é feita pela CF/88 em seu art. 74, tendo como pressupostos, de acordo com Furtado:¹²⁹

I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Tem-se no §1º do artigo citado acima que “os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União sob pena de responsabilidade solidária”.

Pode-se citar como exemplo da atividade de controle interno aquela decorrente do poder hierárquico e aquela realizada pelos órgãos especializados, denominados Corregedorias. Ainda, a título de exemplo de controle interno, cita-se aquele exercido pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, órgãos administrativos, cuja criação se deu a partir da Emenda Constitucional nº 45 e que realizam o controle interno das atividades administrativas e financeiras do Poder Judiciário e do Ministério Público respectivamente, bem como sobre o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

Por seu turno, o controle externo é aquele realizado por outro órgão não integrante da estrutura administrativa do ente que será controlado. Com isso, pode ser considerado, nos termos da Constituição, como o controle realizado diretamente pelo parlamento sobre a Administração Pública (controle legislativo direto ou parlamentar direto) ou indiretamente com o auxílio da Corte de Contas (controle parlamentar indireto ou controle técnico); o controle externo, em seu sentido amplo, pode abarcar aquele realizado pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Poder Executivo e da Administração Pública dos demais órgãos de Estado; o controle externo exercido pelo Ministério Público sobre a atividade policial.

¹²⁹ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

O controle parlamentar direto tem fundamento no art. 49, X, da CF/88, que de acordo com Barbosa¹³⁰, compete ao Congresso Nacional “fiscalizar e controlar diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo incluídos os da administração indireta”. O controle parlamentar direto é previsto em diversos dispositivos da Constituição Federal, tais como: art. 49, incisos I, II, IV, V, IX, XII, XIII, XIV, XVI, e XVII; art. 50, *caput* e §2º; art.52 incisos de I a XII; art.58, §2º, incisos de III a VI e §3º. Uma das mais importantes facetas deste controle é a possibilidade de perda do mandato do Chefe do Executivo, perda dos cargos de Ministro de Estado, de Ministro do Supremo Tribunal Federal, de Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União pela prática de crimes de responsabilidade (arts. 51, I; 52; I; 85 e 86 da Constituição Federal).

O controle parlamentar indireto, também denominado de controle técnico, é aquele realizado precipuamente pelas Cortes de Contas; nos moldes do art. 70, *caput* da Constituição Federal de 1988 e que estipula a natureza das fiscalizações, em auxílio ao Congresso Nacional, que poderão ser realizadas, quais sejam: contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, Direta e Indireta e das sociedades e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público.

Tal hipótese de controle não exclui ou restringe as competências, próprias e privativas, diretamente atribuídas às Cortes de Contas pela CF/88. Assim, essas atribuições inerentes apenas aos Tribunais de Contas não se confundem com as funções atinentes ao controle parlamentar direto.

Assim, o parlamento possui função essencial de, nos moldes dos dispositivos constitucionais: art. 49, IX, “*compete ao Congresso Nacional julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo*” (julgamento que deverá ser realizado após o parecer prévio emitido pela Corte de Contas, previsto no art. 71, I); art. 71, IV, que possibilita à Câmara dos Deputados ou Senado Federal, a solicitação ao Tribunal de Contas para realização de inspeções e auditorias nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e judiciário, e demais entidades referidas no inciso II do mesmo dispositivo; art. 71 §1º que menciona a possibilidade de, após comunicação do Tribunal de Contas, haver sustação de contratos diretamente pelo Congresso Nacional que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis; art. 72, conforme o qual a Comissão mista permanente a que se refere o art. 166, §1º, diante de indícios de despesas não autorizadas ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários.

O Controle exercido privativamente pelas Cortes de Contas decorre das competências específicas, previstas no art. 71 da CF/88, atribuídas

¹³⁰ BARBOSA, Raissa Maria Rezende de Deus. Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.88.

ao Tribunal de Contas da União, sendo que, quando cabíveis, serão de observância obrigatória aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal, bem como, onde houver aos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, conforme estabelece o **princípio da simetria** previsto no art. 75 da Constituição Federal.

Em que pese a Carta Magna ter previsto que o controle externo é de titularidade Congresso Nacional, sendo exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 71, *caput*), tem-se que são de execução, própria e privativa do Tribunal de Contas da União, todas as atividades de controle externo enumeradas nos incisos I a X do referido art. 71. Tais competências, podem, ainda, ser melhor regulamentadas pela legislação infraconstitucional.

O controle jurisdicional é aquele realizado pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos do Poder Executivo e da Administração Pública dos demais órgãos do Estado e sobre os atos normativos. Tal controle decorre do prescrito no art. 5º, XXXV, nos termos do que ensina Justen Filho¹³¹ no qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tem-se, nos últimos tempos, uma considerável evolução do controle jurisdicional, podendo ser verificado uma postura mais ativa, principalmente, da Suprema Corte, em diversas decisões e assuntos. Destaca-se, também, maior judicialização da política, pois, as questões políticas estão sendo tratadas como verdadeiras questões jurídicas e do direito. Observa-se a adoção de uma postura no sentido de dar mais efetividade às normas constitucionais e uma ampliação da visão de controle além da estrita legalidade, buscando-se o controle da juridicidade.

Ainda que, por vezes, não haja menção por parte da doutrina, o controle realizado pelo Ministério Público comum também merece ser destacado, tendo em vista as relevantes atribuições institucionais distribuídas ao órgão, nos termos do art. 129 da CF/88 e às garantias a ele conferidas (art. 128, 5º, I da CF), na “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Adiante, será tratado de maneira mais detida a respeito do Ministério Público Especial que atua junto à Corte de Contas (art. 130 da CF).

Conforme preceitua Barbosa:¹³²

É importante enfatizar que, os mencionados que, controles também são exercidos pelos respectivos órgãos dos poderes dos Estados e municípios, acaso existentes, forma estabelecida nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos municípios, obedecendo-se aos princípios da Constituição Federal, em razão do poder constituinte decorrente.

¹³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹³² BARBOSA, Raissa Maria Rezende de Deus. Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.92.

Quando da classificação, no que tange ao momento em que é exercido, o controle pode ser prévio, concomitante a posterior. O controle prévio, preventivo ou *a priori* é o exercício do controle previamente a prática do ato objeto controlado ou, ainda, antes que opere os seus efeitos, como, por exemplo, a previsão no art. 49, II da CF/88. O controle concomitante, tempestivo ou *paripassu* é aquele executado conjuntamente à prática do ato, cita-se, como exemplo, a possibilidade da realização de auditorias e inspeções pelas Cortes de Contas, simultaneamente a prática do ato, nos termos do art. 71, IV da Carta Magna. O controle posterior, repressivo ou *a posteriori* pode ser disciplinado como aquele que se executa posteriormente à prática do ato com o objetivo de corrigir falhas formais ou ilegalidades, quando existentes, determinar correções ou recomendar procedimentos, quando apuradas boas práticas. Cita-se, como exemplo, a apreciação da legalidade, para fins de registro, do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão e os atos de admissão de pessoal, a qualquer título (art. 71, III), sendo tais atos, em regra, considerados um controle *a posteriori*.

Ainda no que tange a essa classificação, o controle *paripassu* é considerado pela doutrina em geral como o momento mais eficaz para a consecução dos objetivos pretendidos pela atividade de controle, já que é a hipótese de controle realizado de forma tempestiva, quando da execução do ato pelo agente, restando tempo e condição hábil de se corrigir o vício apurado, se existentes.

Nessa toada, as Cortes de Contas têm buscado ampliar, nos últimos tempos, a realização dessa modalidade de controle, havendo, entretanto, a necessidade de fomentá-lo constantemente, principalmente, ao se tratar de assuntos, que envolvam grande vulto de recursos público, como é o caso da realização de grandes obras públicas.

Conforme ensina França:¹³³

O controle prévio é a modalidade de controle mais antiga realizada pelos Tribunais de Contas e Controladorias; entretanto, esta forma de atuar do controle foi sendo diminuída no decorrer do tempo, por ter-se verificado que retardavam e burocratizam ainda mais o normal andamento das atividades administrativas, principalmente com o crescimento da Administração Pública e a conseqüente expansão de seus serviços. Quanto à utilização apenas do controle a posteriori, tal fato tem sido alvo de críticas aos órgãos de controle, tendo em vista que, muitas vezes, não terá mais utilidade para prevenir ou corrigir a prática do ato ilegal.

¹³³ FRANÇA, Phillip Gil. O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.89.

Ressalta-se, por oportuno, que nem sempre o controle *paripassu* será a melhor escolha. Apesar da doutrina considerar essa modalidade de controle, em regra, o mais útil e eficaz na correção dos vícios administrativos, o controle posterior também tem seus lados positivos, quando da determinação do desfazimento de atos viciados ou ainda na punição dos responsáveis.

Fora isso, quando não dispensado pelo Tribunal, deve-se ocorrer a prestação de contas, que é posterior à prática do ato. Portanto, deve-se buscar, na medida do possível, a ampliação do controle tempestivo sem descartar o controle realizado após a prática do ato, pois ambos podem servir, a depender da situação concreta.

As Cortes de Contas, em regra, atuam de ofício. Como exemplo, cita-se o art. 71, II e IV da Constituição Federal, que dispõe ser competência do Tribunal julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e realizar auditoria e inspeções por iniciativa própria.

Existe a possibilidade do controle se dar por provocação, como a própria denominação sugere, por solicitação, daqueles legitimados no texto constitucional. Existe, ainda, a possibilidade de provocação ser realizada pelos cidadãos, nos termos do art. 74, §4º da CF/88. Essa possibilidade, como instrumento da cidadania, estabelece que *qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União*. Já no caso do controle judicial, em virtude do princípio da inércia judicial, o controle somente pode ocorrer quando provocado.

Fora essas classificações supramencionadas, destaca-se, por parte da doutrina, aquela que diz respeito à extensão e a natureza do que será controlado. Conforme as palavras de Justen Filho¹³⁴, o controle pode ser de legalidade ou de mérito, sendo que:

O controle de legalidade, em sentido atual diz respeito não apenas à estrita legalidade do ato, mas à juridicidade, conceito mais abrangente que engloba a avaliação da conformidade do ato com o direito, envolvendo os princípios abraçados pelo sistema. O controle de mérito é aquele que diz respeito ao juízo de conveniência, oportunidade na prática do ato abrangendo, também conforme alguns, o controle de resultados.

No que diz respeito à possibilidade das Cortes de Contas poderem ou não efetuar o controle de mérito, há divergência por parte da doutrina, levando-se em conta que existe divergência, inclusive, no que vem a ser o mérito administrativo. Tal análise será melhor detalhada na continuação do estudo do livro.

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.1123

A Corte de Contas possui como finalidade a verificação técnica da arrecadação de receitas, dos dispêndios e investimentos realizados pelo Poder Público. O controle realizado pelo Tribunal de Contas, pautado em critérios objetivos e imparciais, voltado a afastar as arbitrariedades e ilegalidades dos atos administrativos – muitas das vezes entendida como ofensiva ao mérito do Poder Executivo, nos termos do que estabelece Rachid Junior¹³⁵:

As contas; a adequação entre o recebido e o gasto; a correção do dinheiro público empregado de acordo com políticas de Estado factíveis, impessoais e com verdadeiras finalidades de atingir o maior bem comum possível devem ser feitas por um órgão técnico, como o Tribunal de Contas. Da mesma que os demais meios de controle da Administração chaves-mestra para a realidade de um estado forte, promotor do cidadão.

A atividade de controle externo é um instrumento fundamental para garantir a observância dos princípios republicanos. Nesse sentido, a todo aquele que é conferida a responsabilidade de administrar recursos da coletividade, por consequência, se faz a responsabilidade de prestação de contas dos recursos da coletividade administrados.

Sendo que, tal responsabilidade resulta no compromisso da melhor administração possível dos bens pertencentes à sociedade. Do que decorre a responsabilização de todos (os que tomam as decisões a respeito da *res publica* e os que a gerenciam ou administram) para a comprovação do exato cumprimento dos princípios previstos na Carta Magna, bem assim os preceitos legais que lhes sejam especificamente exigidos.

Com isso, a previsão da obrigatoriedade da prestação de contas, sejam atinentes às gestões orçamentárias, financeiras, patrimonial, contábil e operacional, é de responsabilidade pessoal dos que, de qualquer forma, lidam com recursos públicos.

Na interpretação do texto constitucional, a Corte de Contas encontra-se vinculada ao Parlamento, de forma a prestar auxílio técnico no controle externo da Administração Pública. Possui funções que a caracterizam como ente controlador da administração dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No entanto, embora a vinculação existente ao Poder Legislativo, não há que se falar em subordinação a este ou a qualquer outro dos Poderes instituídos, em virtude da estatura constitucional que foi conferida à Corte de Contas e à independência de sua atuação.

Ainda conforme as disposições constitucionais, foram atribuídas aos Tribunais de Contas diversas prerrogativas e um elevado grau de autonomia que asseguram a independência das funções que desempenham. Nessa

¹³⁵ RACHID JUNIOR, Ismael. Formas de controle sobre as organizações sociais. 2013 Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11530>. Acesso em: 01.abr.2016.

esteira, em regra, não é factível imaginar a atuação da Administração Pública sem a constante tutela fiscalizatória, exercida de maneira imparcial e independente das Cortes de Contas.

Nesse sentido, tendo por base os arts. 70 e 71 da CF/88, a Administração Pública é obrigada a se submeter ao controle externo realizado pelas Cortes de Contas. Compete a este órgão de fiscalização, na forma que a lei dispuser, tutelar e controlar os gastos decorrentes das licitações, a contratação de pessoal a qualquer título e demais atos da Administração Pública que envolvam o erário pertencente à sociedade.

Conforme ensina o doutrinador Lima:¹³⁶

Em síntese, a Carta Maior orienta o controle contas das entidades públicas; verificar a consonância legal dos atos de admissão de pessoal público; quando entender necessário, realizar inspeções e auditorias de natureza contábil financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos partícipes da máquina estatal; na verificação de ilegalidades, cabe ao Tribunal de Contas, também, aplicar aos agentes públicos sanções administrativas, tais como, multas proporcionais ao dano causado ao erário; determinar ao ente público a correlação de eventual ilegalidade cometida, indicando o prazo correspondente para tanto; sustar o ato administrativo impugnado, caso não se atenda à determinação deste aos ditames da legalidade e direito, conforme verificação – por meio de um devido processo legal – de competência do Tribunal de Contas, com a necessária comunicação do ato de sustação à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; finalmente, cabe ao Tribunal de Contas representar ao Poder competente *acerca das irregularidades ou abusos apurados*.

Entretanto, ainda que exista a previsão do dever controlador mencionado acima, faz-se importante destacar que o mérito dos atos administrativos, no que tange às atribuições específicas das agências reguladoras, não são passíveis de revisão pelas Cortes de Contas, pelo fato de ser necessário uma expertise específica e envolver a discricionariedade do Poder Executivo e, ainda, pela ausência de força jurisdicional de suas decisões de natureza técnica-administrativa. Com isso, a análise subjetiva e intrínseca do mérito, a respeito dos atos administrativos das agências reguladoras, cabe somente ao controle interno dotado do poder de tutela ou também denominado de controle finalístico.

Todavia, quando, eventualmente, a prática de atos puderem trazer

¹³⁶ LIMA, Luis Henrique. Tribunal de Contas: temas polêmicos de Ministros e Conselheiros. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.103.

reflexos econômicos e financeiros que extrapolem a legalidade, moralidade, ou que desvirtuem do interesse público, encontra guarida a atuação efetiva da Corte de Contas, podendo verificar e apurar a suposta ilegalidade ou imoralidade encontrada no respectivo ato regulatório tido por discricionário. Com isso, Lima¹³⁷ explica que:

O ministro do Tribunal de Contas da União – Walton Alencar Rodrigues – afirma a atuação do controle externo do processo regulatório deve buscar identificar as falhas e as oportunidades de melhoria de procedimentos, evitando que a entidade reguladora se desgarre de atuação, tomando decisões tecnicamente inconsistentes e questionáveis não direcionadas ao implemento da finalidade legal, ou resultantes da captura do ente regulador por interesses das entidades reguladas.

Destaca haver um aumento da solicitação da população em favor da atuação do TCU, no campo de atribuições das agências reguladoras, sendo que o Parlamento tem solicitado a execução de inspeções e de auditorias, relacionadas com as diversas atividades desempenhadas por essas entidades. Fora isso, ressalta que não são poucas as solicitações dos próprios envolvidos na sistemática da regulação. Como exemplo, cita-se as empresas prestadoras de serviço, o Poder Executivo, os licitantes e, em alguns casos, inclusive o próprio órgão regulador, de forma a alinhar suas atividades com o entendimento do TCU.

Destaca o ministro do TCU, nos termos do que estabelece França¹³⁸ que:

Ao proceder à fiscalização das atividades-fins das agências reguladoras, o Tribunal não pretende substituir-se aos órgãos que controla, pois ao controlador se transmudaria em regulador; não pode estabelecer o conteúdo do ato regulatório, que vai ser aditado pelo órgão competente, nem impor a adoção das medidas que considerar adequadas, salvo quando verificadas considerações de legalidade, erros, ou a omissão da autarquia em dar fiel cumprimento.

Nos moldes do que foi mencionado pelo ministro do TCU, esse é, porventura, um dos maiores desafios do Controle Externo, diferenciar as atitudes arbitrárias da autoridade reguladora do uso proporcional e adequado

¹³⁷ *Ib Idem*. p.104.

¹³⁸ FRANÇA, Phillip Gil. O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.95.

de suas faculdades. A abrangência das falhas detectadas pelo TCU, destaca, ainda mais, a necessidade de melhoramento e fortalecimento da sistemática das agências reguladoras. Sobretudo em relação ao aprimoramento e aperfeiçoamento dos seus funcionários técnicos especializados, pois, em virtude de constante instabilidade – decorrente da ausência de cargos efetivos, pela elevada rotação nos cargos de natureza temporária, pela substituição nos cargos em comissão; pelo constante contingenciamento de gastos e movimentações financeiras e pela ausência de cursos de capacitação e aperfeiçoamento – torna difícil e pode comprometer a atividade regulatória.

Por fim, assegura-se que a atuação do Tribunal de Contas da União, é no sentido de coibir, por um lado, comportamentos arbitrários e ilegais por parte da autoridade reguladora, e, por outro lado, incentivar a atuação estatal, contribuindo sobremaneira para o melhoramento das instituições. No regime democrático, o Parlamento e a coletividade demandam informações tempestivas e fidedignas sobre a atuação e o desempenho de todos os órgãos da Administração Pública.

Nesse ínterim, o Tribunal de Contas da União tem competência constitucional, corpo técnico especializado, imparcialidade em suas decisões, acesso a qualquer informação que envolva recursos da coletividade. “Esses fatores lhe permitem ajudar a suprir o Parlamento e a sociedade com todas as informações necessárias a fundamentar o debate democrático sobre a atuação estatal e, em especial, sobre a atuação das agências reguladoras”.

Nos termos das doutrina de Martins Júnior¹³⁹:

Os arts. 70 a 75 da Lex Legum deixam ver que o controle externo – contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial – da administração pública é tarefa atribuída ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas. O primeiro, quando atua nesta seara, o faz com o auxílio do segundo que, por sua vez, detém competências que lhe são próprias e exclusivas e que para serem exercidas independem da interveniência do Legislativo. O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores gestores de recursos públicos. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal.

¹³⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Controle da administração pública pelo Ministério Público. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.74.

Resultam, enfim, no cumprimento dos Balanços Gerais estabelecidos na Lei 4.320/64. Com isso, se submetem ao parecer prévio da Corte de Contas e ao julgamento pelo Congresso Nacional (art. 71, I, c/c 49, IX, da CF/88). Tem-se, inclusive, a previsão de prestação de contas dos administradores ou responsáveis por dinheiros, bens ou valores públicos (art. 71, II da CF/88). As contas dos administradores, cujo julgamento compete às Cortes de Contas, podem, quando constatado prejuízo ao erário, ser imputados débitos ou aplicadas multas (art. 71, II e § 3.º, da CF/88).

As Cortes de Contas estão sempre atentas à gestão da coisa pública. Trata-se de ente pensado com objetivo específico e aparato técnico voltado à tutela dos gastos e arrecadação pública.

Sua atuação é fundamental para a manutenção da estabilidade e equilíbrio dos Poderes da República. Sem a verificação constante da regularidade pelas Cortes de Contas, a situação econômica poderia tornar-se instável o suficiente para impossibilitar as relações essenciais na manutenção de um Estado Republicano. A Corte de Contas é um órgão representativo dos interesses da coletividade, sendo um dos principais instrumentos da cidadania e do controle social.

5.3 O benefício das Cortes de Contas para a sociedade.

As Cortes de Contas são órgãos de controle externo, responsáveis por importantes atribuições na fiscalização financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública Direta e Indireta. São essenciais ao regime democrático e para a instrumentalização da cidadania, exercendo um papel de extrema importância no campo das garantias e das liberdades individuais. Foram extensamente prestigiados na CF/88, com a ampliação significativa de suas competências, para melhor zelar pela boa e regular aplicação de verbas públicas, em benefício da sociedade.

Para melhor esclarecimento da organização do Tribunal de Contas da União, transcreve-se o art. 73 e seus parágrafos da Constituição Federal, nos do que estabelece França¹⁴⁰:

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.

§1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

I – mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco

¹⁴⁰ FRANÇA, Phillip Gil. O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.89.

anos de idade;

II – idoneidade moral e reputação ilibada;

III – notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

IV – mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

§2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I – um terço pelo presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;

II - Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

§4º O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

Tem-se que são estipuladas algumas condições pela CF/88 para a nomeação de Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU), conforme ensina Lima¹⁴¹:

I – nacionalidade: ser brasileiro;

II – idade: possuir mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

III – idoneidade moral e reputação ilibada;

IV – experiência: mais de dez anos de exercício de função de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos supramencionados.

Os requisitos de nacionalidade, idade mínima e experiência são objetivos e não despertam controvérsia. Já os de formação e, principalmente, de idoneidade moral e reputação ilibada têm gerado calorosos debates, especialmente por ocasião de indicações polêmicas. Para Lima¹⁴², a escolha

¹⁴¹ LIMA, Luiz Henrique. Controle externo: teoria, legislação, jurisprudência e mais de 450 questões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

¹⁴² *Ib Idem.*

de Ministros do TCU obedece a dois processos distintos:

I – dois terços são escolhidos pelo Congresso Nacional, na forma do Regimento Comum.

II – um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente entre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento.

É importante destacar que o art. 75 da CF/88 prevê o princípio da simetria, segundo o qual estabelece que as normas prescritas para o controle externo no âmbito da União deverão ser aplicadas, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos dos Municípios. O seu parágrafo único orienta as Constituições estaduais a dispor sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete conselheiros. Para Barbosa¹⁴³:

No caso dos Tribunais de Contas dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, quando da elaboração das Constituições estaduais, em 1989, surgiu a seguinte dúvida: sendo este o número de Conselheiros e não sendo sete um número múltiplo de três, como obedecer ao critério de indicação de dois terços pelo legislativo e um terço pelo Executivo? De fato, dois terços de sete são 4,7, e um terço são 2,3. Alguns estados optaram por atribuir indicações ao Legislativo e duas ao Executivo. Observa-se a controvérsia foi levada ao STF, que terminou por firmar jurisprudência, expressa na Súmula nº 653, no sentido de que nos Tribunais de Contas Estaduais, quatro Conselheiros devem ser escolhidos pela Assembléia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo estadual cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público e um terceiro a sua livre escolha.

Ainda nos termos da norma constitucional, destaca-se o apontamento de Furtado para quem o cargo Auditor-Substituto de Ministro ou de Conselheiro constitui exceção à sistemática de aquisição de vitaliciedade: a investidura no cargo pressupõe prévia aprovação em concurso público de provas ou provas e título, no entanto, a vitaliciedade se dá dois anos após a posse.

¹⁴³ Ib Idem.p.120

Nos moldes do ensinamento de Lima¹⁴⁴:

É importante notar que o constituinte foi muito criterioso ao definir atribuições ordinárias do auditor, qualificando-as de “Judiciária”, dada feição judicial conforme das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas. Esse argumento reforça o fato de os Ministros e Conselheiros, e do próprio Tribunal de Contas, exercem funções jurisdicionais e outras funções. Assim, os Auditores, por força de dispositivo constitucional, têm atribuições ordinárias de judicatura, isto é, próprias de Juiz, do exercício da magistratura.

Por decorrência lógica, a judicatura limita-se aos processos de controle externo no âmbito da jurisdição especializada de contas públicas.

Quadro 1: Competências Constitucionais

1 COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS	2 FUNDAMENTO
Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos	art. 33, § 2 e art. 71, II
Fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais	art. 71, V
Fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios	art. 71, VI
Aplicar sanções e determinar a correção de ilegalidades e irregularidades em atos e contratos	art. 71, VIII a XI
Apurar denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades	art. 74, § 2º

Fonte: BRASIL¹⁴⁵

A partir do quadro acima, pode-se constatar que a atividade de controle externo passa a ser um marco considerável e de extrema importância em face das competências fiscalizatórias e sancionatórias, tendo função moralizadora dos órgãos públicos, nos três poderes, além de assumir postura educativa aos gestores, criando uma cultura de responsabilidade que refletirá em vários aspectos do ordenamento pátrio, dentre os quais o reconhecimento da

¹⁴⁴ LIMA, Luis Henrique. Tribunal de Contas: temas polêmicos de Ministros e Conselheiros. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.124.

¹⁴⁵ BRASIL. Lei Nº 8.443, DE 16 DE JULHO DE 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.

coletividade que será a parte diretamente beneficiada diante das legislações vigentes.

De acordo com a doutrina de Lima¹⁴⁶:

(...) o julgamento realizado pelo Tribunal de Contas, em jurisdição administrativa própria e privativa, é baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria do controle interno e pronunciamento das autoridades administrativas, sem prejuízos das inspeções realizadas pelo próprio Tribunal de Contas, é procedimento de controle final que avalia a regularidade da gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, no sentido de dizer se os bens e os recursos, com direcionamento para o atendimento das necessidades coletivas. As contas serão julgadas regulares, regulares com ressalvas ou irregulares.

Em determinadas situações, poderá ser determinado o trancamento das contas, quando forem consideradas iliquidáveis; ou elas poderão ser sobrestadas ou, ainda, diferidas. O julgamento das contas poderá ser realizado, conforme preceitua Maia¹⁴⁷:

I – regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II – regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;

III – irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: omissão no dever de prestar contas; prática de ato de gestão, ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração a norma ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

Diante disso, conclui-se que a ideia de um sistema de Controle Externo, pautado na missão institucional das Cortes de Contas, reflete integridade, probidade e justiça, representando um passo importante no estabelecimento de uma política consciente de controle e combate à corrupção.

¹⁴⁶ LIMA, Luiz Henrique. Controle externo: teoria, legislação, jurisprudência e mais de 450 questões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.293.

¹⁴⁷ MAIA, Carlos Nivan. Manual do Gestor do Sistema "S". São Paulo: SESI-SP, 2012.

Nota-se, assim, um grande avanço no que tange ao controle realizado no âmbito da Administração Pública, pelo fato de possibilitar e incentivar a transparência da gestão como instrumento de controle social, baseado em dados fornecidos com a publicação da prestação de contas e respectivo parecer prévio, de relatórios e demonstrativos da execução orçamentária, os quais, são apresentados ao cidadão na utilização de recursos que ele coloca à disposição dos governantes.

5.4 O exercício da função consultiva.

Inicialmente, deve-se ter a noção que a atividade de controle é uma atribuição inerente à Administração Pública, motivo pelo qual ocupa tantos ramos distintos do direito, da filosofia e da política.

Nos termos do que ensinou Jacoby Fernandes¹⁴⁸, tem-se que:

Há controvérsias sobre a etimologia da palavra controle, merecendo maior crédito pois, significa, para muitos administrativistas, um marco considerável do mundo jurídico segundo o qual teria o vocábulo origem no “latim fiscal medieval”. Da contração de *contra* a *rotulum surge*, em francês, o termo controle, significando rol, relação de contribuintes a ser verificada pelos exatores.

Em breve síntese, impor restrições ao poder é o cerne do controle. Ainda nos tempos dos renomados iluministas, como por exemplo Montesquieu, que discorreu brilhantes teses sobre o assunto, afirmando que *todo homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar dele, e assim vai seguindo, até que encontre algum limite*.

O art. 71 da Constituição Federal estabelece as competências atribuídas ao Tribunal de Contas da União que podem ser reproduzidas pelas Cortes de Contas subnacionais em virtude do princípio da simetria.

Segundo o eminente doutrinador Frederico Pardini, divide-as em:

- 1) função opinativa;
- 2) função fiscalizadora;
- 3) função corretiva;
- 4) função jurisdicional.

Ainda nas palavras do douto professor¹⁴⁹:

"As diversas tarefas e atividades do TCU podem ser classificadas em grupos principais conforme as

¹⁴⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunal de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 31.

¹⁴⁹ PARDINI, Frederico. Tribunal de Contas da União: Órgão de Destaque Constitucional Tese apresentada no Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997. P. 197.

características das funções exercidas: a) função opinativa, consultiva e informativa, pela qual o Tribunal aprecia sem julgar contas e atos, emite pareceres, responde a consultas e fornece dados e estudos realizados; b) função fiscalizadora, pela qual é exercida fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, verificando a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos e contratos; c) função corretiva, visando corrigir ilegalidades e irregularidades mediante aplicação de penalidades, impugnação e sustação da execução de atos e contratos; d) função jurisdicional, quando o Tribunal, com exclusividade, julga e liquida definitivamente as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo financeiro, econômico ou material ao erário e ao patrimônio da União."

No que tange tais atribuições, a Carta Magna e as Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas estabelecem formas de procedimentos especiais. Como exemplo, cita-se a consulta elaborada pelas autoridades legitimadas pelo art. 264 do Regimento Interno do TCU (art. 1º Lei nº 8.443/1992); a denúncia de irregularidades e ilegalidades podem ser formuladas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 74, §2º, CF); e a emissão de parecer prévio sobre a sobre as contas do Presidente da República (art. 71, inciso IV, da CF).

Ainda conforme ensina Jacoby Fernandes, tem-se que¹⁵⁰:

O Poder Legislativo, ao elaborar a Lei Orgânica que vai reger um Tribunal de Contas, dispensa, porém, a esse tema menor importância, transferindo para o poder regulamentar do Regimento Interno da Corte de Contas o disciplinamento dos requisitos. Muitas vezes, são tantos e de tal ordem, que inviabilizam o conhecimento da consulta; noutras os próprios Tribunais de Contas acabam por revelar o cumprimento dos requisitos, dada a relevância da questão subjacente envolvida e, finalmente, em outras, acabam por adotar engenhosa solução, no sentido de, não podendo superar os requisitos formais, remeter o estudo elaborado sobre o mérito da questão, embora formalmente não a conheça.

Em regra, as consultas formuladas perante as Cortes de Contas obedecem às seguintes condições: serem formuladas por autoridade

¹⁵⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Como consultar o Tribunal de Contas. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, fev. 2003.

competente; versar sobre matéria de competência do Tribunal de Contas; dúvida, em tese, na aplicação de normas; ser redigida de forma clara e objetiva; estar acompanhada de parecer técnico ou jurídico do órgão de assessoria competente.

Com isso, leciona a doutrina de Jacoby Fernandes:¹⁵¹

Exatamente para evitar que o Tribunal de Contas se transforme em órgão consultivo, ou que seja criado um conflito de atribuições com outros órgãos de consultoria, as normas regimentais dos Tribunais de Contas, em geral, exigem que a consulta formulada se faça acompanhar de parecer da unidade jurídica ou técnica a que está afeta a estrutura do órgão consulente.

Não pretendem os Regimentos Internos das Cortes de Contas que exista equivalência entre o parecer jurídico e o parecer técnico, ao estabelecer a necessidade de um ou outro, mas ao contrário, têm em conta a questão debatida. Pode ocorrer, na prática, que a dúvida seja na interpretação de norma, cujo conteúdo não seja essencialmente jurídico, mas de finanças públicas, como ocorre com os que disciplinam normas de sistemas informatizados de administração financeira e orçamentária, ou inscrições em restos a pagar. Mesmo reconhecendo a amplitude do Direito Financeiro, não se pode pretender exagerado conhecimento da unidade jurídica. Desse modo, é a matéria que enseja dúvidas que definirá se o parecer a ser encaminhado ao Tribunal de Contas, subsidiando a consulta, será técnico ou jurídico.

Essa exigência pode ser abandonada pelos Tribunais de Contas, até porque as normas costumam colocá-las como "sempre que possível".

Em particular, em relação aos órgãos do Poder Judiciário, esse requisito não prevalece, por dois motivos: primeiro, porque normalmente, embora tenham órgãos de assessoramento interno, por normas externas, costumam-se encarregar da advocacia consultiva - estruturas integradas no Poder Executivo - ; segundo, por presunção de que seus membros conheçam o Direito.

Há registro também da dispensa desta exigência quando há relevância e urgência na questão de fundo, envolvida na consulta.

O parecer pode não ser conclusivo e apenas indicar a dúvida existente, mas também não pode ser desmotivado, seja técnico ou jurídico. Nesse ponto, vale

¹⁵¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Como consultar o Tribunal de Contas. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, fev. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=7747>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

repetir o que foi, alhures, lembrado: o parecer técnico não pode ser contrariado por leigos ou mesmo por superior hierárquico. "Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica.(STF: RDA 80/136)."

É possível, porém, que o parecer seja conclusivo e, mesmo assim, a autoridade superior tenha fundadas dúvidas, não sobre o teor do parecer - porque essas devem ser solucionadas interna corporis -, mas sobre a matéria de fundo debatida. Portanto, satisfeita a exigência de parecer no acompanhamento da consulta, deve essa ser conhecida, desde que fundamentado o parecer, independentemente de ser conclusivo ou não.

Ressalta-se que o julgamento a consulta constitui prejulgamento da tese, mas não do caso concreto. Tal disposição, encontra amparo nos ensinamentos de Jacoby Fernandes, que estabelece:¹⁵²

Tal efeito de prejulgamento da tese tem duas consequências. A primeira é o respeito ao princípio do due process of law - devido processo legal - que impede a formação de juízo antes da ocorrência dos fatos. Por esse motivo é que a dúvida deve retratar normas e não fatos, pois do contrário estaria a Corte julgando sem observar o rito processual adequado, a contextualização completa e a produção de provas em favor ou prejuízo do próprio consulente. A segunda é que pode o consulente, fato não raro, interpretar a resposta da consulta, atribuir-lhe elástico ou concepção diversa da que seria normalmente considerada. Daí a cautela jurídica que resguarda o instituto da consulta.

Outro ponto de extrema importância diz respeito ao caráter normativo da consulta. Tendo em vista seu caráter normativo, a decisão em matéria de consulta sujeita-se à impugnação pela via do controle concentrado de constitucionalidade, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme já deliberou o STF na ADIN n° 1.691-DF (Informativo STF n° 90).

Conclui-se, dessa maneira, sobre a importância das Cortes de Contas no que tange a fiscalização de recursos públicos, não restringindo suas deliberações apenas àquelas de caráter vinculantes, mas também deliberações pedagógicas e educativas, com a finalidade de, cada vez mais, zelar pelo patrimônio da coletividade e pela boa e regular gestão da coisa pública.

¹⁵² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Como consultar o Tribunal de Contas. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, fev. 2003.

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

6.1 O constitucionalismo.

“no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”. (Ferdinand Lassalle)¹⁵³

O pensamento que se tem a respeito da Constituição não é um privilégio dos tempos modernos. Assim, nos moldes do que lecionou Ferdinand Lassalle, defendendo sua concepção sociológica da ideia de Constituição, uma “Constituição real e efetiva a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos. Não é certo isso”.¹⁵⁴

Com isso, Lassalle sustentou o fato de que todos os Estados possuem e sempre possuíram, em todos os momentos da sua história, uma Constituição real e verdadeira. A diferença surgida em tempos mais recentes não é a presença de Constituições reais e efetivas, que sempre existiram, mas sim o aparecimento de Constituições escritas nas folhas de papel¹⁵⁵.

De fato, na maioria dos Estados modernos, tem-se o surgimento, em determinado momento de sua existência, uma Constituição escrita, cuja atribuição é a de estabelecer, em documento solene, todas as instituições e princípios do governo vigente¹⁵⁶. No mesmo sentido desse entendimento, faz-se necessário pontuar que, em verdade, a ideia de Constituição precede ao próprio constitucionalismo, que pode ser entendido como um movimento político-constitucional que estabelecia a necessidade da elaboração de Constituições escritas para que fosse regulamentado o fenômeno político e o exercício do poder, no interesse de um regime de liberdades públicas. Sendo que, independentemente da época ou do lugar, existindo Estado, sempre há de se falar em um conjunto de normas fundamentais atinentes a

¹⁵³ A essência da Constituição, p. 24.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 39.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 41

¹⁵⁶ A essência da Constituição, p. 41.

sua atividade, estrutura e organização.

Pode-se afirmar que o constitucionalismo, nos moldes do que estabelece Canotilho, trata-se de uma teoria formada por um conjunto de ideias, que estabelece o princípio do governo limitado, sendo indispensável para a garantia dos direitos da organização político-social de uma sociedade. Com isso, o constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantistas¹⁵⁷.

Desta feita, estrutura-se como uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais, sendo temas centrais do constitucionalismo, assim, estabelece a fundação e a legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades¹⁵⁸. Ressalta-se constituir um movimento político e jurídico que busca estabelecer regimes constitucionais, isto é, governos controlados, com poderes limitados, subordinados a Constituições escritas.¹⁵⁹

Nas Américas, a independência frente às imposições coloniais, obrigou a formulação de constituições escritas, nas quais, o pensamento dos libertadores pudesse estabelecer as regras fundamentais da existência independente. Com isso, o constitucionalismo, na América, se assemelha com o europeu, ressalvada a diferença de que, na América, a Constituição escrita era manifestação da própria independência, pois esta implicava, sobremaneira, na modificação dos costumes.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁶⁰ leciona que:

"A idéia de Constituição escrita, instrumento de institucionalização política, não foi inventada por algum doutrinador imaginoso; é uma criação coletiva apoiada em precedentes históricos e doutrinários. Elementos que se vão combinar na idéia de Constituição escrita podem ser identificados, de um lado, nos pactos e nos forais ou cartas de franquias e contratos de colonização; de outro, nas doutrinas contratualistas medievais e na das leis fundamentais do Reino, formulada pelos legistas. Combinação esta realizada sob os auspícios da filosofia iluminista".¹⁶¹

É essencial fazer a distinção entre o constitucionalismo antigo e o constitucionalismo moderno. Nos moldes do que ensina Canotilho, em uma acepção histórico-descritiva,

¹⁵⁷ J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 47.

¹⁵⁸ J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 51.

¹⁵⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op. cit., p. 07.

¹⁶⁰ Op. cit., p. 08.

¹⁶¹ Op. cit., p. 04.

“fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo, desde os fins da Idade Média até o século XVIII”.¹⁶²

Desta forma, no constitucionalismo moderno, a Constituição deixa de ser entendida como simples manifesto político para ser compreendida como uma norma jurídica fundamental e suprema, elaborada para exercer dupla função: garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro¹⁶³.

6.2 A Supremacia constitucional.

A supremacia da Constituição conduz à sua superioridade hierárquica normativa, no que tange às demais normas do ordenamento jurídico. Essa superioridade, conforme a doutrina, implica em que:

a) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*);

b) as normas da constituição são normas de normas (*normae normarum*), afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas, e

c) a superioridade normativa das normas constitucionais gera o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição¹⁶⁴.

A ideia de supremacia constitucional, na análise de Eduardo García de Enterría, explica que a Constituição não é apenas uma norma,

“sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (...) una Ley será válida o un

¹⁶² J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 48.

¹⁶³ Constituição dirigente e vinculação do legislador, p. 151.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 1074.

Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las 'normas de producción', la norma normarum, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se base, tiene una pretensión de permanencia (...) o duración (...), lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias (...). Esta Idea determinó, primero, la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituidos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí se dedujo inicialmente la llamada 'rigidez' de la norma constitucional, que la asegura una llamada 'superlegalidad formal', que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios (...). Pero la idea llevará también al reconocimiento de una 'superlegalidad material', que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del poder constituyente. Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa"¹⁶⁵

Cabe ressaltar que a supremacia constitucional não apenas determina que toda atuação estatal seja compatível, material e formalmente, com os preceitos e as diretrizes por ela estabelecidas, como também impõe – frente a moderna possibilidade jurídico-constitucional da inconstitucionalidade por omissão, o que só reforça mais ainda sua obrigatoriedade – que o poder público necessariamente atue quando for demandado.

A supremacia constitucional restaria desconfigurada – e, por tanto, todo o ordenamento jurídico – se as determinações constitucionais não fossem cumpridas. Em decorrência desse fato, todos os órgãos dos Poderes constituídos – Legislativo, Executivo e Judiciário – são coercitivamente obrigados e subordinados ao texto da Carta Magna. Com isso,

“A autoridade hierárquico-normativa da Constituição da República impõe- -se a todos os Poderes do Estado. Nenhuma razão – nem mesmo a invocação do princípio do autogoverno da Magistratura – pode justificar o desrespeito à Constituição. Ninguém tem o direito de subordinar o texto constitucional à conveniência dos interesses de grupos, de corporações ou de classes, pois

165 La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, p. 49-50.

o desprezo pela Constituição faz instaurar um perigoso estado de insegurança jurídica, além de subverter, de modo inaceitável, os parâmetros que devem reger a atuação legítima das autoridades constituídas.”¹⁶⁶

Assim, “o poder absoluto exercido pelo Estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional. Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das nações. Todos os atos estatais que repugnam a Constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais, especialmente porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste — enquanto for respeitada — constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.”¹⁶⁷

6.3 O princípio da unidade normativa.

Um ordenamento jurídico somente pode ser entendido como um conjunto de normas. Pode-se dizer que para existir uma ordem jurídica é necessária a concorrência de normas. Em que pese a pluralidade de normas jurídicas, o ordenamento constitui uma unidade, quer porque suas normas têm origem da mesma fonte (ordenamento simples), quer porque suas normas, ainda que nascidas de fontes distintas, têm o mesmo fundamento de validade (ordenamento complexo).¹⁶⁸

O texto constitucional é fonte máxima de todo o Direito e o último fundamento de validade das normas jurídicas, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento como um todo. Com isso, implica-se afirmar que todo texto constitucional deve ser compreendido como uma unidade e como um sistema que fomenta determinados valores¹⁶⁹. Essa unidade normativa estabelece a inexistência de hierarquia normativa ou formal entre os dispositivos constitucionais, sem qualquer diferenciação entre normas formais ou materiais ou entre normas-princípios e normas-regras, tendo em vista que as normas constitucionais são resultado de uma vontade unitária

¹⁶⁶ ADI 2.105-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/04/00.

¹⁶⁷ ADI 293-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/04/93.

¹⁶⁸ Norberto Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 48-49.

¹⁶⁹ Flávia C. Piovesan, op. cit., p. 25.

e geradas simultaneamente¹⁷⁰. Pode-se dizer, têm o mesmo fundamento de validade e a mesma fonte: o poder constituinte originário.

Com isso, Todas as normas previstas no texto constitucional, independentemente de sua categoria, se material ou formal, princípio ou regra, programática ou não-programática, têm idêntica hierarquia formal-normativa¹⁷¹ e exercem a mesma força normativa, em virtude da Supremacia Constitucional, tendo em vista a realidade à qual se dirigem.

A unidade normativa da Carta Magna é fundamental, pois o descumprimento de uma norma constitucional põe em risco a própria unidade do texto constitucional. Dessa forma, a garantia da supremacia e da obediência de uma norma constitucional, proporciona a garantia da própria Constituição.

¹⁷⁰ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação*, op. cit., 187.

¹⁷¹ Sem embargo, é possível reconhecer a existência de uma hierarquia axiológica em face da ordenação de valores constitucionais. Nesse particular, os princípios constitucionais, por serem normas dotadas de intensa carga axiológica, são hierarquicamente superiores às regras constitucionais. Ademais, entre os próprios princípios constitucionais existe um escalonamento hierárquico de valores, podendo se falar, daí, em princípios e subprincípios (estes, meros desdobramentos daqueles ou princípios derivados). Canotilho, por exemplo, estabelece uma hierarquia entre os princípios constitucionais, nesta ordem decrescente: princípios estruturantes, princípios gerais e princípios específicos. Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*; Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, entre outros.

CAPÍTULO 7

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELAS CORTES DE CONTAS E A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF

7.1 Contextualização histórica e finalidade da súmula nº 347.

A Súmula n.º 347 do Supremo Tribunal Federal foi editada no ano de 1963, tendo como fundamento o Recurso em Mandado de Segurança (RMS) n.º 8372 de 1961, cujo relator foi o ministro Pedro Chaves, possuindo a seguinte ementa: *“Não ofende a direito líquido e certo o ato do Tribunal de Contas que nega registro a aposentadoria fundada em lei revogada. Recurso não provido.”* Em seu voto, o ministro Pedro Chaves, fundamentou: *“Entendeu o julgado que o Tribunal de Contas não podia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade essa declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas. Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”.*

A Súmula citada anteriormente foi editada *“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, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurispcionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional”* (STF, MS 25888 MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 22/3/2006). Com isso, o que permitia a desobediência da lei tida por inconstitucional pela autoridade estatal era a inexistência do controle abstrato de constitucionalidade. Nessa toada, a previsão constante no verbete sumular, permitia a apreciação da inconstitucionalidade, de maneira difusa e inter partes, por órgãos não jurisdicionais.

Em resumo, a Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal foi editada em momento no qual não existia, no ordenamento pátrio, o controle abstrato de normas, com a finalidade de possibilitar que os órgãos estatais não jurisdicionais tivessem a possibilidade de descumprir leis declaradas, de maneira incidental, pela Suprema Corte.

O controle de constitucionalidade possui origem no célebre caso *Marbury v. Madison*, da Suprema Corte Norte Americana, no qual, em 1803, o *Chief Justice John Marshall* reconheceu expressamente o poder do Judiciário de declarar uma lei inconstitucional. Foi a primeira vez que a Suprema Corte

daquele país declarou uma lei federal desconforme à ordem constitucional.¹⁷²

A possibilidade de controle dos dispositivos constitucionais se assegura no princípio da Supremacia Constitucional, segundo o qual nenhuma lei ou ato normativo pode existir de maneira válida se for incompatível com a Constituição, que possui a prerrogativa de superioridade jurídica em relação às demais normas do ordenamento jurídico.¹⁷³

Nessa esteira, partindo do pressuposto que a não aplicação de leis inconstitucionais “é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”¹⁷⁴, o Supremo Tribunal Federal assentou, no ano de 1963, que “o Tribunal de Contas pode, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público”. Esse verbete resultou na edição da Súmula nº 347 da Suprema Corte.¹⁷⁵

Entretanto, com a promulgação da Carta Cidadã (CF/88), mais precisamente a partir do MS nº 25.888 da Suprema Corte, em 2006, cujo Ministro relator foi o Sr. Gilmar Mendes, passou-se a indagar a possibilidade da não aplicação de lei considerada inconstitucional por parte da Corte de Contas.¹⁷⁶ Os motivos para tal questionamento seriam principalmente a ampliação substancial do rol de legitimados para deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade¹⁷⁷ e o fato de o Tribunal de Contas não ser um órgão dotado de função jurisdicional, como se posicionou o Ministro Alexandre de Moraes, no início de 2018.¹⁷⁸

O Tribunal de Contas da União(TCU) possui posicionamento em sentido contrário, defendendo a possibilidade do controle difuso, conforme se constata no seguinte trecho do voto do Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 2000/2017-TCU-Plenário:

Parece claro, assim, que onde há jurisdição, há o poder-dever de se declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos administrativos incompatíveis com a Constituição. Afinal de contas, para que o TCU possa cumprir a sua missão de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade, não há como se admitir que atos contrários aos princípios constitucionais sejam tolerados, mesmo quando

¹⁷² (AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 133-149).

¹⁷³ (BARROSO, 2015, p. 233)

¹⁷⁴ RMS 8372, Relator Min. PEDRO CHAVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/1961, DJ 26-04-1962.

¹⁷⁵ Técnica e formalmente, o termo mais preciso seria “enunciado nº 347 da Súmula do STF”, mas se opta pela expressão “Súmula 347 do STF” por ser a mais utilizada.

¹⁷⁶ (Cf. DESCHAMPS, 2008).

¹⁷⁷ MS 25.888 MC, rel. min. Gilmar Mendes, dec. monocrática, j. 22-3-2006, DJ de 29-3-2006.

¹⁷⁸ MS 35.410 MC, rel. min. Alexandre de Moraes, dec. monocrática, j. 15-12-2017, DJE 18 de 1º-2-2018.

travestidos de lei. Daí a atualidade do entendimento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula nº 347 (...).

7.2 Reserva de jurisdição no julgamento da constitucionalidade.

Existia forte divergência, tanto na seara doutrinária quanto judicial, sobre a reserva de jurisdição na apreciação da constitucionalidade, inclusive da possibilidade de tal exercício por parte dos Tribunais de Contas. Cita-se como exemplo, as decisões monocráticas (singulares) da Suprema Corte que afastavam a incidência do enunciado da Súmula n.º 347 da Corte Suprema.¹⁷⁹

Nesse diapasão, o ministro Gilmar Mendes¹⁸⁰ decidiu que:

“(...) 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 com a Constituição de 1988”.

¹⁷⁹ (cf. MS 27.344/DF, rel. min. Eros Grau, julgado em 26/5/2008; MS 27.232/DF, rel. min. Eros Grau, julgado em 14/5/2008; MS 25.986/DF, rel. min. Celso de Mello, julgado em 22/6/2006; MS 26.783/DF, rel. min. Marco Aurélio, julgado em 9/7/2007; MS 26.808/DF, rel. min. Ellen Gracie, julgado em 25/7/2007; MS 35410 MC/DF, rel. min. Alexandre de Moraes, julgado em 15/12/2017; MS 35490 MC/DF, rel. Alexandre de Moraes, julgado em 7/2/2018; MS 36879 MC/RO, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgado em 8/1/2020).

¹⁸⁰ (STF, MS 25888 MC/DF, rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 22/3/2006)

O Plenário da Suprema Corte, em abril de 2021, ao julgar diversos mandados de segurança impetrados contra decisões do Tribunal de Contas da União, afastou a aplicação da Súmula n.º 347 do Supremo (no entanto, não houve o cancelamento ou revogação) e estabeleceu a não possibilidade da autoridade coatora (no caso, o Tribunal de Contas da União) realizar controle incidental (difuso) de constitucionalidade que implique na transcendência de seus efeitos, ocasionando, em tese, uma usurpação de competência atribuída ao STF.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS ERGA OMNES E VINCULANTES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DECISÃO DE AFASTAMENTO GENÉRICO E DEFINITIVO DA EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS SOBRE PAGAMENTO DE “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA” A INATIVOS E PENSIONISTAS, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos erga omnes e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal. 2. Decisão do TCU que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal. 3. Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e inter partes e tornando-os erga omnes e vinculantes. 4. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 0216.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004. (STF, Tribunal Pleno, MS 35500, rel. min. Alexandre de Moraes, julgado em 13/4/2021).

O relator do MS nº 35500 discorreu que

“Dentro dessa perspectiva constitucional de sua definição, organização e fortalecimento institucional, é inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão administrativo sem qualquer função jurisdicional, exercer controle de constitucionalidade nos julgamentos de seus procedimentos, sob o pretense argumento de que lhe seja permitido em virtude de sua competência constitucional para zelar, em auxílio ao Congresso Nacional, pelo controle externo da Administração Pública. Assim como outros importantes órgãos administrativos previstos na Constituição Federal com atribuições expressas para defender princípios e normas constitucionais (Conselho Nacional de Justiça, artigo 130-B; Ministério Público – Constituição Federal, artigo 129, II e Conselho Nacional do Ministério Público, cuja previsão constitucional de atribuição é idêntica ao CNJ – Constituição Federal, artigo 130-A, § 2º, II), no exercício de sua missão e finalidades previstas no texto maior, compete ao Tribunal de Contas da União exercer na plenitude todas as suas competências administrativas, sem obviamente poder usurpar o exercício da função de outros órgãos, inclusive a função jurisdicional de controle de constitucionalidade”.

Dessa forma, a alteração de entendimento da Suprema Corte iniciou-se com o afastamento da aplicação da Súmula n.º 347 do Supremo Tribunal Federal, em razão da Carta Magna ter expressamente outorgado apenas ao Poder Judiciário a declaração e o julgamento da (in) constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público.

7.3 Usurpação de competência: Judiciário, STF e Senado Federal.

A que se falar sobre a possibilidade de usurpação de competência do Poder Judiciário, do Supremo Tribunal Federal e do Senado Federal, pois, caso a Corte de Contas abstrativize o efeito de suas decisões, resultando em efeitos vinculantes e *erga omnes*, implicaria uma tríplice ofensa à Constituição Federal, conforme será explanado a seguir.

Como primeira ofensa, tem-se: violação às competências do Poder Judiciário, sendo que *“O desrespeito do TCU em relação ao Poder Judiciário se consubstanciaria no alargamento de suas competências originárias, pois estaria usurpando função constitucional atribuída aos juízes e tribunais (função jurisdicional) e ignorando expressa competência do próprio Supremo Tribunal Federal (‘guardião da Constituição’)”.*

Como segunda ofensa, tem-se: violação à competência da Suprema Corte de declarar a (in)constitucionalidade de forma abstrata e vinculante, sendo que *“Exatamente como na presente hipótese, o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas traria consigo a transcendência*

dos efeitos, pois na maioria das vezes, ao declarar a inconstitucionalidade ou, eufemisticamente, afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, o TCU não só estaria julgando o caso concreto, mas também acabaria determinando aos órgãos de administração que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e inter partes e tornando-os erga omnes e vinculantes no âmbito daquele tribunal. A decisão do TCU configuraria, portanto, além de exercício não permitido de função jurisdicional, clara hipótese de transcendência dos efeitos do controle difuso, com usurpação cumulativa das competências constitucionais exclusivas tanto do Supremo Tribunal Federal (controle abstrato de constitucionalidade, Constituição Federal, artigo 102, I, 'a'), quanto do Senado Federal (mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, Constituição Federal, artigo 52, X)".

Como terceira ofensa, tem-se: violação à competência do Senado Federal prevista no inc. X do art. 52 da CF. "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Ainda nos termos do que destacou o relator, o controle incidental (difuso) é obstado à Corte de Contas, pois o órgão não se submete à cláusula de Reserva de Plenário ("Full Bench"): "Haveria nessa hipótese inaceitável subversão constitucional, pois o texto constitucional não prevê essa competência jurisdicional ao Tribunal de Contas da União, que, igualmente, não se submete às regras de freios e contrapesos previstas pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para interpretar seu texto (legitimidade taxativa, pertinência temática, cláusula de reserva de plenário, quórum qualificado para modulação dos efeitos, quórum qualificado para edição de súmulas vinculantes, entre outros), e que acabam por ponderar, balancear e limitar esse poder".

Ainda por ocasião do MS nº 35500, o ministro Luís Roberto Barroso excepcionou: "Ressalvo, contudo, minha discordância em relação ao primeiro dos dois fundamentos expostos no voto do relator, como tenho feito nas demais ações em que se discute a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade por órgãos administrativos. Toda autoridade administrativa de nível superior pode, a meu ver, incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de lei, desde que limitada ao caso concreto. No presente caso, considerando que tal restrição de efeitos não foi observada, voto igualmente pelo afastamento".

Também no MS nº 35500, o ministro Edson Fachin foi voto vencido. Assegurou a possibilidade de o Tribunal de Contas da União vedar o cumprimento de ato normativo que encontra-se fundamento de validade em lei inconstitucional. Dessa forma, embasou-se no "colorido quase-jurisdicional que as tarefas do TC assumem" e na teoria dos poderes implícitos, bem como se reportou ao "julgamento da PET 4.656/PB (relatora ministra Cármen Lúcia,

Plenário, julgamento em 19/12/2016), em que se distinguiu a não aplicação da lei reputada inconstitucional e a declaração de sua inconstitucionalidade”.

Ainda por ocasião do MS nº 35500, a ministra Rosa Weber foi favorável a segurança, no entanto, entendeu de maneira diversa do relator: *“Considero que a ordem jurídica inaugurada pela Carta de 1988 não permite ao Tribunal de Contas da União a fiscalização da validade de lei em caráter abstrato, apenas possibilita que aquele órgão de controle, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, afaste a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, quando em jogo matéria pacificada nesta Suprema Corte”.* A ministra destacou que o ato coator consistiu em *“deliberação dotada de acentuado coeficiente de abstração”* que implementou *“fiscalização concentrada de validade de dispositivos legais”* e que *“a matéria abordada pela autoridade impetrada não se encontra pacificada em precedentes específicos desta Suprema Corte, de modo que não há falar em excepcional legitimidade do afastamento tout court da aplicação das referidas disposições legais por parte do órgão de controle”.*

Diante do exposto, conclui-se que o posicionamento contrário da Suprema Corte à apreciação, pelo Tribunal de Contas da União, sobre a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, que vem sendo adotado ultimamente, estabelece que a Corte de Contas não pode exercer controle de constitucionalidade, pois ocorreria em tríplice violação à Constituição Federal (violação às competências do Poder Judiciário, à competência da Suprema Corte de declarar a (in)constitucionalidade de maneira vinculante e *erga omnes*, e à competência do Senado Federal prevista no inc. X do art. 52 da Carta Magna. Fora disso, que no caso concreto, qualquer controle de constitucionalidade realizado pelas Cortes de Contas, resultaria em abstrativização de seus efeitos e a transcendência dos seus motivos.

7.4 Controle de normas como atribuição da Corte de Contas na repartição dos poderes.

A repartição de poderes, dentro do Estado, decorre da tradicional aferição de que *“sempre que há poder sem controle, opera-se o abuso de poder”*¹⁸¹. No ordenamento jurídico pátrio, desde 1891, as constituições prevêm, de maneira expressa, a coexistência dos 3 (três) Poderes clássicos: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Por ocasião da primeira Carta Republicana, foi inaugurada a previsão da Corte de Contas, idealizada pelo eminente jurista, Rui Barbosa. Tal previsão encontrou inspiração nos modelos, italiano e belga, sendo, inicialmente, pensado para sanear o orçamento, sendo corpo de magistratura intermediária entre a administração e a legislatura e ocupando posição autônoma.¹⁸² Situa-

¹⁸¹ (ZAFFARONI, 1995, p. 81).

¹⁸² (BARBOSA, 1891, p. 450-455).

se a Corte de Contas, pois, entre os Poderes, não pertencendo a nenhum deles propriamente; nem mesmo ao Legislativo, com o qual mantém maiores afinidades.¹⁸³

O fato de auxiliar o Legislativo no desempenhar do controle externo, não torna a Corte de Contas “órgão auxiliar” do parlamento, no sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional¹⁸⁴, uma vez que recebe atribuições diversas, diretamente da Carta Magna, sendo, pois, órgão constitucionalmente independente, responsável por amplo controle técnico da gestão administrativo-financeira do Estado.¹⁸⁵

O Tribunal de Contas é, pois, órgão administrativo, funcionalmente autônomo, que exerce, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, sem definitividade jurisdicional¹⁸⁶, e cuja competência institucional não deriva de delegação do Legislativo, a quem não está subordinado, mas traduz emanação da própria Constituição.¹⁸⁷

A necessidade de um órgão especializado para se desincumbir do exercício do controle externo, nos moldes ampliados da CF/88, resultou de três constatações circunstanciais: o crescimento do Estado e de suas atribuições em face da sociedade; a relativa separação entre a Administração e o Poder Executivo (no exercício do poder político); e a incapacidade do Poder Legislativo para controlar devidamente a atividade econômico-financeira do Estado.¹⁸⁸

A existência desse órgão, que exerce a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial no uso dos recursos federais, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, permite concluir que, apesar de não poder ser considerado um 4º Poder, desborda dos limites estreitos da tradicional separação de poderes, não servindo esse esquema para explicar a independência e a responsabilidade da Corte de Contas.¹⁸⁹ Parte da doutrina, fala, isso sim, de uma 4ª função, ao lado das tradicionais legislativa, judicial e administrativa, que seria a função controladora, específica e autônoma, conformada por competências constitucionais próprias com a finalidade de proteger o erário e garantir a boa administração.¹⁹⁰

A Corte de Contas possui competências que a levam muito além da simples atribuição no sistema de freios e contrapesos constitucional. A responsabilidade e importância do Tribunal de Contas, ainda mais com a

¹⁸³ (CASTRO NUNES, 1943. p. 25-26).

¹⁸⁴ (BRITTO, 2006, p. 630-643).

¹⁸⁵ (MOREIRA NETO, 2014, p. 256-258).

¹⁸⁶ (GUALAZZI, 1992, p. 187).

¹⁸⁷ ADI 4.190 MC-REF, rel. min. Celso de Mello, j. 10-3-2010, P, DJE de 11-6-2010.

¹⁸⁸ (HELLER, 2019, p. 40).

¹⁸⁹ (TORRES, 1993, p. 41).

¹⁹⁰ (HELLER; CARVALHO E SOUSA, 2019, p. 91-92)

expansão substancial de suas atribuições, vincula-se à sua fundamental missão na promoção e proteção dos direitos fundamentais, principalmente no que se refere aos direitos de 2ª e 3ª dimensão, que estabelecem prestações positivas do Estado.

Essa hipótese de controle exige a observância dos princípios norteadores da Administração Pública, essenciais para a boa execução do orçamento e a conseqüente prestação estatal, realizadora dos direitos fundamentais. Ao Tribunal de Contas, desse modo, cabe zelar para que a prestação estatal não se desvirtue e termine sendo embargada em virtude de ato ilegal ou inconstitucional.¹⁹¹

Nos termos do que estabelece o Ministro Marco Aurélio Mello da Suprema Corte, a eventual superação do enunciado da Súmula nº 347, resultaria em uma *capitis diminutio* das competências constitucionais atribuídas à Corte de Contas, “*uma vez que, para o exercício do poder de controle inerente às atividades de fiscalização e auditoria, o TCU passaria a se subordinar tão-somente à lei e não à Constituição Federal*”.¹⁹²

Em resumo, a função controladora exercida pela Corte de Contas tem como pressuposto basilar a possibilidade de algum tipo de análise dos atos públicos em face da Carta Magna, por ser ela o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. A utilização das normas constitucionais como paradigma de controle, no entanto, é indispensável para a boa e correta aplicação de verbas públicas, fundamentais na persecução dos direitos fundamentais.

7.5 O celeuma da Súmula nº 347 perante o STF.

Inicialmente, transcrevem-se as manifestações contrárias à manutenção da Súmula nº 347. Desta forma, a decisão do Ministro Gilmar Mendes é o marco inaugural no Mandado de Segurança nº 25.888, que trouxe a seguinte fundamentação:

Não me impressiona o teor da Súmula 347 desta Corte, (...). A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. 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

¹⁹¹ (OLIVEIRA, 2007)

¹⁹² MS 26.783 MC-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 5/12/2011.

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 com a Constituição de 1988.¹⁹³

Tem-se, de forma convergente, a manifestação do Ministro Alexandre de Moraes, no Mandado de Segurança nº 35.410¹⁹⁴, que assim estabeleceu:

Dentro da perspectiva constitucional inaugurada em 1988, o Tribunal de Contas da União é órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, cuja competência é delimitada pelo artigo 71 do texto constitucional, (...) É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. (...)

A celeuma levantada nos votos dos Ministros ocorre devido à natureza não jurisdicional das Cortes de Contas, bem como em virtude da natureza jurídica administrativa de suas decisões.

¹⁹³ MS 25.888 MC, rel. min. Gilmar Mendes, dec. monocrática, j. 22-3-2006, DJ de 29-3-2006.

¹⁹⁴ MS 35.410 MC, rel. min. Alexandre de Moraes, dec. monocrática, j. 15-12-2017, DJE 18 de 1º-2-2018.

Uma primeira situação seria em virtude do controle exercido pelas Cortes de Contas, ao realizar suas funções controladoras. Assim, o objeto das fiscalizações seriam os atos administrativos que envolvam recursos públicos, não tendo competência para realizar o controle legislativo (controle de leis e atos normativos), realizando um controle próprio da função jurisdicional. O sistema de pesos e contrapesos -*checks and balances*-, da forma em que foi emoldurado, estabelece que seria competência privativa do Poder Judiciário o exame da constitucionalidade de normas— realizado, em regra, repressivamente – ¹⁹⁵, com algumas raríssimas exceções.¹⁹⁶

Padece a Corte de Contas de competência para o exercício da função jurisdicional em sentido estrito, caracterizada pela possibilidade de fazer coisa julgada.¹⁹⁷

Uma segunda situação seria que o controle difuso (incidental) exercido pela Corte de Contas é diferente daquele exercido pelo Poder Judiciário. No Judiciário, há que se falar do princípio da inércia, na qual só é possível a atuação após ser demandado. Assim, tanto os juízes quanto os tribunais dependem de provocação para atuar. Já nas Cortes de Contas, entes encarregados da fiscalização de verbas públicas, podem e, por vezes, têm o dever de agir de ofício, sendo que suas decisões, em algumas situações, não se destinam a solucionar litígios entre partes, mas, acabam por estender os efeitos decisórios para toda a Administração Pública correspondente (federal, estadual, distrital ou municipal). Por isso, não se mostra razoável, na opinião de alguns doutrinadores e juristas, que um órgão que pode atuar de ofício (o que é bem comum) sancionar com base em arguição de inconstitucionalidade suscitada de ofício, pois a presunção de constitucionalidade das leis deve operar a favor da autonomia do gestor.¹⁹⁸

Diante do exposto, em que pese haver posicionamentos contrários a manutenção da Súmula nº 347 do STF, seria interessante, ao invés de superar ou revogar o verbete do enunciado, apenas clarear com mais propriedade as reais competências das Cortes de Contas. Uma possível redação reformada para o enunciado da Súmula nº 347 e em consonância com atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas, seria:

“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público, desde que o faça de forma incidental e que os efeitos de sua decisão seja inter partes e no caso concreto.”

¹⁹⁵ (HELLER, 2019, p. 108).

¹⁹⁶ Uma delas é a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo deixar de aplicar lei que considere inconstitucional.

¹⁹⁷ (Cf. THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 1073 e 1077).

¹⁹⁸ (QUEIROZ; CORTEZ, 2019, p. 37-39).

7.6 O exame da constitucionalidade quando do parecer em consulta.

É pertinente a análise quanto à possibilidade do controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes de Contas e, especificamente neste estudo, pelo Tribunal de Contas da União. Tal situação merece alguns esclarecimentos, em relação a possibilidade de apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público, ocorrer em sede de consulta, que é um mecanismo destinado a questionar a Corte de Contas a respeito de dúvida, de matéria sujeita à jurisdição do Tribunal, levantada na aplicação de dispositivos de leis e regulamentos, sendo proposta pelos legitimados competentes, nos termos do art. 1º, XVII, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

O RI/TCU, art. 264, §3º, estabelece que a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

Inicialmente, cabe salientar que o caráter normativo das decisões do Tribunal de Contas da União, quando do parecer em consulta, foi reconhecido pela Suprema Corte¹⁹⁹. Assim, eventual decisão que aprecie a constitucionalidade de lei ou ato normativo e estenda os efeitos da decisão (*erga omnes* e vinculante) ao consulente, aproximará suas consequências do controle concentrado de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte.

Parte da doutrina entende que, em tais casos, ocorreria a extrapolação da análise concreta, tendo em vista que a resposta à consulta é “em tese”, restando à Corte de Contas não conhecer da consulta, pois estaria usurpando competência exclusiva do STF²⁰⁰. Seria o caso do Tribunal de Contas, quando do parecer em consulta, remeter os autos ao Procurador-Geral da República (PGR), legitimado para impetrar Ação Direta de Inconstitucionalidade ou outra ação de controle abstrato, caso entenda cabível.

Tal entendimento está em consonância com o seguinte enunciado de jurisprudência do Tribunal de Contas da União, baseado no Acórdão 2391/2017-TCU-Plenário: “A possibilidade de o TCU apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público (Súmula STF nº 347) está adstrita ao exame de caso concreto, sem alcançar consulta sobre caso hipotético”.

Em determinada situação, foi analisado embargos de declaração em sede de consulta, sendo que o Tribunal foi demandado a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.469/1997. O voto do Ministro Walton de Alencar Rodrigues trouxe a seguinte fundamentação:

Em verdade, pretendem os embargos (...) desafiar

¹⁹⁹ “As decisões do Tribunal de Contas da União proferidas em consultas têm caráter normativo e constituem prejulgamento da tese (...). São, portanto, atos normativos”. ADI-MC 1691/DF, D.J. 28/11/1997, rel. Min. Moreira Alves.

²⁰⁰ (Cf. QUEIROZ; CORTEZ, 2019, p. 25 e DESCHAMPS, 2008).

o Tribunal a realizar controle de constitucionalidade concentrado. A resposta pretendida pelo consulente somente pode ser fornecida pelo e. STF, em ação declaratória de constitucionalidade ou direta de inconstitucionalidade (...).

Tem-se, dessa maneira, que não há que se falar em abstrativização dos efeitos da decisão do Tribunal de Contas. Tendo em vista que a decisão da Corte de Contas deve ter caráter meramente informativo ou, no máximo, estar adstrita ao caso concreto, pois o controle em abstrato é de competência privativa da Suprema Corte.

7.7 Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o controle de constitucionalidade por órgão não jurisdicional.

Inicialmente, o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Mandado de Segurança nº 26.739, trouxe como fundamento a possibilidade do Chefe do Poder Executivo deixar de aplicar lei por considerá-la inconstitucional vem alicerçado em um histórico constitucional, da época em que a Constituição não atribuía capacidade postulatória ao Chefe deste Poder para representar inconstitucionalidade em sede de controle concentrado. E que essa possibilidade – deixar de aplicar leis tidas por inconstitucionais – seria permitida pela Suprema Corte antes da promulgação da CF/88.

De toda forma, o Ministro argumentou que quanto aos órgãos autônomos (cita o Conselho de Contribuintes, as novas agências reguladoras, o Banco Central, o CNJ, o CNMP e o Tribunal de Contas) houve lacuna na Carta Magna, ao tratar do tema:

“Bom, então, nesse contexto, é de se refletir sobre o tema. Eu pergunto: devemos simplesmente dizer que esses órgãos autônomos não têm competência para fazer esse controle? Mas chegaríamos, veja, a uma situação aporética, estranha, porque, por exemplo, neste caso específico poderíamos dizer: "ah, é verdade, o Conselho não dispõe de competência para fazer esse juízo censório em relação à recepção, ao juízo de legitimidade ou ilegitimidade dessa norma do Estado de Minas Gerais". Mas é verdade também que essa norma é incompatível com a Constituição porque o Supremo já assim o disse e por isso nós indeferiríamos o mandado de segurança”.

O Ministro Gilmar Mendes fundamentou, especificamente, sobre a Corte de Contas:

“(...) estou propondo, inclusive, essa solução no caso do Tribunal de Contas da União -, mas penso que poderíamos fazer uma outra abordagem, Presidente, para dizer o seguinte - e Vossa Excelência, de alguma forma, já o fez sem enfatizá-lo: é que, tendo uma jurisprudência clara... Por exemplo, imaginemos que um tribunal de contas faça uma glosa em relação à admissão de servidores, dizendo "não pode o município, ou não pode o estado, ou não pode mesmo a União e suas empresas públicas admitir servidores sem concurso público". Nós vamos dizer que o Tribunal de Contas não pode dizer que essa norma é inconstitucional? Mas há enxurradas de precedentes a propósito do tema! Vamos exigir que esse tema seja judicializado? Então diria, com base naquilo que Vossa Excelência trouxe, que a decisão do CNJ, na verdade, espelha o entendimento já adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Em casos que tais, por exemplo, órgãos com essa autonomia estão apenas aplicando uma jurisprudência, um entendimento já pacífico”.

Nessa esteira, com base no voto do Ministro Relator Dias Toffoli e do Ministro Gilmar Mendes, inaugurou-se uma linha de entendimento na Suprema Corte de que estes órgãos autônomos não estariam autorizados a declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, a não ser quando o tema já estivesse pacificado na Suprema Corte.

Nesse diapasão, ressalta-se a passagem da decisão, somada aos debates pelo Ministro Gilmar Mendes:

“Eu até confesso que, num primeiro momento, quando lidei com o tema do Tribunal de Contas da União, a minha tendência era ser peremptório no sentido de que falecia ao Tribunal de Contas da União a competência para declarar a ilegitimidade do ato, propondo então a revogação na superação da nossa Súmula. No caso do Tribunal de Contas da União - e, portanto, dos tribunais de contas -, na verdade temos uma súmula do Tribunal, do Supremo, que autoriza a não aplicar a lei que 35 considera inconstitucional. A mim, parece-me que talvez agora possamos já fazer uma interpretação, um adendo, para dizer toda vez que estiver simplesmente aplicando, desenvolvendo a jurisprudência já pacífica sobre uma dada temática constitucional”.

Faz-se importante destacar que o Ministro Edson Fachin abriu discordância dos demais votos juntados, partindo de pressupostos aplicáveis às Cortes de Contas, nos moldes do que citou no voto do MS nº 29.002:

“Essa conclusão é importante para que se reconheça na atuação do Conselho Nacional de Justiça uma semelhança com as atribuições do próprio Tribunal de Contas. É por essa razão que o e. Ministro Cezar Peluso, no julgamento da ADI aqui já referida, entendeu que o Conselho Nacional de Justiça ostenta natureza de órgão de controle interno do Poder Judiciário. Por isso, é preciso reconhecer similitude entre os procedimentos de controle administrativo adotados pelo Conselho Nacional de Justiça e os processos de prestação de contas no âmbito do Tribunal de Contas da União: tal como a prestação de contas se dá diretamente entre um órgão da Administração e o próprio Tribunal, o procedimento de controle administrativo pode também ter a função de examinar a legalidade de ato administrativo do Tribunal”.

Entretanto, o Ministro Relator Celso de Mello, no Mandado de Segurança nº 28.924 AgR, cita o TCU de forma diferente. Em verdade, precedentes singulares, envolvendo o Tribunal de Contas, mostram posicionamentos importantes para a alteração de jurisprudência adotada pela Turma quanto à possibilidade de o Conselho Nacional de Justiça realizar controle de constitucionalidade. Nesse ponto:

“Não constitui demasia assinalar, por pertinente, que esta Corte Suprema tem igualmente adotado essa mesma diretriz jurisprudencial em relação ao E. Tribunal de Contas da União (TCU), enfatizando que não se inclui na esfera de competência desta Corte de Contas a possibilidade de exercer o controle difuso de constitucionalidade, sob pena de usurpação da função jurisdicional (MS 27.743-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – MS 29.123-MC/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – MS 35.490-MC/DF, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, v.g.)”

Com a votação não unânime dessas duas ações, conclui-se que duas correntes teóricas foram formadas na Segunda Turma da Suprema Corte. A primeira corrente, focada na natureza jurídica administrativa do Conselho Nacional de Justiça, bem como do Tribunal de Contas da União e do Conselho Nacional do Ministério Público, tendo como defensores os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Cármen Lúcia. E a segunda, de maneira isolada, o Ministro Edson Fachin, mantendo uma postura vinculada ao julgamento da PET nº 4.656, no sentido de que, em que pese a natureza jurídica desses órgãos ser administrativa, a não aplicação de normas inconstitucionais é legítima.

A NÃO SUPERAÇÃO DA SÚMULA Nº347

8.1 Cenário atual após o julgamento do MS nº 35.410 pelo STF.

O Ministro Alexandre de Moraes havia concedido, no ano de 2017, de maneira singular, a liminar, sob o fundamento de que o Tribunal de Contas da União não poderia exercer o controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos sob o argumento da vigência da Súmula nº 347. A tese sustentada pelo Ministro Relator é a de que, a partir da Carta Magna, apenas órgãos jurisdicionais podem declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, assim, seria inviável a manutenção do verbete da Súmula nº 347. Transcreve-se trecho da decisão do Ministro relator:

É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretense argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Eis o teor do referido enunciado: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das Leis e dos atos do Poder Público”. Com efeito, os fundamentos que afastam do Tribunal de Contas da União – TCU a prerrogativa do exercício do controle incidental de constitucionalidade são semelhantes, mutatis mutandis, ao mesmo impedimento, segundo afirmei, em relação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes). O exercício dessa competência jurisdicional pelo CNJ acarretaria triplo desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema. O desrespeito do CNJ em relação ao Poder Judiciário se consubstanciaria no alargamento de suas competências administrativas originárias, pois

estaria usurpando função constitucional atribuída aos juízes e Tribunais (função jurisdicional) e ignorando expressa competência do próprio Supremo Tribunal Federal (“guardião da Constituição”). A declaração incidental de inconstitucionalidade ou, conforme denominação do Chief Justice Marshall (1 Chanch 137 – 1803 – Marbury vs. Madison), a ampla revisão judicial, somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e Tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo. Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo. [MS35410/DF, Relator Ministro Alexandre de Moraes, decisão monocrática, Brasília, 15 de dezembro de 2017]. (MORAES, 2017).

A linha de raciocínio do Ministro parte, inicialmente, do entendimento que as Cortes de Contas são órgãos administrativos destituídos de função jurisdicional e equiparados ao Conselho Nacional de Justiça. E, no seu entender, o controle de constitucionalidade somente pode ser realizado por órgãos exercentes de função jurisdicional.

Nos termos do que estabelece o Ministro relator, a possibilidade de um órgão administrativo declarar a inconstitucionalidade de uma norma, ainda que fora do controle concentrado, representaria, ao mesmo tempo: usurpação de função jurisdicional; invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo, como pode se constatar:

Haveria, nessa hipótese, inaceitável subversão constitucional, pois o texto constitucional não prevê essa competência jurisdicional ao Conselho Nacional de Justiça, que, igualmente, não se submete às regras de freios e contrapesos previstas pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para interpretar seu texto (legitimidade taxativa, pertinência temática, cláusula de reserva de plenário, quórum qualificado para modulação dos efeitos, quórum qualificado para edição de súmulas vinculantes, entre outros), e que acabam por ponderar, balancear e limitar esse poder. A Constituição Federal não permite, sob pena de desrespeito aos artigos 52, inciso X, 102, I, “a” e 103-B, ao Conselho Nacional de Justiça o exercício do controle difuso de constitucionalidade, mesmo que, repita-se, seja eufemisticamente

denominado de competência administrativa de deixar de aplicar a Lei vigente e eficaz no caso concreto com reflexos para os órgãos da Magistratura submetidos ao procedimento administrativo, sob o argumento de zelar pela observância dos princípios da administração pública e pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, pois representaria usurpação de função jurisdicional, invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo. (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes). [MS 35410/DF, Relator Ministro Alexandre de Moraes]. (MORAES, 2017).

Em decisões recentes que corroboram com a mudança de entendimento da Suprema Corte, tem-se a Ementa da decisão no Mandado de Segurança nº 35.410, publicada em 06/05/2021:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS ERGA OMNES E VINCULANTES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DECISÃO DE AFASTAMENTO GENÉRICO E DEFINITIVO DA EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS SOBRE PAGAMENTO DE “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA” A INATIVOS E PENSIONISTAS, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de Lei federal com efeitos erga omnes e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal. 2. Decisão do TCU que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal. 3. Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma Lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e inter partes e tornando-os erga omnes e vinculantes. 4. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC

0216.009/2017- 1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei n. 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004. [MS 35410/DF – STF – Plenário - Acórdão publicado em 06/05/2021].

Conforme posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, o expansão do controle concentrado de constitucionalidade, na Carta Magna de 1988, com a ampliação substancial de legitimados para ação direta de inconstitucionalidade, cuja decisão traz efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, bem como a criação da ação declaratória de constitucionalidade e da ação de descumprimento de preceito fundamental, trouxeram como resultado a mitigação do sistema de controle difuso de constitucionalidade, de forma a não extrapolar a esfera dos órgãos com função jurisdicional.

Nesse contexto, é relevante reafirmar que a possibilidade de os órgãos de controle administrativo deixarem de cumprir decisão legislativa, com fundamento em uma alegada inconstitucionalidade, é controvérsia que, sob o regime constitucional anterior, ganhou alguma densidade doutrinária e jurisprudencial, mas certamente já perdeu muito do seu significado prático, em face da nova disciplina conferida à ação direta de inconstitucionalidade. A outorga do direito para propor a ação direta aos Chefes do Executivo federal e estadual, bem como às Mesas das Casas Legislativas, retira, senão a legitimidade desse tipo de conduta, pelo menos, na maioria dos casos, a motivação para a adoção dessa conduta de quase desforço no âmbito do Estado de Direito. [MS 35410/ DF, Relator Ministro Gilmar Mendes]

Entretanto, a repercussão dessa decisão trouxe à baila a discussão sobre o manutenção do exame de constitucionalidade pelas Cortes de Contas, bem como de sua natureza, principalmente quando o Ministro Relator compara o Tribunal de Contas da União ao Conselho Nacional de Justiça, e quando a Procuradoria Geral da República ratifica que é impensável que a Corte de Contas realize o controle incidental de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos.

Diante do exposto, faz-se necessário foco acadêmico nas atribuições constitucionais das Cortes de Contas, de forma a se buscar o aprimoramento do verbete sumular (Súmula nº 347) que prevê tal competência, de forma a

não restar dúvidas quanto à importância, bem como as reais limitações de suas funções fiscalizatórias.

8.2 Não superação da Súmula nº347 e apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos pelos Tribunais de Contas.

Inicialmente, ressalta-se o entendimento do Ministro Edson Fachin em seu voto, sendo o qual os Tribunais de Contas têm a competência de julgar 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, e, ainda, as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário:

[...] o Supremo Tribunal Federal já assentou, em vários julgados, o colorido quase-jurisdicional que as tarefas do TCU assumem, já que não se trata de atividade meramente administrativa, mas de julgamento de contas de várias autoridades e colaboradores do Poder Público, a fim de assegurar a correção e economicidade nos gastos públicos. [MS 35410/ DF – Voto Ministro Edson Fachin].

Nessa toada, cabe a transcrição da doutrina de Marçal Justen Filho (2018), citado pelo Ministro Edson Fachin em seu voto:

A fórmula quase jurisdicional é interessante não para induzir o Leigo a imaginar que a atuação do Tribunal de Contas é idêntica à do Judiciário, mas para destacar como se diferencia do restante das atividades administrativas e legislativas. Nenhum outro órgão integrante do Poder Executivo e do Poder Legislativo recebeu da Constituição poderes de julgamento equivalentes, inclusive no tocante à relevância e eficácia, aos assegurados ao Tribunal de Contas. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 1132-1133).

Com isso, embora não detenham competência para declarar a inconstitucionalidade de leis, de forma abstrata, as Cortes de Contas devem, no caso concreto, pela via incidental (via de exceção), desconsiderar determinado ato tido por inconstitucional e até sustar atos praticados com fundamento em leis incompatíveis com os dispositivos constitucionais, conforme o magistério de Uadi Lammêgo Bulos:

Embora não detenham competência para declarar a inconstitucionalidade de Leis ou dos atos normativos

em abstrato, pois essa prerrogativa é do Supremo Tribunal Federal, os Tribunais de Contas poderão, no caso concreto, reconhecer a desconformidade formal ou material de normas jurídicas, incompatíveis com a manifestação constituinte originária. Sendo assim, os Tribunais de Contas podem deixar de aplicar determinado ato por considerá-lo inconstitucional, bem como sustar outros atos praticados com base em Leis vulneradoras da Constituição (art. 71, X). Reitere-se que essa faculdade é na via incidental, no caso concreto, portanto. (BULOS, 2009, p. 893).

Nem a própria Suprema Corte tem a competência de analisar a constitucionalidade de normas criadas pelo Poder Constituinte Originário (PCO), conforme já decidiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 815/DF²⁰¹, quando o Supremo, por votação unânime, não conheceu a ação por impossibilidade jurídica do pedido (Plenário, 28/03/1996), como mostra a ementa da mencionada decisão:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se despreste a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação à outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. (STF – ADI 815/DF – Tribunal Pleno 28/03/1996 – Rel. Min.

²⁰¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade 815/DF, ajuizada pelo governador do estado do Rio Grande do Sul em dezembro de 1992, e relatada pelo Ministro Moreira Alves.

Moreira Alves)

Diante de todo o exposto, conclui-se que, no âmbito acadêmico, o Instituto Rui Barbosa (IRB) e sua missão de *“promover a integração, o desenvolvimento e o aperfeiçoamento dos métodos e procedimentos de controle externo, aproximando instituições e sociedade, de modo a fortalecer ações que beneficiem a coletividade”*, pode ser um mecanismo de extrema importância em prol do aperfeiçoamento e da defesa, quanto a competência do exame de constitucionalidade incidental, realizado pelas Cortes de Contas.

Deve-se, para tanto, prezar o fomento do diálogo institucional das Cortes de Contas de todos os entes federativos, de forma a padronizar os procedimentos de apreciação da constitucionalidade, no caso concreto, na forma incidental e difusa, respeitando o quórum qualificado (cláusula *“Full Bench”*), e a fiel observância dos limites estabelecidos na recente decisão do MS nº 35.410 da Suprema Corte, relativos aos efeitos da decisão (inter partes e não vinculantes), sem que para isso se diminua o exercício do controle externo ou prejudique a segurança jurídica dos administradores públicos, bem como as atribuições atinentes às Cortes de Contas.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podium Edições, 2008. p. 52.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.p. 152.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, 4º Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira.8. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 4º ed. Forense: 2006.

BRASIL. Lei Nº **8.443**, DE 16 DE JULHO DE 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo:

Malheiros, 2010,

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Como consultar o Tribunal de Contas**. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, fev. 2003

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunal de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2003,

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GUERRA, Evandro. **Os Controles Externo e Interno da Administração Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 90.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional. Introdução**, Revisão e Técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALE, Ferdinand; **A Essência da Constituição**; traduzido por: Walter Stönnner. 6º Ed.. Editora Lumen Juris, 2001.

MAIA, Carlos Nivan. **Manual do Gestor do Sistema "S"**. São Paulo: SESI-SP, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988**. Vol. I. Brasília: Revista Jurídica Virtual, 1999.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Aspectos Básicos do Controle de Constitucionalidade de Leis e de Atos Normativos e Breve Análise da Lei n.º 9868, de 10.11.1999, e da Lei n.º 9882/99**, de 03.12.1999.RT/fasc. Civ. v. 788, n.º 90, jun. 2001.

RACHID JUNIOR, Ismael. **Formas de controle sobre as organizações sociais**.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª ed., 3ª triagem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho. **Competências de controle dos Tribunais de Contas** – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Administração Pública 10-14, 35, 36, 47, 55, 63, 84, 85, 88, 89, 91-94, 96, 97, 100, 102, 103, 121, 128, 135

Análise 9, 13, 18, 19, 32, 50, 66, 74, 75, 77, 98, 100, 114, 126, 129, 140, 142

Aplicabilidade 71, 72, 74, 75, 142

Atuação 12, 14, 31, 34, 36, 44, 48, 60, 63, 68, 83, 85, 87, 88, 91-93, 99-103, 115, 116, 128, 132, 137

Autônomo 14, 21, 24, 36, 37, 62, 76, 92, 94, 125, 130, 131,

B

Brasil 21, 23, 24, 41, 50, 53, 55, 58, 77, 79, 80

C

Carta Magna 16, 50, 66, 69, 91, 93, 96, 109, 117, 122, 136, 138

Cidadania 90, 93, 98, 103

Cidadãos 16, 65, 88, 93, 98

Constitucionalidade 9-22, 24-27, 61, 65, 66, 70, 73-83, 111, 118-124, 126-130, 132-142

Constituição Federal 13, 38, 38, 46, 47, 73, 81, 81, 95, 108, 122-124, 127, 133, 134, 141

Contábil 33, 43, 47, 99, 100

Contencioso administrativo 41

Controle 9-18, 20-26, 28-39, 42, 46-51, 55-59, 62, 63, 63, 65-67, 69, 72-83, 85, 88-108, 111, 116, 118-130, 132-136, 139-142

Cortes de Contas 9-11, 13, 14, 28, 35-38, 41, 43-45, 50, 59, 60, 73, 77, 83, 95, 97, 98, 103, 108-

111, 118, 129, 134, 137, 139

D

Defesa 23, 25, 26, 42-45, 65, 72, 73, 75, 78, 79, 88, 120, 127, 139

Descentralização 23, 56

Direito 10, 12, 15, 18, 19, 21, 23, 24, 26, 28-30, 33-35, 37-40, 43-45, 49, 50, 52, 54, 55, 59, 60, 63-75, 77, 78, 80, 84-86, 88-94, 96, 98, 100, 108, 110, 110, 113-118, 120, 126, 127, 136, 138, 140, 141

E

Economicidade 14, 32, 34, 36, 46, 90, 107, 109, 125, 137

Eficácia 26, 27, 30, 32-34, 39, 45, 49, 57, 67, 70, 72, 90, 91, 94, 121, 135-137

Eficiência 32-34, 45, 49, 50, 86, 89-91, 121, 135

Estado 12, 13, 15-18, 20-25, 27-29, 32, 34, 36-40, 43, 44, 46, 48, 50, 52-54, 57, 60, 61, 63-66, 69, 72-74, 79, 80, 82, 85, 86, 88-90, 92, 94-96, 99, 102, 103, 105, 106, 112, 115, 116, 118, 119, 124-126, 130, 131, 136, 138

Estatais 12, 28, 29, 43, 63, 68, 86, 90-92, 116, 118

EUA 18

Europa 17, 21, 77

Executivo 14, 19, 20, 23, 25, 28-30, 32, 45, 46, 48, 49, 52, 53, 55, 57, 58, 61, 68, 75, 79, 84, 86, 92-96, 99-102, 105, 110, 115, 124, 125, 128, 130, 136, 137

F

Federalista 18, 19

- Financeira 29, 30, 32, 36, 43, 46-49, 51, 55, 57, 58, 87, 94, 95, 99, 100, 102, 103, 107, 109, 110, 125, 127
- Fiscalização 10, 12, 17, 21, 24, 25, 29, 32-38, 43, 46, 47, 49, 51, 53, 55, 57, 58, 92, 93, 100, 101, 103, 105, 109, 111, 124-128, 140
- Função consultiva 11, 84
- G**
- Gestão 24, 30-34, 37, 43, 45, 48, 49, 84, 94, 103, 107-111, 119, 125, 141
- Guarda 12-14, 31-33, 47, 80, 138
- H**
- Hermenêutica 68, 74, 83
- Hierarquia 31, 36, 66, 67, 69, 70, 71, 85, 111, 116, 117, 138
- I**
- Igualdade 19, 86
- Inconstitucionalidade 12, 13, 22-27, 31, 44, 61, 65, 67, 69, 70, 73, 75, 78, 79, 82, 111, 115, 118-121, 123, 124, 127-131, 133-138
- Independência 36, 51, 62, 92, 99, 113, 125
- Influência 21
- Inglaterra 16, 21
- Instituição 13, 17, 21, 27, 29, 34, 36, 63
- Instrumental 14, 29, 87, 88, 91, 103
- Intervenção 21, 25, 28, 65, 72, 76, 87
- J**
- Judicial review* 19
- Jurisdição 11, 35, 36, 39, 41, 42, 54, 55, 59, 60, 62, 64, 65, 68, 69, 73, 103, 106-108, 119, 120, 129, 138, 141
- Jurisdicional 10, 11, 20, 28, 40-44, 47, 58-60, 63, 68, 81, 91, 96, 97, 100, 101, 103, 108, 109, 119, 121-123, 125, 127, 128, 130, 132-137
- Justiça 11, 13, 18, 21, 24, 39, 41-43, 61, 63, 65, 80, 90, 91, 94, 104, 107, 122, 130, 132-134, 136
- L**
- Legalidade 20, 30-32, 34-36, 40, 46-49, 51, 53, 54, 56, 63, 79, 86, 88, 94, 96-98, 100, 101, 107, 109, 125, 132, 135
- Legitimação 13, 26, 72, 76, 78, 113, 120, 127
- Legitimidade 26, 29, 31-33, 36, 46, 51, 64, 67, 68, 70, 73, 74, 79, 82, 88, 92, 107, 109, 124, 125, 130, 136
- Lei 13, 16-27, 32, 33, 38, 47, 50, 51, 55, 60, 61, 64, 66, 70, 74-79, 81-84, 86, 87, 91, 92, 96, 100, 103, 106, 109, 112, 118, 119, 121, 123, 124, 126, 128-131, 135, 136, 140, 142
- M**
- Moralidade 63, 86-89, 95, 96, 101
- Municípios 24, 25, 36-39, 48, 86, 96, 102, 105, 106
- N**
- Natureza 3, 10, 20, 24, 30, 32, 33, 36, 37, 41, 42, 45-47, 49, 57, 58, 71, 77, 81, 84, 86, 92, 93, 95, 98, 100, 102, 107, 127, 132, 136
- Norma 7, 9-18, 21-27, 29, 30, 32-34, 36, 43, 44, 61, 65-83, 86-88, 91, 92, 96, 97, 104, 105, 107, 110-124, 126-134, 137, 138, 140-142
- O**
- Operacional 10, 32-34, 36, 43, 47,

57, 85, 95, 99, 100, 102, 103, 107, 109, 125

Orçamento 30-33, 46, 47, 49, 51, 52, 54, 58, 94, 102, 124, 126

Órgãos 12, 13, 15, 22, 25, 27, 30-32, 34, 36-39, 42, 43, 45, 46, 48, 49, 56, 60, 63, 72, 75, 78, 79, 84-89, 91-94, 96, 97, 101-103, 106, 110, 115, 118, 120, 122, 123, 126, 127, 130-136

P

Parlamentar 28, 32, 61, 94, 95

Parlamento 17, 21, 23, 25, 29, 36, 37, 46, 56, 61, 68, 94, 95, 99, 101, 102, 125

Patrimonial 10, 30, 32, 33, 36, 43, 47, 49, 57, 94, 95, 99, 100, 102, 103, 107, 109, 125

Patrimônio 32, 33, 75, 92, 109, 111

Poder Judiciário 13, 20, 21, 22, 27, 40, 42, 59, 60, 64, 82, 94, 96, 122, 128, 133

Poder Legislativo 14, 16, 32, 38, 46, 56-59, 61, 62, 102, 125, 137

Poder Público 47, 48, 56, 73, 78, 83, 88, 89, 115, 129

Política 12, 14, 16, 19-21, 23, 24, 28, 29, 33, 36, 63, 67, 69, 88, 90, 96, 99, 107, 108, 113

População 12, 84, 90, 91, 101

Presidencialista 21

Princípio 9, 11-13, 15, 16, 18, 20, 22, 24, 25, 28, 29, 31-33, 36, 37, 40, 46, 59, 63-74, 822, 84-91, 93, 96, 98, 99, 105, 108, 111-117, 119, 122, 126, 128, 135, 138

Proibidade 31, 32, 47, 87, 88, 107

Processualidade 44

Proporcionalidade 82, 86, 87

Publicidade 51, 86, 88, 89

Q

Quórum 22, 23, 72, 73, 78, 82, 123, 134, 139

R

Razoabilidade 86, 87

Recursos públicos 14, 30, 49, 81, 89, 92, 94, 119

Rigidez constitucional 66, 69, 72,

S

Senado 11, 21, 23, 26, 51, 53, 54, 56, 57, 62, 95, 100, 104, 105, 122-124,

Simetria 36, 96, 105, 108

Sistemática 35, 48, 66, 73, 74, 77, 92, 101, 102, 105, 140

Soberania 24, 65

Social 28, 82, 90, 114

Subordinação 30, 32, 36, 62, 85, 99, 111

Súmula 9, 11, 13-15, 44, 61, 77-80, 82, 105, 118-123, 126-128, 131, 133, 134, 136

Superioridade 12, 16-18, 20, 65, 70, 114, 119

Supremo Tribunal Federal 9, 15, 21, 38, 43, 61, 78, 80, 116, 118-120, 122, 123, 127, 134, 135, 137

T

TCU 10, 36, 43, 48, 50, 62, 105, 108, 109, 119, 121-123, 126, 129, 132, 133, 135, 137

Tribunais de Contas 7, 9, 11, 13-15, 35-39, 42, 43, 45, 47, 48, 59-61, 63, 77, 79, 80, 82, 95-97, 99, 105, 109, 131, 137, 138, 142

Tutela 10, 14, 28, 29, 40, 41, 67, 75-77, 84, 91, 97, 100, 101, 103

U

União 13, 24, 26, 30, 32, 34, 36,
37, 42, 45-50, 52, 54-58, 60, 62,
64, 79, 86, 94-96, 98, 101-106,
108, 109, 119, 121-124, 127, 129,
131-133, 135, 136, 140

V

Verbas públicas 9, 41, 103, 126,
128

Vontade 17, 21, 29, 116

SOBRE O AUTOR

DIEGO MORENO DA ROCHA

Possui graduação em Ciências Navais (2011) pela Escola Naval da Marinha do Brasil (diploma equivalente à Administração conforme Resolução Normativa CFA n. 561 de 21/02/2019 do Conselho Federal de Administração). É ex-Capitão da Marinha do Brasil. Possui pós graduação em Direito Público, Direito Previdenciário e Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale. É aluno de pós graduação em Direito Administrativo e Direito Tributário pelo Centro de Estudos de Especialização e Extensão. Atualmente ocupa o cargo de Auditor Fiscal da Receita do Distrito Federal.



A Corte de Contas e a Competência para Apreciação Incidental de Normas

www.bookerfield.com 

contato@bookerfield.com 

[@bookerfield](https://www.instagram.com/bookerfield) 

Bookerfield Editora 



A Corte de Contas e a Competência para Apreciação Incidental de Normas

www.bookerfield.com 

contato@bookerfield.com 

[@bookerfield](https://www.instagram.com/bookerfield) 

Bookerfield Editora 

ISBN 978-658992953-6

